# Loi sur le blanchiment d'argent

Dernière modification : 29.07.2026

PDF créé le : 13.11.2026

COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

# TABLE DES MATIÈRES

Art. 2 al. 1 LBA ..... 5
Art. 2a al. 1-2 and 4-5 LBA ..... 25
Art. 2 al. 2 LBA ..... 53
Art. 2 al. 3 LBA ..... 79
Art. 3 LBA ..... 163
Art. 7 LBA ..... 221
Art. 7a LBA ..... 249
Art. 8 LBA ..... 263
Art. 8a LBA ..... 281
Art. 9 LBA ..... 295
Art. 11 LBA ..... 401
Art. 14 LBA ..... 411
Art. 15 LBA ..... 427
Art. 20 LBA ..... 437
Art. 23 LBA ..... 453
Art. 24 LBA ..... 485
Art. 24a LBA ..... 497
Art. 25 LBA ..... 505
Art. 26 LBA ..... 519
Art. 26a LBA ..... 527
Art. 27 LBA ..... 537
Art. 28 LBA ..... 551
Art. 29 LBA ..... 559
Art. 29a LBA ..... 577
Art. 29b LBA ..... 609
Art. 30 LBA ..... 617
Art. 31 LBA ..... 647
Art. 31a LBA ..... 655
Art. 32 LBA ..... 659

Art. 33 LBA ..... 665
Art. 34 LBA ..... 681
Art. 38 LBA ..... 699

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 2 al. 1 LBA

Un commentaire de Thomas Nagel

PROPOSITION DE CITATION

Thomas Nagel, Commentaire de l'art. 2 al. 1 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Nagel, art. 2 al. 1 LBA N. XXX

**Art. 2 Champ d'application**

[1] La présente loi s'applique:

a. aux intermédiaires financiers;

b. aux personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement (négociants).

# TABLE DES MATIÈRES

I. Destinataires de la LBA : Idée de base ..... 7
II. Intermédiaires financiers ..... 8
A. Généralités ..... 8
B. Définition et systématique ..... 9
C. Exceptions ..... 10
D. Délimitations ..... 11
E. Obligations ..... 12
III. Négociants ..... 13
A. Généralités ..... 13
B. Notion et systématique ..... 15
C. Obligations ..... 17
IV. Champ d'application territorial de la LBA ..... 18
V. Perspectives d'avenir : Éventuellement, nouvelle extension du cercle des destinataires ..... 20
Bibliographie ..... 21
Matériaux ..... 22

# I. DESTINATAIRES DE LA LBA : IDÉE DE BASE

Sous la pression internationale, la LBA est entrée en vigueur le 1er avril 1998. Elle devait à l'origine - en complément des infractions de blanchiment d'argent et de défaut de vigilance en matière d'opérations financières - avoir pour but d'identifier et, si possible, d'empêcher l'acte de dissimulation de l'origine d'un auteur. La LBA vise en premier lieu à **lutter contre le blanchiment d'argent** et à **garantir la vigilance en matière d'opérations financières** (voir à ce sujet le commentaire de l'art. 1 LBA). A cette fin, la loi vise les personnes qui ne sont pas nécessairement impliquées dans l'infraction préalable au blanchiment d'argent, mais qui, après la commission de l'infraction préalable, sont (ou peuvent être) utilisées par des criminels pour faire entrer dans le circuit économique des valeurs patrimoniales d'origine illégale et en dissimuler ainsi l'origine ou pour prolonger le « paper trail » ou l'empêcher de se produire. 1

L'objectif de la LBA a été complété le 1er février 2009. Il devait en outre servir à lutter contre le **financement du terrorisme**. Une nouvelle extension de l'article sur le but à la prévention des violations des mesures de contrainte selon la loi sur les embargos a été mise en consultation en 2023 et a été maintenue au stade du projet (2024) ; le projet correspondant (état août 2024) devra être débattu par le Parlement dans les prochains mois. L'extension du champ d'application à une autre loi doit, à mon avis, être rejetée. Les bases juridiques de la LEmb sont suffisantes ; un mélange des deux lois (LEmb et LBA) apporte en outre davantage de confusion et pose à la LBA des exigences qu'elle ne pourra pas satisfaire. 2

Le champ d'application de la LBA et les obligations découlant de cette loi sont concrétisés à différents niveaux : Par des **ordonnances** (OBA et OBA-FINMA), **des circulaires** (notamment la Circ.-FINMA 2011/1) ainsi que par des **autorégulations** (par ex. par la CDB 20 ou divers règlements d'organismes d'autorégulation). 3

# II. INTERMÉDIAIRES FINANCIERS

## A. Généralités

4 Lors de la création de la LBA, le législateur a été confronté au défi d'identifier les prestataires de services vulnérables aux actes de dissimulation et de les désigner de la manière la plus concise possible. Il a choisi la notion d'**intermédiaire financier**. Ce terme désigne, d'une part, le secteur financier et monétaire et, d'autre part, l'ensemble des professionnels de l'argent et de la banque travaillant dans ce domaine. Un « intermédiaire » est une personne qui joue le rôle d'intermédiaire. Les intermédiaires financiers sont donc, d'après le texte, des personnes appartenant au secteur financier qui sont intermédiaires dans des transactions et qui agissent à ce titre pour des tiers.

5 La notion d'intermédiaire financier est pratique car, d'une part, elle est ouverte et peu concrète et, d'autre part, elle a une certaine prégnance. Il résulte toutefois du **flou de la définition** de l'art. 2 al. 3 LBA (cf. infra, n. 7 ss, ainsi que le commentaire de l'art. 2 al. 3 LBA) un degré délicat d'insécurité juridique et même, dans certains cas, une violation du niveau normatif suffisant. Le législateur se trouve face à un dilemme lorsqu'il s'agit de gérer les risques de blanchiment d'argent : il doit trouver un équilibre entre un champ d'application aussi ouvert que possible et un autre clairement défini. D'une part, la réglementation doit être adaptée de manière ciblée aux risques d'activités spécifiques et pouvoir servir de base à des interventions dans la liberté économique (et donc satisfaire aux exigences de l'art. 36 Cst.), ce qui nécessite une densité normative élevée. D'autre part, la réglementation doit tenir compte de la dynamique de développement et du potentiel d'innovation dans différents secteurs et être formulée de manière aussi ouverte que possible à cet effet. Sinon, des modifications mineures des modèles d'affaires dignes d'être assujettis pourraient conduire à une non-couverture indésirable par la LBA. Il est important que le législateur et les autorités pèsent soigneusement ces intérêts diamétralement opposés. Pour compliquer encore les choses, la tradition juridique suisse présente des lois assez légères (par rapport à la législation des pays voisins) et laisse donc sciemment une marge d'interprétation aux tribunaux et aux autorités.

6 Depuis l'entrée en vigueur de la LBA le 1er avril 1998, les intermédiaires financiers (qui étaient à l'époque la seule catégorie de prestataires de services concernés par la LBA) doivent respecter diverses **obligations**. Celles-ci

concernent, d'une part, l'obligation de documenter le cocontractant et les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales ou les détenteurs de contrôle et, d'autre part, l'obligation d'envoyer une communication en cas de soupçon afin de permettre aux autorités d'agir. La LBA n'est donc pas une loi pénale (contrairement à une opinion largement répandue chez les profanes), mais une loi d'administration économique. Quiconque enfreint la LBA s'expose à des conséquences de droit administratif (p. ex. art. 29 ss LFINMA) et, dans certains cas, de droit pénal (art. 37 et art. 38 LBA). En outre, quiconque enfreint les obligations de la LBA peut également être poursuivi pour blanchiment d'argent (art. 305bis CP) ou pour défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305ter al. 1 CP). La notion d'intermédiaire financier a perduré jusqu'à aujourd'hui. Elle a toutefois été précisée en permanence par le législateur et les ordonnances, par la pratique des autorités (au début par l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, puis par la FINMA depuis le 1er janvier 2009) et par la jurisprudence ; elle a tendance à s'élargir continuellement, mais aussi à se restreindre ponctuellement.

## B. Définition et systématique

Les intermédiaires financiers sont mentionnés à l'art. 2 al. 1 let. a LBA et décrits à l'art. 2 al. 2 et 3 LBA. Dans la doctrine et la pratique, les intermédiaires financiers sont désignés différemment selon l'art. 2 al. 2 et 3 LBA. Les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 LBA sont par exemple désignés comme « intermédiaires financiers au sens strict » et les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 3 LBA comme « intermédiaires financiers au sens large » ou comme « autres intermédiaires financiers ». Officiellement, le législateur, le Tribunal fédéral et la FINMA utilisent les termes « intermédiaires financiers soumis à une surveillance selon une loi spéciale » pour désigner les intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 2 LBA et « intermédiaires financiers qui ne sont pas soumis à une surveillance selon une loi spéciale » pour désigner les intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 3 LBA. A notre avis, ces désignations sont toutefois imprécises ou ne sont plus correctes. La différence entre les deux catégories d'intermédiaires financiers réside dans le fait que les **intermédiaires financiers** visés par l'art. 2 al. 2 LBA sont soumis à **une surveillance prudentielle**, c'est-à-dire qu'ils doivent se conformer à d'autres lois sur les marchés financiers en plus de la LBA (p. ex. la LEFin, la LFID ou la LB). Selon l'avis défendu ici, la notion la plus précise

7

est donc celle d'« intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle » (art. 2 al. 2 LBA). Les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA sont en revanche soumis à la surveillance d'organismes d'autorégulation et ne font pas l'objet d'une surveillance prudentielle, mais uniquement d'une surveillance au regard des dispositions de la LBA. Ils devraient donc être désignés comme « intermédiaires financiers non soumis à une surveillance prudentielle » ou comme « **intermédiaires financiers soumis à la surveillance d'organismes d'autorégulation** ».

8 Les intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle sont énumérés de manière exhaustive à l'art. 2 al. 2 let. a-g LBA. L'**énumération** des intermédiaires financiers non soumis à une surveillance prudentielle à l'art. 2 al. 3 let. a-e LBA n'est en revanche pas exhaustive, car l'art. 2 al. 3 LBA contient une clause générale et l'énumération qui suit est introduite par le mot « notamment ». La clause générale offre une marge de manœuvre permettant d'inclure dans la LBA de nouvelles activités et prestations de services, pour autant que certains critères soient remplis.

9 Selon la **clause générale** de l'art. 2 al. 3 LBA, les intermédiaires financiers sont des personnes qui, à titre professionnel, acceptent ou gardent en dépôt des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers ou aident à les placer ou à les transférer. Selon l'opinion défendue ici (et probablement dominante), cette définition est déterminante pour tous les intermédiaires financiers soumis à la LBA, y compris ceux visés à l'art. 2 al. 2 LBA. L'activité professionnelle est définie aux art. 7 ss. OBA concrétisent cette notion. La notion d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA est encore précisée dans la Circ.-FINMA 2011/1, où la FINMA publie son interprétation de cette notion. La circulaire ne peut donner que des informations sur l'application et l'interprétation des autorités, mais ne doit pas contenir de dispositions fixant des règles de droit, car les circulaires sont ce que l'on appelle des ordonnances administratives. La Circulaire FINMA 2011/1 doit être actualisée depuis un certain temps, notamment parce que certaines dispositions de lois et d'ordonnances qui y sont référencées ont été modifiées entre-temps.

## C. Exceptions

10 Il existe d'innombrables exceptions au champ d'application de la LBA. Au **niveau de la loi**, il convient de se référer à l'art. 2 al. 4 LBA et au commentaire de ces dispositions. En résumé, les personnes suivantes ne sont

pas concernées par la LBA : la Banque nationale suisse (let. a) ; les institutions de prévoyance professionnelle exonérées d'impôt (let. b) ; les personnes qui fournissent leurs services exclusivement à des institutions de prévoyance professionnelle exonérées d'impôt (let. c) ; les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA qui fournissent leurs services exclusivement à des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 LBA ou à des intermédiaires financiers étrangers soumis à une surveillance équivalente à celle de ces derniers (let. d) ; ainsi que les Limited Qualified Investor Funds (L-QIF) revêtant la forme juridique d'une société d'investissement à capital variable (SICAV) ou d'une société en commandite de placements collectifs (SCPC), lorsque l'établissement chargé de la gestion en vertu de l'art. 118h al. 1, 2 ou 4 LPCC se charge de l'exécution des obligations contenues dans la présente loi (let. e).

D'autres exceptions au champ d'application sont prévues au **niveau de l'ordonnance** à l'art. 2 al. 2 OBA. En conséquence, les personnes qui exercent les activités suivantes ne sont pas non plus des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA et sont exclues de la LBA : Le transport ou la conservation purement physique de valeurs patrimoniales sous réserve de l'art. 6 al. 1 let. c OBA (let. a ch. 1), l'activité d'encaissement (let. a ch. 2), le transfert de valeurs patrimoniales à titre de prestation accessoire à une prestation contractuelle principale (let. a ch. 3), la gestion d'institutions de prévoyance du pilier 3a par des fondations bancaires ou des assurances (let. a ch. 4), la fourniture de services entre sociétés du groupe (let. a ch. 5) ainsi que, sous réserve du respect de certaines conditions, l'activité d'auxiliaire d'un intermédiaire financier (let. b). Ces exceptions sont encore concrétisées dans la circulaire FINMA 2011/1. 11

## D. Délimitations

La notion d'intermédiaire financier doit être clairement délimitée par rapport à celle de **négociant** (voir N. 18 ss. ci-après). Une personne ne peut pas être à la fois intermédiaire financier et commerçant pour une activité ou un service. Si elle est intermédiaire financier et négociant (p. ex. parce qu'elle fait le commerce de titres titrisés et remplit donc *de facto* aussi bien les conditions de l'art. 2 al. 3 let. c LBA que celles de l'art. 2 al. 1 let. b LBA), elle doit respecter les obligations applicables aux intermédiaires financiers. En d'autres termes, les dispositions relatives aux négociants sont subsidiaires par rapport 12

aux dispositions relatives aux intermédiaires financiers. Les négociants agissent généralement pour leur propre compte ; or, les négociants pour propre compte ne sont généralement pas des intermédiaires financiers, sauf s'ils font le commerce de billets de banque et de pièces de monnaie, d'instruments du marché monétaire, de devises, de métaux précieux, de matières premières et de valeurs mobilières (papiers-valeurs et droits-valeurs) ainsi que de leurs dérivés (art. 2 al. 3 let. c LBA). En conséquence, le potentiel de recoupements entre les dispositions relatives aux négociants et celles relatives aux intermédiaires financiers est limité.

13 De même, il convient de faire une distinction entre les **prestataires de services financiers** selon la LIDE et les établissements financiers selon la LEFin : Tous les prestataires de services financiers ne tombent pas sous le coup de la LBA, mais seulement ceux qui fournissent une activité d'intermédiaire financier. En revanche, les établissements financiers tels que les gestionnaires de fortune, les trustees, les maisons de titres et les directions de fonds tombent toujours sous le coup de la LBA en raison du renvoi de l'art. 2 al. 2 let.$^{abis}$, b et d LBA et sont des intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle. La LIDF se rattache à son tour à la notion d'intermédiaire financier dans les dispositions relatives à la segmentation de la clientèle (art. 4 al. 3 let. a LIDF).

14 L'infraction de défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. $^{305ter}$, al. 1, CP) contient une définition du cercle des auteurs qui correspond à la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA. Le CP n'utilise toutefois pas la notion d'intermédiaire financier.

## E. Obligations

15 Les intermédiaires financiers sont soumis aux obligations définies dans la loi. Celles-ci se subdivisent en **obligations de diligence** (art. 3 ss LBA), telles que la vérification de l'identité du cocontractant (art. 3 LBA), l'identification de l'ayant droit économique (art. 4 LBA), la réidentification ou l'identification de l'ayant droit économique (art. 5 LBA), les obligations particulières de diligence (art. 6 LBA), l'obligation de documenter (art. 7 LBA) et les mesures organisationnelles (art. 8 LBA). Les obligations de diligence doivent être respectées en tout temps.

Il existe en outre **des obligations** qui ne s'appliquent qu' **en cas de soupçon de blanchiment d'argent** . Il s'agit de l'obligation de communiquer (art. 9, al. 1, LBA), avec des règles spéciales concernant les ordres de clients (art. 9a LBA) et la rupture de la relation d'affaires (art. 9b LBA), le blocage des avoirs (art. 10 LBA) et l'interdiction d'informer (art. 10a LBA). 16

La LBA connaît différents **concepts de surveillance**: Les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2, LBA sont surveillés par une **autorité fédérale** (p. ex. la FINMA ou la CFMJ, cf. art. 12 LBA). Pour les gestionnaires de fortune et les trustees selon la LFINMA (art. 2 al. 2 let.$^{abis}$ LBA), la surveillance courante s'effectue avec le concours d'une organisation de surveillance, elle-même autorisée et surveillée par la FINMA (art. 61 al. 1 et 2 LFINMA). La surveillance est prudentielle, c'est-à-dire qu'elle se réfère à un grand nombre de lois sur les marchés financiers et pas seulement à la LBA. La FINMA peut ouvrir des procédures d'enforcement contre les intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 2 LBA et prendre les mesures prévues aux art. 29 ss. LFINMA, en cas de violation des obligations LBA. 17

Les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 3 LBA sont en revanche surveillés par des **organismes d'autorégulation** (cf. art. 12 let. c en relation avec l'art. 24 LBA) et ne sont soumis qu'à la LBA en tant que seule loi sur les marchés financiers. En cas de violation de la LBA ou du règlement de l'organisme d'autorégulation, ce sont en principe les mesures prévues dans le règlement de l'organisme d'autorégulation qui s'appliquent (p. ex. blâme ou exclusion). Toutefois, quiconque exerce une activité d'intermédiaire financier sans être affilié à un organisme d'autorégulation peut, en vertu de l'art. 20 al. 1 LBA, également faire l'objet de mesures d'enforcement de la part de la FINMA au sens des art. 29 ss LBA. LFINMA. 18

## III. NÉGOCIANTS

### A. Généralités

Jusqu'au 31 décembre 2015, la LBA s'appliquait exclusivement aux intermédiaires financiers. Au 1er janvier 2016, ce paradigme en vigueur depuis près de 16 ans a été modifié : Les négociants ont été ajoutés à l'art. 2, al. 1, let. b LBA dans le cadre de la loi fédérale du 12 décembre 2014 dite de mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012. En englobant les négociants et en supprimant le passage « dans le secteur 19

financier » dans le titre de la LBA au 1er janvier 2016, le champ d'application de la LBA (notons qu'il s'agit d'une loi sur les marchés financiers selon l'art. 1 al. 1 let. f LFINMA) a été délibérément étendu aux **activités ne relevant pas du domaine financier**. Dans le titre relatif aux obligations de la LBA, la mention « pour les intermédiaires financiers » a en outre été supprimée. Les critiques craignaient (à juste titre selon moi) que la « boîte de Pandore » soit ouverte si, avec les négociants, un corps étranger était pour la première fois concerné par la LBA. Une tendance qui se poursuit (ce qui était déjà prévisible à l'époque).

20 Alors que les recommandations du **GAFI**, même dans leur version actuelle, n'englobent pas nécessairement tous les commerçants, mais seulement les négociants en métaux précieux et en pierres précieuses qui acceptent des espèces d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros, l'**UE** avait déjà pris une voie plus stricte avec la troisième directive sur le blanchiment d'argent (directive 2005/60/CE) et soumettait les négociants en biens à certaines obligations de diligence lorsque le montant de la transaction dépassait 15 000 euros. Ce seuil a été abaissé à 10 000 euros par la quatrième directive sur le blanchiment d'argent (directive (UE) 2015/849). Dans l'UE, les paiements en espèces seront même plafonnés à l'avenir. L'UE se méfie ainsi de l'achat de biens en espèces, quelle que soit leur catégorie, tandis que le GAFI laisse aux États le soin de définir, outre les métaux précieux et les pierres précieuses, d'autres biens pour lesquels des obligations sont introduites pour la vente en espèces.

21 La proposition initiale du Conseil fédéral prévoyait d'introduire une interdiction de l'argent liquide pour les montants supérieurs à 100 000 francs. Cette proposition a été rejetée par le Parlement. Lors des débats parlementaires, les parlementaires se sont mis d'accord pour prévoir des obligations de diligence pour les commerçants au lieu d'interdire les paiements en espèces pour les montants supérieurs à 100 000 francs. Les paiements en espèces restent donc possibles sans restriction jusqu'à nouvel ordre. Cette **solution de compromis** est parfois critiquée comme étant « en demi-teinte » (cf. également le commentaire de l'art. 38 n. 13 s.), mais elle est également saluée.

## B. Notion et systématique

En termes simples, l'assujettissement des commerçants sert à empêcher les organisations criminelles de convertir de l'argent d'origine criminelle en marchandises (de luxe). D'un point de vue **matériel**, l'art. 2, al. 1, let. b LBA considère comme commerçant toute personne qui fait le commerce de biens à titre professionnel et qui, ce faisant, accepte de l'argent liquide. Cela ne signifie toutefois pas que tout commerçant est couvert par la LBA : Seules les personnes qui acceptent des espèces d'un montant supérieur à 100 000 francs dans le cadre d'une activité commerciale en tant que marchand de biens tombent sous le coup de la LBA (cf. art. 8a, al. 1, LBA). Une transaction d'achat de plus de 100 000 francs est suffisante pour déclencher l'application de la LBA. Un échelonnement du prix d'achat en plusieurs tranches inférieures à 100 000.01 entraîne également l'assujettissement du commerçant (art. 8a al. 3 LBA) : Dès que plusieurs transactions entre les mêmes parties sont étroitement liées dans le temps ou économiquement, il y a addition des montants partiels, ce qui peut conduire à l'assujettissement du vendeur en tant que commerçant. Selon l'art. 15 OBA, les biens sont des choses mobilières ou immobilières qui peuvent faire l'objet d'une vente mobilière ou d'une vente immobilière. Cela exclut les créances et les droits-valeurs, à moins qu'ils ne soient attestés par un document. En outre, il doit s'agir d'une opération de vente ou de commission au cours de laquelle le commerçant cède au moins un « bien » au sens précité. Les contrats d'entreprise ou de prestation de services ne sont pas concernés. Le commerçant doit accepter des espèces. L'argent liquide comprend tous les moyens de paiement légaux avec cours forcé, c'est-à-dire les pièces de monnaie émises par la Confédération et les billets de banque émis par la Banque nationale suisse (art. 2 LUMMP). Les monnaies étrangères qui circulent en tant que moyens de paiement physiques font également partie de l'argent liquide selon l'art. 2, al. 1, let. b LBA. Si le prix d'achat est reçu par un intermédiaire financier (et non directement par le commerçant), les dispositions de la LBA relatives aux commerçants ne s'appliquent pas aux commerçants de biens (art. 8a, al. 4, LBA). Les commerçants ont donc le choix : soit ils acceptent l'argent liquide et doivent satisfaire aux obligations de la LBA, soit ils convainquent leurs clients de régler leur dette par l'intermédiaire d'un intermédiaire financier (par ex. au moyen d'un virement bancaire). L'activité du commerçant doit être commerciale, c'est-à-dire que la vente doit être liée à une activité économique indépendante visant une acquisition durable (art. 14, al. 1, OBA). 22

Il est toutefois sans importance (contrairement à certaines activités d'intermédiation financière) que l'activité soit accessoire ou non (art. 14 al. 2 OBA).

23 D'un point de vue **personnel**, les personnes physiques et morales sont considérées comme des négociants. Il s'agit en premier lieu de négociants personnels qui effectuent des opérations d'achat en leur propre nom et pour leur propre compte (éventuellement par l'intermédiaire d'auxiliaires). Toutefois, selon l'art. 13 OBA, les personnes qui concluent un contrat de vente sur ordre et pour le compte d'un tiers, et donc en tant que représentants indirects, sont également considérées comme des commerçants. L'art. 13 OBA doit être compris dans le sens où les personnes qui concluent des contrats de vente en leur propre nom, mais pour le compte d'un tiers (vente à des tiers), sont elles-mêmes considérées comme des commerçants au sens de la LBA. Selon la volonté de l'auteur de l'ordonnance, cette disposition doit notamment s'appliquer aux commissaires-priseurs et aux maisons de vente aux enchères qui effectuent l'opération de vente pour le compte de l'aliénateur d'un objet. Le recours à des tiers au sens de l'art. 16 OBA doit être distingué de la vente à des tiers. Dans ce cas de figure, le tiers agit au nom d'un tiers, est appelé uniquement pour l'exécution de la transaction d'achat et ne peut donc pas être qualifié de commerçant. Il n'est pas soumis à la LBA. Il est plutôt de la responsabilité du commerçant de s'assurer que les obligations de diligence au sens de l'art. 8a LBA sont respectées par le tiers mandaté (art. 16 OBA). Cette obligation est une sorte de « responsabilité du chef d'entreprise ». Si une vente a lieu sur mandat d'un tiers, il s'agit en général d'une opération de commission (art. 425 CO). Comme le commissionnaire procède à des achats et à des ventes en son propre nom, mais pour le compte du commettant, il est soumis aux dispositions relatives aux commerçants, conformément à l'art. 13 OBA. En revanche, les courtiers (art. 412 ss. CO) ne sont pas concernés, car ils se contentent de prouver l'opportunité de conclure un contrat ou de servir d'intermédiaire pour la conclusion d'un contrat, sans être eux-mêmes parties au contrat. Conformément à ces explications, il faudrait à mon avis appliquer par analogie au contrat d'agence (art. 418a ss. CO) le fait que les agents au sens de l'art. 16 OBA doivent être qualifiés d'auxiliaires d'un commerçant, lequel est responsable du respect par les agents des obligations de diligence selon l'art. 8a LBA. A mon avis, les agents eux-mêmes ne doivent toutefois pas être qualifiés de commerçants, car ils n'acceptent pas d'argent liquide ou ne concluent pas d'actes juridiques en leur nom propre, mais au nom d'un tiers.

En présence d'un mandat (art. 394 ss. CO), le mandataire agit toujours pour le compte et aux risques du mandant. En conséquence, la question de savoir si le mandataire agit en son propre nom ou au nom d'un tiers détermine son éventuelle qualification de commerçant. En principe, les deux cas de figure sont possibles dans le droit du mandat. Les actes juridiques peuvent également faire l'objet d'une gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss. CO). Dans un tel cas, le gérant agit toujours en son propre nom, raison pour laquelle il peut, à mon avis, être considéré comme un distributeur. En présence d'un contrat de distribution exclusive, le représentant exclusif agit en son propre nom et pour son propre compte ; il est donc à mon avis lui-même considéré comme commerçant, sans que les art. 13 et 16 OBA ne s'appliquent. Ces explications sont également valables pour le brocanteur dans un contrat de brocante, qui agit lui aussi toujours en son propre nom et pour son propre compte.

## C. Obligations

Contrairement aux intermédiaires financiers, qui doivent respecter un grand nombre d'obligations prévues par la LBA, les commerçants ne sont soumis qu'aux **obligations de diligence** mentionnées à l'art. 8a, al. 1, LBA (conformément au risque plus faible par rapport à la plupart des intermédiaires financiers). Il s'agit de l'identification du cocontractant (art. 3, al. 1, LBA), de l'identification de l'ayant droit économique (art. 4, al. 1 et 2, let. a et b, LBA) et de l'obligation de documentation (art. 7 LBA). Pour ces obligations, la loi renvoie expressément aux obligations qui s'appliquent aux intermédiaires financiers. Il ne faut partir du principe qu'il existe des dérogations pour les négociants que si des règles différentes sont expressément définies pour eux dans la loi ou dans les ordonnances. Nous renvoyons ici au commentaire de l'art. 8a LBA. 24

Les commerçants ont en outre une **obligation de communiquer** en cas de soupçons au sens de l'art. 9, al. $^{1bis}$, LBA. Les motifs qui déclenchent l'obligation de communiquer sont identiques à ceux de l'art. 9, al. 1, let. a, ch. 1 à 4 LBA. Les commerçants sont également soumis à l'interdiction d'informer après avoir fait une communication (art. 10a, al. 5, LBA). La violation de l'obligation de communiquer entraîne des conséquences pénales (art. 37 LBA). Nous renvoyons ici aux commentaires relatifs aux art. 9, 10a et 37 LBA. 25

26 Les négociants n'étant surveillés ni par une autorité fédérale comme la FINMA ni par un organisme d'autorégulation, ils sont soumis à une **obligation de contrôle**. Ils doivent mandater une entreprise de révision qui vérifie s'ils respectent les obligations qui leur incombent en vertu du chapitre 2 de la loi (art. 15, al. 1, LBA). La violation de l'obligation prévue à l'art. 15, al. 1, LBA entraîne des conséquences pénales (art. 38 LBA). Nous renvoyons ici aux commentaires relatifs à l'art. 15 et à l'art. 38 LBA.

## IV. CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DE LA LBA

27 Au niveau de la loi, on ne trouve aucun commentaire sur le champ d'application territorial de la LBA. L'art. 2 OBA contient toutefois des dispositions à ce sujet. L'art. 2, al. 1, let. a et b, OBA stipule que les intermédiaires financiers (selon l'art. 2, al. 2 et al. 3, LBA) et les négociants (selon l'art. 2, al. 1, let. b, LBA) doivent être **actifs en Suisse ou à partir de la Suisse** pour être soumis à l'OBA. Le champ d'application décrit dans l'OBA se réfère en fait uniquement au champ d'application de l'OBA. Selon le point de vue défendu ici, il est toutefois judicieux d'appliquer la description du champ d'application territorial également à la LBA en tant que telle. Selon l'art. 5 OBA-FINMA, la LBA a un effet de rayonnement pour les succursales ou les sociétés de groupe à l'étranger - l'intermédiaire financier doit veiller à ce que de telles sociétés respectent les principes énoncés dans l'OBA-FINMA. En outre, les risques doivent être surveillés globalement conformément à l'art. 6 OBA-FINMA.

28 La **Circ.-FINMA 2011/1** explique comment la FINMA interprète le champ d'application géographique. Selon ce dernier, une personne est active en Suisse ou à partir de la Suisse si elle est domiciliée en Suisse ou inscrite au registre du commerce ; ou si elle emploie en Suisse des personnes qui exercent pour elle en permanence en Suisse ou à partir de la Suisse des activités soumises à la LBA ou qui peuvent l'obliger juridiquement à le faire (succursale de fait). Entrent dans cette catégorie les bureaux de sociétés constituées selon le droit étranger et dont le siège principal est à l'étranger, mais qui exercent ici une activité soumise à autorisation sans avoir formellement créé une succursale. Les personnes qui aident durablement l'intermédiaire financier étranger à exercer en Suisse ou à partir de la Suisse des éléments essentiels de l'activité d'intermédiation financière, par exemple en recevant ou en remettant des valeurs patrimoniales ou en fournissant le

service d'intermédiation financière, relèvent également de la notion de succursale de fait. La pratique publiée de la FINMA ne précise pas quelle durée est nécessaire pour que l'établissement soit considéré comme une succursale de fait - le caractère durable est toutefois explicitement requis. Dans la pratique, il existe une grande incertitude à ce sujet. A mon avis, il est toutefois nécessaire qu'un certain seuil soit dépassé, tant en ce qui concerne la durée absolue que la régularité de la présence. Selon la pratique de la FINMA, les faits suivants, par exemple, entrent dans le champ d'application territorial de la LBA : (i) un Money Transmitter étranger utilise un réseau d'agents en Suisse qui reçoivent ou versent des fonds en son nom ; (ii) une société étrangère émet des cartes prépayées et les distribue par le biais d'un point de vente en Suisse ; (iii) une personne conclut en Suisse des contrats de crédit avec des clients pour une société étrangère ou reçoit des remboursements pour celle-ci sur la base d'un contrat de crédit. En revanche, selon la pratique de la FINMA, les faits suivants ne relèvent pas du champ d'application territorial de la LBA : (i) un gérant de fortune autorisé et actif à l'étranger est autorisé par son client à disposer des valeurs patrimoniales déposées sur un compte bancaire suisse ; (ii) un négociant en billets de banque autorisé et actif à l'étranger fournit des billets de banque à un client en Suisse ; (iii) un intermédiaire financier autorisé et actif à l'étranger propose des prestations d'intermédiation financière en Suisse exclusivement par Internet ou par d'autres canaux électroniques ; (iv) un gérant de fortune étranger vient temporairement en Suisse pour y servir ses clients.

A l'inverse, on peut donc affirmer que les activités exercées exclusivement au-delà des frontières suisses depuis l'étranger pour des clients en Suisse (« **cross-border** ») ne déclenchent pas d'assujettissement à la LBA. 29

Les commerçants sont en principe soumis aux mêmes règles que les intermédiaires financiers (cf. libellé de l'art. 2, al. 1, let. b, OBA). Toutefois, selon le Conseil fédéral, ce n'est pas le siège/domicile du négociant ou la permanence de sa présence en Suisse qui est déterminant, mais le **lieu d'exécution**. Selon ce point de vue, dès qu'un commerçant accepte plus de 100 000 francs en espèces dans le cadre d'une transaction effectuée en Suisse, les éléments constitutifs de l'art. 8a LBA seraient remplis et les obligations LBA correspondantes devraient être remplies par le vendeur, même s'il s'est déplacé depuis l'étranger. Cette conception est en partie saluée par la doctrine ou ne fait pas l'objet de critiques supplémentaires, mais elle est 30

aussi en partie critiquée. La critique porte surtout sur le fait que le lieu de l'exécution est un critère de rattachement faible. En outre, il serait absurde de prévoir des règles plus strictes pour les négociants (qui présentent généralement un risque plus faible que la plupart des intermédiaires financiers). En outre, il est impossible d'imposer les obligations LBA aux commerçants qui n'ont pas leur domicile ou leur siège en Suisse et de les faire respecter. Il serait notamment absurde de charger une société d'audit de vérifier le droit suisse. Il convient d'être d'accord avec cela.

31 De manière générale, il serait souhaitable que le champ d'application territorial soit concrétisé plus précisément et défini au niveau de la loi. Cela serait nécessaire en raison de l'exigence d'un niveau normatif suffisant pour les atteintes graves à la liberté économique (cf. art. 36, al. 1, Cst.).

## V. PERSPECTIVES D'AVENIR : ÉVENTUELLEMENT, NOUVELLE EXTENSION DU CERCLE DES DESTINATAIRES

32 Les recommandations du GAFI exigent que certaines prestations de conseil soient couvertes par le droit sur le blanchiment d'argent (voir recommandation 22 [Due Diligence], recommandation 23 [Obligations de communiquer] ainsi que recommandation 28 [Surveillance]). Après que des démarches similaires ont été lancées en Suisse en 2019, mais ont finalement échoué au Parlement, un projet visant à renforcer la lutte contre le blanchiment d'argent a été mis en consultation à l'automne 2023. Le résultat (provisoire) est le message relatif à la loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques. Outre la création d'un registre de transparence (à introduire par la loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques, abrégée LTIP), les « **conseillers** » doivent désormais être considérés comme un groupe de destinataires distinct par la LBA. Les conseillers sont d'une part des avocats, des notaires et d'autres prestataires de services qui proposent des conseils juridiques ou comptables lorsqu'ils participent à titre professionnel à la planification ou à l'exécution d'une opération couverte pour des clients. Les transactions couvertes seraient par exemple une transaction d'achat de terrain ; la création ou la gestion/ administration d'une société, d'une fondation ou d'un trust ; l'organisation de la collecte de fonds d'une société ; ainsi que l'achat et la vente d'une société. Une exception à l'obligation de déclaration est prévue pour les professions

soumises au secret professionnel. D'autre part, tout autre prestataire de services est un « conseiller » lorsqu'il crée une société, une fondation ou un trust ; lorsqu'il fournit un domicile ou des locaux à une société, une fondation ou un trust ; ou lorsqu'il agit en tant qu'actionnaire à titre fiduciaire. Bien que le projet réponde aux recommandations du GAFI, il fait l'objet de **critiques** véhémentes, notamment de la part de diverses associations professionnelles.

## BIBLIOGRAPHIE

Burckhardt Peter/Hösli Andreas, Neue strafrechtliche Risiken für Händler bei Barzahlungen über CHF 100‘000, in: Jusletter vom 1.2.2016.

De Capitani Werner, Kommentierung zu Art. 2 GwG, in: Schmidt Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich et al. 2007 (zit. KEOVG II-De Capitani, Art. 2 GwG).

Hilf Marianne, Kommentierung zu Art. 38, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Hilf, Art. 38 GwG).

Kunz Michael, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, die Geldwäschereiprävention verlässt den Finanzsektor, in: Jusletter vom 23.2.2015 (zit. Kunz, Jusletter 23.2.2015).

Lutz Peter, Die Anwaltschaft zwischen Berufsgeheimnis und Aufsichtszwang – eine Fahrt zwischen Skylla und Charybdis, 12. Zürcher Tagung zur Geldwäschereibekämpfung, Europa Institut der Universität Zürich, 1.10.2024.

Nagel Thomas, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Zürich et al. 2020 (zit. Nagel, Geltungsbereich).

Nagel Thomas, Gesetzesentwurf für das Transparenzregister, Jusletter vom 2.12.2024 (zit. Nagel, Jusletter).

Nagel Thomas, Vernehmlassungsvorlage zur Stärkung der Geldwäscherei-Bekämpfung bzw. Transparenzregister: Würdigung des Vorentwurfs, RRCO 6 (2023), S. 1–4 (zit. Nagel, RRCO 6/2023).

Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 1 lit. a, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Peyer, Art. 2 Abs. 1 lit. a GwG).

Ramelet Nicolas, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 1 lit. b, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Ramelet, Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG).

Ramelet Nicolas, Sorgfaltspflichten für «Händler» – Auslegeordnung einer Kompromisslösung, AJP 2015, S. 1160–1167 (zit. Ramelet, AJP 2015).

Schären Simon, Kommentierung zu Art. 2, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Schären, Art. 2 GwG).

Schott Ansgar/Kessler Martina A., Kommentierung zu Art. 8a, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Schott/Kessler, Art. 8a GwG).

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 2, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (GwG), 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK-Wyss, Art. 2 GwG).

Zysset Pascal/Nagel Thomas, Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes, GesKR 2018, S. 140–155.

## MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin Nationalrat 2014, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/NR_4916_1412.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. AB 2014 NR).

Amtliches Bulletin Ständerat 2014, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR_4916_1412.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. AB 2014 SR).

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 31.8.2024 (zit. Botschaft GwG 2019).

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 31. August 2024 (zit. Botschaft GwG 1996).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen, nicht datiert (Vorabdruck), 2024, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/87770.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. Botschaft TJPG 2024).

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBl 2014 605 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/100/de, zuletzt besucht am 31.8.2024 (zit. Botschaft GAFI 2013).

Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBl 2007 6295 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/938/de, besucht am 31.8.2024 (zit. Botschaft GAFI 2007).

Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vom 11.11.2015, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/41723.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. Erläuterungsbericht GwV 2015).

EXPERTsuisse, Ausgewählte Fragen und Antworten zu den Auswirkungen der Anpassungen des Geldwäschereigesetzes auf die Prüfung von Händlerinnen und Händlern, 23.6.2016 (zit. EXPERTsuisse).

FINMA, Rundschreiben 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG: Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV), 20.10.2010, zuletzt geändert am 4.11.2020, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2011-01-01-01-2017.pdf?sc_lang=de&hash=C13E76F1B7CE20DFB9B822526B383187, besucht am 31.8.2024 (zit. FINMA-RS 2011/1).

GAFI/FATF, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation vom 16.2.2012, aktualisiert im November 2023, abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf, zuletzt besucht am 31.8.2024 (zit. GAFI-Empfehlungen).

Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG: Der Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor, 29.10.2008 (mittlerweile ausser Kraft gesetzt), abrufbar unter https://www.finma.ch/FinmaArchiv/gwg/d/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/59402.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. Kst, Unterstellungskommentar).

Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) einerseits und den unterzeichnenden Banken andererseits, vom 13.6.2018, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/e/2/5/4/e254d3078d72c23dcbc13352a34223c518303ec8/SBVg_Vereinbarung_VSB_2020_DE.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. VSB 20).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 2a al. 1-2 and 4-5 LBA

Un commentaire de Florian Adank

PROPOSITION DE CITATION

Florian Adank, Commentaire de l'art. 2 al. 1-2 et 4-5 LBA, in: Damian K. Graf/ Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Adank, art. 2a al. 1-2 and 4-5 LBA N. XXX

**Art. 2*a* Définitions**

[1] Sont réputées personnes politiquement exposées au sens de la présente loi:

a. les personnes qui sont ou ont été chargées de fonctions publiques dirigeantes à l'étranger, en particulier les chefs d'État ou de gouvernement, les politiciens de haut rang au niveau national, les hauts fonctionnaires de l'administration, de la justice, de l'armée ou des partis au niveau national, les organes suprêmes d'entreprises étatiques d'importance nationale (personnes politiquement exposées à l'étranger);

b. les personnes qui sont ou ont été chargées de fonctions publiques dirigeantes au niveau national en Suisse dans la politique, l'administration, l'armée ou la justice, ainsi que les membres du conseil

d'administration ou de la direction d'entreprises étatiques d'importance nationale (personnes politiquement exposées en Suisse);

c. les personnes qui sont ou ont été chargées de fonctions dirigeantes dans des organisations intergouvernementales ou au sein de fédérations sportives internationales, en particulier les secrétaires généraux, les directeurs, les sous-directeurs, les membres du conseil d'administration, ou les personnes exerçant d'autres fonctions équivalentes (personnes politiquement exposées au sein d'organisations internationales).

[2] Sont réputées proches de personnes politiquement exposées les personnes physiques qui, de manière reconnaissable, sont proches des personnes au sens de l'al. 1 pour des raisons familiales, personnelles ou relevant de relations d'affaires.

[4] Les personnes politiquement exposées en Suisse ne sont plus considérées comme politiquement exposées au sens de la présente loi 18 mois après qu'elles ont cessé d'exercer leur fonction. Les obligations de diligence générales des intermédiaires financiers restent réservées.

[5] On entend par fédérations sportives internationales au sens de l'al. 1, let. c, les organisations non gouvernementales reconnues par le Comité International Olympique qui administrent un ou plusieurs sports officiels sur le plan mondial, ainsi que le Comité International Olympique.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Historique ..... 28
A. Idée de base ..... 28
B. Développement international ..... 29
C. Le «Supervisors' PEP Working Paper 2001» ..... 29
D. Les «Principes Wolfsberg AML» ..... 30
E. Les «obligations de diligence des banques lors de la vérification de l'identité des clients» ..... 31
F. La «Convention des Nations Unies contre la corruption» ..... 31
G. Les recommandations du GAFI de 2003 ..... 32
H. La recommandation du GAFI de 2012 : PPE nationales et PPE au sein d'organisations internationales ..... 33
I. Le concept de PPE dans l'Union européenne ..... 34
J. Le concept de PPE en Suisse ..... 35
II. Éléments du concept PPE ..... 36
III. PPE étrangères ..... 38
A. Une fonction publique dirigeante au niveau national ..... 38
B. Organes suprêmes d'entreprises publiques d'importance nationale ..... 40
IV. PPE nationales ..... 42
V. Organisations intergouvernementales ..... 44
VI. Fédérations sportives internationales ..... 45
VII. Personnes proches ..... 46
VIII. Fin du statut de PPE ..... 49
Bibliographie ..... 50
Matériaux ..... 52

# I. HISTORIQUE

## A. Idée de base

1 L'art. 2a LBA met en œuvre la recommandation formulée en 2012 par le Groupe d'action financière (GAFI). La loi fédérale a été adoptée le 12 décembre 2014 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2016. Cet article définit le terme de **personne politiquement exposée** (ci-après «**PPE**») au niveau législatif.

2 Au moment de l'adoption de la loi, le concept de PPE n'était pas nouveau. Cependant, il n'était pas réglementé de manière uniforme dans la législation. Avant l'adoption de la loi, le terme PEP était défini à l'art. 2 al. 1 let. a ch. 1 et 2 OBA-FINMA et à l'art. 10 al. 4 let. a et b de l'ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu sur le blanchiment d'argent (OBA-CFMJ). L'OBA-FINMA s'adressait aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 LBA, aux gestionnaires de fortune collective, aux institutions d'assurance et aux négociants en valeurs mobilières, ainsi qu'aux intermédiaires financiers directement soumis (IFDS) au sens de l'art. 2 al. 3 LBA. L'OBA-CFMJ s'adressait aux maisons de jeu au sens de l'art. 2 al. 2 let. e LBA. La définition n'était pas applicable aux membres d'organismes d'autorégulation auxquels ni l'OBA-FINMA ni l'OBA-CFMJ ne s'appliquaient. La réglementation au niveau législatif a donc permis, à partir de 2016, une réglementation **contraignante et uniforme de la notion pour tous les intermédiaires financiers**.

3 Les PPE ne peuvent être que des personnes physiques. En raison de leur position ou de leur fonction, elles ont une influence au sein de l'appareil d'État et ont accès à des fonds publics ou peuvent attribuer des marchés publics. Une PPE présente donc un **risque accru** d'utiliser illégalement des fonds publics à des fins privées ou de se laisser corrompre et de blanchir les fonds ainsi obtenus dans le système financier national et international. Les **membres de la famille d'une PPE ou leurs proches** peuvent aider à dissimuler les fonds ou profiter illégalement de l'influence et de la position de la PPE. Comme une PPE ou une personne qui lui est proche peut faire l'objet d'une couverture médiatique accrue, l'intermédiaire financier court un risque accru de réputation lorsqu'il entretient une relation d'affaires avec une PPE. Afin de gérer et de limiter ces risques, des institutions nationales et internationales ont défini des normes pour les intermédiaires financiers en ce

qui concerne les relations d'affaires avec les PPE. Ces mesures ont pour but de détecter une relation d'affaires avec une PPE et d'empêcher le blanchiment d'argent par le système financier national ou international.

## B. Développement international

La Suisse a joué un rôle déterminant dans l'élaboration des normes internationales relatives aux PPE. Cette évolution a été notamment motivée par des événements marquants pour la place financière suisse en lien avec les PPE. À la fin des années 1990, on a appris qu'une partie des avoirs du dictateur militaire nigérian Sani Abacha, décédé, se trouvait sur des comptes de banques suisses. C'est dans ce contexte qu'une conférence réunissant des représentants des organes de justice et de surveillance bancaire d'Allemagne, de France, de Grande-Bretagne, du Canada et de Suisse s'est tenue à Lausanne en novembre 2000 à l'initiative de la Suisse. Cette rencontre a abouti à la publication en novembre 2001 du «**Supervisors' PEP Working Paper 2001**». Ce document a posé les bases de l'identification des PPE et des mesures visant à limiter les risques qui y sont liés. 4

## C. Le «Supervisors' PEP Working Paper 2001»

Les remarques introductives du «Supervisors' PEP Working Paper 2001» ont souligné l'urgence d'une réglementation dans ce domaine. Les autorités de surveillance s'inquiètent de l'utilisation abusive du système financier par le blanchiment de capitaux illicites provenant de la corruption ou de l'utilisation illégale de fonds publics à des fins privées. Le document vise donc à aider les autorités de surveillance à identifier les clients des intermédiaires financiers particulièrement exposés aux risques mentionnés et à recommander des mesures pour limiter ces risques. Ainsi, il définit une PPE **comme une personne physique qui exerce ou a exercé une fonction publique dirigeante**, comme par exemple les chefs d'État, les politiciens de haut rang, les fonctionnaires, les représentants de la justice et de l'armée ou les membres occupant des postes de direction dans des entreprises publiques ainsi que les fonctionnaires importants d'un parti. La définition englobe expressément les personnes occupant des postes hiérarchiques élevés et non pas inférieurs ou intermédiaires. Les membres de la famille d'une PPE ou les personnes proches d'une PPE étaient certes mentionnés, mais l'évaluation des risques liés à cette relation avec la PPE n'était pas la même que pour une PPE. Ainsi, 5

le «Supervisors' PEP Working Paper 2001» a utilisé le subjonctif dans ce contexte, c'est-à-dire que les relations d'affaires avec des membres de la famille de PEP ou des personnes proches de PEP *pourraient présenter* le même risque de réputation qu'une relation d'affaires avec le PEP lui-même. La définition englobait explicitement toutes les formes juridiques contrôlées par un PEP ou pour lesquelles un PEP est l'ayant droit économique. Les contrôles habituels pour l'ouverture d'une relation d'affaires et les mesures de surveillance d'une telle relation ne correspondant pas aux risques mentionnés, le «Supervisors' PEP Working Paper 2001» a recommandé des mesures particulières pour vérifier et surveiller les relations d'affaires avec les PPE. La décision d'autoriser l'ouverture d'une relation d'affaires avec une PPE doit être prise par un membre de la direction. En outre, l'autorisation de poursuivre la relation d'affaires devait être renouvelée chaque année par le même niveau hiérarchique. Ces mesures ne concernaient toutefois que les relations d'affaires avec des PPE exerçant une fonction dans un pays autre que celui où était domicilié l'intermédiaire financier gérant le compte («PPE non résidente»). Les relations d'affaires avec une PPE exerçant une fonction dans un pays identique au domicile de l'intermédiaire financier gérant le compte («PPE locale») étaient donc expressément exclues de ces mesures.

## D. Les «Principes Wolfsberg AML»

6 En octobre 2000, le groupe de Wolfsberg, une association de 11 banques actives à l'échelle mondiale, a publié les «Principes de Wolfsberg en matière de lutte contre le blanchiment d'argent». Le groupe de Wolfsberg doit son nom au lieu de sa première réunion, le château de Wolfsberg dans le canton de Thurgovie en Suisse. L'organisation élabore et définit des règles pour le «Know Your Customer» (KYC) et des directives pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ces règles se sont imposées comme la norme dans le secteur financier international. Les «Wolfsberg AML Principles» d'octobre 2000 ont été la première publication de l'association. Dans ce document, le terme «agent public» est mentionné comme un groupe de clients pour lequel des mesures spéciales de surveillance doivent être prises en raison des risques liés à cette fonction. Les fonctions associées à ce terme sont presque identiques à celles du «Supervisors' PEP Working Paper 2001». Contrairement au «Supervisors' PEP Working Paper 2001», la définition englobait également les **membres de la famille d'un «agent public» ou les personnes qui lui sont proches**. La

définition des «Principes de Wolfsberg en matière de lutte contre le blanchiment d'argent» ne faisait aucune distinction selon que la relation d'affaires concernait un «agent public» national ou étranger. Le terme «PEP», utilisé pour la première fois dans le «Supervisors' PEP Working Paper 2001» mentionné plus haut, devait cependant s'imposer. Dans les directives qu'il a publiées sur le sujet au cours des années suivantes, le groupe de Wolfsberg a également utilisé le terme PEP. En 2003, le «Guidance on Politically Exposed Persons (PEP)» a été publié, puis en 2008 le «Frequently Asked Questions (FAQ) on Politically Exposed Persons (PEP)». Ces deux publications ont été remplacées en 2017 par le «Wolfsberg Group PEP Guidance».

## E. Les «obligations de diligence des banques lors de la vérification de l'identité des clients»

Le groupe de travail du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et des représentants de l'Association des centres offshore avait publié les «obligations de diligence des banques lors de la vérification de l'identité des clients» un mois avant le «Supervisors' PEP Working Paper 2001» mentionné. Le document publié en octobre 2001 contenait également une définition des PPE, qui reprenait déjà les fonctions mentionnées dans le «Supervisors' PEP Working Paper 2001». Cependant, elle incluait **«les personnes ou entreprises qui étaient manifestement liées à ces [c'est-à-dire une PPE]»**. La définition qui y figure a été complétée par une mention des risques liés aux relations d'affaires avec des PPE, en particulier avec celles provenant de pays où la corruption est largement répandue. 7

## F. La «Convention des Nations Unies contre la corruption»

En 2003, la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) a été adoptée à New York. La Suisse a adhéré à la CNUCC en septembre 2009. En signant cette convention, la Suisse s'engage à lutter contre la corruption. Dans ce sens, l'art. 52 al. 1 prescrit que la Suisse exige des institutions financières qu'elles «vérifient de manière plus approfondie les comptes qui sont demandés ou détenus par ou pour des personnes qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques importantes, ainsi que par les membres de leur famille et leurs partenaires proches». La convention ne contient pas de définition des PPE. Elle aborde plutôt de manière générale la corruption par 8

des personnes exerçant une fonction publique. Il existe donc un lien avec le sujet des PPE.

## G. Les recommandations du GAFI de 2003

9 L'initiative la plus importante sur le sujet des PPE est venue du Groupe d'action financière (GAFI). Le GAFI a été fondé en 1989 par les nations industrialisées les plus importantes de l'époque, à savoir l'Allemagne, la France, l'Italie, le Japon, le Canada, le Royaume-Uni et les États-Unis. Le GAFI établit des règles pour lutter contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et le financement des armes de destruction massive, qu'il publie sous forme de recommandations et met à jour en permanence. Il vérifie régulièrement le respect de ses règles dans les États membres et publie les résultats. Le GAFI compte actuellement une quarantaine d'États membres. Plus de 200 pays et juridictions se sont aujourd'hui engagés à mettre en œuvre les règles du GAFI.

10 Depuis 1990, le GAFI publie ses recommandations pour lutter contre le blanchiment d'argent. En octobre 2001, le GAFI a complété ses recommandations par des explications ou des directives supplémentaires pour lutter contre le financement du terrorisme. En raison de l'évolution constante des menaces, le GAFI a depuis lors continuellement mis à jour ses recommandations. Les 40 recommandations publiées en 2003 contenaient une définition des PPE dont la plupart des éléments étaient déjà connus. Ainsi, les exemples de fonctions importantes pour une PPE énumérés dans la définition étaient les mêmes que ceux mentionnés dans le «Supervisors' PEP Working Paper 2001» d'octobre 2001. La restriction du document du même nom, selon laquelle les PPE sont exclusivement des personnes occupant un poste élevé et non un poste intermédiaire ou inférieur, a été reprise dans la définition. La définition du GAFI se limitait à une personne **physique et à ses proches ayant une fonction importante à l'étranger**. En raison des risques connus liés aux relations d'affaires avec des PPE ou des personnes proches de PPE, le GAFI a recommandé que l'ouverture de telles relations d'affaires soit soumise à l'autorisation des membres de la direction. Contrairement au «Supervisors' PEP Working Paper 2001», le GAFI n'a pas fait de distinction, dans son évaluation des risques de réputation, entre une relation d'affaires avec une personne physique proche d'une PPE pour des raisons familiales ou autres et une relation d'affaires avec la PPE elle-même. Les relations d'affaires

avec des personnes proches de PPE comportent donc les mêmes risques de réputation qu'une relation d'affaires avec la PPE elle-même.

## H. La recommandation du GAFI de 2012 : PPE nationales et PPE au sein d'organisations internationales

Dans les explications relatives aux recommandations publiées en 2003, le GAFI a recommandé d'étendre la notion de PPE et les mesures qui y sont associées aux PPE exerçant une fonction au niveau national. Dans la mise à jour de ses 40 recommandations en février 2012, le GAFI a élargi le concept en y incluant les PPE nationales («domestic PEP»), c'est-à-dire les personnes physiques qui occupent une fonction publique importante au niveau national. Il s'agit des chefs d'État, des hommes politiques de haut rang, des fonctionnaires, des représentants de la justice et de l'armée ou des membres occupant des postes de direction dans des entreprises publiques ainsi que des fonctionnaires importants d'un parti. **La PEP nationale se distingue de la PEP étrangère par le pays qui a attribué la fonction, en tenant compte du domicile de l'intermédiaire financier avec lequel la PEP entretient une relation d'affaires**. Par exemple, une PEP exerçant une fonction en Suisse est une PEP nationale si sa banque gérant le compte se trouve également en Suisse. Si la même PPE a une banque gérant son compte à l'étranger, il s'agit d'une PPE étrangère du point de vue de la banque concernée. Tant pour la PPE à l'étranger que pour la PPE dans le pays, il s'agit de fonctions à un niveau hiérarchique supérieur et non moyen ou inférieur. Dans cette recommandation, le GAFI a également qualifié pour la première fois de PPE une personne occupant une fonction dirigeante au sein d'une organisation internationale. Dans son glossaire, le GAFI définit les organisations internationales comme des entités constituées sur la base d'un accord intergouvernemental. Leurs fonctions dirigeantes, telles que celles de directeur, de directeur adjoint ou de membre du conseil de surveillance, ou des fonctions de direction similaires, répondent aux critères de cette nouvelle catégorie. La liste des fonctions montre que, comme pour les PPE étrangères, seules les fonctions du plus haut niveau hiérarchique de l'organisation sont considérées comme des PPE. Le GAFI a justifié l'élargissement de la notion en se référant à l'article 52 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) de 2003. La convention vise de manière générale la corruption des personnes exerçant une fonction publique. Dans la directive

11

sur les PPE publiée en 2013, le GAFI a précisé que la définition des PPE devait être assimilée à celle de l'article 52 de la CNUCC.

12 La directive contenait des définitions des PPE étrangères, des PPE nationales, des personnes physiques occupant des fonctions dirigeantes dans des organisations internationales, ainsi qu'une liste des caractéristiques des personnes qui sont manifestement proches d'une PPE pour des raisons familiales ou autres. En raison du contexte culturel, le cercle des personnes qui répondent à ce critère peut aller au-delà des personnes qui sont directement apparentées à une PPE (par exemple les parents, les frères et sœurs, le partenaire et les enfants) et peut également inclure des parents éloignés (par exemple les cousins). Une personne peut également être proche d'une PPE pour d'autres raisons. Par exemple en raison de relations amoureuses ou d'affaires (par exemple, la possession commune d'une société opérationnelle). Le facteur déterminant pour l'évaluation est le risque que la personne **proche d'une PPE puisse abuser de sa relation avec la PPE pour** aider cette dernière à cacher des fonds acquis illégalement par la corruption ou à en profiter elle-même.

## I. Le concept de PPE dans l'Union européenne

13 La troisième directive de l'UE sur le blanchiment de capitaux, datant de 2005, contenait une définition des PPE et définissait des mesures pour gérer les relations d'affaires avec les PPE. Les PPE sont des personnes « qui occupent ou se sont vu confier une fonction publique importante, ainsi que les membres de leur famille proche ou des personnes connues pour leur être étroitement liées ». Ces termes ont été précisés dans la directive 2006/70/CE de la Commission européenne du 1er août 2006. Il y est ainsi précisé que seules les fonctions publiques au niveau national sont généralement considérées comme «importantes», mais que les fonctions publiques dont l'«exposition politique» est identique à une fonction similaire au niveau national peuvent également être «importantes». L'article 2 de la directive contenait une liste de fonctions dont les titulaires sont considérés comme des PPE. En faisaient partie par exemple les chefs d'État, les chefs de gouvernement, les ministres, les ministres adjoints et les secrétaires d'État, mais aussi les «membres des plus hautes juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, sauf circonstances exceptionnelles». Les dispositions excluaient expressément les fonctions de niveau intermédiaire ou

inférieur de la notion de PPE. La directive précisait également quelles personnes étaient incluses dans la notion de «membres directs de la famille». Les parents, les conjoints ou les partenaires étaient mentionnés. Une «personne connue pour être étroitement liée» était une personne qui, par exemple, était propriétaire économique d'une personne morale avec une PPE. L'ajout de « notoirement » indique que la proximité de la personne avec une PPE doit être connue du public. La directive stipule expressément qu'une « recherche active » n'est pas nécessaire. Enfin, le statut de PPE prend fin au moins un an après que la personne a quitté la fonction concernée. La quatrième directive sur le blanchiment d'argent, adoptée en 2015, a permis d'adapter les réglementations européennes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme aux recommandations du GAFI de 2012. Les dispositions de la directive 2006/70/CE de la Commission européenne du 1er août 2006 sur les PPE ont été reprises, mais complétées par «les directeurs, directeurs adjoints et membres de l'organe de direction ou exerçant une fonction similaire au sein d'une organisation internationale». La cinquième directive de l'UE sur le blanchiment d'argent a été adoptée le 30 mai 2018. L'article 20 bis de cette directive oblige les États membres et la Commission elle-même à publier des listes indiquant les différentes fonctions qui, conformément aux dispositions nationales respectives et à celles de la Commission, sont considérées comme **«fonctions publiques importantes»** et dont les titulaires sont considérés comme des PPE. Les États membres doivent également obliger les organisations nationales ayant leur siège sur le territoire de l'État membre concerné à tenir des listes de fonctions équivalentes. La Commission, les États membres et les organisations internationales présentes sur le territoire de chaque État membre sont tenus de tenir à jour et de publier les listes. La Commission a respecté le règlement en publiant la liste au niveau de l'UE en mai 2022. En novembre 2023, les États membres de l'UE ont publié les listes des principales fonctions publiques dans chaque pays.

## J. Le concept de PPE en Suisse

En Suisse, la Commission fédérale des banques (CFB) a exprimé dès 1986, à la suite de l'affaire Marcos, son attente que les relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées ne puissent être établies qu'avec l'accord de la direction générale. La CFB a précisé ses attentes dans la circulaire CFB-RS 98/1, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 1998. Elle y confère à la 14

direction «la compétence exclusive» d'autoriser les relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées et l'obligation de «contrôler régulièrement» ces relations d'affaires. La définition du terme PEP dans la circulaire était circonscrite aux personnes «exerçant des fonctions publiques importantes pour un État étranger ou aux personnes qui sont manifestement proches de ces personnes exerçant des fonctions publiques». Avec l'entrée en vigueur de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) le 1er avril 1998, les autorités de surveillance ont pu définir, à l'article 16 de la LBA, les obligations de diligence pour les intermédiaires financiers qui leur sont subordonnés. L'OBA-CFB qui en a résulté et qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2003 contenait une définition des PPE qui se limitait aux personnes **occupant des positions publiques importantes à l'étranger et à leurs proches**. Cette réglementation est restée en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 2a LBA le 1er janvier 2016.

## II. ÉLÉMENTS DU CONCEPT PPE

15 Avant l'introduction de l'art. 2a LBA, le terme PPE était défini à l'art. 2 al. 1 let. a ch. 1 et 2 aGwV-FINMA et à l'art. 10 al. 4 let. a et b aGwV-CFMJ. La définition comprenait les PPE étrangères, c'est-à-dire les personnes qui doivent être qualifiées de PPE en raison d'une fonction à l'étranger. La nouvelle disposition englobe également **les PPE nationales** et les personnes physiques occupant des fonctions dirigeantes au sein d'**organisations intergouvernementales** et d'**associations sportives internationales**.

16 **Une PPE est exclusivement une personne physique.** Les définitions des PPE de l'OBA-FINMA et de l'OBA-CFMJ incluaient également les personnes morales. Dans la pratique, cette modification n'a toutefois pas de conséquences majeures, car l'intermédiaire financier est tenu, en vertu de l'art. 4 LBA, d'identifier et de vérifier l'ayant droit économique d'une partie contractante, qui peut également être une personne morale. S'il s'avère, lors de la vérification de l'ayant droit économique d'une partie contractante, qu'il s'agit d'une PPE, des obligations de diligence accrues doivent être appliquées aux relations commerciales.

17 L'adaptation a pour conséquence que les entreprises publiques ne sont pas des PPE. Toutefois, un intermédiaire financier peut néanmoins conclure, en appliquant une approche basée sur les risques, qu'il existe des risques accrus dans le cas d'une telle entreprise. Cela peut être dû au fait qu'une personne

physique qui n'explique pas la fonction ou la mission de l'entreprise joue un rôle dans les organes de contrôle de l'entreprise. Cela peut être le cas, par exemple, si la personne est également membre de la famille régnante du pays concerné en plus de sa fonction dans l'entreprise publique. Dans ces circonstances, il peut y avoir un risque accru de corruption en raison de l'**absence d'instances de contrôle supérieures indépendantes**. En outre, les informations sur le risque de corruption d'un pays, ainsi que les éventuelles indications substantielles de risque trouvées dans des sources publiques concernant l'entreprise publique (par exemple, activité commerciale dans un secteur à risque tel que les armements) peuvent être pertinentes pour l'évaluation.

L'art. 2a LBA contient des notions juridiques indéterminées telles que «fonction publique dirigeante», «niveau national», «organes suprêmes d'entreprises étatiques d'importance nationale» ou «proches de manière reconnaissable». Il est donc impossible d'établir une liste des fonctions qui correspondent à des PPE au sens de l'art. 2a LBA. Dans la plupart des cas, il est donc nécessaire de procéder à une évaluation complète sur la base des informations disponibles. C'est le cas même lorsque des listes ou des bases de données de prestataires privés sont utilisées. Il est préférable de considérer ces listes comme des indications pertinentes à vérifier. Les informations qu'elles contiennent peuvent être obsolètes ou les sources indiquées sur Internet peuvent ne plus être disponibles au moment de l'évaluation. Il se peut également que le fournisseur applique ses propres critères pour les PPE, qui ne sont pas identiques à ceux de l'article 2a LBA. Enfin, les listes de fournisseurs privés ou les bases de données ne peuvent pas répertorier tous les indices possibles d'un lien avec une PPE. Par exemple, les informations sur les personnes identifiées comme étant proches ne sont pas toujours accessibles au public. C'est pourquoi le contact direct de l'intermédiaire financier avec le partenaire contractuel est décisif pour obtenir des informations pertinentes permettant de déterminer s'il existe un lien avec une PPE. Lors de l'évaluation, il est recommandé d'adopter une approche conservatrice, c'est-à-dire que l'intermédiaire financier a intérêt à qualifier de PPE une personne qui **remplit les critères**. 18

Le concept de PPE correspond à une approche formaliste. Si la partie contractante, le détenteur du contrôle, l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales ou la personne autorisée est une PPE au sens de l'art. 2a LBA, la 19

relation d'affaires comporte **des risques accrus** au sens de l'art. 13 al. 5 OBA-FINMA et doit être traitée comme une relation à risque. Les dispositions légales doivent être respectées. Afin de réduire la charge de travail, la mise en œuvre concrète des mesures de contrôle peut toutefois être basée sur les risques, par exemple en tenant compte du risque pays, du risque lié à la fonction et des services proposés.

## III. PPE ÉTRANGÈRES

20 Une PPE étrangère est une personne physique qui occupe ou a occupé une fonction publique dirigeante à l'étranger. Ceci est différent d'une PPE nationale, qui a ou a eu une fonction correspondante dans le pays. Le lieu de résidence de la personne physique n'est pas déterminant, mais **le pays qui a attribué la fonction concernée**. Pour faire la distinction, il est important de savoir si l'intermédiaire financier qui gère le compte et qui doit procéder à l'évaluation est domicilié dans le pays qui a attribué la fonction concernée à la PPE. Ainsi, une personne domiciliée en Suisse peut être considérée comme un PEP étranger parce qu'elle a accepté ou a eu un mandat à l'étranger. En revanche, un intermédiaire financier en Suisse considérera comme un PEP national une personne physique qui est un PEP en raison d'un mandat en Suisse, par exemple. Un intermédiaire financier à l'étranger traitera en revanche la même personne comme un PEP étranger, quel que soit son domicile.

### A. Une fonction publique dirigeante au niveau national

21 La fonction «publique» désigne une fonction qui, en raison de son mandat, dispose de ressources publiques ou peut participer aux décisions. La fonction peut, mais ne doit pas nécessairement, être exercée sur la base d'une élection et ne doit pas nécessairement être une fonction politique. Ainsi, l'article mentionne non seulement les hommes et femmes politiques, mais aussi les fonctionnaires de l'administration, de la justice et de l'armée ou les organes suprêmes des entreprises publiques d'importance nationale. **L'accès potentiel aux ressources** publiques est déterminant pour l'évaluation des risques. Les hauts fonctionnaires des partis politiques au niveau national font exception à cette règle, mais ils sont également mentionnés. Par exemple, les secrétaires généraux peuvent également être employés par une organisation de droit privé et n'ont donc pas accès aux ressources publiques.

Selon la recommandation du GAFI, le terme « dirigeant » désigne une fonction au plus haut niveau hiérarchique d'une organisation, et non à un niveau intermédiaire ou inférieur. Cette interprétation est soulignée par les fonctions énumérées à l'art. 2a, al. 1, LBA, qui mettent l'accent sur un niveau hiérarchique élevé. Ce dernier point ressort clairement de la liste des fonctions des chefs d'État et de gouvernement. Les personnes occupant ces fonctions sont exposées à un risque élevé de corruption **car elles ont souvent un accès étendu aux ressources de l'État et/ou ont de l'influence en raison de leur position et de leur pouvoir**. C'est pourquoi il faut évaluer si une fonction répond aux critères de l'art. 2a al. 1 let. a LBA dans ce contexte. D'autres facteurs peuvent également être pris en compte, tels que l'évaluation de la structure politique et du système juridique du pays, la fonction elle-même, l'évaluation de la vulnérabilité du pays à la corruption, la rémunération de la fonction et son importance dans l'attribution des marchés publics. L'évaluation doit également tenir compte du fait que le titulaire de ces fonctions est sous les feux de la rampe et représente donc un risque pour la réputation. 22

Conformément à la recommandation du GAFI, il doit s'agir d'une fonction au plus haut niveau hiérarchique «au niveau national» pour remplir les critères d'une PPE étrangère. Cette exigence tient compte du fait que les fonctions dirigeantes au niveau national n'ont généralement pas d'organisme de surveillance supérieur, ce qui expose ces fonctions à un risque élevé de corruption. Dans son message sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, le Conseil fédéral avait toutefois indiqué que l'intermédiaire financier pouvait, sur la base **de critères de risque qu'il avait lui-même développés, également qualifier une fonction au niveau infranational de PPE étrangère ou nationale.** Dans ses directives, le GAFI explique également que, selon la structure de l'État, l'importance de la fonction et en tenant compte des facteurs déjà mentionnés, une fonction au niveau infranational peut également être considérée comme une PPE. Dans ce sens, une personne physique qui a ou a eu la fonction de maire d'une grande métropole à l'étranger ou qui a été ou est gouverneur d'une province d'un pays peut également être qualifiée de PEP. Une évaluation de ces fonctions en tant que PPE peut être justifiée par le nombre d'habitants d'une ville, la responsabilité et la compétence budgétaire qui y sont associées, ainsi que la structure politique du pays concerné, par exemple si la fonction de gouverneur d'une province dispose de compétences étendues. 23

24 Comme le GAFI ne mentionne pas dans sa définition des PPE étrangères et nationales le **suppléant ou la suppléante** d'une fonction publique dirigeante, cette fonction n'est pas mentionnée dans l'article. Dans son message sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, le Conseil fédéral a toutefois souligné qu'en raison d'un ou plusieurs critères de risque, un suppléant ou une suppléante d'une fonction peut également être qualifié de PPE étrangère. Dans la pratique, l'intermédiaire financier est libre de qualifier de PPE étrangère le suppléant d'une fonction pertinente pour les PPE, même en l'absence de critères de risque, d'autant plus qu'il est évident que cette fonction, dont les autorisations doivent être telles qu'elle permet d'agir en tant que suppléant, présente le même risque que la PPE elle-même.

## B. Organes suprêmes d'entreprises publiques d'importance nationale

25 Les personnes physiques qui exercent ou ont exercé une fonction au sein de l'«organe suprême» d'une «entreprise publique d'importance nationale» à l'étranger sont considérées comme des PPE étrangères. Les «entreprises publiques» sont pour la plupart des entités détenues ou contrôlées par l'État, mais qui ne produisent pas nécessairement des services ou des produits et poursuivent donc des objectifs économiques. Il peut donc s'agir d'une organisation nationale financée par l'État qui remplit une mission publique. Selon cette définition, il peut s'agir par exemple d'une université publique au niveau national, d'une autorité nationale de régulation d'un secteur particulier, du régime public de retraite d'un pays ou d'organisations publiques indépendantes ayant un objectif spécifique (par exemple le développement économique d'un pays). Dans la pratique, l'ajout «d'importance nationale» est souvent interprété comme signifiant que l'entreprise publique ou l'organisation offre un service dans un secteur stratégique pour le pays (par exemple les infrastructures). Mais cette mention peut aussi être interprétée comme suit : comme une fonction publique de premier plan au niveau national est considérée comme une PPE étrangère, la mention a été ajoutée pour tenter de refléter cet attribut au niveau des «entreprises publiques». L'attribut «d'importance nationale» existait déjà dans l'art. 2 al. 1 let. a OBA-FINMA et constitue probablement une particularité nationale. Le «Supervisors' PEP Working Paper 2001» de novembre 2001, qui a été rédigé par des représentants des organes de surveillance bancaire de grands centres financiers, dont la Suisse, et qui a établi les fondements des principes PEP, ne

mentionnait pas l'ajout de «d'importance nationale» pour les «entreprises publiques». La recommandation du GAFI désigne les personnes siégeant dans les organes suprêmes des entreprises publiques («state owned corporations») comme des PPE et ne contient pas non plus d'ajout similaire. Il ne peut donc être prouvé de manière irréfutable, à partir des travaux préparatoires mentionnés, que les «entreprises publiques d'importance nationale» au sens de l'art. 2a al. 1 let. a LBA désignent uniquement les entreprises ou organisations qui produisent des biens ou des services d'importance stratégique pour un pays. Dans la pratique, il s'avère cependant souvent que les organisations et entreprises détenues au niveau national proposent effectivement de tels biens ou services. Celles-ci ne doivent pas nécessairement être actives dans un secteur d'importance stratégique pour un pays au sens traditionnel du terme, mais peuvent tout à fait être des organisations ou des entreprises publiques qui gèrent par exemple le patrimoine culturel d'un pays (par exemple des découvertes archéologiques). Ce dernier point peut également s'expliquer par le fait que de telles fonctions peuvent également comporter des risques correspondants dans les pays où le risque de corruption est élevé. **L'application d'une approche basée sur les risques pour évaluer la notion d'«importance nationale» n'est donc pas exclue**. Elle est également recommandée pour une filiale d'une entreprise publique qui a son propre organe de direction. Les critères décisifs peuvent être, entre autres, la base juridique, la taille de l'entreprise et l'importance de la fonction pour le développement économique d'un pays ou encore l'importance stratégique pour un pays des produits ou services fabriqués par l'entreprise. Par «organe suprême», on entend les fonctions au plus haut niveau hiérarchique de l'organisation, dont la structure et la désignation peuvent varier selon le pays ou le secteur d'activité. C'est probablement pour cette raison que le GAFI ne parle que de «cadres supérieurs», sans définir ce terme. Dans la pratique, on entend par là les fonctions qui sont responsables de la surveillance et de la direction de l'organisation concernée.

La situation d'un pays en matière d'État de droit peut également être déterminante dans l'évaluation. Si les institutions démocratiques d'un pays sont faibles, les personnes qui contrôlent des ressources économiques considérables peuvent avoir une grande influence sur la politique et l'économie du pays. Ces personnes n'ont pas besoin d'occuper une fonction publique dirigeante au sens de l'art. 2a LBA. Toutefois, en raison de leur position, elles peuvent bénéficier d'un statut spécial qui leur permet 26

d'**accéder plus facilement aux marchés publics**. Ces personnes disposent parfois d'un vaste réseau au sein de l'élite politique et économique d'un pays. Il existe donc un risque de corruption. Dans le cadre d'une approche basée sur les risques, ces personnes peuvent également être qualifiées de PPE pour les raisons mentionnées.

## IV. PPE NATIONALES

27 Le GAFI utilise les mêmes termes pour définir les PPE étrangères et nationales, ce qui garantit qu'une fonction considérée comme PPE nationale en Suisse remplit le critère de PPE étrangère à l'étranger. L'art. 2a, al. 1, let. b, LBA est donc conçu de manière similaire, **mais adapté au contexte suisse**. Ainsi, dans l'énumération des fonctions des PPE nationales, il manque les fonctions de «chefs d'État et de gouvernement ainsi que de hauts responsables politiques» mentionnées à l'art. 2a, al. 1, let. a, LBA. Les PPE nationales sont des personnes physiques qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques dirigeantes au niveau national dans les domaines de la politique, de l'administration, de l'armée et de la justice**. Comme** pour les PPE étrangères, il n'est pas possible d'attribuer clairement des fonctions spécifiques à ces personnes sur la base de ces informations. Comme pour les PPE étrangères, il n'est pas possible de déterminer clairement les fonctions concrètes sur la base de ces informations. C'est probablement pour cette raison que le message relatif à la mise en œuvre des recommandations du GAFI énumère les fonctions concernées. Il s'agit notamment des conseillers fédéraux, du chancelier fédéral, des conseillers nationaux et des conseillers aux États, des directeurs d'office et des secrétaires généraux de l'administration fédérale, le procureur général de la République fédérale d'Allemagne, les procureurs de la République fédérale d'Allemagne, les juges fédéraux, les officiers supérieurs de l'armée, les présidents des partis nationaux ainsi que les secrétaires généraux des partis nationaux.

28 Les PPE nationales sont également les membres du conseil d'administration ou de la direction des entreprises publiques d'importance nationale. Dans ce contexte, le message a « notamment » désigné la Poste, Swisscom, les Chemins de fer fédéraux (CFF), la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (SUVA), l'Office fédéral de l'armement (ArmaSuisse), la société anonyme pour les industries d'armement (RUAG), le Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (EMPA) et l'Inspection fédérale de la

sécurité nucléaire (IFSN) comme des entreprises publiques d'importance nationale. La liste n'est pas exhaustive en raison de l'utilisation du terme « notamment ». Toutefois, en raison des organisations sélectionnées, elle permet une interprétation selon laquelle le **terme « entreprise », par analogie avec les PEP étrangères au sens de l'art. 2a al. 1 let. a LBA, doit être** compris au sens large. Dans ce contexte, Greter souligne que la liste comprend, outre Swisscom, une entreprise publique poursuivant des objectifs économiques, l'IFSN, l'autorité de surveillance des installations nucléaires suisses. L'IFSN est issue de l'Office fédéral de l'énergie et existe depuis le 1er janvier 2009 en tant qu'établissement de droit public indépendant. Il faut donc partir du principe que le terme «entreprise» désigne également les organisations qui exercent des activités qui étaient à l'origine du ressort de l'administration fédérale, mais qui ont ensuite été transférées par la loi à un établissement de droit public indépendant. En référence aux explications sur le terme «importance nationale» pour les PEP étrangères, il s'agit principalement d'entreprises publiques détenues par la Confédération et non par le canton. Sur la base de ces explications, les organisations suivantes peuvent par exemple être considérées comme des entreprises publiques d'importance nationale : l'École polytechnique fédérale (ETH), l'École polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL), l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), la Banque nationale suisse (BNS), l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (SERV), le Musée national suisse, Pro Helvetia, l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR), l'Institut fédéral de métrologie (METAS) ou encore identitas AG, une organisation chargée de la mise en place et de l'exploitation de la banque de données suisse sur les animaux. En s'appuyant sur le même terme utilisé pour les PEP étrangères, l'intermédiaire financier est libre de classer une entreprise publique au niveau infranational comme une entreprise publique d'importance nationale sur la base des critères analogues mentionnés. En appliquant ces critères, les entreprises détenues par les cantons et désignées par le gouvernement suisse comme des fournisseurs d'électricité d'importance systémique peuvent par exemple être classées comme des entreprises publiques d'importance nationale. En vertu de cette évaluation, les membres de leur conseil d'administration ou de leur direction seraient des PPE nationales.

En mettant l'accent sur les fonctions au niveau national, la recommandation du GAFI a été mise en œuvre. Les fonctions au niveau infranational telles que 29

les conseillers d'État, les procureurs généraux dans les cantons, les présidents de partis cantonaux ou les fonctions publiques dans les communes ne sont pas couvertes par l'article. Dans son message, le Conseil fédéral a toutefois demandé aux intermédiaires financiers de développer leurs propres critères afin de considérer également les fonctions au niveau cantonal ou communal comme des PEP nationales, dans le sens d'une approche basée sur les risques. Cette demande s'applique également aux membres du conseil d'administration et de la direction des entreprises gérées au niveau cantonal.

## V. ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES

30 L'art. 2a al. 1 let. c LBA inclut les personnes qui exercent ou ont exercé une « fonction dirigeante » dans une « organisation intergouvernementale » ou dans des « fédérations sportives internationales ». Les organisations **intergouvernementales reposent sur un accord entre États qui régit leurs droits et leurs obligations.** Elles sont considérées comme des sujets de droit international à part entière et ne sont pas nécessairement traitées de la même manière que les autres organisations dans leur pays de domicile. Ainsi, l'accord peut prévoir un statut spécial avec des immunités et des privilèges. Parmi les organisations intergouvernementales, on peut citer l'Organisation des Nations unies (ONU) et ses sous-organisations, le Fonds monétaire international (FMI), l'Union européenne (UE) et ses sous-organisations, l'Organisation mondiale de la santé (OMS), l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire à Genève (CERN), mais aussi le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Les organisations internationales de droit privé qui n'ont pas été fondées par un accord entre États, telles que les organisations non gouvernementales telles que Greenpeace, Amnesty International, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) Suisse Liechtenstein, n'en font pas partie. De même, les organisations sportives internationales telles que le Comité international olympique (CIO) ou la Fédération internationale de football association (FIFA) ne sont pas incluses dans ce terme. Ces dernières sont toutefois traitées séparément à l'art. 2a, al. 5 LBA.

31 C'est l'organisation elle-même qui détermine ce qui constitue une « fonction dirigeante » au sein d'une organisation intergouvernementale. En principe, on peut toutefois supposer qu'il s'agit des **représentants du plus haut niveau hiérarchique**, c'est-à-dire secrétaires généraux, directeurs, directeurs

adjoints, mais aussi membres des organes administratifs suprêmes, comme par exemple le directeur financier (CFO) d'une organisation intergouvernementale.

## VI. FÉDÉRATIONS SPORTIVES INTERNATIONALES

32 L'art. 2a al. 1 let. c LBA englobe également les personnes qui ont ou ont eu une « fonction dirigeante » au sein de « fédérations sportives internationales ». Cet ajout ne repose pas sur une recommandation du GAFI. Il n'est pas non plus mentionné dans le message accompagnant la loi. En mars 2014, le Conseil des États avait décidé d'introduire cet ajout en raison de la vulnérabilité à la corruption des organisations sportives internationales ayant leur siège en Suisse. Le Conseil national avait ensuite précisé à l'art. 2a, al. 5, LBA ce qu'il fallait entendre par «fédérations sportives internationales». **Selon ce paragraphe, le CIO «ainsi que les organisations non gouvernementales reconnues par lui qui réglementent au niveau mondial une ou plusieurs disciplines sportives officielles» sont concernés.** Selon cette interprétation, les organisations du CIO telles que l'Association des fédérations olympiques d'été (ASOIF), les Fédérations olympiques d'hiver (WOF) ou l'Association internationale des Jeux mondiaux (IWGA) sont concernées. La FIFA, la Fédération internationale de hockey sur glace (IIHF), la Fédération mondiale de bridge (WBF) ou la Fédération mondiale de danse sportive (WDSF) sont des exemples d'associations sportives internationales reconnues par le CIO. Ces informations sont disponibles sur le site Internet du CIO. Ne sont donc pas considérées comme des «fédérations sportives internationales» au sens de l'art. 2a, al. 5, LBA les organisations régionales telles que l'Union des associations européennes de football (UEFA), l'Association suisse de football ou les organisations qui ne sont actuellement pas reconnues par le CIO, comme l'Association internationale de boxe (AIBA).

33 Le concept PEP repose sur une **approche basée sur les risques**. Il appartient donc à l'intermédiaire financier d'identifier les personnes physiques qui occupent ou ont occupé une fonction dirigeante dans une organisation sportive régionale ou qui travaillent ou ont travaillé dans une organisation sportive non reconnue par le CIO comme PEP au sens de l'art. 2a al. 1 let. c LBA. Les critères possibles peuvent être, entre autres, la taille de l'organisation, les informations dans les médias sur les risques éventuels de

réputation en rapport avec l'organisation elle-même ou avec des personnalités occupant des fonctions dirigeantes.

## VII. PERSONNES PROCHES

34 La conviction que les membres de la famille d'une PPE ou les personnes proches d'une PPE peuvent présenter les mêmes risques que la PPE elle-même a été déterminante pour les initiateurs du concept PPE. Le «Supervisors' PEP Working Paper 2001» de novembre 2001 utilisait encore le subjonctif pour évaluer les risques d'une personne proche d'une PPE. Cette évaluation ne s'est toutefois pas imposée. Dans les 40 recommandations publiées en 2003, le GAFI a clairement indiqué que les risques de réputation des PPE et des personnes qui leur sont proches sont les mêmes. L'art. 2 al. 1 let. a OBA-FINMA désigne donc également comme PPE les personnes qui, pour des raisons familiales, personnelles ou professionnelles, sont manifestement proches d'une PPE. Cet alinéa a été repris à l'art. 2a, al. 2, LBA, mais, comme déjà mentionné, limité aux personnes physiques. Pour les raisons déjà mentionnées, les personnes proches d'une PPE **ne présentent pas de risque différent** par rapport à la PPE elle-même. En conséquence, les relations d'affaires avec des personnes proches d'une PPE sont traitées de la même manière qu'une relation d'affaires avec la PPE elle-même, conformément à l'art. 6, al. 3 et 4, LBA.

35 L'art. 2a al. 2 LBA ne définit pas le terme «proche». Cependant, il ressort clairement du contexte que le terme «proche» décrit une relation entre une personne physique et une PPE qui suggère une **confiance mutuelle**. Le GAFI avait décrit la proximité décrite comme des «membres de la famille» et des «proches associés». L'art. 2 al. 1 let. a OBA-FINMA a précisé les raisons de la «proximité» en trois catégories: «familiale», «personnelle» ou «d'affaires». Cependant, il est difficile pour un intermédiaire financier de reconnaître la proximité d'une personne physique au sens de l'art. 2a LBA. C'est pourquoi l'attribut « reconnaissable », qui figurait déjà à l'art. 2 al. 1 let. a OBA-FINMA, a été délibérément conservé. L'intermédiaire financier doit ainsi être protégé contre le reproche de ne pas avoir rempli intégralement ses obligations de diligence si, après avoir procédé à une clarification en bonne et due forme lors de l'ouverture d'une relation d'affaires, des indices correspondants devaient apparaître ultérieurement. Cela signifie également que l'on entend par « reconnaissables » les indices qui peuvent être découverts lors des

vérifications standard effectuées lors de l'ouverture d'une relation d'affaires et de la surveillance régulière des relations d'affaires et des transactions effectuées dans le cadre de ces relations. Dans la pratique, cela inclut l'interrogation du partenaire contractuel lors de l'ouverture du compte, l'utilisation de listes de noms de PPE et de personnes proches de PPE lors de la comparaison avec les données des clients, en tenant compte des restrictions mentionnées, et enfin l'attention du personnel responsable de ces étapes du processus grâce à des formations appropriées sur ce sujet, qui sont dispensées dans le cadre du processus de formation ordinaire sur les questions réglementaires. L'intermédiaire financier n'a donc pas besoin de prendre des mesures allant au-delà de celles mentionnées ci-dessus, uniquement pour reconnaître qu'une personne physique est proche d'une PPE.

Les proches pour des raisons « familiales » sont les membres de la famille 36
proche de la PPE, tels que le partenaire, les frères et sœurs, les enfants, les parents ou les grands-parents. Le cercle des personnes concernées dépend de l'environnement **social, culturel ou religieux.** Par exemple, il existe de grandes familles régnantes dans la péninsule arabique dont les membres jouissent de privilèges en raison de leur origine, sans pour autant exercer de fonction publique au sein du gouvernement et sans qu'aucun lien direct avec la PPE ne soit identifiable, mais qui peuvent néanmoins être considérées comme proches de la PPE. La prise en compte des critères mentionnés dans la sélection des personnes concernées signifie également que la preuve d'une aliénation compréhensible entre la personne physique et la PPE, sous la forme d'un divorce par exemple, peut être prise en compte dans l'évaluation. Les critères possibles sont, par exemple, la durée de la séparation, une séparation claire des biens et de l'origine des biens entre la PPE et la personne physique.

Par opposition à la notion de «proche» pour des raisons «familiales», la notion 37
de «proche» pour des raisons «personnelles» ne peut signifier **qu'une relation étroite similaire avec la PPE sans lien de parenté.** Cette catégorie comprend les personnes physiques qui sont proches d'une PPE en raison d'une relation amoureuse ou d'amitié. L'approche fondée sur les risques signifie que la sélection de ce groupe de personnes présuppose toujours une évaluation de la qualité de la relation. L'évaluation tient compte de l'environnement culturel, social et religieux, mais aussi des aspects personnels

de la relation, comme par exemple sa durée ininterrompue depuis de nombreuses années. Ainsi, une relation avec un filleul peut également entrer dans cette catégorie, ou des relations de longue date entre des personnes physiques au sein d'organisations (par exemple, des associations, des fédérations, des sectes religieuses). Ces relations peuvent également évoluer, de sorte qu'après un certain temps, il n'y a plus de proximité perceptible. Les critères pour cette évaluation peuvent être, par exemple, la dissolution du partenariat, qui implique également une séparation compréhensible des biens communs. Les rencontres manifestement éphémères avec une PPE, telles que la présence d'une personne à un événement public avec une PPE, qui s'explique par les fonctions respectives de chacun dans le cadre de l'événement, ne sont pas considérées comme des relations étroites « personnelles ».

38 La notion de «proche pour des raisons professionnelles» décrit donc la relation de confiance entre une PPE et une personne physique, qui existe ou est née en raison d'activités commerciales communes. Cette catégorie comprend donc les partenaires commerciaux de longue date qui assument ensemble les risques entrepreneuriaux de leurs projets, ce qui explique l'existence de dépendances financières mutuelles. Dans sa FAQ sur les PEP de 2017, le groupe Wolfsberg a également qualifié de proches les conseillers personnels des PEP, en particulier ceux qui gèrent les fonds des PEP à titre fiduciaire. La qualité de la relation au sens de cette définition est donc fondée sur des **intérêts commerciaux et financiers communs**, la relation entre la personne physique et la PEP devant également inclure des éléments de confiance mutuelle. Ainsi, le fait d'être employé par une PPE, ce qui peut inclure l'activité décrite dans la FAQ mentionnée, ou le fait qu'une personne physique siège avec une PPE et d'autres membres au sein de l'organe suprême d'une entreprise, ne constitue pas en soi une indication qu'il s'agit d'une personne étroitement liée à une PPE pour des raisons commerciales. Même les employés de longue date d'une entreprise détenue majoritairement ou contrôlée par une PPE ne sont pas nécessairement des personnes étroitement liées à l'entreprise pour des raisons commerciales, surtout s'il est prouvé que la personne physique a fait carrière en dehors de l'entreprise concernée, ce qui permet de supposer que la personne ne dépend pas entièrement financièrement de la PPE.

## VIII. FIN DU STATUT DE PPE

39 L'expérience a montré que pour l'intermédiaire financier, les risques liés aux relations d'affaires avec des PPE ne disparaissent pas avec la fin du mandat qualifiant la PPE. Les enquêtes en cas de corruption, les **indices d'utilisation abusive de fonds ou les risques de réputation susceptibles d'avoir des répercussions sur la réputation de l'intermédiaire financier ne sont généralement connus qu'après la fin de la fonction ou même après le décès de la PPE.** Le risque dépend de la situation politique et du risque de corruption du pays concerné qui a attribué le mandat pertinent pour la PPE, mais aussi du mandat de la PPE et de l'influence qui y est associée. Comme il s'agit de facteurs individuels, il n'existe pas de règle générale quant à la durée du statut de PPE. Deux concepts tentent de limiter les risques associés à ce statut: soit ne jamais le limiter («once a PEP always a PEP»), soit adopter une approche basée sur les risques («once a PEP could always be a PEP»). Le Conseil fédéral a préféré une approche basée sur les risques, en accord avec le GAFI et le Groupe de Wolfsberg. Le Parlement a en revanche décidé d'introduire une limitation dans le temps pour les PPE nationales : selon l'art. 2a al. 4 LBA, le statut de PPE nationale prend fin 18 mois après la cessation de la fonction. Pour les raisons mentionnées, la fin de la qualification de PPE nationale ne signifie pas pour autant qu'il n'y a plus de risques liés à la relation d'affaires. Dans certaines circonstances, l'intermédiaire financier peut continuer à considérer la relation d'affaires comme une relation à haut risque.

40 L'approche fondée sur les risques pour évaluer la qualification de PPE après la cessation de fonction s'applique donc aux PPE étrangères ou aux PPE en raison d'une fonction au sein d'une organisation intergouvernementale ou d'une fédération sportive internationale. Plusieurs facteurs doivent être pris en compte dans ces considérations. Il s'agit notamment du risque de corruption du pays ou de l'organisation qui a attribué la fonction. Il faut également tenir compte de la structure politique du pays concerné, par exemple s'il dispose d'une séparation des pouvoirs efficace. Dans sa FAQ sur les PPE publiée en 2017, le Groupe de Wolfsberg a établi une liste complète de critères à cet égard. Cela inclut également toute couverture médiatique négative sur les PPE dans les sources publiques. La FAQ recommande d'appliquer l'approche basée sur les risques également aux PPE décédées, car dans ce cas, les risques demeurent inchangés. Pour les personnes vivantes, le GAFI se demande si la PPE continuera à exercer une influence après avoir

quitté ses fonctions ou si une nouvelle fonction éventuellement acceptée est liée d'une manière ou d'une autre à la précédente. Par conséquent, la fin de la qualification de PPE doit également avoir des répercussions sur la qualification des personnes proches de PPE, c'est-à-dire que les personnes proches de PPE perdent également leur qualification dans ce cas. Lors de l'évaluation de la fin du statut de PPE, le fait que l'intermédiaire financier ait une relation d'affaires avec la PPE elle-même ou avec une personne proche de celle-ci n'est pas déterminant. Les risques liés à la PPE existent indépendamment de la distance entre la PPE et la personne qui lui est proche. La fin de la qualification de PPE 18 mois après la cessation de la fonction pour les PPE nationales peut également être interprétée comme une indication que le législateur considère les PPE nationales comme présentant un risque moindre par rapport aux PPE étrangères ou à une PPE en raison d'une fonction au sein d'une organisation intergouvernementale ou d'une fédération sportive internationale conformément à l'art. 2a al. 1 let. a resp. art. 2a al. 1 let. c LBA, comme présentant un risque moindre. Par conséquent, la durée de 18 mois peut également être appliquée comme **durée minimale** de la qualification PEP après la fin de la fonction pour les PEP étrangères ou pour les PEP en raison d'une fonction au sein d'une organisation intergouvernementale ou d'une fédération sportive internationale. L'application de cette pratique dans le cas de relations PEP existantes, dont la poursuite doit être autorisée chaque année conformément à l'art. 19 al. 1 let. a OBA-FINMA, peut signifier deux autorisations antérieures sans problème. Il est recommandé, lors de la levée de la qualification PEP, de procéder à des clarifications conformément à l'art. 15 OBA-FINMA et à l'art. 6 LBA afin de remplir les éventuelles obligations de déclaration.

## BIBLIOGRAPHIE

Arbeitsgruppe KYC, Working Paper of Financial Institutions Supervisory Authorities on the Handling of Accoungs Linked to Politically Exposed Persons – PEPs ("Supervisors" PEP Working Paper 2001"), in: https://www.finma.ch/finmaarchiv/ebk/f/archiv/2002/pdf/neu090702-03f.pdf, besucht am 4.8.2024 (zit.: Arbeitsgruppe KYC, «Supervisors' PEP Working Paper 2001»).

Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Sorgfaltspflicht der Banken bei der Feststellung der Kundenidentität, Bank für Internationalen Zahlungsausgleich,

Oktober 2001, in: https://www.bis.org/publ/bcbs85g.pdf, besucht am 4.8.2024 (zit.: Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Sorgfaltspflicht der Banken bei der Feststellung der Kundenidentität).

Bruppacher Balz, Die Schatzkammer der Diktatoren, Der Umgang der Schweiz mit Potentatengeldern, Zürich 2020.

Bundesrat. Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz. Broschüre vom 25.10.2002, in: https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/archiv/2002/pdf/gw_broschuere_dt.pdf, besucht am: 5.1.2025 (zit. Broschüre Geldwäschereibekämpfung).

Financial Action Task Force (FATF), FATF Guidance Politically Exposed Persons (Recommendation 12 and 22), Juni 2013, in: https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/guidance/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf.coredownload.pdf, besucht am: 22.10.2024 (zit.: FATF, Guidance Politically Exposed Persons).

Financial Action Task Force (FATF), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, November 2023, in: FATF Recommendations 2012.pdf.coredownload.inline.pdf (fatf-gafi.org), besucht am: 25.8.2024 (zit.: FATF, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation).

Financial Action Task Force (FATF), The forty recommendations, June 20, in: https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202003.pdf, besucht am 4.8.2024. (zit.: FATF, The Forty Recommendations).

Greter Alexander, Kommentierung zu Art 2a, in: Peter Ch. Hsu/Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Hawkins Fiona, Kommentierung zu Art 2a, in: Kunz, Peter V./Jutzi, Thomas/Schären, Simon (Hrsg.). Geldwäschereigesetz, Bern 2017.

Eidgenössische Bankenkommission, Rundschreiben: Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei (Geldwäscherei) vom 26.3.1998, in: https://www.finma.ch/finmaarchiv/ebk/d/publik/mitteil/1998/m3-98-2.pdf, besucht am: 25.8.2024. (zit.: Eidgenössische

Bankenkommission, Rundschreiben: Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei).

The Wolfsberg Group, Global Anti-Money-Laundering Guidelines for Private Banking, Oktober 2000, in: http://www.bahamasb2b.com/b2b/big_picture/download/Guidelines.pdf, besucht am: 4.8.2024 (zit.: Wolfsberg, AML Guidelines 2000).

The Wolfsberg Group, Wolfsberg Guidance on Politically Exposed Persons (PEP), 2017, in: https://db.wolfsberg-group.org/assets/3867d9cf-7c9b-41bc-9fad-6685bbabd52c/4.%20Wolfsberg-Guidance-on-PEPs-May-2017.pdf, besucht am: 22.10.2023 (zit.: Wolfsberg, PEP Guidelines 2017)

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 2a, in: Thelesklaf, Daniel/Wyss, Ralph / van Thiel, Mark / Ordolli Stiliano, GwG Kommentar, 3. aktualisierte Aufl., Zürich 2019.

## MATÉRIAUX

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13.12.2013, BBI 2014, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/100/de, besucht am 22.10.2023. (zit. Botschaft GwG 2014).

COMMENTAIRE

# Art. 2 al. 2 LBA

Un commentaire de Joane Etienne

PROPOSITION DE CITATION

Joane Etienne, Commentaire de l'art. 2 al. 2 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Etienne, art. 2 al. 2 LBA N. XXX

**Art. 2 Champ d'application**

[2] Sont réputés intermédiaires financiers:

a. les banques au sens de l'art. 1*a* de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB) et les personnes au sens de l'art. 1*b* LB;

a[bis]. les gestionnaires de fortune et les trustees mentionnés à l'art. 2, al. 1, let. a et b, de la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers
(LEFin);

b. les directions de fonds au sens de l'art. 2, al. 1, let. d, LEFin;

b[bis]. les titulaires d'une autorisation énumérés à l'art. 13, al. 2, let b à d, de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC) et les gestionnaires de fortune collective mentionnés à l'art. 2, al. 1, let. c, LEFin;

c. les institutions d'assurance au sens de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances[16] si elles exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie ou si elles proposent ou distribuent des parts de placements collectifs;

d. les maisons de titres mentionnées à l'art. 2, al. 1, let. e, LEFin;

d[bis]. les contreparties centrales et les dépositaires centraux au sens de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF);

d[ter]. les systèmes de paiement, pour autant qu'ils doivent obtenir une autorisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) au sens de l'art. 4, al. 2 LIMF;

d[quater]. les systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la TRD au sens de l'art. 73*a* LIMF (systèmes de négociation fondés sur la TRD);

e.[22]

les maisons de jeu au sens de la loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (LJAr)[23];

f. les exploitants de jeux de grande envergure au sens de la LJAr;

g, les essayeurs du commerce et les sociétés de groupe visés à l'art. 42[bis] de la loi du 20 juin 1933 sur le contrôle des métaux précieux (LCMP).

# TABLE DES MATIÈRES

I. Champ d'application pour les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 ..... 56
A. Remarques générales ..... 56
B. Champ d'application à raison de la personne ..... 56
C. Champ d'application à raison de la matière ..... 58
D. Champ d'application territorial ..... 59
II. Intermédiaires financiers régulés assujettis ..... 60
A. Banques et personnes au sens de l'art. 1b LB ..... 60
B. Gestionnaires de fortune et trustees ..... 61
C. Directions de fonds ..... 62
D. Placements collectifs et gestionnaires de fortune collective ..... 64
E. Institutions d'assurance ..... 67
F. Maisons de titres ..... 69
G. Contreparties centrales et dépositaires centraux ..... 70
H. Systèmes de paiement ..... 70
I. Systèmes de négociation fondés sur la TRD ..... 71
J. Maisons de jeu ..... 72
K. Exploitants de jeux de grande envergure ..... 73
L. Essayeurs du commerce ..... 73
Bibliographie ..... 75
Matériaux ..... 76

# I. CHAMP D'APPLICATION POUR LES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS AU SENS DE L'ART. 2 AL. 2

## A. Remarques générales

1 Conformément à l'art. 2 al. 1 LBA, la LBA est applicable aux intermédiaires financiers et aux personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement (négociants). S'agissant des intermédiaires financiers, il en existe deux catégories, soumises à un régime de surveillance différent: les **intermédiaires financiers régulés**, lesquels sont définis à l'art. 2 al. 2 LBA et qui sont soumis à une surveillance prudentielle, laquelle couvre également les aspects LBA, et les **intermédiaires financiers non régulés**, lesquels sont définis à l'art. 2 al. 3 LBA et dont la surveillance couvre uniquement les aspects LBA. La surveillance des intermédiaires financiers régulés relève de la compétence de leurs autorités de surveillance respectives (cf. art. 12 LBA).

2 L'**OBA** s'applique, entre autres, à tous les intermédiaires financiers régulés (art. 2 al. 1 let. a OBA). A ce sujet, il convient de relever que jusqu'à fin 2022, l'OBA ne s'appliquait qu'aux intermédiaires financiers non régulés. Depuis le 1er janvier 2023, l'art. 2 al. 1 let. a OBA a été modifié afin d'englober également les intermédiaires financiers régulés dans la mesure où la nouvelle section 3 du chapitre 2 de l'ordonnance concernant les obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent leur est également applicable.[1] L'OBA-FINMA s'applique uniquement aux intermédiaires financiers régulés selon l'art. 2 al. 2 let. a à d et dquater LBA (cf. art. 3 al. 1 OBA-FINMA).

## B. Champ d'application à raison de la personne

3 L'art. 2 al. 2 LBA contient la liste des **intermédiaires financiers soumis à surveillance** qui sont soumis à la LBA de par la loi, du fait de leurs qualifications respectives et de leur assujettissement aux lois spéciales concernées et, en principe, indépendamment des activités concrètement exercées (sous réserve de la let. c, cf. N. 38, et sous réserve de l'art. 2 al. 4 let. c, cf. art. 2 al. 4 N. 7 ss). Cette liste doit être considérée comme étant

1. Commentaire OBA 2022, p. 13.

exhaustive,[2] non seulement en raison de son libellé,[3] mais également au vu du message de la loi[4] et du fait que la disposition a régulièrement été adaptée afin de couvrir de nouveaux instituts.

Les personnes qui ne tombent pas sous le catalogue de l'art. 2 al. 2 LBA peuvent le cas échéant tomber sous le champ d'application de la LBA en vertu de l'art. 2 al. 3 LBA, en fonction des **activités** concrètement exercées. 4

A noter que la qualification d'intermédiaire financier et ainsi l'assujettissement à la LBA pour les instituts selon les let. a à g n'est pas liée à l'obtention des **autorisations** ou **licences** respectives. En d'autres termes, même en l'absence des autorisations ou licences requises pour les différents instituts selon les lois spéciales applicables, p.ex. en cas d'exercice d'une activité de gestion de fonds ou d'acceptation de dépôts du public sans autorisation de la FINMA, l'institut concerné sera néanmoins qualifié d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 LBA et sera soumis à la LBA. 5

En pratique, les intermédiaires financiers régulés seront en principe des **personnes morales**. Dans ce cas, les obligations de la LBA s'appliquent directement à la personne morale, et non pas à ses organes ou ses employés de manière individuelle.[5] Conformément à l'art. 8 LBA, les mesures organisationnelles nécessaires doivent être prises pour empêcher le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, notamment au niveau des contrôles et du personnel, qui doit recevoir une formation suffisante. Il relève de la compétence des organes de la personne morale de mettre en place ces mesures organisationnelles, notamment celles définies aux art. 23 ss OBA-FINMA, et d'assurer que des contrôles appropriés soient effectués. 6

Dans certains cas, l'intermédiaire financier peut être une **personne physique** ou une **société de personnes**. En ce qui concerne les personnes physiques, les dispositions de la LBA leur sont directement applicables. S'agissant des sociétés de personnes, il convient d'effectuer une analyse au cas par cas. Selon la doctrine,[6] dans une société simple, toute personne qui exerce une 7

2. Cet avis est partagé par d'autres auteurs, cf. notamment SHK-Schären, Art. 2 / I. – II., ch. 3.
3. L'al. 2 ne précise en effet aucunement qu'il s'agirait d'une liste exemplative, contrairement au libellé de l'al. 3.
4. Cf. Message LBA 1996, p. 1072, qui indique qu'il faudra compléter cet alinéa au fur et à mesure de l'éventuelle entrée en vigueur d'autres lois instituant de nouvelles autorités de surveillance pour tel ou tel domaine du secteur financier.
5. BSK-Peyer, art. 2 al. 2, ch. 2; Nagel, ch. 194 et réf. cit.

activité en tant qu'intermédiaire financier doit être qualifiée d'intermédiaire financier et est ainsi directement soumise à la LBA à titre personnel; s'agissant des sociétés en nom collectif ou de sociétés en commandite, dès lors que ces dernières ont une certaine capacité juridique, les sociétés doivent être considérées comme intermédiaires financiers, et non leurs associés de manière individuelle.

8 Lorsqu'une personne physique ou morale agit en tant qu'**auxiliaire** d'un intermédiaire financier régulé, elle ne sera pas considérée comme un intermédiaire financier lorsque les conditions de l'art. 2 al. 2 let. b ch. 1 à 6 OBA sont remplies; ses actions seront couvertes par l'autorisation de l'intermédiaire financier régulé pour qui elle agit.

## C. Champ d'application à raison de la matière

9 Dès lors que les intermédiaires financiers régulés sont soumis à la LBA en raison de leur statut prudentiel, il convient de déterminer les **activités** concrètes pour lesquelles les obligations relevant de la LBA doivent être respectées, respectivement les relations d'affaires dans le cadre desquelles les obligations de diligence doivent être appliquées.

10 En pratique, les intermédiaires financiers régulés appliquent les dispositions de la LBA aux activités qu'ils exercent lorsque celles-ci constituent de l'**intermédiation financière**. Dans cette même optique, les sociétés d'audit prudentiel, lorsqu'elles effectuent l'audit prudentiel d'un institut régulé, vérifient le respect des obligations de diligence relevant de la LBA dans le cadre des relations d'affaires qui sont soumises à la LBA, c'est-à-dire les relations d'affaires des activités de l'institut qui constituent de l'intermédiation financière. En se référant à l'art. 1 de la loi qui définit l'objet de la LBA en lien avec les opérations financières, la doctrine adhère à cette pratique et considère que le champ d'application à raison de la matière de la LBA pour les instituts régulés se limite aux opérations financières, respectivement aux relations d'affaires qui y sont liées, lesquelles comportent intrinsèquement un risque de blanchiment d'argent.[7] Afin de déterminer les activités qui constituent de l'intermédiation financière et sont ainsi soumises à la LBA, l'art.

6. BSK-Peyer, art. 2 al. 2, ch. 2; Nagel, ch. 194 et réf. cit.
7. SHK-Schären, Art. 2 / I. – II., ch. 9 et réf. cit. comportant des avis plus nuancés; BSK-Peyer, art. 2 al. 2, ch. 9.

2 al. 3 LBA ainsi que le catalogue d'activités selon les let. a à g de même que la Circ.-FINMA 11/1 "Activités d'intermédiaire financier au sens de la LBA" peuvent être pris en compte.

## D. Champ d'application territorial

Alors que la LBA ne contient pas de disposition définissant son champ d'application **territorial**, celui-ci est précisé au niveau de l'ordonnance (art. 2 al. 1 OBA) sur la base de l'art. 41 al. 1 LBA. Jusqu'à fin 2022, s'agissant des intermédiaires financiers, l'OBA ne s'appliquait qu'aux intermédiaires financiers non régulés au sens de l'art. 2 al. 3 LBA et le champ d'application territorial était précisé dans l'OBA uniquement pour cette catégorie d'intermédiaires financiers (cf. N. 2). La doctrine était alors partagée sur la question du champ d'application territorial de la loi pour les intermédiaires financiers régulés, certains auteurs considérant que l'art. 2 al. 1 OBA devait être appliqué de manière analogue également aux intermédiaires financiers régulés, alors que d'autres estimaient qu'une telle interprétation extensive n'était pas nécessaire.[8] La question est désormais résolue vu que le nouveau libellé de l'art. 2 al. 1 let. a OBA, en vigueur depuis le 1er janvier 2023, est clair et englobe désormais également les intermédiaires financiers régulés selon l'art. 2 al. 2 de la loi. 11

Conformément à l'art. 2 al. 1 let. a OBA, l'OBA s'applique aux intermédiaires financiers qui exercent leur activité **en Suisse** ou **depuis la Suisse**. Cette disposition est similaire au champ d'application territorial de la LEFin et de l'OEFin pour les établissements financiers.[9] Ainsi, par analogie aux établissements financiers selon la LEFin, les facteurs déterminants ne sont pas le lieu du siège ou du domicile des intermédiaires financiers, le lieu où sont domiciliés les clients, ni le lieu où se trouvent les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires. Déterminant pour l'application de la LBA et de ses ordonnances d'exécution est l'emplacement de l'activité de l'intermédiaire financier, qui doit être déterminé sur la base de l'ensemble des circonstances.[10] 12

8. Cf. à ce sujet SHK-Schären, Art. 2 / I. – II., ch. 10 ss et BSK-Peyer, art. 2 al. 2, ch. 12 et réf. cit.
9. Conformément à l'art. 2 OEFin, l'OEFin s'applique aux établissements financiers qui exercent leur activité en Suisse ou depuis la Suisse.
10. Cf. Commentaires OSFin, OEFin, OSS 2019, p. 84.

13 La Circ.-FINMA 11/1 "Activités d'intermédiaire financier au sens de la LBA", qui précise l'application de l'art. 2 al. 3 LBA et ainsi s'applique aux intermédiaires financiers non régulés, expose la **pratique de la FINMA** en matière de champ d'application territorial et peut être pris en considération de manière analogue pour les intermédiaires financiers régulés, dès lors que ces derniers sont désormais également expressément compris à l'art. 2 al. 2 let. a OBA (cf. N. 11). Ainsi, selon la FINMA, un intermédiaire financier exerce son activité en Suisse ou depuis la Suisse s'il a un domicile en Suisse ou est inscrit au registre du commerce en Suisse, ou s'il emploie en Suisse des personnes qui exécutent ou concluent durablement pour lui des affaires d'intermédiaire financier en Suisse ou depuis la Suisse ou qui peuvent l'engager juridiquement à de telles affaires (succursale de fait).[11]

14 Les intermédiaires financiers régulés qui exercent leur activité à l'étranger **sans présence physique** en Suisse ne tombent ainsi en principe pas sous l'art. 2 al. 2 ou 3 LBA et ne sont dès lors pas soumis à la LBA, même s'ils ont une certaine activité en Suisse, p.ex. s'ils ont des clients en Suisse, s'ils rendent visite à leurs clients en Suisse ou s'ils recherchent de nouveaux clients, uniquement sur une base "fly-in-fly-out", sans succursale juridique ni succursale de fait en Suisse.

## II. INTERMÉDIAIRES FINANCIERS RÉGULÉS ASSUJETTIS

### A. Banques et personnes au sens de l'art. 1b LB

15 Conformément à l'art. 2 al. 2 let. a LBA, les banques au sens de l'art. 1a de la LB et les personnes au sens de l'art. 1b LB sont qualifiées d'intermédiaires financiers. Elles sont soumises à la surveillance de la **FINMA** et nécessitent une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités.

16 Sont réputés **banques** les personnes principalement actives dans le secteur financier qui i) acceptent à titre professionnel des dépôts du public supérieurs à CHF 100 millions ou font appel au public pour les obtenir, ii) acceptent à titre professionnel des dépôts du public jusqu'à concurrence de CHF 100 millions ou des cryptoactifs désignés par le Conseil fédéral, ou font appel au public pour les obtenir et investissent ou rémunèrent ces dépôts ou ces actifs, ou iii) se refinancent dans une mesure importante auprès de plusieurs

11. Circ.-FINMA 11/1, "Activités d'intermédiaire financier au sens de la LBA", ch. 28.1 ss.

banques ne participant pas de manière notable à leur capital dans le but de financer pour leur propre compte, de quelque manière que ce soit, un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises avec lesquelles ils ne forment pas une entité économique (art. 1a LB).

Sont réputés **personnes au sens de l'art. 1b LB** les personnes principalement actives dans le secteur financier qui i) acceptent à titre professionnel des dépôts du public jusqu'à concurrence de CHF 100 millions ou des cryptoactifs désignés par le Conseil fédéral, ou font appel au public pour les obtenir, et ii) n'investissent ni ne rémunèrent ces dépôts ou actifs (art. 1b al. 1 LB). 17

La **Banque nationale suisse** et les **centrales d'émission de lettre de gage** ne sont pas soumises à la LB (cf. art. 1 al. 5 LB) et dès lors, ne sont pas des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a LBA (s'agissant de la Banque nationale suisse, cf. également art. 2 al. 4 let. a LBA). 18

Conformément à l'art. 35 OBA-FINMA, la **CDB 20** est applicable aux banques pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Pour les personnes selon l'art. 1b LB, le **titre 5 de l'OBA-FINMA** (art. 43a ss OBA-FINMA) est applicable. 19

## B. Gestionnaires de fortune et trustees

Conformément à l'art. 2 al. 2 let. a$^{bis}$ LBA, les gestionnaires de fortune et les trustees mentionnés à l'art. 2 al. 1 let. a et b LEFin doivent être qualifiés d'intermédiaires financiers. Ils sont soumis à la surveillance d'un **organisme de surveillance** autorisé et surveillé par la FINMA et nécessitent une autorisation de la **FINMA** afin de pouvoir exercer leurs activités. 20

Sont réputés **gestionnaires de fortune** les personnes qui peuvent, 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 (art. 17 al. 1 LEFin). Il s'agit ainsi tout d'abord des gestionnaires de fortune indépendants "classiques", lesquels disposent d'une procuration avec pouvoir de gestion discrétionnaire sur les valeurs patrimoniales de leurs clients déposées auprès d'une banque en Suisse ou à l'étranger. Sont également visées les personnes exerçant toute autre forme de "gestion" en lien avec des portefeuilles individuels, p.ex. des activités de conseil puis l'exécution de 21

transactions, ou uniquement la réception et la transmission d'ordres de clients, dès qu'il y a une procuration ou détention des avoirs à titre fiduciaire, même en l'absence de toute gestion discrétionnaire.[12]

22 Par ailleurs, conformément à l'art. 24 al. 2 LEFin, sont également réputés gestionnaires de fortune au sens de l'art. 17 al. 1 LEFin les gestionnaires de fortune qui exercent sous le seuil "**de-minimis**" (cf. N. 34).

23 Sont réputés **trustees** les personnes qui, à titre professionnel, gèrent un patrimoine distinct ou en disposent en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust[13] (art. 17 al. 2 LEFin).

24 Les personnes qui sont certes actives dans des activités de gestion ou de trustee mais bénéficient d'une **exception** notamment sur la base de l'art. 2 al. 2 LEFin et ne tombent ainsi pas sous le champ de la LEFin, p.ex. les *single family offices* ou les *private trusts companies* (PTC), ne doivent pas être qualifiées d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. b LBA. Elles peuvent le cas échéant tomber sous le champ de la LBA en vertu de l'art. 2 al. 3 LBA (cf. N. 4).

25 Le **titre 5 de l'OBA-FINMA** (art. 43a ss OBA-FINMA) est applicable aux gestionnaires et trustees et précise notamment les exigences en matière de vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique.

## C. Directions de fonds

26 Conformément à l'art. 2 al. 2 let. b LBA, les directions de fonds au sens de l'art. 2 al. 1 let. d LEFin qualifient d'intermédiaires financiers. Elles sont soumises à la surveillance de la **FINMA** et nécessitent une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités.

27 Sont réputées **directions de fonds** les personnes qui, pour le compte d'investisseurs, de façon indépendante et en leur propre nom, gèrent des fonds de placement conformément à l'art. 15 al. 1 let. a LPCC ou assument l'administration de SICAV visées à l'art. 13 al. 2 let. b LPCC (art. 32 LEFin).

12. Cf. Commentaires OSFin, OEFin et OOS 2019, p. 92.
13. Tel que défini dans la Convention du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

Dans le domaine de la gestion de fonds, le risque de blanchiment d'argent est considéré comme étant modéré.[14] En effet, il n'y a pas de flux financiers directs entre les investisseurs et les placements collectifs, mais les investissements sont effectués à la banque dépositaire des fonds par la banque des investisseurs finaux, ce qui implique des contrôles à différents niveaux par des instituts soumis à surveillance prudentielle. Ainsi, certains allègements ont été accordés. S'agissant des investisseurs, les directions de fonds doivent vérifier l'identité du **souscripteur** lors de la souscription de placements collectifs de capitaux suisses non cotés en bourse et identifier le détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales uniquement si le montant de souscription excède CHF 15'000 (art. 40 al. 1 OBA-FINMA). Initialement à CHF 25'000, le seuil a été abaissé en 2020 sur la base de la recommandation 10 du GAFI qui prévoit un seuil de USD 15'000, en raison de l'évolution du taux de change du CHF contre l'USD.[15] Cette disposition instaure une obligation vis-à-vis du souscripteur, resp. de l'ayant droit économique, au moment de la souscription, en tant qu'obligation unique, et non pas des obligations vis-à-vis de l'investisseur sur la base d'une relation d'affaires. Le terme "souscripteur" désigne soit la souscription pour propre compte, soit la souscription au nom et pour le compte d'un client.[16] En vertu de l'art. 40 al. 2 OBA-FINMA, les directions de fonds ne doivent pas exiger des explications relatives aux détenteurs du contrôle ou aux ayants droits économiques lors de la souscription si le souscripteur est un intermédiaire financier selon l'art. 2 al. 2 let. a à d LBA ou un intermédiaire financier étranger soumis à une réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et à une surveillance prudentielle adéquate. La FINMA n'a pas souhaité définir le terme "adéquat", estimant que ce terme ne peut être apprécié de façon schématique.[17] Il appartient ainsi à l'intermédiaire financier d'apprécier l'adéquation au cas par cas, au moyen des rapports d'évaluation des pays et des listes des pays à haut risque publiés par le GAFI. A noter qu'en pratique, les souscriptions de parts de fonds sont le plus souvent effectuées par de tels intermédiaires financiers (notamment banques et maisons de titres), de sorte que l'art. 40 al. 2 OBA-

28

14. Rapport explicatif OBA-FINMA 2015, p. 23.
15. Rapport explicatif OBA-FINMA 2017, p. 35.
16. Rapport sur les résultats de l'audition relative à l'OBA-FINMA 2015, p. 34.
17. Rapport sur les résultats de l'audition relative à l'OBA-FINMA 2015, p. 34.

FINMA trouve fréquemment application et qu'il n'y a pas lieu d'identifier le détenteur du contrôle, resp. l'ayant droit économique.

29 Par ailleurs, dans la pratique, les directions de fonds confient l'exécution des obligations de diligence et de documentation en relation avec les placements collectifs de capitaux administrés aux **banques dépositaires** desdits placements collectifs sur la base de l'art. 40 al. 3 OBA-FINMA. En effet, non seulement les directions de fonds n'ont en principe pas accès aux informations concernant les investisseurs en raison du secret bancaire, mais surtout la banque dépositaire est responsable de l'émission et du rachat des parts de fonds (art. 73 al. 1 LPCC) et entretient ainsi le contact direct avec le souscripteur. Dans ce cadre, la banque dépositaire applique déjà les obligations de diligence selon la LBA pour elle-même par rapport aux souscripteurs des parts de fonds. Lorsque la direction de fonds confie l'exécution des obligations de diligence conformément à cette disposition à la banque dépositaire, il ne s'agit à notre sens pas d'un *outsourcing*, resp. d'une délégation de tâche essentielle au sens de l'art. 14 LEFin et de la Circ.-FINMA 18/3 "Outsourcing". Cette option est en effet explicitement prévue par l'art. 40 al. 3 OBA-FINMA, qui constitue une loi spéciale, et les directions de fonds n'ont pas le choix de mandater un tiers délégataire à leur convenance. En effet, elles doivent désigner les banques dépositaires des fonds, lesquelles sont également surveillées par la FINMA.

30 Conformément à l'art. 40 al. 4 OBA-FINMA, la **CDB 20** s'applique aux méthodes utilisées pour l'identification du cocontractant, du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, ainsi qu'aux autres activités éventuelles de la direction de fonds déterminantes au regard de la LBA.

## D. Placements collectifs et gestionnaires de fortune collective

31 Conformément à l'art. 2 al. 2 let. b$^{bis}$ LBA, les titulaires d'une autorisation selon l'art. 13 al. 2 let. b à d LPCC, soit les SICAV, les SCmPC et les SICAF, ainsi que les gestionnaires de fortune collective selon l'art. 2 al. 1 let. c LEFin doivent être qualifiés d'intermédiaires financiers. Ils sont soumis à la surveillance de la **FINMA** et nécessitent une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités. Ne sont pas compris les L-QIF sous forme de SICAV et SCmPC, dès lors qu'ils ne disposent pas d'une autorisation de la FINMA et ne sont pas soumis à la surveillance de cette dernière (art. 118a al. 1

let. d LPCC). Cette disposition a été précisée dans ce sens lors de l'entrée en vigueur des modifications relatives aux L-QIF dans la LPCC le 1er mars 2024. En principe, les L-QIF ne sont pas soumis à la LBA (cf. art. 2 al. 4 let. e LBA).

Cette disposition ne comprend pas tous les instituts qui requièrent une autorisation en vertu de l'art. 13 LPCC. Les **représentants** de placements collectifs de capitaux ne sont pas inclus et ne qualifient ainsi pas d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 LBA. Par ailleurs, les **banques dépositaires** ne sont pas non plus concernées; par contre, dès lors qu'elles doivent être une banque au sens de la LB (art. 72 LPCC), elles sont des intermédiaires financiers en vertu de l'art. 2 al. 2 let. a LBA. 32

Les SICAV, les SCmPC et les SICAF sont des placements collectifs de capitaux sous forme **corporative**. Les SICAV sont des fonds ouverts, et les SCmPC et les SICAF sont des fonds fermés (cf. art. 8 et 9 LPCC). Alors que les SICAV et les SCmPC sont des fonds fréquemment utilisés en pratique, il n'y a à ce jour aucune SICAF en raison des contraintes réglementaires et des implications fiscales, lesquelles rendent le produit peu attractif. 33

Conformément à l'art. 40 al. 1 et 2 OBA-FINMA, les SICAV, les SCmPC et les SICAF doivent vérifier l'identité du **souscripteur** lors de la souscription de placements collectifs de capitaux suisses non cotés en bourse et identifier le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique dans les mêmes cas que les directions de fonds (cf. N. 27). Elles confient également en principe l'exécution des obligations de diligence et de documentation à la banque dépositaire, sur la base de l'art. 40 al. 3 OBA-FINMA, de manière similaire aux directions de fonds (cf. N. 28). 34

Sont réputées **gestionnaires de fortune collective** les personnes qui administrent à titre professionnel des valeurs patrimoniales au nom et pour le compte de placements collectifs de capitaux ou d'institutions de prévoyance (art. 24 al. 1 LEFin). Comme pour les gestionnaires de fortune (N. 21), il s'agit non seulement des activités de gestion "classique", soit discrétionnaire, mais également des activités de conseil avec transmission des ordres ou d'*execution only*, dès qu'il y a une procuration ou détention des avoirs à titre fiduciaire, même en l'absence de toute gestion discrétionnaire.[18] 35

Les gestionnaires de fortune collective qui exercent leur activité en dessous du seuil "**de minimis**" sont réputés gestionnaires de fortune au sens de l'art. 17 36

al. 1 LEFin et sont ainsi à qualifier d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a$^{bis}$ LBA. Il s'agit tout d'abord des gestionnaires de fortune collective gérant des placements collectifs de capitaux dont les investisseurs sont qualifiés au sens de l'art. 10 al. 3 ou 3*ter* LPCC, si les valeurs des fonds qu'ils gèrent ne dépassent pas CHF 100 millions au total, y compris les valeurs acquises au moyen d'instruments financiers à effet de levier, respectivement CHF 500 millions au total lorsque les fonds ne contiennent aucun instrument financier à effet de levier et n'accordent aucun droit au remboursement pendant une période de cinq ans à compter de la date de l'investissement initial (fonds fermés) (art. 24 al. 2 let. a LEFin). Il s'agit par ailleurs également des gestionnaires de fortune collective gérant des avoirs d'institutions de prévoyance lorsque les valeurs patrimoniales de ces dernières n'excèdent pas CHF 100 millions au total ou, dans le domaine obligatoire, 20% des valeurs patrimoniales d'une seule institution de prévoyance (art. 24 al. 2 let. b LEFin).

37 L'OBA-FINMA contient des dispositions spécifiques pour les **gestionnaires de fortune collective de placements collectifs de capitaux étrangers**. Ces dispositions ne sont pas applicables aux gestionnaires de placements collectifs suisses, dès lors que dans ce cas, les obligations d'identification incombent à la direction de fonds (cf. N. 27 s.). Conformément à l'art. 41 al. 1 OBA-FINMA, les gestionnaires de fortune collective de placements collectifs de capitaux étrangers doivent identifier le souscripteur et identifier le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales du placement collectif de capitaux étranger i) si ni le placement collectif de capitaux étranger ni sa société de gestion de fortune ne sont soumis à une réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et à une surveillance prudentielle adéquate, ii) s'ils n'apportent pas la preuve de l'application d'une réglementation adéquate en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme par un autre intermédiaire financier soumis à une surveillance prudentielle adéquate, et iii) si le montant investi excède CHF 15'000. S'agissant de la notion de souscripteur et de la réglementation et surveillance adéquates, cf. N. 27. Ainsi, l'application des obligations de diligence par rapport aux souscripteurs dépendra, en plus du montant souscrit, principalement du pays de domicile du fonds étranger géré, resp. de sa société de gestion. En vertu de l'art. 41 al. 2 OBA-FINMA, l'obtention d'une

18. Cf. Commentaires OSFin, OEFin et OOS 2019, p. 92.

déclaration concernant le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales n'est pas nécessaire si le souscripteur est un intermédiaire financier selon l'art. 2 al. 2 let. a à d LBA ou un intermédiaire financier étranger soumis à une réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et à une surveillance prudentielle adéquates. Cette disposition est semblable à celle prévue pour les directions de fonds, cf. N. 27.

Conformément à l'art. 41 al. 3 OBA-FINMA, la **CDB 20** s'applique aux méthodes utilisées pour l'identification du cocontractant, du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, ainsi qu'aux autres activités éventuelles du gestionnaire de fortune déterminantes au regard de la LBA. 38

## E. Institutions d'assurance

Conformément à l'art. 2 al. 2 let. c LBA, les institutions d'assurance au sens de la LSA, soit les "entreprises d'assurance" selon la terminologie utilisée par la LSA, sont à qualifier d'intermédiaires financiers si elles exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie ou si elles proposent ou distribuent des parts de placements collectifs. Les entreprises d'assurance selon la LSA sont soumises à la surveillance de la **FINMA** et nécessitent une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités. 39

Contrairement aux autres types d'instituts régulés énumérés à l'art. 2 al. 2 LBA, qui doivent toujours être qualifiés d'intermédiaires financiers du fait de leur statut prudentiel, indépendamment des activités concrètement exercées, le champ d'application quant à la matière est limité pour les entreprises d'assurance, lesquelles sont à qualifier d'intermédiaires financiers et sont ainsi soumises à la LBA en vertu de l'art. 2 al. 2 LBA uniquement si elles exercent une **activité en matière d'assurance directe sur la vie** ou si elles **distribuent des placements collectifs**. Pour ces activités, les obligations de diligence selon la LBA doivent être respectées.[19] Par ailleurs, les obligations de diligence selon la LBA doivent également être respectées pour toute autre activité qui doit être qualifiée d'intermédiation financière, comme pour tout intermédiaire financier régulé (cf. N. 10). 40

19. SHK-Schären, Art. 2 / I. – II., ch. 8; BSK-Peyer, art. 2 al. 2, ch. 63.

41 Les entreprises d'assurance soumises à la LSA sont celles qui exercent l'activité d'**assurance privée** sous la forme d'assurance directe ou de réassurance.[20] Les assurances qui ne sont pas soumises à la LSA, p.ex. les assurances sociales ou les entreprises d'assurance publiques (notamment les établissements cantonaux d'assurance des bâtiments) ne tombent pas sous l'art. 2 al. 2 let. c LBA.[21] Ne tombent pas non plus sous cette disposition les intermédiaires d'assurance selon les art. 40 ss LSA.[22]

42 L'**assurance sur la vie** signifie une assurance de personnes (par opposition aux assurances de choses) et comporte une composante d'épargne.[23] Les assurances de risque pur et les contrats d'assurance des piliers 2 et 3a ne sont pas concernés (art. 43 OBA-FINMA), ni les assurances choses, les autres assurances de personnes (notamment les assurances maladie ou accidents) ou les réassureurs.

43 En ce qui concerne la **distribution de placements collectifs de capitaux**, il convient de considérer que cette activité relève de l'intermédiation financière et est assujettie à la LBA en vertu de l'art. 2 al. 2 LBA si l'entreprise d'assurance, outre l'activité de distribution de fonds, accepte simultanément les valeurs patrimoniales de ses clients/assurés.[24] En effet, la simple distribution de fonds[25] ne comporte pas d'éléments relevant de l'intermédiation financière et n'est en tant que telle pas soumise à la LBA.

44 En outre, un assujettissement à la LBA demeure réservé, également pour les entreprises d'assurance, et notamment les entreprises d'assurance autre que celles visées à l'art. 2 al. 2 let. c LBA, en cas d'exercice d'une **activité d'intermédiation financière**, telle que définie à l'art. 2 al. 3 LBA, en particulier en cas d'octroi d'hypothèques.[26]

45 Conformément à l'art. 12 LBA, la surveillance pour les entreprises d'assurance selon l'art. 2 al. 2 let. c LBA relève de la compétence de la FINMA. S'agissant

20. BSK-Peyer, art. 2 al. 2, ch. 59 et réf. cit.
21. BSK-Peyer, art. 2 al. 2, ch. 65 et réf. cit.
22. Ces derniers peuvent le cas échéant être des intermédiaires financiers en vertu de l'art. 2 al. 3, cf. Circ.-FINMA 11/1, ch. 110 ss.
23. Commentaire du Règlement OAR-ASA, art. 1 al. 2, ch. 9.
24. Cf. Commentaire du Règlement OAR-ASA, art. 1 al. 2, ch. 12, partageant le même avis.
25. Il est précisé que le terme de distribution n'est pas défini légalement. Il s'agit de toute activité qui vise la promotion d'un placement collectif de capitaux et englobe également, p.ex., la vente, le marketing ou l'offre de placements collectifs de capitaux.

des obligations de diligence, ces dernières sont régies, pour les entreprises d'assurance dans les domaines de l'assurance-vie et de l'octroi de crédits hypothécaires, par les dispositions du **Règlement de l'organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances** (ASA) pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme en vertu de l'art. 42 al. 1 OBA-FINMA, et ce indépendamment d'un éventuel statut de membre de l'OAR-ASA. Si une entreprise d'assurance exerce d'autres activités d'intermédiation financière sans rapport avec l'activité d'assurance, en dehors des compétences réglementaires de l'OAR-ASA, p.ex. de la gestion de fortune ou de l'octroi de prêts, les dispositions générales de l'OBA-FINMA en matière de blanchiment d'argent et les obligations d'identification des art. 44 à 71 OBA-FINMA sont déterminantes et applicables selon la FINMA.[27] Dans ce cadre, il aurait été bienvenu d'avoir un titre 5 et une description du champ d'application à l'art. 43a OBA-FINMA moins restrictif, afin d'éviter toute contradiction et ainsi insécurité juridique.

## F. Maisons de titres

Conformément à l'art. 2 al. 2 let. d LBA, les maisons de titres mentionnées à l'art. 2 al. 1 let. e LEFin doivent être qualifiés d'intermédiaires financiers. Elles sont soumises à la surveillance de la **FINMA** et nécessitent une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités. 46

Sont réputées maisons de titres les personnes qui, à titre professionnel, i) font le commerce de valeurs mobilières en leur propre nom, **pour le compte de client**, ii) font le commerce de valeurs mobilières à court terme **pour leur propre compte** en étant principalement actif sur le marché financier et pourraient mettre en péril le bon fonctionnement du marché, opèrent en tant que membre d'une plateforme de négociation ou exploitent un système organisé de négociation au sens de l'art. 42 LIMF, ou iii) font le commerce de valeurs mobilières à court terme pour leur propre compte et proposent au public, en permanence ou sur demande, un cours pour certaines valeurs mobilières (teneurs de marchés / *market makers*) (art. 41 LEFin). 47

Conformément à l'art. 35 OBA-FINMA, la **CDB 20** est applicable aux maisons de titres pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que 48

26. Commentaire du Règlement OAR-ASA, art. 1 al. 2, ch. 15.
27. Rapport explicatif OBA-FINMA 2022, p. 15.

l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales.

## G. Contreparties centrales et dépositaires centraux

49 Conformément à l'art. 2 al. 2 let. d$^{bis}$ LBA, les contreparties centrales et les dépositaires centraux au sens de la LIMF sont à qualifier d'intermédiaires financiers. Ils sont soumis à la surveillance de la **FINMA** et nécessitent une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités.

50 Sont réputées **contreparties centrales** les organisations fondées sur des règles et procédures communes qui s'interposent entre les contreparties à une opération sur valeurs mobilières ou à un autre contrat sur instruments financiers, devenant ainsi l'acheteur vis-à-vis de tout vendeur et le vendeur vis-à-vis de tout acheteur (art. 48 LIMF).

51 Sont réputés **dépositaires centraux** les exploitants d'un organe dépositaire central ou d'un système de règlement des opérations sur valeurs mobilières (art. 61 al. 1 LIMF). Un organe dépositaire central est une organisation qui assure la conservation centralisée de valeurs mobilières et d'autres instruments financiers en vertu de règles et de procédures communes (art. 61 al. 2 LIMF). Un système de règlement des opérations sur valeurs mobilières est une organisation qui compense et règle des opérations sur valeurs mobilières et sur d'autres instruments financiers en vertu de règles et de procédures communes (art. 61 al. 3 LIMF).

52 Conformément à l'art. 17 let. a LBA, la FINMA est compétente pour préciser les obligations de diligence par voie d'ordonnance. Or, l'OBA-FINMA ne s'applique pas aux contreparties centrales et dépositaires centraux (art. 3 al. 1 OBA-FINMA a contrario). La FINMA fixera en pratique les modalités de mise en oeuvre des obligations de diligence dans le cadre de son activité d'autorisation et de surveillance.

## H. Systèmes de paiement

53 Conformément à l'art. 2 al. 2 let. d$^{ter}$ LBA, les systèmes de paiement, pour autant qu'ils doivent obtenir une autorisation de la FINMA au sens de l'art. 4 al. 2 LIMF, sont à qualifier d'intermédiaires financiers. Ils sont soumis à la surveillance de la **FINMA** et nécessitent une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités.

Sont réputés **systèmes de paiement** au sens de la LIMF les organisations fondées sur des règles et procédures communes qui servent à compenser et régler des obligations de paiement (art. 81 LIMF). L'exploitant d'un système de paiement doit obtenir une autorisation de la FINMA si le fonctionnement des marchés financiers ou la protection des participants aux marchés financiers l'exigent et si le système de paiement n'est pas exploité par une banque (art. 4 al. 2 LIMF). 54

Les autres systèmes de paiement, qui ne sont pas visés par l'art. 2 al. 2 let d$^{ter}$ LBA, soit les systèmes de paiement qui ne nécessitent pas d'autorisation de la FINMA en vertu de la LIMF, peuvent néanmoins tomber sous le coup de l'art. 2 al 3 LBA, en particulier let. b (services dans le domaine du trafic des paiements). 55

Conformément à l'art. 17 let. a LBA, la FINMA est compétente pour préciser les obligations de diligence par voie d'ordonnance. Or, l'OBA-FINMA ne s'applique pas aux systèmes de paiement (art. 3 al. 1 OBA-FINMA a contrario). Comme pour les contreparties centrales et dépositaires centraux (cf. N. 51), la FINMA fixera en pratique les modalités de mise en oeuvre des obligations de diligence dans le cadre de son activité d'autorisation et de surveillance. 56

## I. Systèmes de négociation fondés sur la TRD

Conformément à l'art. 2 al. 2 let. d$^{quater}$ LBA, les systèmes de négociation pour les valeurs mobilières fondées sur la technologie des registres distribués (TRD) au sens de l'art. 73a LIMF qualifient d'intermédiaires financiers. Ils sont soumis à la surveillance de la **FINMA** et nécessitent une autorisation de la FINMA afin de pouvoir exercer leurs activités. 57

Sont réputés **systèmes de négociation fondés sur la TRD** les organisations exploitées à titre professionnel destinées à la négociation multilatérale de valeurs mobilières fondées sur la TRD visant l'échange simultané d'offres entre plusieurs participants ainsi que la conclusion de contrats selon des règles non discrétionnaires et remplissant au moins l'une des conditions suivantes: a. elles admettent les participants visés à l'art. 73c al. 1 let e LIMF; b. elles assurent la conservation centralisée de valeurs mobilières fondées sur la TRD en se fondant sur des règles et des procédures communes; ou c. elles compensent et règlent des opérations sur valeurs mobilières fondées sur la 58

TRD en se fondant sur des règles et des procédures communes (art. 73a al. 1 LIMF).

59 Les systèmes de négociation fondés sur la TRD ont été ajoutés au catalogue de l'art. 2 al. 2 LBA avec effet au 1er août 2021 dans le cadre de l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, dès lors qu'ils sont susceptibles d'exercer des activités qui sont considérées comme de l'**intermédiation financière**.[28] Le titre 5 de l'OBA-FINMA (art. 43a ss OBA-FINMA) est applicable et précise notamment les exigences en matière de vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique.

## J. Maisons de jeu

60 Conformément à l'art. 2 al. 2 let. e LBA, les maisons de jeu au sens de la LJAr sont à qualifier d'intermédiaires financiers. En outre, la LJAr stipule également qu'elles sont soumises à la LBA (cf. art. 67 al. 1 LJAr). Les maisons de jeu au sens de la LJAr doivent obtenir une concession de la part du **Conseil fédéral** (art. 5 et 6 LJAr) ainsi que des autorisations de la **Commission fédérale des maisons de jeu** (CFMJ) pour les jeux de casinos exploités (art. 16 LJAr). Elles sont surveillées par la CFMJ, notamment en ce qui concerne le respect des obligations en matière de blanchiment d'argent (art. 97 al. 1 let. a ch. 2 LJAr et art. 12 let. b LBA). La CFMJ est également compétente pour préciser les obligations de diligence selon la LBA (art. 1 al. 1 let. b LBA), ce qu'elle a fait au moyen de l'OBA-CFMJ.

61 Conformément à l'art. 67 al. 2 LJAr, l'étendue des **obligations de diligence** en matière de lutte contre le blanchiment d'argent dépend du risque et des caractéristiques du jeu et du canal de distribution. Pour les jeux exploités en ligne, l'identification du cocontractant, au moment de l'établissement de la relation d'affaires, peut avoir lieu sur la base d'une auto-déclaration (art. 68 al. 1 LJAr). L'identité du cocontractant doit être vérifiée conformément à l'art. 3 al. 1 LBA lorsque les mises mensuelles ou lorsque les gains, ponctuels ou cumulés sur un mois, atteignent une somme importante (art. 68 al. 2 LJAr). Les valeurs considérées comme des sommes importantes pour les jeux de casino sont déterminées par la CFMJ et s'élèvent à ce jour à CHF 4'000 (art. 3 OBA-CFMJ).

28. Message TRD 2020, p. 260.

## K. Exploitants de jeux de grande envergure

Conformément à l'art. 2 al. 2 let. f LBA, les exploitants de jeux de grande envergure au sens de la LJAr sont à qualifier d'intermédiaires financiers. En outre, la LJAr stipule également qu'ils sont soumis à la LBA (cf. art. 67 al. 1 LJAr). Les exploitants de jeux de grande envergure doivent obtenir une autorisation de jeu de l'**autorité intercantonale de surveillance et d'exécution** visée à l'art. 105 LJAr (art. 24 al. 1 LJAR). Ils sont surveillés par l'autorité intercantonale précitée, notamment en ce qui concerne le respect des obligations en matière de blanchiment d'argent (art. 107 al. 1 let. a ch. 2 LJAr et art. 12 let. b$^{bis}$ LBA). Le **DFJP** est compétent pour préciser les obligations de diligence selon la LBA (art. 1 al. 1 let. c LBA), ce qu'il a fait au moyen de l'OBA-DFJP. 62

Conformément à l'art. 67 al. 2 LJAr, l'étendue des **obligations de diligence** en matière de lutte contre le blanchiment d'argent dépend du risque et des caractéristiques du jeu et du canal de distribution. Des allègements ont été prévus pour les exploitants de jeux de grande envergure non exploités en ligne ou exploités en ligne. Les exploitants de jeux de grande envergure non exploités en ligne ne doivent satisfaire aux obligations de diligence selon l'art. 3 à 7 LBA que lorsqu'un gain atteignant une somme importante est versé à un joueur (art. 67 al. 3 LJAr). S'agissant des exploitants de jeux de grande envergure exploités en ligne, l'identification du cocontractant, au moment de l'établissement de la relation d'affaires, peut avoir lieu sur la base d'une auto-déclaration (art. 68 al. 1 LJAr). L'identité du cocontractant doit être vérifiée conformément à l'art. 3 al. 1 LBA uniquement lorsque les mises mensuelles ou lorsque les gains, ponctuels ou cumulés sur un mois, atteignent une somme importante. Le DFJP est compétent pour déterminer les sommes considérées comme importantes, en tenant en compte les dangers liés aux jeux concernés (art. 67 al. 4 LJAr). A ce jour, les seuils sont fixés à entre CHF 5'000 et CHF 25'000 en fonction du type de jeu et du risque de la relation d'affaires entre l'exploitant et le joueur (art. 3 et 4 OBA-DFJP). 63

## L. Essayeurs du commerce

Conformément à l'art. 2 al. 2 let. g LBA, les essayeurs du commerce et les sociétés de groupe visés à l'art. 42$^{bis}$ LCMP doivent être qualifiés d'intermédiaires financiers. En vertu de l'art. 42$^{bis}$ al. 1 LCMP, les essayeurs du commerce qui effectuent eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'une société du 64

groupe le négoce de métaux précieux bancaires à titre professionnel doivent obtenir une autorisation du **Bureau central du contrôle des métaux précieux** (Bureau central).[29] Ils sont soumis à la surveillance du Bureau central en ce qui concerne le respect des obligations en matière de LBA (art. 42ter LCMP et art. 12 al. bter LBA). L'**OFDF** est compétent pour préciser les obligations de diligence selon la LBA (art. 17 al. 1 let. d LBA), ce qu'il a fait au moyen de l'OBA-OFDF.

65 Avant l'abrogation du statut d'intermédiaire financier directement soumis à la surveillance de la FINMA (IFDS) avec l'entrée en vigueur de la LEFin et les modifications y relatives de la LBA, les essayeurs du commerce qui effectuaient le commerce de métaux précieux bancaires et étaient ainsi considérés comme des intermédiaires financiers au sens de la LBA, étaient pour la plupart directement soumis à la surveillance de la FINMA en tant qu'IFDS.[30] Avec l'abrogation du statut d'IFDS, ils auraient dû s'affilier à un OAR pour la surveillance LBA, ce qui aurait créé diverses difficultés pratiques. Dans le cadre de la consultation relative à la LEFin, il a dès lors été décidé, sur la base d'une proposition de l'Association Suisse des Fabricants et Commerçants de Métaux Précieux (ASFCMP), de renforcer les compétences du bureau central en lui attribuant également la surveillance LBA des essayeurs de commerce.[31] La compétence de surveillance LBA de la FINMA, respectivement des OAR a ainsi été transférée au bureau central avec effet au 1er janvier 2023, sans néanmoins qu'il y ait de modifications matérielles, le Bureau central ayant repris la pratique de la FINMA dans une large mesure.[32] La **centralisation des compétences** en matière de surveillance LBA et LCMP auprès d'une même autorité est tout à fait justifiée. Cela a permis d'améliorer l'efficacité de la surveillance, d'éviter les doublons et de limiter les

29. Il s'agit d'une autorisation séparée, supplémentaire à l'autorisation d'exercer du bureau central requise pour exercer la profession d'essayeur du commerce en vertu de l'art. 41 LCMP.
30. Les essayeurs du commerce qualifiant d'intermédiaires financiers et tombant sous la LBA choisissaient en effet dans la grande majorité des cas un assujettissement direct à la FINMA et non pas une affiliation à un OAR du fait que la FINMA est une autorité étatique reconnue au niveau international, alors que les OAR sont des organismes privés, peu (re)connus à l'étranger.
31. Cf. Message LBA 2019, p. 5287 ss.
32. Cf. informations données par l'OFDF en matière de négoce de métaux précieux bancaires, sur https://www.bazg.admin.ch/bazg/fr/home/themes/controle-des-metaux-precieux/handel-mit-bankedelmetallen.html.

coûts pour les assujettis, tout en garantissant le recours à un organisme étatique connu, compris et accepté sur le plan international.

## BIBLIOGRAPHIE

Bovet Christian/Bacharach Jeremy, Commentaire de l'art. 2 LBA, in: Cassani Ursula, Bovet Christian, Villard Katia (éd.), Commentaire Romand (CR), Loi sur le blanchiment d'argent, 1ère édition, Bâle 2022.

Commentaire du Règlement de l'OAR-ASA, https://www.sro-svv.ch/fr/textes-juridiques/commentaire-du-reglement-oar-asa, visité le 23.8.2024.

Jutzi Thomas/Abbühl Andri, Fintech und DLT, Privat- und finanzmarktrechtlich Grundlagen in der Schweiz, Bern 2023.

Nagel Thomas, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes (GwG), Zürich 2020.

Nagel Thomas, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Gelwäschereigesetzes (GwG) – Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, in: SSFM – Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 132 Zürich 2020, S. 91-135.

OFDF, Négoce de métaux précieux bancaires, https://www.bazg.admin.ch/bazg/fr/home/themes/controle-des-metaux-precieux/handel-mit-bankedelmetallen.html#context-sidebar, visité le 27.8.2024.

Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 2 GwG, in: Hsu Peter Ch., Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, 1. Aufl., Basel 2021.

Schären Simon, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 2 GwG, in: Peter V. Kunz, Jutzi Thomas, Schären Simon (Hrsg.), SHK – Stämpflis Handkommentar, 1. Aufl., Bern 2017.

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 2 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), OFK – Orell Füssli Kommentar, Geldwäschereigesetz, 3. Aufl., Zürich 2019.

Zysset Pascal/Nagel Thomas, Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes, GesKR 2018, S. 140-155.

## MATÉRIAUX

Message relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (TRD), FF 2020 223, disponible sous https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/16/fr, visité le 10.9.2024.

Message concernant la modification de la loi sur les placements collectifs (Limited Qualified Investor Fund, L-QIF), FF 2020 6667, disponible sous https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1852/fr, visité le 10.9.2024.

Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchissage d'argent, LBA) du 17 juin 1996, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/fr, visité le 10.9.2024.

Commentaires relatifs à la modification de l'ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, 31 août 2022, disponible sous https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/73350.pdf, visité le 10.9.2024.

Département fédéral des finances (DFF), Commentaires relatifs à l'ordonnance sur les services financiers (OSFin), l'ordonnance sur les établissements financiers (OEFin) et l'ordonnance sur les organismes de suveillance (OOS), 6 novembre 2019, disponible sous https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/58957.pdf, visité le 10.9.2024.

Département fédéral des finances (DFF), Commentaires relatifs à la révision de l'ordonnance sur les banques "Autorisation FinTech", 30 novembre 2018, disponible sous https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/54882.pdf, visité le 10.9.2024.

FINMA, Commentaires relatifs à la révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA), 27 octobre 2022, disponible sous https://www.finma.ch/fr/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/20221102-gwv-finma/erlaeuterungen_gwv_finma_20221027_de.pdf?sc_lang=fr&hash=C7B88C0C76850E0F78D15EB2D92AB997, visité le 10.9.2024.

FINMA, Rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, 4 septembre 2017, disponible sous https://www.finma.ch/fr/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/rs-gwv/20170904-eb-gwv-finma.pdf?sc_lang=fr&hash=61DE46F996C89A314261C90D50555E82, visité le 10.9.2024.

FINMA, Rapport explicatif sur la révision totale de l'OBA-FINMA, 11 février 2015, disponible sous https://www.finma.ch/fr/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/8news/medienmitteilungen/2015/02/20150211-eb-gwv-finma.pdf?sc_lang=fr&hash=1230CA31F493FFD305859491E973444E, visité le 10.9.2024..

FINMA, Rapport sur les résultats de l'audition relative à l'OBA-FINMA, 3 juin 2015, disponible sous https://www.finma.ch/fr/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/20150603-gwv-finma-revision/ab_gwv_finma_20150603_de.pdf?sc_lang=fr&hash=1DFF5386AFA05F276AB6AAA6E0AEB28F, visité le 10.9.2024.

FINMA, Circulaire 2011/1 Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA, Précisions concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent, 4 novembre 2020, disponible sous https://www.finma.ch/fr/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2011-01-01-01-2017.pdf?sc_lang=fr&hash=9314F3466AA57D97A85B0E1C82707B9F, visité le 10.9.2024.

FINMA, Circulaire 2018/3 Outsourcing, Externalisations dans le secteur des banques, des entreprises d'assurance et de certains établissements financiers au sens de la LEFin, 4 novembre 2020, disponible sous https://www.finma.ch/fr/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2018-03-01012021_de.pdf?sc_lang=fr&hash=4A3159F8525175E2EF67A8DB0F742AED, visité le 10.9.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 2 al. 3 LBA

Un commentaire de Doris Hutzler / David Meirich

PROPOSITION DE CITATION

Doris Hutzler/David Meirich, Commentaire de l'art. 2 al. 3 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Hutzler/Meirich, art. 2 al. 3 LBA.

**Art. 2 Champ d'application**

[3] Sont en outre réputées intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, en particulier les personnes qui:

a. effectuent des opérations de crédits (portant notamment sur des crédits à la consommation ou des crédits hypothécaires, des affacturages, des financements de transactions commerciales ou des leasings financiers);

b. fournissent des services dans le domaine du trafic des paiements, notamment en procédant à des virements électroniques pour le compte de tiers, ou qui émettent ou gèrent des moyens de paiement comme les cartes de crédit et les chèques de voyage;

c. font le commerce, pour leur propre compte ou pour celui de tiers, de billets de banque ou de monnaies, d'instruments du marché monétaire, de devises, de métaux précieux, de matières premières ou de valeurs mobilières (papiers-valeurs et droits-valeurs) et de leurs dérivés;

d. ...

e. ...

f. effectuent des placements en tant que conseillers en matière de placement;

g. conservent ou gèrent des valeurs mobilières.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Base ..... 83
A. But et rapport entre les al. 2 et 3 ..... 83
B. Cascade réglementaire ..... 83
C. Structure de la disposition ..... 84
D. Interprétation de la disposition ..... 85
E. Méthode de contrôle recommandée ..... 86
II. Champ d'application ..... 87
A. Territoire ..... 87
B. Sur le plan personnel et matériel ..... 89
III. Exceptions ..... 90
A. Généralités ..... 90
B. Intermédiaires financiers non soumis ..... 91
C. Pas d'activités d'intermédiaire financier ..... 91
1. Transport physique et conservation ..... 91
2. Activité d'encaissement ..... 91
3. Transfert accessoire ..... 94
4. Pilier 3a ..... 95
5. Prestations de services au sein du groupe ..... 96
D. Auxiliaires ..... 96
E. Action étatique ..... 97
IV. Catégories d'activités (art. 2, al. 3, let. a à g, LBA) ..... 98
A. Introduction ..... 98
B. Opérations de crédit (let. a) ..... 99
1. Généralités ..... 99
2. Crédits hypothécaires et autres crédits monétaires ..... 100
3. Crédits à la consommation ..... 101
4. Financement commercial ..... 102
5. Leasing (financier) ..... 102
6. Affacturage ..... 102
7. Cas non soumis à la LBA dans le domaine du crédit ..... 103
C. Services liés au trafic des paiements (let. b) ..... 106
1. Généralités ..... 106
2. Exécution d'ordres de paiement / virements électroniques ..... 107
3. Aide au transfert de monnaies virtuelles ..... 108
4. Moyens de paiement et systèmes de paiement ..... 113
5. Opération de transfert d'argent ou de valeurs ..... 117
D. Activité commerciale (let. c) ..... 120
1. Généralités ..... 120
2. Négoce de billets de banque et de pièces de monnaie (espèces) ..... 121
3. Commerce des devises (monnaie scripturale) ..... 122

4. Négoce de métaux précieux bancaires (or, argent, platine, palladium) ..... 123
5. Change ..... 125
6. Négoce de matières premières (en bourse et hors bourse) ..... 126
7. Négoce de valeurs mobilières ..... 128
8. Instruments du marché monétaire ..... 129
E. Réalisation de placements en tant que conseiller en placement (let. f) ..... 130
F. Conservation ou gestion de titres (let. g) ..... 131
G. Activité en tant qu'organe de sociétés de domicile ..... 135
H. Intermédiaires d'assurance ..... 138
I. Avocats et notaires ..... 140
J. Secteur immobilier ..... 143
V. Clause générale ..... 144
A. Structure ..... 144
B. Valeurs patrimoniales appartenant à des tiers ..... 145
C. Activité d'intermédiaire financier ..... 146
VI. Caractère professionnel ..... 149
A. Principes fondamentaux ..... 149
B. Critères généraux (art. 7 OBA) ..... 149
C. Opérations de crédit (art. 8 OBA) ..... 152
D. Opérations de transfert de fonds et de valeurs (art. 9 OBA) ..... 152
E. Opération commerciale (art. 10 OBA) ..... 152
VII. Conséquences de l'obligation d'assujettissement ..... 153
A. Affiliation à un OAR ..... 153
B. Conséquences en matière de surveillance et de droit pénal en cas d'omission ..... 154
Bibliographie ..... 156
Matériaux ..... 160

# I. BASE

## A. But et rapport entre les al. 2 et 3

Conformément à l'art. 2, al. 1, LBA, la loi sur le blanchiment d'argent s'applique en premier lieu (let. a) aux **intermédiaires financiers** et en second lieu (let. b) aux personnes physiques et morales qui font le commerce de biens et acceptent des espèces (commerçants). La notion d'intermédiaires financiers englobe toutes les personnes physiques et morales décrites dans les alinéas 2 et 3 de la loi. 1

La liste figurant à l'art. 2, al. 2, LBA désigne comme intermédiaires financiers exclusivement les établissements **soumis à la surveillance** directe ou indirecte de la FINMA, dont la définition renvoie aux lois spéciales correspondantes. 2

Cependant, comme les établissements sans autorisation de la FINMA peuvent également exercer des activités d'intermédiaires financiers qui se prêtent (également) particulièrement au blanchiment d'argent, pour lesquelles « le risque qu'elles puissent être utilisées à des fins de blanchiment d'argent est [toutefois] moins évident », le secteur dit « parabancaire » a été soumis à la législation sur le blanchiment d'argent sous la surveillance d'organismes d'autorégulation reconnus par la FINMA conformément à l'art. 24, al. 1, LBA. Les activités couvertes correspondent au champ d'application de l'art. 305$^{ter}$, al. 1, CP. En plus de la clause générale, l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA énumère **une liste de faits constitutifs**. Alors que l'art. 2, al. 2, LBA se réfère à la catégorie d'autorisation correspondante, l'art. 2, al. 3, LBA se réfère concrètement aux activités soumises. La classification contractuelle de ces activités n'est pas déterminante. 3

Par rapport à l'al. 2, l'al. 3 constitue un **fait générateur subsidiaire**. Cela signifie qu'un intermédiaire financier ne peut être soumis aux deux alinéas et que l'al. 3 ne peut s'appliquer que si un intermédiaire financier n'est pas déjà soumis à la LBA en vertu de l'al. 2. 4

## B. Cascade réglementaire

Sur la base de l'art. 41, al. 1, LBA, le Conseil fédéral précise le champ d'application de l'art. 2, al. 3, LBA par les art. 2 ss de l'**ordonnance** du 11 5

novembre 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (ordonnance sur le blanchiment d'argent, OBA).

6 Dans sa **circulaire 2011/1** « Activité d'intermédiaire financier au sens de l'OBA – Explications relatives à l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) », la FINMA a présenté, à l'aide d'exemples, sa pratique en matière d'interprétation de la législation sur le blanchiment d'argent pour les activités soumises à la loi sur le blanchiment d'argent. La circulaire de la FINMA n'a pas d'effet réglementaire propre, mais elle est très utile dans la pratique en tant que guide.

7 La circulaire FINMA 2011/1 remplace le **commentaire sur l'assujettissement** de l'ancienne autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 29 octobre 2008 (CC LBA), qui, en raison de ses explications détaillées, est toujours utilisé comme aide à l'interprétation dans la doctrine et la pratique.

## C. Structure de la disposition

8 L'art. 2, al. 3, LBA contient une **clause générale** avec une définition abstraite. Selon celle-ci, sont considérées comme des intermédiaires financiers les personnes qui « acceptent ou conservent à titre professionnel des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers ou aident à les placer ou à les transférer ».

9 L'alinéa contient ensuite une liste concrète de **cas types** qui, selon le terme générique « en particulier », n'est pas exhaustive. Ici aussi, les cas types de la clause générale prévalent au sens d'une *lex specialis*. Il convient donc d'abord d'examiner si un cas relevant de l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA est présent. Si tel n'est pas le cas, il convient ensuite de vérifier si la clause générale pourrait être remplie. L'un des arguments en faveur de cette approche est que certains des éléments énumérés dans la liste prévoient des exigences particulières en matière de professionnalisme.

10 Tant la loi que l'ordonnance contiennent des **dispositions dérogatoires** à respecter. L'art. 2, al. 4, LBA exclut certaines activités et certains établissements du champ d'application de la LBA. L'art. 2, al. 2, OBA-FINMA contient des exceptions spécifiques qui se réfèrent à l'art. 2, al. 3, LBA. Ces exceptions s'appliquent tant à la clause générale qu'aux infractions spéciales.

La liste exemplative des activités soumises à la LBA figurant à l'art. 2, al. 3, LBA ne doit pas faire oublier que les cas énumérés dans le catalogue dépassent en partie le champ d'application de la clause générale. Par conséquent, toute personne qui remplit les critères d'un cas énuméré dans le catalogue ne remplit pas nécessairement ceux de la clause générale. Le catalogue contient plutôt des **faits spéciaux** distincts qui élargissent le champ d'application de l'art. 2, al. 3, LBA et qui ont une signification indépendante. D'un point de vue dogmatique et dans un souci de meilleure compréhension, il serait souhaitable de le signaler clairement dans le texte de la loi. 11

## D. Interprétation de la disposition

Le commentaire de l'autorité de contrôle LBA sur la question de l'**interprétation** se fondait encore sur l'article relatif au but de la LBA (art. 1) et les documents correspondants, qui prévoyaient expressément que la LBA ne s'appliquait qu'aux personnes actives dans le secteur financier. Par conséquent, seules les activités relevant du secteur financier, notamment celles énumérées dans la liste de l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA, devaient être soumises à l'art. 2, al. 3, LBA. Cette liste devait constituer le « point de départ pour l'interprétation de la clause générale ». Les activités comparables ou présentant de grandes similitudes avec celles mentionnées expressément dans la liste devaient être examinées au cas par cas et, le cas échéant, soumises à la LBA par le biais de la clause générale. D'autres activités, telles que le commerce immobilier, le commerce d'antiquités ou le commerce d'œuvres d'art, étaient expressément exclues. Ces constatations restent valables, même si l'article sur le but a été élargi depuis lors, englobant également le commerce depuis 2016 et, selon la révision en cours de la loi, devant également couvrir à l'avenir les services de conseil en dehors de l'intermédiation financière. L'art. 2, al. 3, LBA reste réservé même avec la dernière révision de l'intermédiation financière et clairement séparé des autres services. 12

La clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA est définie de manière abstraite et ouverte afin de soumettre les activités neutres sur le plan technologique et innovant, mais attractives pour le blanchiment d'argent, aux obligations de diligence et de communication prévues par la LBA. Les nouvelles formes d'intermédiation financière ne doivent pas nécessiter de réglementations a posteriori. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'interprétation d'une soumission doit donc être restrictive. « La technique réglementaire utilisée, 13

qui décrit le cercle des intermédiaires financiers de manière ouverte et exemplaire, exige que l'on accorde, lors de l'interprétation, une importance accrue au sens et au but de la norme, en plus de sa formulation ». Dans la doctrine, cette considération est interprétée comme signifiant que l'application des dispositions relatives au blanchiment d'argent n'est justifiée que lorsqu'il s'agit d'activités et de situations présentant un **risque de blanchiment d'argent**. Si ce risque est toutefois faible, l'étendue des obligations de diligence doit être adaptée en conséquence. Cette approche se reflète concrètement dans les obligations de diligence simplifiées prévues par l'OBA-FINMA.

14 Le **Tribunal administratif fédéral** a précisé que ni la conception de la LBA ni celle de l'OBA ne prévoient l'obligation de prouver ou de rendre vraisemblable l'existence d'un risque concret de blanchiment d'argent pour qu'une activité soit soumise à la loi. Si une activité remplit les critères légaux, elle est soumise à la loi sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un risque. Cela est approprié, car le législateur n'inscrit dans la loi que les éléments constitutifs comportant un risque inhérent de blanchiment d'argent, raison pour laquelle un examen plus approfondi des risques par les autorités chargées d'appliquer la loi n'est pas nécessaire.

## E. Méthode de contrôle recommandée

15 Pour vérifier si une activité est soumise à la LBA, le schéma de contrôle suivant peut être utilisé :

| Schritt | Frage | Ja | Nein |
|---|---|---|---|
| 1 | Liegt ein FI nach Abs. 2 vor?<br>(z.B. Bank, Vermögensverwalter etc.) | Abs. 3 nicht anwendbar (Unterstellung nach Art. 2 Abs. 2) | Weiter zu Schritt 2 |
| 2 | Liegt die Tätigkeit im räumlichen Geltungsbereich des GwG (Art. 2 Abs. 1 lit. a GwV)? | Weiter zu Schritt 3 | keine Unterstellung in der Schweiz |
| 3 | Liegt eine Ausnahme nach Art. 2 Abs. 4 GwG oder Art. 2 Abs. 2 GwV oder gem. FINMA-RS 2011/1 vor? (z.B. SNB, Säule 3a, Inkasso, physischer Transport, Hilfsperson, staatliches Handeln etc.) | keine Unterstellung | Weiter zu Schritt 4 |
| 4 | Ist bei einer Tätigkeit ein Katalogtatbestand (lit. a-g i.V.m. Art. 3 ff. GwV) erfüllt?<br>(z.B. Leasing, Konsumkredit, Zahlungsdienstleistung, Money Transmitter, VASP, Organ einer Sitzgesellschaft etc.) | Weiter zu Schritt 5 | Weiter zu Schritt 6 |
| 5 | Wird die Tätigkeit berufsmässig ausgeübt - unterschiedliche Anforderungen, je nach Katalogtatbestand i.S.v. Art. 7 ff. GwV?<br>(über einem bestimmten Bruttoerlös, Anzahl Geschäftsbeziehungen, Transaktionsvolumen etc.) | Unterstellung | Weiter zu Schritt 6 |
| 6 | Ist der Grundtatbestand erfüllt? (fremde Vermögenswerte, finanzintermediäre Handlung) | Weiter zu Schritt 7 | keine Unterstellung |
| 7 | Wird die Tätigkeit berufsmässig ausgeübt (*nur* Art. 7 GwV)? | Unterstellung | keine Unterstellung |

# II. CHAMP D'APPLICATION

## A. Territoire

Contrairement aux intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 2, LBA, le **champ d'application territorial** des intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3, LBA est expressément réglementé dans l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA). Conformément à l'art. 2, al. 1, let. a, OBA-LBA, la LBA s'applique aux intermédiaires financiers qui exercent **de fait** leur activité en Suisse ou à partir de la Suisse. 16

Selon la pratique de la FINMA, un intermédiaire financier exerce son activité **en Suisse ou à partir de la Suisse** s'il a son domicile en Suisse ou s'il est inscrit au registre du commerce (établissement formel) ou s'il emploie en Suisse des personnes qui, pour son compte, exécutent ou concluent de 17

manière durable des opérations d'intermédiaire financier en Suisse ou à partir de la Suisse ou qui peuvent l'y contraindre juridiquement (succursale de fait). Le lieu où l'activité d'intermédiaire financier est principalement exercée est donc déterminant pour le champ d'application territorial de la LBA.

18 Dans le cas d'un **établissement formel** ou d'une succursale, le lieu de rattachement géographique est le domicile (pour les personnes physiques/ entreprises individuelles) ou le siège (pour les personnes morales) en tant que centre formel de l'activité. Une entreprise dont le siège statutaire est en Suisse est donc soumise à la LBA même si elle ne dispose ici que d'une adresse postale et que tant la direction effective que le centre de gravité de l'activité opérationnelle d'intermédiaire financier se trouvent à l'étranger.

19 Sont considérées comme des **succursales de fait** les personnes qui aident en permanence l'intermédiaire financier étranger à exercer des éléments essentiels de l'activité d'intermédiaire financier en Suisse ou à partir de la Suisse, mais pas les cas où seul le client constitue un lien avec la Suisse. Sont donc soumises à la loi les succursales de sociétés constituées selon le droit étranger et dont le siège principal se trouve à l'étranger, mais dont l'activité d'intermédiaire financier est principalement exercée à partir de la Suisse. Une activité est considérée comme exercée à partir de la Suisse lorsque la relation contractuelle avec le client est gérée par l'intermédiaire financier en Suisse, même si les transactions sont exécutées par la succursale à l'étranger.

20 Selon la pratique de la FINMA, l'assujettissement à la LBA exige une certaine **durée** de l'activité en Suisse, les activités purement temporaires n'étant pas considérées comme durables. L'élément constitutif de la permanence n'est pas défini plus précisément dans la circulaire FINMA 2011/1 et nécessite une évaluation au cas par cas. La doctrine retient comme critères la durée absolue de l'activité, la régularité de la présence, la nature de l'activité d'intermédiaire financier et le mécanisme d'exercice de la présence physique.

21 La **référence à des personnes** implique une distinction par rapport à une référence purement mécanique. Un serveur ou des offres purement en ligne en Suisse ne constituent donc pas une activité relevant de la LBA. Tant qu'un intermédiaire financier dispose en Suisse de personnel qui se contente de recruter des clients et d'entretenir ces relations avec la clientèle, sans obliger en aucune manière l'intermédiaire financier c'est-à-dire conclure des contrats au nom du représenté et effectuer des opérations d'intermédiaire financier ou

des éléments essentiels de telles opérations, il n'y a pas de présence physique en Suisse au sens de l'art. 2, al. 1, let. a, OBA. Seules les prestations d'assistance administrative ou technique ne sont donc pas couvertes par le champ d'application de la LBA.

Comme pour les intermédiaires financiers ayant leur siège **ou leur domicile à l'étranger**, il convient de vérifier au cas par cas si leurs activités en Suisse remplissent les conditions de l'activité professionnelle d'intermédiaire financier au sens de l'art. 7 OBA. Si tel est le cas, ils sont soumis à la LBA. L'activité concrètement exercée en Suisse est déterminante pour l'assujettissement. 22

## B. Sur le plan personnel et matériel

Quiconque exerce **de fait** les activités d'intermédiaire financier soumises à l'obligation d'assujettissement définies à l'art. 2, al. 3, LBA est soumis à la LBA sur le plan personnel. Une personne n'est soumise à la LBA qu'au regard de ces activités. Par conséquent, les obligations de diligence prévues par la LBA ne doivent être respectées que pour les relations d'affaires liées à l'activité d'intermédiaire financier. 23

Il est concevable qu'une activité soumise à la LBA soit exercée par **plusieurs personnes**. Dans une telle configuration, seule l'action commune de toutes ces personnes remplit les conditions de l'art. 2, al. 3, LBA. Dans ce cas, toutes les personnes impliquées sont considérées comme des intermédiaires financiers au sens de l'al. 3. 24

L'**intermédiaire financier** soumis à l'obligation d'assujettissement peut être une personne physique ou morale. Dans le cas des sociétés de personnes, les dispositions suivantes s'appliquent : si des activités soumises à l'obligation d'assujettissement sont exercées par une société en nom collectif ou en commandite, la société elle-même est considérée comme un intermédiaire financier. Si elles font l'objet d'une société simple, chaque associé devient individuellement un intermédiaire financier. Dans ce dernier cas, ce sont les dispositions du contrat de société qui sont déterminantes pour l'organisation pratique. 25

L'exercice de l'activité décrite à l'art. 2, al. 3, LBA et commentée ci-après constitue le **point de rattachement** pour l'assujettissement. Enfin, il convient de noter que même les activités d'intermédiaire financier qui remplissent les 26

conditions requises ne relèvent du champ d'application matériel de la LBA que si l'exigence de professionnalisme énoncée au chapitre VI est remplie et qu'aucune des exceptions décrites au chapitre III ne s'applique.

## III. EXCEPTIONS

### A. Généralités

27 Il convient ici de distinguer **les exceptions** prévues par la loi, par l'ordonnance et par la pratique de la FINMA, lesquelles ne sont pas (uniquement), comme on pourrait s'y attendre, concrétisées de manière cohérente tout au long de la cascade réglementaire, mais constituent différents types d'exceptions.

28 La loi prévoit à l'art. 2, al. 4, LBA **de manière générale** des exceptions à l'obligation d'assujettissement pour les établissements et les activités qui relèvent certes de l'intermédiation financière, mais qui ne sont pas assujettis en raison de l'absence de risque de blanchiment d'argent.

29 L'art. 2, al. 2, OBA énumère **des activités spécifiques** du secteur financier qui ne sont pas qualifiées d'intermédiation financière. La FINMA a précisé ces exceptions dans une circulaire (cf. III.B. ci-dessous).

30 L'art. 2, al. 2, let. b, OBA-FINMA prévoit en outre des exceptions pour les **auxiliaires** qui exercent certes des activités d'intermédiaire financier, mais qui sont déjà couvertes par le mandant et ne nécessitent donc pas d'assujettissement séparé (cf. III.C. ci-dessous).

31 En outre, dans sa pratique, la **FINMA** prévoit les activités d'intermédiaire financier sous forme d'actions étatiques (souveraines) comme une autre exception à l'obligation d'assujettissement (cf. III.D. ci-dessous).

32 En ce qui concerne les **faits énumérés** à l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA, l'art. 3 ss OBA contient d'autres indications qui pourraient être qualifiées d'« exceptions ». L'art. 3 OBA-FINMA, par exemple, dresse une liste des relations de crédit qui ne sont pas considérées comme des opérations de crédit au sens de la LBA. Dans le présent document, ces exceptions sont examinées dans le cadre des conditions positives (cf. chapitre IV.B.7.). L'absence de caractère professionnel de l'activité pourrait également être considérée comme une «exception» (art. 7 ss OBA-FINMA). Dans le cas présent, celle-ci est toutefois

également considérée comme une condition positive et est donc examinée séparément au chapitre VI. Il en va de même pour l'«exception» déjà mentionnée concernant l'absence de lien avec le champ d'application territorial de la Suisse selon l'art. 2, al. 1, let. a, OBA (cf. à ce sujet le chapitre II.F.). L'absence de lien avec le secteur financier n'est pas non plus considérée comme une exception, mais doit être examinée comme une condition positive dans le cadre de la clause générale (cf. à ce sujet le chapitre V.C.).

## B. Intermédiaires financiers non soumis

En vertu de l'art. 2, al. 2 et 3, LBA, les institutions dont il semble exclu que les activités puissent être utilisées à des fins de blanchiment d'argent seraient également soumises à la LBA. La loi prévoit à cet effet, à l'art. 2, al. 4, LBA, **des exceptions** générales à l'obligation de se soumettre à la loi. 33

## C. Pas d'activités d'intermédiaire financier

### 1. Transport physique et conservation

Conformément à l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 1, OBA-FINMA, ne sont en principe pas considérées comme des intermédiaires financiers les personnes qui se livrent au **transport physique** ou à la conservation purement physique de valeurs patrimoniales. Il s'agit du transport de valeurs patrimoniales d'un lieu à un autre, ainsi que de la conservation purement physique de valeurs patrimoniales. La conservation de titres est expressément réservée (art. 6, al. 1, let. c, OBA). 34

### 2. Activité d'encaissement

L'**activité d'encaissement** au sens de l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 2, OBA ne constitue pas non plus une intermédiation financière. Il s'agit d'une activité d'encaissement lorsqu'une personne recouvre une créance échue pour le compte d'un créancier. Le mandataire agit soit en tant que représentant direct du créancier, soit en son propre nom vis-à-vis du débiteur, après avoir obtenu la cession fiduciaire des créances par le créancier. Il est déterminant que le mandataire ait effectué le virement pour le compte du créancier, ce qui doit être établi à partir d'indices. En règle générale, le service est rémunéré par le mandant. 35

36 Il peut également y avoir activité de recouvrement lorsque le mandataire agit au sein d'un cercle fermé d'**acquéreurs de biens ou de services**. L'objectif du mandat est de faciliter et de simplifier le paiement au fournisseur de marchandises ou de services.

37 Si le mandataire n'a de relation contractuelle qu'avec le créancier de la créance et agit pour son compte, on peut généralement supposer qu'il s'agit d'un **mandat de recouvrement** qui ne constitue pas une activité d'intermédiaire financier. Toutefois, si les valeurs ainsi reçues ne sont pas transmises au créancier lui-même, mais à un tiers, conformément aux instructions du créancier, ce transfert ultérieur constitue à son tour une activité d'intermédiaire financier, la personne qui a précédemment encaissé la créance agissant alors comme intermédiaire financier entre le créancier et le tiers.

38 Toutes les obligations de diligence prévues par la LBA sont liées à une relation contractuelle avec le client. Or, le client (principal) d'une société de recouvrement est toujours le créancier et jamais le débiteur. S'il n'existe donc pas de relation contractuelle entre la société de recouvrement et le débiteur, le flux financier relève d'un recouvrement non soumis à l'assujettissement. L'activité de recouvrement pour le compte du créancier est donc exclue du champ d'application de la LBA, car le débiteur, dont proviennent les valeurs patrimoniales, n'est généralement pas le partenaire contractuel du mandataire et son **identification** est donc impossible.

39 Ainsi, le **gérant immobilier** qui, dans le cadre de la gestion immobilière habituelle, reçoit des montants au nom, pour le compte et à la charge du propriétaire immobilier n'est pas non plus un intermédiaire financier au sens de la LBA. Si un agent immobilier perçoit le prix d'achat de l'acheteur pour le compte du vendeur et est rémunéré par ce dernier, il s'agit également d'une activité de recouvrement non soumise à la LBA.

40 Si l'exploitant d'une **plateforme de financement participatif** perçoit des contributions de soutien échues pour le compte d'emprunteurs, cela constitue, du point de vue de la LBA, une activité d'encaissement non soumise à la loi. Il en va de même pour une société active dans le domaine du **commerce électronique** ou du développement et de la vente de solutions logicielles pour les paiements via Internet, téléphone mobile ou similaire, qui encaisse en outre les créances exigibles pour le compte du créancier et les lui

transfère. Les **opérateurs de télécommunications** offrent également parfois la possibilité d'acheter d'autres services et marchandises en plus des services de télécommunication et de les payer par téléphone mobile. Toutefois, dans la mesure où les droits et obligations des parties contractantes sont régis par le paiement de biens et de services, un tel rapport contractuel diffère d'un mandat de recouvrement, car une réglementation contractuelle des modalités de facturation est atypique pour les activités de recouvrement. La relation contractuelle étroite avec le client concernant les modalités de paiement ne peut se limiter à une simple activité de recouvrement de la part de l'entreprise de télécommunications. À cela s'ajoute le fait que le client peut généralement décider s'il souhaite régler la prestation auprès du fournisseur de services à valeur ajoutée en espèces, par carte de crédit, par carte Maestro ou via un système de paiement postpayé ou prépayé. Dans de tels cas, le donneur d'ordre du virement est donc le débiteur de la prestation et non le créancier. En l'absence d'activité de recouvrement, ces offres sont donc considérées comme des services de paiement. Lors de l'achat de contenus numériques, la question se pose toutefois de savoir s'il s'agit d'une prestation accessoire.

Dans le cadre de l'exploitation d'une **plateforme Internet**, par exemple pour l'achat, la vente, la location ou l'échange de services et de produits, de marchandises, d'objets du quotidien, etc., les indices d'une activité de recouvrement peuvent être les suivants (a) le prestataire de services de paiement n'entretient de relation contractuelle qu'avec le créancier ; (b) le créancier est majoritairement facturé par le prestataire de services de paiement pour la fourniture du service ; (c) l'intérêt économique du flux de paiement réside principalement chez le créancier ; (d) la relation entre le prestataire de services de paiement et le débiteur se limite au recouvrement de la créance exigible, sans qu'il existe d'autres droits et obligations ou que ceux-ci servent uniquement à garantir la confiance des débiteurs dans le bon déroulement du paiement et le bon fonctionnement de la plateforme. Les éléments suivants s'opposent à une activité de recouvrement (a) le débiteur dispose d'un compte électronique sur la plateforme Internet de l'opérateur de paiement, sur lequel il peut charger librement des avoirs et à partir duquel le montant dû est débité lorsqu'il utilise un service, ou si (b) le paiement via le système de traitement des paiements en question ne représente qu'une option parmi plusieurs autres et que le débiteur devient lui-même le donneur d'ordre lorsqu'il choisit un mode de paiement particulier. Étant donné qu'il existe une grande variété de plateformes de ce type, il n'est pas possible de répondre de 41

manière générale à la question de savoir si une plateforme est soumise à la LBA.

### 3. Transfert accessoire

42 Conformément à l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 3, OBA-FINMA, le transfert de valeurs patrimoniales en tant que **prestation accessoire** à une prestation contractuelle principale n'est pas soumis à la LBA.

43 Selon la pratique de la FINMA, quatre critères doivent être remplis cumulativement pour que l'**accessoirité** soit admise :

il s'agit en principe d'une prestation accessoire intégrée dans un rapport contractuel qui n'est pas imputable au secteur financier ;

- la partie contractante qui fournit la prestation principale fournit également la prestation accessoire ;
- cette prestation accessoire est d'importance secondaire par rapport à la prestation principale, ce qui peut en principe être supposé lorsqu'aucune rémunération supplémentaire n'est exigée pour la prestation accessoire, à l'exception des frais couverts ;
- la prestation accessoire est étroitement liée à la prestation principale, de sorte que la fourniture de la prestation principale sans la fourniture de la prestation accessoire d'intermédiaire financier entraînerait des difficultés particulières pour les parties contractantes.

44 La FINMA cite comme **exemple** typique le cas d'une maison de retraite et de soins qui, en plus de la prestation contractuelle principale, paie pour le compte de ses clients des marchandises ou des services de tiers à partir d'un dépôt constitué à cet effet à l'avance. Si les visiteurs d'un festival peuvent recharger leur bracelet à l'aide d'une puce avec un crédit (dont le solde maximal est fixé) afin de l'utiliser pour acheter des marchandises sur les stands, le solde restant étant restitué aux visiteurs à la fin de l'événement, il peut également s'agir d'une prestation accessoire non soumise à l'obligation d'assujettissement. Le transfert d'actifs pour des contenus numériques (journaux électroniques, jeux en ligne ou vidéo à la demande) d'un opérateur de télécommunications peut également être considéré comme accessoire. La prestation accessoire consiste à fournir une option de facturation aux opérateurs de services à la charge des utilisateurs de services. En outre, la

fourniture de l'option de facturation soutient indirectement la distribution des contenus numériques. En règle générale, il existe un lien étroit entre la prestation principale et la prestation accessoire. En revanche, les services à valeur ajoutée basés sur des produits/marchandises physiques ne sont pas accessoires. L'achat de produits/marchandises physiques n'a pas de lien étroit avec les services de télécommunication à fournir. La fourniture de la prestation principale sans la prestation accessoire d'intermédiaire financier ne pose en outre aucune difficulté particulière pour les parties contractantes, car l'utilisateur du service peut recourir à d'autres moyens de paiement.

L'exécution d'ordres de paiement par des comptables en plus des **services de comptabilité** ne peut généralement pas être qualifiée d'accessoire. Qualifier ces opérations de paiement de prestations accessoires accessoires serait contraire à l'esprit et à l'objectif de l'art. 4, al. 1, let. a, OBA et aurait pour conséquence que, en présence d'une procuration sur un compte bancaire et de l'exécution de comptabilités fiduciaires ou comptables, l'assujettissement à la LBA serait régulièrement supprimé. Cela ne correspond précisément pas à l'intention du législateur. 45

## 4. Pilier 3a

Conformément à l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 4, OBA-FINMA, l'exploitation d'institutions de prévoyance du **pilier 3a** par des fondations bancaires ou des assurances ne constitue pas une intermédiation financière. Étant donné que les avoirs des institutions de prévoyance du pilier 3a sont généralement bloqués pendant une longue période et que le montant des versements et leur exonération fiscale sont limités par la loi, cette activité n'est pas considérée comme particulièrement exposée au blanchiment d'argent. 46

Alors que les polices d'assurance sont contrôlées par la FINMA et que les assurances sont surveillées par la FINMA, **les fondations bancaires** sont soumises aux autorités cantonales de surveillance LPP. La gestion des avoirs de prévoyance doit obligatoirement être effectuée par une banque surveillée par la FINMA (solution de compte) ou par son intermédiaire (dépôt de titres) dans le cas d'une fondation bancaire. Cette exception permet ainsi d'éviter une surveillance multiple et tient compte du principe de proportionnalité. 47

### 5. Prestations de services au sein du groupe

48 La fourniture de services entre sociétés d'un groupe ne constitue pas non plus une activité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 5, OBA-FINMA. Dans le champ d'application de la LBA, le **groupe est** considéré comme une entité économique si l'une des sociétés détient directement ou indirectement plus de la moitié des voix ou du capital d'une autre société ou la contrôle d'une autre manière. Une société du groupe qui assure la gestion de trésorerie ou le trésorier au sein d'un groupe industriel ou commercial n'est donc pas un intermédiaire financier au sens de la LBA. Cette règle s'applique également aux structures dirigées par une personne physique plutôt que par une personne morale.

49 Les obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ne s'appliquent toutefois pas aux activités d'un intermédiaire financier soumis à la loi qui, en vertu de l'**exception relative aux groupes** au sens de l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 5, OBA-FINMA, ne seraient pas soumises à la loi sur le blanchiment d'argent en tant qu'intermédiaire financier. Il convient également de noter que l'émission de moyens de paiement pouvant être utilisés par des clients auprès d'une ou de plusieurs sociétés du groupe est soumise à la LBA en vertu de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA.

## D. Auxiliaires

50 Selon l'art. 2, al. 2, let. b, OBA-FINMA, les **auxiliaires** d'intermédiaires financiers qui sont titulaires d'une autorisation en Suisse pour exercer leur activité ou qui sont affiliés à un organisme d'autorégulation (OAR) sont considérés comme couverts par leur autorisation/affiliation à l'OAR si les conditions prévues aux ch. 1 à 6 sont remplies. Cette exception ne dépend donc pas du type d'activité, mais du fait que les auxiliaires sont déjà soumis aux obligations de diligence par l'intermédiaire de leurs mandants. Pour que cette exception s'applique, les auxiliaires doivent :

- être soigneusement sélectionnés par l'intermédiaire financier et être soumis à ses instructions et à son contrôle (ch. 1) ;
- être intégrées dans les mesures organisationnelles de l'intermédiaire financier et bénéficier d'une formation et d'un perfectionnement appropriés (ch. 2) ;

- agir exclusivement au nom et pour le compte de l'intermédiaire financier (ch. 3) ;
- être rémunérées par l'intermédiaire financier et non par les clients finaux (ch. 4) ;
- ne travailler que pour un seul intermédiaire financier autorisé ou affilié à un OAR dans le cadre d'opérations de transfert de fonds ou de valeurs («clause d'exclusivité», ch. 5);
- avoir conclu avec l'intermédiaire financier un accord écrit sur le respect des exigences susmentionnées (ch. 6).

L'intermédiaire financier qui fait appel à un auxiliaire reste responsable, au regard du droit de la surveillance, du respect des obligations de diligence prévues par la LBA. À l'exception des opérations de transfert de fonds ou de valeurs, les auxiliaires peuvent travailler pour plusieurs intermédiaires financiers titulaires d'une autorisation ou affiliés à un OAR. Cette dernière exception concerne en premier lieu les **Money Transmitter**. Dans la pratique, des personnes physiques s'occupent, en tant que personnes auxiliaires, des affaires courantes des transferteurs de fonds pour le compte de l'intermédiaire financier compétent. Il appartient à l'intermédiaire financier de s'assurer qu'il existe un partenariat exclusif avec les personnes auxiliaires. 51

L'une des conditions qui permettent de considérer que l'activité de l'auxiliaire ne constitue pas une intermédiation financière indépendante est qu'il agisse exclusivement **au nom et pour le compte** de l'intermédiaire financier (art. 2, al. 2, let. b, ch. 3, OBA-FINMA). En revanche, l'activité en tant qu'organe ne peut être exercée qu'en son propre nom. Les filiales d'intermédiaires financiers ne peuvent prétendre au statut d'auxiliaire. 52

## E. Action étatique

Selon la pratique de la FINMA, l'**action étatique** n'est pas soumise à la LBA lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre de l'exercice de la souveraineté, même si l'activité en soi pourrait être qualifiée d'intermédiation financière. Il convient d'examiner au cas par cas si l'activité s'inscrit ou non dans le cadre de l'exercice de la souveraineté. Une base légale explicite, un rapport de subordination, une mission publique ou la compétence d'une autorité supérieure en matière de contrôle des comptes sont considérés comme des indices d'une activité relevant de la souveraineté et non soumise à la LBA. 53

54 L'État n'est donc soumis à la LBA que s'il agit dans le cadre de ses activités non souveraines. Étant donné que l'accomplissement de tâches souveraines peut également être confié à des particuliers, il est sans importance, du point de vue du droit en matière de blanchiment d'argent, sous quelle « forme » ou sous quelle forme organisationnelle l'action de l'État se présente et si les relations juridiques existantes sont qualifiées de contrats de droit privé ou de contrats de droit administratif. Le critère déterminant est celui de la **souveraineté**, qui doit être examiné à l'aide des critères décrits.

55 Selon la pratique de la FINMA, ne sont pas considérés comme des intermédiaires financiers **par exemple** les offices des poursuites et des faillites, les liquidateurs, les curateurs, les mandataires de prévoyance, les administrateurs successoraux et les exécuteurs testamentaires. Ces deux derniers sont toutefois soumis à la LBA lorsqu'ils fournissent des services d'intermédiation financière en dehors de leur mandat, par exemple dans le cadre de leur participation à un partage successoral.

## IV. CATÉGORIES D'ACTIVITÉS (ART. 2, AL. 3, LET. A À G, LBA)

### A. Introduction

56 Malgré l'utilisation du terme «notamment», les catégories d'activités énumérées à l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA vont en partie au-delà de la clause générale de l'art. 2, al. 3, et, en tant que *lex specialis*, prévalent sur celle-ci. La liste n'est donc pas exhaustive.

57 Depuis son introduction, cette disposition a été révisée à plusieurs reprises. Ainsi, dès le 1er janvier 2006, la LSA a supprimé l'assujettissement des distributeurs de fonds de placement selon la let. d en raison de l'absence de risque de blanchiment d'argent. La **modification la** plus importante a eu lieu avec l'introduction de la LEFin au 1er janvier 2020, qui soumet la gestion de fortune visée à la lettre e à une obligation d'autorisation et transfère les gestionnaires de fortune et les trustees à l'art. 2, al. 2, let. a$^{bis,}$ LBA en tant qu'intermédiaires financiers soumis à une loi spéciale. La lettre e a donc également été supprimée. Toutefois, en raison des seuils divergents pour l'exercice à titre professionnel dans la LBA et la LEFin, les gérants de fortune et les trustees qui ne sont pas soumis à l'obligation d'autorisation selon la

LEFin peuvent néanmoins entrer dans le champ d'application de la LBA via la clause générale ou via l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA, let. f ou g.

Les art. 3 ss OBA précisent et restreignent en partie les **faits constitutifs**, mais il convient de noter que l'art. 4 OBA, en particulier, a subi des modifications importantes en 2021 en raison des évolutions technologiques dans le domaine des opérations de paiement. 58

## B. Opérations de crédit (let. a)

### 1. Généralités

Conformément à l'art. 2, al. 3, let. a, LBA, sont considérées comme des intermédiaires financiers les personnes qui exercent des **opérations de crédit** et qui ne sont pas déjà soumises (par exemple en tant que banque) à la surveillance prévue par l'art. 2, al. 2, LBA. À titre d'exemple, on peut citer les crédits à la consommation ou hypothécaires, l'affacturage, le financement commercial ou le leasing financier. La disposition couvre les activités similaires à celles des banques, mais qui n'impliquent pas la collecte de fonds auprès du public et dont le refinancement provient en grande partie du groupe. 59

L'art. 3 OBA précise ces activités, non pas de manière positive, mais au moyen d'une **liste négative** d'activités qui ne sont expressément pas considérées comme des opérations de crédit. La FINMA précise à son tour la liste négative de l'OBA dans sa circulaire 2011/1 et expose en outre sa pratique en matière de définition des crédits aux particuliers et à la consommation ainsi que des financements commerciaux, en classant les opérations selon leur finalité et non selon le type de crédit. 60

Selon la doctrine dominante, la **notion de crédit** est interprétée de manière large et fonctionnelle, en référence aux prescriptions et aux documents internationaux. Dans le cadre d'une opération de crédit, le prêteur s'engage à accorder une prestation en argent à l'emprunteur, et ce dernier s'engage à payer des intérêts sur sa dette et à la rembourser. Sont concernées toutes les opérations qui ont pour but un tel financement, qui relèvent du secteur financier, qui sont exercées à titre professionnel et qui ne tombent pas sous le coup des exceptions. Traditionnellement, le terme « crédit » désigne également le prêt. Dans le cas d'un crédit, le prêteur fixe une limite dans 61

laquelle l'emprunteur peut effectuer des retraits. Dans le cas d'un prêt, il met à sa disposition dès le début la totalité du montant du prêt, au sens de la définition légale de l'art. 312 CO. Selon la pratique de la FINMA, le terme englobe toute remise d'argent à un emprunteur contre son obligation de rembourser la somme reçue et de payer des intérêts.

62 La doctrine est divisée sur la question de savoir si les opérations de crédit concrétisent la clause générale ou l'étendent. Le **risque de blanchiment d'argent** lié aux opérations de crédit est en tout état de cause unanimement considéré comme résidant dans la réception des paiements d'intérêts et d'amortissements et est globalement jugé plutôt faible. Le risque réside concrètement dans le fait que des valeurs patrimoniales provenant d'infractions préalables soient utilisées pour rembourser des crédits. On connaît ainsi quelques cas où des fonds provenant du trafic de drogue et de la fraude ont été blanchis au moyen de crédits. Le risque de financement du terrorisme par l'utilisation abusive de crédits est toutefois considéré comme nettement plus important. Les prestataires de crédits à la consommation sont particulièrement exposés à ce risque.

63 Lors d'une **compensation**, il n'y a pas de flux monétaire. Il n'est donc pas possible d'utiliser des fonds obtenus de manière criminelle pour rembourser des crédits. Le risque de blanchiment d'argent, qui justifie la soumission des opérations de crédit à la LBA, ne peut donc pas se concrétiser. Il y a certes un flux de paiement, mais la situation est comparable à un encaissement non soumis à la LBA.

64 La désignation et la catégorisation des opérations de crédit dans la loi, l'ordonnance et la circulaire de la FINMA ne sont pas uniformes. C'est pourquoi nous n'aborderons ci-après que les **types de crédit** cités à titre d'exemple dans la loi et qui nécessitent une discussion dans la pratique.

### 2. Crédits hypothécaires et autres crédits monétaires

65 Les **crédits hypothécaires** (let. a) désignent les opérations de financement qui servent à l'achat et à l'utilisation de biens-fonds ou à la construction ou à la rénovation de bâtiments, le crédit étant garanti par un gage immobilier.

66 Selon la pratique de la FINMA, le crédit hypothécaire relève des **crédits monétaires**, au même titre que les crédits en compte courant, les crédits sur effets, les crédits lombards et les prêts à long terme tels que les prêts

participatifs et les prêts subordonnés. Peu importe que les crédits soient garantis par un gage ou par une autre sûreté. Les prêteurs sur gages qui accordent des prêts contre un gage sont soumis à la LBA.

Le **financement participatif**, en particulier ses sous-catégories que sont le crowdlending et le crowdinvesting, fait également partie des opérations de crédit hors du secteur bancaire et désigne de manière générale le financement d'un projet par un grand nombre de bailleurs de fonds via une plateforme Internet (avec ou sans contrepartie). Le crowdinvesting désigne généralement le financement d'entreprises à un stade précoce de leur développement. En contrepartie, les investisseurs reçoivent des parts de l'entreprise. Le crowdlending met l'accent sur l'octroi de crédits de personne à personne (à l'aide d'une plateforme). En contrepartie, les emprunteurs versent des intérêts aux prêteurs. En raison du remboursement du crédit, le crowdlending est susceptible de favoriser le blanchiment d'argent. 67

Si la **plateforme de** crowdlending agit en tant que prêteur vis-à-vis de l'emprunteur et se refinance par le biais du crowdlending, l'exploitant de la plateforme exerce une activité de crédit soumise à autorisation au sens de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA (et peut éventuellement avoir besoin d'une autorisation spéciale, par exemple en tant que banque) . Une plateforme qui n'agit pas en tant que prêteur, mais qui fait transiter les montants des crédits des prêteurs par ses comptes, n'exerce certes pas d'activité de crédit, mais fournit tout au plus un service de paiement. Dans la mesure où la plateforme offre uniquement à l'emprunteur la possibilité de trouver des prêteurs, mais n'assume aucune autre fonction dans la relation de crédit entre les prêteurs et l'emprunteur, il ne s'agit généralement pas d'une opération de crédit soumise à l'obligation d'assujettissement. Même en cas d'octroi de crédit via une plateforme, chaque prêteur reste en principe responsable de vérifier son assujettissement à la LBA. En revanche, l'exploitant de la plateforme a également intérêt à ce que les participants respectent les prescriptions réglementaires et à ce que ceux-ci le confirment dans la pratique. 68

### 3. Crédits à la consommation

Selon le libellé de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA, les **crédits à la consommation** sont également soumis à la LBA. La référence à la LCC dans la circulaire de la FINMA à cet égard doit toutefois être précisée. La définition de la LCC peut certes être utilisée à titre provisoire. Toutefois, les crédits qui en sont exclus 69

en raison de l'objectif spécifique de la LCC (protection des consommateurs) relèvent néanmoins de la LBA. D'autre part, les exceptions de l'OBA ne s'appliquent pas nécessairement à la LCC.

### 4. Financement commercial

70 Le **préfinancement** d'une partie contractante dans le cadre d'opérations commerciales est également considéré comme un crédit. Selon la circulaire FINMA 2011/1, le terme « financement commercial » englobe généralement le crédit d'escompte, le crédit de cession et le leasing financier, mais aussi le crédit commercial ou le financement des ventes. Le financement commercial n'est pas soumis à la LBA s'il s'agit d'un octroi de crédit accessoire au sens de l'art. 3, let. f, OBA ou si les paiements d'intérêts et d'amortissements ne sont pas effectués par la partie contractante.

### 5. Leasing (financier)

71 Le **leasing financier**, expressément mentionné à l'art. 2, al. 3, let. a, LBA, est classé par la FINMA dans le financement commercial, mais peut également constituer une forme de crédit à la consommation. En fin de compte, cela dépend de l'objet du leasing (bien de consommation ou marchandise) et ne fait aucune différence dans le résultat, car les deux formes sont expressément soumises à la LBA.

72 Dans le cas du leasing financier, outre le fabricant, le fournisseur ou le distributeur et le preneur de leasing, il existe une société de leasing qui agit en tant que tiers. Celle-ci cède l'objet au preneur de leasing pour une durée contractuelle non résiliable. En contrepartie, elle perçoit un loyer fixe qui est versé directement au bailleur. La propriété de l'objet du leasing reste acquise à ce dernier. L'obligation de se soumettre à la LBA incombe donc au **bailleur** en tant que prêteur et partie préfinancière.

### 6. Affacturage

73 Dans le cas de l'**affacturage**, également mentionné expressément à l'art. 2, al. 3, let. a, LBA, le factor se fait céder, contre rémunération, les créances d'un créancier issues de son activité commerciale. La créance exigible est recouvrée auprès du débiteur. En raison du changement de créancier, le remboursement ne provient pas de la partie préfinancée, mais d'un tiers (son débiteur). Selon la pratique de la FINMA, la jurisprudence du Tribunal fédéral

et la doctrine dominante, le blanchiment d'argent semble en effet exclu dans le cadre de ces activités lorsque le remboursement ne provient pas de la partie contractante (préfinancée) mais d'un tiers. L'affacturage *contra legem* (à l'instar du forfaitage) n'est donc pas soumis à la LBA. Il existe toutefois des types particuliers d'affacturage qui relèvent de la LBA, car le remboursement provient du partenaire contractuel. L'affacturage peut donc être soumis à la LBA s'il remplit également une fonction de crédit, c'est-à-dire si le factor paie au fournisseur le montant de la marchandise avant la réception de la prestation du débiteur.

## 7. Cas non soumis à la LBA dans le domaine du crédit

Outre ceux qui viennent d'être mentionnés (leasing opérationnel, affacturage, etc.), l'art. 3 OBA exclut d'autres cas de la **soumission à** la LBA, mais cette liste ne doit pas non plus être considérée comme exhaustive (« en particulier »). 74

L'**emprunteur** n'est pas soumis à la LBA dans le cadre de l'art. 2, al. 3, let. a, LBA (art. 3, let. a, OBA). Certes, un risque de blanchiment d'argent ne peut être exclu chez le prêteur en ce qui concerne le versement du montant du crédit. Cependant, le risque de blanchiment d'argent se situe traditionnellement au niveau des paiements d'intérêts et d'amortissements. En règle générale, un emprunteur n'exerce toutefois pas d'activité professionnelle. La question gagne toutefois en importance dans le cadre du crowdlending, où un emprunteur est confronté à un grand nombre de prêteurs. Le risque de blanchiment d'argent du côté des prêteurs devrait être plus élevé dans ce cas que dans le cadre d'une opération de crédit classique. 75

Conformément à l'art. 3, let. b, OBA, l'octroi de crédits **sans intérêts ni frais** n'est pas orienté vers le profit et ne constitue donc pas une forme de crédit similaire à une opération bancaire. Il n'est donc pas soumis à la LBA, même si le simple paiement d'amortissements peut également présenter un risque de blanchiment d'argent. Par ailleurs, l'exigence de l'activité professionnelle fait défaut. 76

L'octroi de crédits entre **la société et ses associés** n'est pas non plus soumis à la LBA si l'associé concerné détient une participation d'au moins 10 % du capital ou des voix de la société (art. 3, let. c, OBA). Le critère déterminant est le capital social (capital-actions, y compris le capital-participation, capital 77

social). Cette pratique s'applique aux relations de crédit avec toutes les personnes morales dans lesquelles une participation au capital ou aux voix est possible.

78 Si une **société sœur** prêteuse détient directement ou indirectement plus de 10 % des parts d'une autre société sœur, l'octroi de crédit n'est pas soumis à la LBA selon l'avis défendu ici, même si le seuil de l'activité professionnelle est atteint. La société sœur prêteuse ne peut toutefois pas faire valoir la participation de la société mère dans la société sœur. En l'absence de participation directe ou indirecte entre sociétés sœurs, l'exception prévue à l'art. 3, let. c, OBA-FINMA ne s'applique pas.

79 L'octroi de crédits entre **l'employeur et les employés** n'est pas non plus soumis à la LBA, pour autant que l'employeur soit tenu de verser des cotisations sociales pour les employés participant au rapport de crédit. Si cette condition n'est pas (ou plus) remplie, l'employeur devient un intermédiaire financier.

80 Les relations de crédit entre **personnes proches** au sens de l'art. 7, al. 5, OBA ne sont pas non plus soumises à la LBA (art. 3, let. e, OBA).

81 L'octroi de crédits **accessoires à** une autre opération juridique n'est pas soumis à la LBA (art. 3, let. f, OBA). Il s'agit là d'une distinction importante dans la pratique. Il faut entendre par là l'octroi d'un crédit accessoire à une opération principale qui n'est pas imputable au secteur financier (p. ex. achat de marchandises, etc.). Sont considérés comme tels, par exemple, le report de paiement, l'octroi d'un délai de paiement ou le contrat de paiement échelonné. La FINMA a défini les critères cumulatifs suivants pour déterminer l'existence d'un octroi de crédit accessoire :

- fourniture d'un bien ou d'un service qui n'est pas imputable au secteur financier ;
- le prestataire de la prestation principale accorde en plus un crédit à son cocontractant ;
- l'octroi de crédit a un lien matériel avec la prestation principale ;
- l'octroi de crédit revêt une importance secondaire par rapport à la prestation principale ;

- les moyens utilisés pour l'octroi de crédit proviennent des ressources générales du fournisseur de la prestation principale ;
- et
- si les critères d'**accessoirité** sont remplis, il n'est pas nécessaire de vérifier le caractère professionnel au sens des art. 7 ss OBA.

Si les critères d'**accessoirité** sont remplis, il n

Le leasing opérationnel (art. 3, let. g, OBA) et, en règle générale, le leasing direct ne sont pas soumis à la LBA. Contrairement au leasing financier, le leasing opérationnel se caractérise par une durée de mise à disposition des biens relativement courte et/ou une facilité de résiliation. Le bailleur supporte généralement les charges et les risques liés à l'objet du leasing. La situation est comparable à un contrat de location, c'est pourquoi elle ne doit pas être considérée comme un octroi de crédit. L'octroi de crédit dans le cadre d'un leasing direct, où le fabricant ou le concessionnaire est lui-même le bailleur, doit généralement être considéré comme accessoire. 82

Les **engagements conditionnels** en faveur de tiers, tels que les cautions ou les garanties, ne sont pas non plus considérés comme des opérations de crédit (art. 3, let. h, OBA-FINMA). La partie contractante qui accorde l'engagement conditionnel n'est donc pas soumise à la LBA. 83

Le **courtage de crédit** ne constitue pas une activité soumise à l'obligation d'assujettissement. L'assujettissement à la LBA ne naît que si, en plus de l'activité de courtage, une activité soumise à l'art. 2, al. 3, LBA est exercée (par exemple, la réception et le transfert de fonds pour le compte d'un client). 84

Les **filiales** qui se refinancent au sein du groupe auprès de la société mère peuvent, le cas échéant, bénéficier de l'exception prévue à l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 5, OBA-FINMA. Dans le champ d'application de la LBA, le groupe est considéré comme une entité économique d'entreprises lorsque l'une des entreprises détient directement ou indirectement plus de la moitié des voix ou du capital de l'autre ou des autres ou les contrôle d'une autre manière. 85

Le **capital-risque** peut être apporté à une nouvelle entreprise par différents bailleurs de fonds (particuliers, banques, sociétés de capital-risque) et sous différentes formes (participation au capital, prêts). Quiconque participe au capital d'une entreprise n'est pas un prêteur, mais un investisseur et n'est donc pas un intermédiaire financier, contrairement au prêteur. Pour les sociétés de 86

capital-risque, la différence est encore plus floue, car elles ne peuvent utiliser leurs fonds que sous forme de participations au capital, de prêts subordonnés ou d'autres créances comparables au capital-risque. Il ne semble donc pas justifié de considérer comme intermédiaire financier une société de capital-risque qui accorde des prêts subordonnés, mais pas celle qui prend une participation au capital. Il convient de tenir compte du fait que les investissements à risque qui entraînent (ou peuvent entraîner) la perte de fonds obtenus de manière criminelle ne constituent pas des actes de blanchiment d'argent.

## C. Services liés au trafic des paiements (let. b)

### 1. Généralités

87 L'art. 2, al. 3, let. b, LBA régit le cas particulier, particulièrement pertinent dans la pratique, des «**services liés au trafic des paiements**». La loi mentionne notamment les personnes qui «effectuent des virements électroniques pour le compte de tiers ou émettent ou gèrent des moyens de paiement tels que des cartes de crédit et des chèques de voyage». À l'origine, cette disposition avait été introduite pour les opérations de paiement développées par l'ancienne PTT (Poste, Téléphone et Télégraphe ; aujourd'hui PostFinance) et pour les services liés aux cartes de crédit et aux chèques de voyage et bancaires en dehors du secteur bancaire. On entend par opérations de paiement l'ensemble des opérations de paiement qui transfèrent des moyens de paiement de l'expéditeur au destinataire.

88 L'art. 4 OBA-FINMA précise également les services de paiement à l'aide de définitions abstraites non exhaustives. La circulaire FINMA 2011/1 contient des informations importantes sur la pratique de la **FINMA** dans ce domaine. Les prestataires de services de paiement satisfont généralement aussi à la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA, car ils acceptent des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers et contribuent à leur transfert. Les évolutions et changements technologiques dans ce domaine montrent que le terme « nommément » revêt ici une importance particulière et que les exemples décrits dans la loi, l'ordonnance et la pratique de la FINMA sont en partie dépassés (p. ex. chèques de voyage, etc.).

89 Le **risque** de blanchiment d'argent dans le trafic des paiements est globalement considéré comme moyen à élevé. L'assujettissement des services

de paiement à la LBA se justifie par la forte liquidité des valeurs patrimoniales concernées, qui se prêtent particulièrement au blanchiment d'argent en raison de la possibilité de dissimuler leur origine.

Dans le cadre de l'**intelligence artificielle** dans le domaine financier, la question se pose, indépendamment de la méthode utilisée, de savoir si le prestataire concerné peut être qualifié d'intermédiaire financier en raison de son activité. À cet égard, les applications basées sur l'IA ne posent pas de défis particuliers pour l'évaluation d'une assujettissement à la LBA. 90

## 2. Exécution d'ordres de paiement / virements électroniques

Conformément à l'art. 4, al. 1, let. a, OBA-FINMA, il y a prestation de services de paiement sous forme de **virement électronique** lorsque l'intermédiaire financier, sur ordre de sa partie contractante, transfère des valeurs financières liquides à un tiers et prend physiquement possession de ces valeurs, les fait créditer sur son propre compte ou ordonne le transfert des valeurs au nom et pour le compte de la partie contractante. 91

Une assujettissement au sens de l'art. 4, al. 1, let. a, OBA-FINMA présuppose donc, outre les conditions générales de la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA (intermédiation financière, activité exercée à titre professionnel, activité dans le secteur financier), les **critères suivants** : 92

1. Pouvoir de disposition : l'intermédiaire financier doit obtenir le pouvoir de disposer des valeurs patrimoniales qui ne lui appartiennent pas.
2. Valeurs financières liquides : cette notion n'est pas définie à l'art. 4, al. 1, let. a, OBA-FINMA. Il semble toutefois approprié de comprendre la notion de « valeurs financières » de la même manière que la notion de « valeurs patrimoniales » au sens de la clause générale de l'art. 2, al. 3. Seules les valeurs patrimoniales relevant du secteur financier sont ainsi prises en compte. Les valeurs financières sont « liquides » lorsqu'elles sont facilement convertibles en espèces ou en d'autres valeurs patrimoniales.
3. Transfert à un tiers : selon la pratique de la FINMA, tous les transferts et transmissions effectués pour le compte du débiteur de la prestation sont en principe soumis à la LBA. L'intermédiaire financier doit à cet égard être lié par un contrat avec les deux parties à l'opération de transfert (relation dite tripartite).

93 Si cette condition est remplie, l'assujettissement s'applique indépendamment du fait que le débiteur rémunère l'intermédiaire financier avant ou après le transfert ou la transmission au tiers. Cela vaut également pour les personnes qui exécutent des ordres de paiement pour des tiers sur la base d'une procuration bancaire, y compris par le biais de l'e-banking, ou lorsque des paiements scripturaux sont transmis à un bénéficiaire via un compte de passage conformément aux instructions du débiteur. Les ordres de paiement concernant la monnaie électronique sont également soumis à cette obligation.

94 Les exploitants de **plateformes de financement participatif** qui permettent d'investir dans des entreprises sont également soumis à cette norme d'assujettissement si l'exploitant de la plateforme reçoit lui-même des fonds et les transfère aux sociétés concernées.

95 En Suisse, une grande partie des **ordres de paiement** est traitée par les banques et la Poste via des systèmes de compensation (avec l'étranger, généralement via des banques correspondantes). Alors que les banques sont soumises à une surveillance prudentielle au sens de l'art. 2, al. 2, let. a, LBA, la Poste est considérée comme un intermédiaire financier pour ce domaine d'activité au sens de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA. Les prestataires de services de compensation ne sont pas soumis à la LBA, pour autant qu'ils agissent, comme c'est habituellement le cas dans la pratique, vis-à-vis d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2, LBA (exception à l'assujettissement selon l'art. 2, al. 4, let. d, LBA).

96 L'exécution de **paiements de salaires** pour le compte de tiers est en principe une activité soumise à la LBA, sauf si les paiements de salaires sont effectués à titre accessoire et au moyen d'une procuration limitée à cet effet par la personne qui tient également la comptabilité des salaires.

97 Les virements ne sont pas non plus soumis à la LBA lorsque l'intermédiaire financier n'entretient de relation contractuelle qu'avec le créancier, agit pour le compte de celui-ci et ne transfère pas les valeurs patrimoniales après leur **encaissement** (exception relative à l'encaissement).

### 3. Aide au transfert de monnaies virtuelles

98 Conformément à l'art. 4, al. 1, let. b, OBA-FINMA, il y a également prestation de services de paiement lorsque l'intermédiaire financier aide à transférer **des monnaies virtuelles** à un tiers, pour autant qu'il entretienne une relation

d'affaires durable avec la partie contractante ou qu'il exerce un pouvoir de disposition sur les monnaies virtuelles pour le compte de la partie contractante et qu'il ne fournit pas le service exclusivement à des intermédiaires financiers soumis à une surveillance appropriée. Outre ces éléments constitutifs, les conditions générales de la clause générale prévue à l'art. 2, al. 3, LBA (activité exercée à titre professionnel et dans le secteur financier) doivent également être remplies pour que la LBA s'applique.

99 Sont considérés comme des monnaies virtuelles les jetons qui sont effectivement ou, selon l'intention de l'organisateur ou de l'émetteur, utilisés comme moyen de paiement pour l'acquisition de biens ou de services ou qui servent au transfert d'argent et de valeurs (art. 4, al. 1$^{bis}$, let. c, OBA-FINMA), c'est-à-dire les **jetons de paiement** définis selon la catégorisation de la FINMA. La catégorie des jetons de paiement comprend généralement les stablecoins ayant une fonction de paiement ainsi que les cryptomonnaies Bitcoin et Ether. La particularité des cryptomonnaies en termes de risque par rapport à d'autres actifs réside dans la combinaison de la pseudonymité, de la rapidité et de la mobilité.

100 L'**aide au transfert** au sens de la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA se caractérise, selon la pratique actuelle de la FINMA, par (1.) une procuration, la signature collective étant déjà considérée comme une possibilité suffisante de codécision, et (2.) une modification des rapports de propriété ou de la position du créancier. L'activité d'intermédiaire financier consiste donc à soutenir des actions qui entraînent normalement un transfert de propriété d'actifs étrangers ou un changement de créancier. Cependant, dans le domaine de la blockchain, les transferts s'effectuant entre des adresses de portefeuille pseudonymes, il est souvent impossible de déterminer clairement les rapports de propriété. Dans ce contexte, la notion d'aide doit donc être interprétée comme signifiant que l'intermédiaire financier fournit un service d'assistance pour le transfert réussi de monnaies virtuelles d'une adresse blockchain à une autre, ce qui facilite considérablement le transfert.

101 Une aide au transfert de monnaies virtuelles peut en principe être envisagée dans le cadre de toutes les applications qui facilitent le **transfert de** jetons de paiement à un tiers via une blockchain (par exemple au moyen d'un contrat intelligent). Les plateformes de financement participatif et les prestataires de services de paiement qui acceptent et transfèrent des monnaies virtuelles en sont des exemples. Les intermédiaires d'accès qui fournissent une interface

pour accéder à des applications de tiers en Suisse ou à l'étranger peuvent également fournir une telle aide au transfert. La simple mise à disposition d'une infrastructure informatique pour la transmission de données sans contribution significative au transfert effectif d'actifs ne suffit toutefois souvent pas pour remplir les conditions constitutives de l'infraction.

10 2 Une aide au transfert de monnaies virtuelles soumise à l'obligation d'assujettissement présuppose **soit** le pouvoir de disposition sur les monnaies virtuelles, soit l'existence d'une relation d'affaires durable (sans pouvoir de disposition). La relation commerciale durable a été retenue (sous le feu des critiques de la doctrine) comme critère d'assujettissement, car il est difficile dans la pratique de déterminer s'il existe un pouvoir de disposition juridiquement pertinent dans le cadre d'une solution technique. Cela doit permettre de prendre des décisions d'assujettissement sûres sur le plan juridique, fondées sur les risques et praticables, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen approfondi des aspects techniques. C'est précisément lorsqu'il existe une relation client durable et que la disponibilité du service est nécessaire pour l'utilisation de la solution technique que la limite d'une activité d'intermédiaire financier est franchie, même si le prestataire de services ne dispose pas d'un pouvoir de disposition exclusif.

10 3 Le **pouvoir de disposition** sur les monnaies virtuelles peut s'exercer soit directement, au moyen de clés privées pour signer des transactions, soit indirectement, au moyen du contrôle de contrats intelligents administrés ou d'autres applications logicielles (par exemple dans des applications de paiement hors chaîne qui déclenchent toutefois un transfert en monnaies virtuelles) pour confirmer, valider et/ou bloquer des ordres. Un pouvoir de disposition direct est exercé, par exemple, par les **fournisseurs de portefeuilles de garde** qui disposent d'une clé privée au moyen d'une signature multiple, avec laquelle la signature de la transaction est nécessaire avant que celle-ci puisse être effectuée avec succès. Cela inclut également les **opérateurs de plateformes de négociation centralisées** qui détiennent les avoirs des clients sur leurs propres comptes ou portefeuilles et agissent en tant qu'intermédiaires entre les clients dans une relation trilatérale. Un pouvoir de disposition indirect peut être exercé dans le cadre de l'administration d'un contrat intelligent par une signature unique ou multiple, ou par les membres d'une DAO (Decentralized Autonomous Organization) au

moyen d'un contrôle exercé à la majorité des voix sur la clé dite « Admin Key ».

Une **relation d'affaires durable** doit exister entre l'intermédiaire financier et sa partie contractante, pour le compte de laquelle l'intermédiaire financier transfère les monnaies virtuelles à un tiers. L'absence de définition de la relation d'affaires durable a donné lieu à différentes interprétations dans la doctrine. La doctrine dominante exige, pour que ce critère soit rempli, une certaine possibilité d'intervention et de contrôle sur les transactions. La FINMA interprète ce terme de manière large et utilise ce critère notamment dans le domaine de la finance décentralisée comme critère d'assujettissement. Si une relation d'affaires peut déjà découler d'un contrat de service, de courtage ou d'utilisation de logiciels conclu de manière implicite, la durabilité de cette relation d'affaires réside généralement dans le caractère continu, allant au-delà d'interactions ponctuelles, de l'aide au transfert en tant que prestation contractuelle de l'intermédiaire financier. Dans ce contexte, la simple connexion technique d'un portefeuille à un contrat intelligent pour conclure des transactions peut déjà constituer une relation d'affaires. Les particularités de la technologie blockchain ont incité la FINMA à développer des critères d'imputation en ce qui concerne les relations d'affaires durables. Ces critères comprennent notamment la maintenance d'une interface en tant que front-end d'une application blockchain, la génération de frais ou de possibilités de contrôle et d'influence sur les actifs, l'accès (par exemple au moyen d'un processus de whitelisting) ou d'autres aspects du protocole (par exemple au moyen du contrôle de la majorité des jetons de gouvernance dans le cadre du processus de gouvernance d'une DAO). 104

La **durabilité** peut se référer au comportement de la partie contractante et se refléter dans une utilisation continue par la création et la gestion d'un portefeuille ou d'un compte, des ordres de transaction répétés ou une génération continue de rendements. En ce qui concerne les services d'intermédiaire financier, la durabilité de la relation commerciale peut se traduire par la perception régulière de frais ou la réalisation de mises à jour régulières (correction d'erreurs et extensions de produits), de configurations (ajustements de paramètres) ou d'autres services supplémentaires. Toutefois, les opérations ponctuelles ne constituent généralement pas une relation commerciale durable. 105

10 6 Une aide au transfert de monnaies virtuelles peut par exemple consister en l'offre d'un **non-custodial staking**. Le client reste alors en possession des clés privées qui lui permettent de contrôler les actifs bloqués. En règle générale, le prestataire n'a qu'un pouvoir de disposition limité sur les actifs du client, mais il l'aide à générer des récompenses de staking (staking rewards) grâce aux droits de staking qui lui sont délégués (sous forme d'instructions indirectes) dans le cadre de l'exploitation d'un nœud de validation pour le compte du client en tant que délégant, ce qui constitue une relation d'affaires durable.

10 7 Les prestataires qui fournissent uniquement un **logiciel** et les licences nécessaires, mais pas de services supplémentaires pour le déclenchement ou l'exécution de paiements, ne sont pas soumis à la LBA. En revanche, les services de conservation sécurisée des clés privées dans le cadre de portefeuilles non dépositaires sont couverts, même si ces dernières (par exemple dans le cadre de cartes à puce) sont cryptées et doivent en principe être décryptées par le client. Les risques sont en principe comparables à ceux des transmetteurs de fonds. Les véritables **fournisseurs de portefeuilles non dépositaires** sont donc soumis à la LBA s'ils fournissent, outre la mise à disposition et la licence du logiciel, des prestations supplémentaires (par exemple des mises à jour ou la connexion de prestataires tiers pour effectuer des opérations de change).

10 8 En revanche, les **systèmes** entièrement autonomes, sans relation d'affaires durable, sont exclus de l'obligation de se soumettre à la LBA. Les plateformes de négociation décentralisées qui se contentent de mettre en relation acheteurs et vendeurs et dont les transactions sont effectuées sans contrat intelligent avec possibilité d'accès à la plateforme de négociation ne devraient en principe pas être soumises à la LBA. Il s'agit là d'une simple activité d'intermédiaire sans implication dans le transfert des monnaies virtuelles. La pratique montre toutefois que ces systèmes sont rarement totalement autonomes. Au contraire, les applications correspondantes présentent souvent des aspects qui imposent une attribution aux développeurs ou aux exploitants.

10 9 Il existe une **exception** à l'obligation de se soumettre à la loi lorsque l'intermédiaire financier fournit son aide au transfert exclusivement à des intermédiaires financiers soumis à une surveillance appropriée (en Suisse ou à l'étranger) (art. 4, al. 1, let. b, OBA-FINMA). Un intermédiaire financier soumis

à la LBA est en principe considéré comme soumis à une surveillance adéquate. Pour les intermédiaires financiers étrangers, il est déterminant de savoir s'il existe à l'étranger un niveau de protection comparable à celui prévu par la LBA.

## 4. Moyens de paiement et systèmes de paiement

Conformément à l'art. 4, al. 1, let. c, OBA-FINMA, il y a prestation de services de paiement lorsque l'intermédiaire financier émet ou gère **des moyens de paiement** autres que des espèces et que sa partie contractante effectue ainsi des paiements à des tiers. Il s'agit donc de l'émission de moyens de paiement et de l'exploitation d'un système de paiement. 110

L'art. 4, al. 1$^{bis}$, OBA-FINMA précise de manière non exhaustive que les **moyens de paiement** comprennent les cartes de crédit (let. a), les chèques de voyage (let. b) et (depuis 2021) les monnaies virtuelles utilisées comme moyen de paiement pour l'acquisition de biens ou de services ou servant au transfert d'argent et de valeurs (let. c), c'est-à-dire les jetons de paiement. 111

Au-delà des exemples cités, l'émission de moyens de paiement et l'exploitation de systèmes de paiement sont en principe soumises à la LBA conformément à la circulaire de la FINMA dès lors qu'il existe une **relation tripartite**. L'activité n'est pas soumise à la LBA lorsque l'émetteur est également utilisateur du moyen de paiement dans le cadre d'une relation bipartite, c'est-à-dire lorsqu'il est par exemple simultanément vendeur de la marchandise pour le paiement de laquelle le moyen de paiement est utilisé. Les bons d'achat ne sont donc pas non plus soumis à la LBA en tant que moyens de paiement s'ils ne sont échangeables qu'auprès de l'émetteur. Il convient toutefois de noter que s'il est possible de les échanger auprès d'autres sociétés du groupe, il n'y a plus de relation bipartite. 112

La question de savoir si l'utilisation des moyens ou des systèmes de paiement est limitée à un certain **cercle d'utilisateurs** (système *en boucle fermée* ou *en boucle ouverte*) n'a aucune incidence sur la question de l'assujettissement. Un émetteur professionnel de moyens de paiement ou un exploitant de systèmes de paiement est toujours un intermédiaire financier soumis à la LBA, pour autant que le modèle d'affaires ne se limite pas à deux parties. 113

La **valeur** du moyen de paiement doit être fixée au moment de l'émission. Cela inclut par exemple les supports de monnaie électronique non 114

rechargeables. Les cartes de débit, les cartes prépayées, les paiements mobiles et les jetons de paiement en sont d'autres exemples. La monnaie scripturale/ monnaie fiduciaire relève également de cette catégorie, mais elle est généralement « créée » par des établissements soumis à une surveillance prudentielle, de sorte que la présente disposition ne s'applique guère.

11 5 Étant donné que le **risque de blanchiment d'argent** lié à l'utilisation de cartes de crédit incombe au titulaire de la carte, dans les situations impliquant quatre parties ou plus (organisme de cartes de crédit, acquéreur, émetteur, société de traitement), la partie soumise à la LBA est celle qui fournit au titulaire de la carte l'accès au système de paiement et qui est donc en contact direct avec le client. Si les cartes de crédit sont émises par des émetteurs nationaux, ceux-ci sont soumis à la LBA.

11 6 Les **émetteurs** de moyens de paiement bénéficient d'allègements des obligations de diligence prévues par la LBA lorsque certains seuils fixés aux art. 11 et 12 OBA-FINMA ne sont pas atteints.

11 7 L'exploitation d'un **système de paiement** n'est également soumise à la LBA que si elle est assurée par une organisation qui n'est pas identique aux utilisateurs du système de paiement. Cela concerne les systèmes qui permettent soit d'accéder à un avoir disponible grâce à un stockage de données (supports de monnaie électronique rechargeables, cartes de débit), soit d'enregistrer une dette qui est ensuite facturée par l'exploitant du système de paiement (cartes de crédit, cartes de grands magasins dans le cadre de relations tripartites, etc.). Les cartes prépayées qui peuvent être utilisées pour effectuer des paiements non seulement auprès de l'émetteur, mais aussi auprès de tiers (p. ex. Paysafecard ou Aplauz) peuvent être utilisées dans le cadre d'une relation tripartite et sont donc considérées comme des moyens de paiement au sens de la LBA. Étant donné que le risque de blanchiment d'argent se situe du côté des clients finaux, outre l'émetteur du moyen de paiement, la partie qui fournit au client final (acheteur d'une marchandise, initiateur de l'opération de paiement) l'accès au système de paiement et qui est donc en contact direct avec le client (appelée «distributeur») est également soumise à la LBA. La vente de moyens de paiement LBA par des distributeurs peut s'effectuer soit en leur propre nom et pour leur propre compte (modèle de vente), soit en tant que représentant direct de l'émetteur ou d'un autre intermédiaire financier (modèle d'intermédiation). En principe, tant le modèle de vente que le modèle d'intermédiation sont considérés comme des activités

soumises à la LBA, car les deux modèles impliquent un contact direct avec le client et permettent aux clients finaux d'accéder au système de paiement. Dans le cas du modèle d'intermédiation, il convient de noter que si les conditions légales de l'exception pour les auxiliaires au sens de l'art. 2, al. 2, let. b, OBA-LBA sont remplies, le distributeur peut être exempté de l'assujettissement. L'exploitation d'un système de paiement implique nécessairement que le prestataire de services obtienne un pouvoir de disposition sur les avoirs de ses clients qui utilisent le système de paiement pour transférer leurs avoirs à des tiers. Les services tels que PayPal, Click&Buy, Twint ou Tapit sont considérés comme des systèmes de paiement.

Les systèmes de paiement au sens de l'art. 81 LIMF, tels que le SIC (SIX Interbank Clearing) nécessitent, conformément à l'art. 2, al. 2, let. d$^{ter}$ LBA en relation avec l'art. 4, al. 2 LIMF, une **autorisation de la FINMA** si le bon fonctionnement du marché financier ou la protection des acteurs du marché financier l'exigent et s'ils ne sont pas déjà exploités par une banque soumise à autorisation. Alors que l'art. 2, al. 3, let. b, LBA lie la qualification d'intermédiaire financier à la prestation de services de paiement, l'art. 2, al. 2, let. d, LBA considère le système de paiement soumis à autorisation comme un intermédiaire financier soumis à une loi spéciale. 11 8

Selon la classification de la FINMA, les **monnaies virtuelles** sont considérées comme des jetons de paiement. La catégorie « jetons de paiement » (synonyme de « cryptomonnaies ») comprend les jetons qui sont effectivement ou, selon l'intention de l'émetteur, acceptés comme moyen de paiement pour l'acquisition de biens ou de services ou qui servent au transfert d'argent et de valeurs (art. 4, al. 1$^{bis}$, let. c, OBA-FINMA). Une qualification en tant que jeton de paiement peut donc également résulter du fait qu'un objectif de moyen de paiement n'est prévu que dans le futur ou que les jetons servent de points de réduction sur une plateforme pour l'acquisition de biens de tiers. Même lorsqu'un jeton est lié à l'or, il peut être qualifié de jeton de paiement s'il est divisé en unités correspondantes et s'il est susceptible d'être utilisé comme moyen de paiement. Une ICO de jetons de paiement constitue une émission de moyens de paiement soumise à l'obligation d'assujettissement dès lors que ceux-ci peuvent être techniquement transférés sur une infrastructure blockchain. Cela peut être le cas dès le moment de l'ICO ou plus tard. 11 9

Si seuls les produits ou services de l'émetteur du jeton, et non ceux de tiers, peuvent être payés avec les jetons émis, il s'agit d'une **relation bipartite** 12 0

ordinaire et l'émetteur du jeton ne peut être qualifié d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA. Lors de l'émission de jetons de paiement, la fonction de moyen de paiement doit en outre être la fonction principale du jeton et ne doit pas constituer uniquement une prestation accessoire à la fonction d'utilisation ou à la prestation contractuelle principale (cf. art. 2, al. 2, let. a, ch. 3, OBA-FINMA).

12 1 Si un jeton est utilisé exclusivement pour le paiement des frais de transaction liés à la blockchain par les utilisateurs aux validateurs, cela ne constitue pas encore une fonction de paiement pertinente, dans la mesure où le mécanisme est techniquement nécessaire au fonctionnement de la **blockchain**. Dans ce cas, la fonction de paiement doit être considérée comme accessoire à la fonction d'utilisation dans le cadre de l'infrastructure de la blockchain et n'entraîne pas l'émission d'un moyen de paiement soumis à l'obligation d'assujettissement (à condition que le jeton ne puisse pas être utilisé pour payer des frais liés à d'autres fonctions ou services de la blockchain, tels que le stockage de données ou les services informatiques).

12 2 L'émission de jetons de paiement par un **contrat intelligent** programmé et mis en ligne par une personne relève, malgré l'émission algorithmique des jetons, de la responsabilité de la personne qui les a mis en ligne, dans la mesure où elle doit être considérée globalement comme une émission de moyens de paiement soumise à la LBA.

12 3 Dans le cas d'un **airdrop**, le caractère professionnel peut être rempli dans ce cadre malgré l'émission gratuite, notamment lorsque l'émetteur d'un jeton de paiement, conformément à l'art. 7, al. 1, OBA, d'une part, établit des relations d'affaires avec plus de 20 parties contractantes par année civile (let. b) qui ne se limitent pas à l'activité unique d'émission ou si, d'autre part, l'airdrop dépasse un volume total de 2 millions de francs suisses (prix du jeton x nombre de jetons émis) par année civile (let. d).

12 4 Si **les stablecoins** sont émis comme moyen de paiement sur un système de transaction à accès ouvert, tel que la blockchain Ethereum, il convient de tenir compte en particulier des risques accrus liés au blanchiment d'argent, au financement du terrorisme et au contournement des sanctions. En raison de l'ouverture du système, l'émetteur ne dispose, après l'émission du stablecoin, que d'une possibilité de contrôle en cas de rachat éventuel contre la valeur sous-jacente. Si aucune mesure technique appropriée n'est prise, les

obligations de diligence prévues par la législation sur le blanchiment d'argent ne peuvent être remplies qu'à l'égard de la première et de la dernière personne qui dispose de la stablecoin. Les personnes qui achètent ou vendent la stablecoin sur la plateforme ouverte entre ces deux personnes échappent au contrôle de l'établissement émetteur. Conformément à la communication de la FINMA 06/2024, toutes les personnes disposant de stablecoins doivent être suffisamment identifiées par l'établissement émetteur ou par des intermédiaires financiers soumis à une surveillance appropriée. Afin de parer aux risques et de satisfaire aux exigences en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, des restrictions contractuelles et/ou technologiques s'imposent lors de l'émission de stablecoins par des établissements soumis à surveillance. La mise en œuvre technique des exigences est laissée à la discrétion des émetteurs de stablecoins. Les exigences peuvent toutefois être mises en œuvre, par exemple, au moyen d'un processus de liste blanche ou d'une restriction de transfert programmée dans le contrat intelligent.

## 5. Opération de transfert d'argent ou de valeurs

Conformément à l'art. 4, al. 1, let. d, OBA-FINMA, il y a également prestation de services de paiement lorsque l'intermédiaire financier effectue une «**opération de transfert d'argent ou de valeurs**». Selon la définition légale de l'art. 4, al. 2, OBA-FINMA, cela comprend le transfert de valeurs patrimoniales par la réception d'espèces, de de métaux précieux, de monnaies virtuelles, de chèques ou d'autres moyens de paiement, en combinaison avec le versement d'une somme correspondante en espèces, en métaux précieux ou en monnaies virtuelles (let. a) ou d'un transfert ou d'un virement sans espèces via un système de paiement ou de règlement (let. b). La FINMA ne se prononce pas sur ce point dans sa circulaire. 12 5

Comme pour les virements électroniques (art. 4, al. 1, let. a, OBA-FINMA) et contrairement au change (art. 5, al. 1, let. a, OBA-FINMA), les opérations de transfert d'argent ou de valeurs au sens de l'art. 4, al. 1, let. d, OBA-FINMA impliquent toujours une **relation tripartite**. En outre, les conditions de la clause générale prévue à l'art. 2, al. 3 (intermédiation financière, activité dans le secteur financier) doivent toujours être remplies. En particulier, l'intermédiaire financier doit impérativement disposer du pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales. 12 6

12 7 Sont considérés comme **espèces** les moyens de paiement légaux émis physiquement et ayant cours légal, c'est-à-dire les pièces émises par la Confédération et les billets de banque émis par la Banque nationale suisse (art. 2 LBA). Cela inclut également toutes les devises étrangères qui circulent en tant que moyens de paiement physiques.

12 8 Sont considérés comme **métaux précieux** au sens de la loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP) l'or, l'argent, le platine et le palladium (art. 1, al. 1, LCMP). Sont considérés comme métaux précieux bancaires, conformément à l'art. 178 OCM, les lingots et les grains d'or d'une finesse minimale de 995 millièmes (let. a), les lingots et les granules d'argent d'une finesse minimale de 999 millièmes (let. b) ainsi que les lingots et les éponges de platine et de palladium d'une finesse minimale de 999,5 millièmes (let. c).

12 9 Sont considérés comme **monnaies virtuelles** les actifs cryptographiques qui sont effectivement ou, selon l'intention de l'organisateur ou de l'émetteur, utilisés comme moyen de paiement pour l'acquisition de biens ou de services (art. 4, al. 1$^{bis}$, let. c, OBA-FINMA). Au sens de la catégorisation des jetons de la FINMA, il s'agit donc de jetons de paiement.

13 0 **Les chèques** peuvent être utilisés dans les opérations de paiement pour transférer de l'argent au-delà des frontières, ce qui les rend propices au blanchiment d'argent. Cependant, le paiement par chèque est en forte baisse en raison de divers risques, tels que la falsification, ce qui réduit également son attrait pour le blanchiment d'argent.

13 1 Les **autres moyens de paiement** peuvent être les cartes de crédit ou de débit, les cartes prépayées, les terminaux mobiles tels que les téléphones portables dotés de fonctionnalités de paiement, la monnaie électronique et la monnaie scripturale. La monnaie électronique désigne toute valeur monétaire stockée électroniquement (y compris magnétiquement) sous la forme d'une créance sur l'émetteur, émise contre le paiement d'une somme d'argent afin d'effectuer des opérations de paiement, et qui est également acceptée par des personnes physiques ou morales autres que l'émetteur de monnaie électronique (art. 2 de la directive sur la monnaie électronique). La monnaie scripturale désigne les avoirs auprès des banques commerciales et de PostFinance qui peuvent être convertis en espèces à tout moment.

13 2 Le change de monnaies virtuelles telles que les bitcoins en monnaies officielles (contrairement au change de devises, qui implique une relation

bipartite et constitue une activité commerciale au sens de l'art. 5, al. 1, let. a, OBA-FINMA) peut également donner lieu à une **relation tripartite**. Lors de l'utilisation de distributeurs automatiques de bitcoins, il est par exemple concevable qu'une personne autre que celle dont le portefeuille a transféré la contre-valeur en bitcoins au distributeur retire l'argent liquide au distributeur. De même, les bitcoins achetés contre de l'argent liquide peuvent être crédités sur le portefeuille d'une tierce personne au distributeur. Il serait également possible de déposer de l'argent liquide à un distributeur automatique de bitcoins, de transférer la contre-valeur en bitcoins à un autre distributeur et de la retirer en bitcoins sur ce dernier. peuvent être crédités sur le portefeuille d'un tiers. Il serait également possible de déposer des espèces à un distributeur automatique de bitcoins, de transférer la contre-valeur en bitcoins à un autre distributeur et de la retirer en espèces par un tiers. En raison de la relation tripartite inévitable, l'exécution de telles transactions doit être qualifiée d'opération de transfert d'argent (money transmitting). On ne peut partir du principe qu'il s'agit d'une relation bipartite que si des mesures techniques garantissent sans aucun doute que le client est bien le destinataire effectif de la contre-valeur en argent ou en bitcoins. Cette distinction est importante dans la mesure où l'opération de transfert d'argent est considérée comme professionnelle en raison des risques accrus de blanchiment d'argent qui y sont associés, sauf si l'activité est exercée pour une personne proche et qu'elle génère un produit brut ne dépassant pas 50 000 CHF par année civile (art. 9 OBA). En outre, ces opérations sont soumises à des obligations de diligence plus strictes.

Les **Money Transmitter** jouent un rôle prépondérant dans les opérations de transfert d'argent et de valeurs, les flux financiers dans ce secteur concernant principalement les virements de la Suisse vers l'étranger, en particulier vers des pays ne disposant pas d'un système bancaire fiable. Outre ces Money Transmitter opérant à l'échelle mondiale en tant que généralistes, il existe également d'autres agences de transfert d'argent spécialisées pour certains pays. Les fonds transférés sont principalement destinés à aider des proches dans les pays d'origine. Les sociétés de transfert de fonds remplissent ainsi une fonction sociale, car elles constituent dans certains pays le seul moyen de recevoir des fonds transférés depuis l'étranger. Compte tenu de ses avantages, ce secteur présente un risque élevé de blanchiment d'argent en raison de la rapidité et de la facilité avec lesquelles les montants peuvent être transférés à l'étranger et de l'interruption de la trace écrite. Les clients transfèrent

13 3

principalement des espèces, dont l'origine et l'ayant droit économique sont plus difficiles à déterminer, car la Suisse et le pays destinataire disposent souvent de moyens de contrôle et d'identification différents.

13 4 Le réseau Hawala, Western Union, Moneygram et les agents ou agents de monnaie électronique sont des exemples d'**opérations de transfert d'argent ou de valeurs**. Les agents sont en principe des auxiliaires au sens de l'art. 1, al. 2, let. b, OBA. Dans le cadre d'opérations de transfert de fonds ou de valeurs, un auxiliaire ne peut agir que pour un seul intermédiaire financier autorisé ou affilié à un OAR (art. 2, al. 2, let. b, ch. 5, OBA), tandis que pour tous les autres intermédiaires financiers, un auxiliaire peut agir pour plusieurs intermédiaires financiers.

13 5 Toutefois, conformément à l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 1, OBA-FINMA, les transports purement physiques sont également **exclus de** cette disposition, raison pour laquelle une forme de transfert électronique doit avoir lieu. Le simple paiement de marchandises ou de services en monnaies virtuelles ainsi que la fourniture de prestations correspondantes contre paiement en bitcoins ne constituent pas non plus une intermédiation financière au sens de la LBA.

## D. Activité commerciale (let. c)

### 1. Généralités

13 6 Selon l'art. 2, al. 3, let. c, LBA, sont également considérées comme intermédiaires financiers les personnes « qui **négocient**, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, des billets de banque et des pièces de monnaie, des instruments du marché monétaire, des devises, des métaux précieux, des matières premières et des valeurs mobilières (titres et droits-valeurs) ainsi que leurs dérivés ».

13 7 Selon la circulaire FINMA 2011/1, seule la négociation d'**instruments financiers** est couverte par la présente disposition, l'énumération de la let. c n'étant toutefois pas exhaustive selon la doctrine et la pratique. Les autres instruments également concernés sont énumérés à l'art. 5 OBA-FINMA. La loi sur les services financiers (LSFin), entrée en vigueur en 2020, prévoit à l'art. 3, let. a, LSFin une définition plus restrictive, qui s'applique toutefois aux fins de la LSFin (protection des consommateurs) et ne doit pas nécessairement être applicable en soi à la LBA (prévention du blanchiment d'argent). La circulaire

FINMA 2011/1 cite comme instruments financiers typiques dans le cadre des activités commerciales au sens de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA les billets de banque, les pièces de monnaie, les devises, les métaux précieux et les valeurs mobilières.

Le commerce des **droits d'émission** n'est en principe pas soumis à la LBA. Une qualification en tant que titres et, le cas échéant, en tant que dérivés pourrait toutefois être envisagée si, par exemple, un droit d'émission tokenisé confère un droit contractuel ou si sa fonction économique consiste entièrement ou partiellement en un placement. 138

Le commerce de **biens**, qui comprend également les œuvres d'art, les biens immobiliers et les produits de luxe, ne constitue pas une activité d'intermédiaire financier et n'est pas soumis à cette disposition. Toutefois, les transactions effectuées dans le cadre de l'activité de négociants au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, LBA peuvent, dans certaines circonstances (voir art. 8a LBA et art. 13 ss OBA), être soumises à la LBA. 139

L'activité commerciale comprend en partie expressément le **commerce pour compte propre,** c'est-à-dire le commerce en son propre nom, avec ses propres actifs, à ses propres risques et dans son propre intérêt. Ainsi, la disposition va déjà au-delà du principe de base (« pour compte propre ») dans sa formulation, ce qui est considéré comme contraire au système dans la doctrine. L'OBA limite toutefois cette extension à l'art. 5 OBA en prévoyant que le négoce pour compte propre n'est soumis à la LBA que pour certains instruments financiers (pièces de monnaie en circulation, billets de banque, métaux précieux bancaires). 140

## 2. Négoce de billets de banque et de pièces de monnaie (espèces)

Conformément à l'art. 5, al. 1, let. a, OBA, l'achat et la vente pour le compte d'autrui de **billets de banque et de pièces de monnaie** sont notamment soumis à l'obligation. L'art. 5, al. 1, let. b, OBA couvre en outre le négoce pour compte propre de «pièces de monnaie courantes et de billets de banque cotés en bourse». Les personnes qui négocient des billets de banque et des pièces de monnaie pour leur propre compte ou pour le compte de tiers sont donc généralement soumises à l'obligation d'assujettissement. 141

Dans sa circulaire 2011/1, la FINMA précise que seuls **les pièces de monnaie et les billets de banque en circulation cotés en bourse** peuvent faire 142

l'objet des deux types d'opérations commerciales relevant de la LBA (pour compte propre et pour compte de tiers). On entend par pièces de monnaie en circulation les pièces créées pour les besoins du trafic des paiements, émises et acceptées par l'État à leur valeur nominale.

14 3 Les **pièces de monnaie** ne sont pas soumises à la LBA lorsqu'elles sont négociées avec un agio supérieur à 5 % de leur valeur nominale. Cela vaut en particulier pour les pièces de monnaie en circulation présentant des caractéristiques numismatiques particulières (p. ex. une erreur de frappe), les pièces commémoratives et les pièces d'investissement, les médailles et les petits lingots destinés à être utilisés comme bijoux. En raison de leur faible teneur en métal précieux, les pièces sud-africaines Krugerrand ne sont pas considérées comme des pièces d'investissement en métal précieux. Elles ont toutefois cours légal en Afrique du Sud, même si elles ne portent aucune valeur nominale. C'est pourquoi le commerce professionnel de ces pièces est soumis à l'obligation de déclarer prévue à l'art. 5, al. 1, let. b, OBA.

14 4 **Les billets de banque** en circulation sont des moyens de paiement officiels et doivent être acceptés par tous. Ils sont émis par un institut agréé par l'État, généralement la banque centrale, et repris contre remboursement de leur valeur nominale. Sont exclus les billets de banque qui ont été mis hors cours.

### 3. Commerce des devises (monnaie scripturale)

14 5 Conformément à l'art. 5, al. 1, let. a, OBA, l'achat et la vente de devises pour le compte d'autrui constituent une **activité commerciale** soumise à la LBA. Les opérations pour compte propre ne sont pas soumises à la LBA dans ce domaine. Sont considérées comme **des devises** les créances libellées en monnaies étrangères et payables à l'étranger (par exemple sous forme d'avoirs bancaires, de chèques ou de lettres de change).

14 6 Dans la pratique, il existe différentes formes d'intermédiaires financiers actifs dans le **commerce des devises**. On peut les classer en quatre groupes, mais l'art. 2, al. 3, LBA ne concerne que le premier groupe (négociants en devises pour le compte de clients) :

1. Courtier en devises pour le compte de clients : ce courtier « typique » reçoit l'argent des clients sur un compte collectif à son nom. Les clients passent des ordres de négociation au courtier en devises (eux-mêmes ou par l'intermédiaire de leur gestionnaire de fortune). Le négociant en

devises pour le compte de clients est la contrepartie de ces transactions, qu'il exécute ensuite via ses différents comptes en devises ouverts à son nom. Si le négociant en devises pour le compte de clients n'est pas déjà soumis à la LB et donc à l'art. 2, al. 2, let. a, LBA, il est soumis à l'obligation d'assujettissement prévue à l'art. 2, al. 3, let. c, LBA lorsqu'il exerce cette activité à titre professionnel.

2. Gestionnaire de fortune en devises : le gestionnaire de fortune en devises n'effectue pas d'opérations de change en son propre nom, mais gère des devises au moyen d'une procuration limitée. Les clients ont un compte à leur nom auprès d'une banque ou d'un courtier effectuant des opérations de change, ou auprès d'un négociant en devises client.
3. Fonds de négoce de devises : ce groupe accepte également l'argent des investisseurs sur un compte collectif à leur nom, mais ne procède à aucune individualisation pour les clients. Au lieu de cela, les investisseurs obtiennent uniquement un droit sur leur part proportionnelle du capital. De ce fait, la LPCC ou la FINIG s'applique généralement déjà et l'assujettissement intervient conformément à l'art. 2, al. 2, LBA.
4. Intermédiaires : l'intermédiaire reçoit les fonds des investisseurs sur un compte collectif à son nom. Il n'effectue pas lui-même le commerce des devises, mais transfère les fonds sur le compte d'un tiers. Les comptes auprès de ce tiers sont libellés au nom de l'intermédiaire, généralement avec la mention du client. Il s'agit donc généralement d'une activité soumise à la LB, ce qui signifie que l'intermédiaire est déjà soumis à l'art. 2, al. 2, let. a, LBA.

## 4. Négoce de métaux précieux bancaires (or, argent, platine, palladium)

Le négoce de **métaux précieux bancaires** est couvert à la fois par l'art. 5, al. 1, let. a, OBA («achat et vente pour le compte d'autrui») et par l'art. 5, al. 1, let. e, OBA («négoce pour compte propre»). 14 7

Les métaux précieux bancaires comprennent l'**or, l'argent, le platine et le palladium**. En plus de la définition donnée à l'art. 1, al. 1, de la loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP), l'ordonnance sur le contrôle des métaux précieux (OCMP) définit sous quelle forme et avec quelle teneur en métal précieux un métal est considéré comme un métal précieux bancaire. Conformément à l'art. 178 OPM, sont considérés comme métaux précieux 14 8

bancaires les lingots et les granules d'or d'une finesse minimale de 995 millièmes (let. a), les lingots et les granules d'argent d'une finesse minimale de 999 millièmes (let. b) ainsi que les lingots et les éponges de platine et de palladium d'une finesse minimale de 999,5 millièmes (let. c).

149 Le commerce de **pièces d'investissement** en ces matières est soumis à autorisation dans la mesure où elles sont négociées avec un agio inférieur à 5 % de leur valeur nominale.

150 Peu importe que le commerce s'effectue par l'achat et la vente de métaux précieux bancaires ou par l'achat de **matières premières** que le négociant fait transformer en métaux précieux bancaires afin de les revendre ensuite. Si le commerce s'effectue par le biais de comptes de métaux précieux, il convient de vérifier si une autorisation bancaire est nécessaire (ou si l'exception relative aux comptes de règlement prévue à l'art. 5, al. 3, let. c, OB est applicable). La tenue de comptes pondéraux ne constitue pas un critère d'assujettissement. Si la tenue de comptes pondéraux en métaux précieux s'inscrit exclusivement dans le cadre d'une activité industrielle et à des fins comptables, il ne s'agit pas d'une activité assujettie.

151 **Ne sont pas soumis** au régime d'assujettissement le commerce de matières premières (non transformées), de produits en métaux précieux, de produits semi-finis, de produits plaqués et de substituts, ainsi que l'acquisition directe par des entreprises de fabrication ou la vente de métaux précieux bancaires à des entreprises de fabrication en vue de la fabrication de tels produits. Les dispositions relatives au commerce de marchandises s'appliquent, le cas échéant, à ces formes de commerce.

152 Le **commerce de l'or** occupe une place prépondérante en Suisse. Les importations d'or en Suisse se font principalement sous forme d'or brut (or minier ou or rouge), d'or non monétaire (poudre d'or) ou de déchets d'or. Les raffineries d'or situées en Suisse traitent l'or brut ou fondent des produits en or déjà existants. Contrairement au commerce d'autres matières précieuses via la Suisse, l'or négocié et raffiné en Suisse est effectivement livré physiquement via la Suisse. Le risque de blanchiment d'argent réside d'une part dans le fait que les matières précieuses peuvent avoir été acquises par des moyens criminels (par exemple par des actes de corruption, des vols ou d'autres infractions). D'autre part, les matières précieuses peuvent être utilisées directement à des fins de blanchiment d'argent ou comme moyen de

financement d'autres infractions. Outre les exigences de l'OBA-FINMA, la plupart des intermédiaires financiers actifs dans le commerce des métaux précieux se sont volontairement soumis à des normes internationales supplémentaires en matière de devoir de diligence. Les contrôles prévus par ces normes vont au-delà des exigences de la LBA en matière de connaissance et de surveillance des relations d'affaires, ce qui réduit la vulnérabilité au blanchiment d'argent.

Le commerce d'objets de valeur physiques (y compris les métaux précieux) sur la **blockchain** est également considéré comme une activité commerciale soumise à la LBA. Le commerce de jetons liés à des métaux précieux bancaires est donc également soumis, dans certaines circonstances, à l'art. 2, al. 3, let. c, LBA, à moins qu'il ne soit déjà soumis à une surveillance prudentielle en vertu de l'art. 2, al. 2, LBA en raison de la réception de dépôts du public ou de la constitution d'un placement collectif de capitaux. 15 3

Par ailleurs, l'achat et la vente d'**or ancien** (c'est-à-dire l'or de seconde main provenant de dents, de couronnes ou d'autres objets contenant de l'or, ainsi que les déchets d'or issus de la fabrication) ne relèvent pas de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA. Ces transactions se distinguent du commerce de l'or brut ou de marchandises telles que les lingots d'or et des dispositions de contrôle qui leur sont applicables. Depuis 2009, le volume d'or usagé vendu par des particuliers en Suisse a considérablement augmenté. Les ventes s'effectuent généralement au comptant. 15 4

## 5. Change

L'art. 5, al. 1, let. a, OBA soumet également le **change de devises** pour le compte d'autrui à l'obligation de contrôler. 15 5

Est considéré comme change le **conversion directe** d'un montant dans une monnaie contre le montant équivalent dans une autre monnaie. Contrairement aux opérations de transfert de fonds, le change implique une relation bilatérale incontestable, c'est-à-dire que l'achat et la vente s'effectuent à partir des stocks propres des parties. Le respect de la relation bipartite ne peut être considéré comme incontestablement garanti lorsque l'intermédiaire financier ne peut (techniquement) garantir qu'un utilisateur d'un distributeur automatique de billets CFF ne transfère pas des bitcoins vers le portefeuille d'un tiers. 15 6

157 Le change comprend également l'achat et la vente de monnaies virtuelles (jetons de paiement) contre des monnaies officielles (« FIAT ») ou d'autres monnaies virtuelles. Bien qu'il ne s'agisse pas d'« argent » au sens traditionnel du terme, les caractéristiques essentielles de la monnaie sont remplies. Le change de monnaie est donc également effectué par les bureaux de change cryptographiques et les **négociants en monnaies virtuelles** agissant pour le compte de clients. Il n'y a pas d'activité de négociant en monnaies virtuelles soumise à la LB, mais à la LB en tant que changeur de monnaie, lorsque les jetons de paiement acquis dans le cadre d'ordres d'achat de jetons avec des fonds mis en commun sont toujours transférés directement vers les adresses blockchain individualisées du client concerné ou lorsque les jetons de paiement achetés au sens de l'art. 16, ch. 1$^{bis}$, let. a, LB. Dans le domaine de la finance décentralisée, les fournisseurs de liquidités peuvent être considérés comme des changeurs de monnaie qui mettent à disposition des monnaies virtuelles en tant que liquidités d'un pool de liquidités en vue de les échanger contre d'autres monnaies virtuelles et qui bénéficient ainsi d'une partie des frais de change générés.

158 Le paiement d'un bien ou d'un service dans une devise avec un remboursement dans une autre devise n'est généralement pas soumis à la LBA, tant que l'acquisition d'un bien ou d'un service reste au centre de la transaction. S'il existe un écart manifeste entre le montant versé et le prix effectif, on suppose qu'il s'agit d'une **opération de contournement** et qu'il y a en fait une activité de change soumise à la LBA.

159 Si une entreprise pratique le change de manière **accessoire** à son activité principale, celui-ci n'est pas considéré comme une activité commerciale au sens de l'art. 5, al. 3, OBA et n'est donc pas soumis à la LBA. Toutefois, le change n'est plus considéré comme accessoire lorsque l'intermédiaire financier effectue ou est prêt à effectuer une ou plusieurs opérations de change liées entre elles d'un montant supérieur à 5 000 CHF, ou lorsque le bénéfice brut provenant du change représente plus de 10 % du bénéfice de l'entreprise par année civile.

### 6. Négoce de matières premières (en bourse et hors bourse)

160 L'art. 5, al. 1, let. c et d, OBA-FINMA régit le commerce de **matières premières** pour le compte d'autrui. Une personne qui effectue des transactions dans le domaine du commerce de matières premières n'est donc

considérée comme un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA que si elle agit sur mandat et pour le compte d'un tiers. En revanche, si une personne effectue une transaction dans ce domaine en son nom et à ses risques et revende ensuite la marchandise, il ne s'agit pas d'intermédiation financière. Le négoce pour compte propre n'est donc pas soumis à l'obligation d'autorisation. Cela ne vaut toutefois que pour le « véritable » négoce pour compte propre, c'est-à-dire lorsque la transaction est conclue en son propre nom, exclusivement avec son propre patrimoine, dans son propre intérêt et à ses propres risques. Si, en revanche, le commerce est effectué en commission, c'est-à-dire en son propre nom mais pour le compte d'autrui, il est soumis à l'obligation d'assujettissement.

Sont considérées comme des matières premières les **matières de base non transformées** qui proviennent généralement de l'exploitation minière ou agricole ou qui peuvent être attribuées au secteur de l'énergie, comme le pétrole brut, le gaz naturel, les métaux, les minerais et le café. En revanche, la farine de blé, l'huile de soja, la farine de soja, le sucre brut et le sucre blanc ne sont pas concernés, car ils ne constituent pas des matières premières non transformées au sens de la circulaire FINMA 2011/1. Les pierres précieuses ne sont pas considérées comme des matières premières, car elles ne relèvent pas du secteur financier, mais elles sont couvertes par la notion de marchandises. 16 1

Une distinction est faite entre le négoce **en bourse** (let. c) et le négoce **hors bourse** (let. d) de matières premières, ces dernières devant, selon l'art. 5, al. 1, let. d, OBA-FINMA, présenter un degré de standardisation suffisamment élevé pour pouvoir être liquidées à tout moment. La possibilité de vendre à tout moment doit se référer à des conditions de marché normales et non à des situations dans lesquelles, par exemple, le marché est temporairement illiquide pour des raisons politiques ou économiques. Est considérée comme bourse toute institution destinée au négoce multilatéral de valeurs mobilières, dans laquelle celles-ci sont cotées et qui a pour but l'échange simultané d'offres entre plusieurs participants ainsi que la conclusion de contrats selon des règles non discrétionnaires (art. 26, al. 1, let. b, LIMF). Le négoce de valeurs mobilières en bourse n'est toutefois ouvert qu'aux participants réglementés qui sont déjà soumis à la LBA en vertu de l'art. 2, al. 2. 16 2

Les **dérivés sur matières premières** sont généralement considérés comme des valeurs mobilières et relèvent donc de la disposition dérogatoire de l'art. 5, al. 2, OBA-FINMA. Même dans le cas du négoce de dérivés standardisés sur 16 3

matières premières, le négoce n'est considéré comme une activité de négoce que si une autorisation est nécessaire en vertu de la LEFin. Dans ce cas, l'assujettissement s'effectue conformément à l'art. 2, al. 2, LBA. Si l'activité de négoce de dérivés sur matières premières n'est pas soumise à la LEFin en raison de l'absence de qualité de titre, elle n'est pas soumise à la LBA (sous réserve de l'art. 6 OBA).

### 7. Négoce de valeurs mobilières

164 Conformément à l'art. 5, al. 2, OBA-FINMA, le négoce de valeurs mobilières n'est considéré comme une activité commerciale soumise à la LBA que s'il nécessite une **autorisation au** sens de la FINIM. Dans ce cas, le négoce est toutefois déjà soumis à la LBA en vertu de l'art. 2, al. 2, let. d, LBA (lex specialis). Si, en revanche, aucune autorisation n'est nécessaire, par exemple parce que le caractère professionnel au sens de la LEFin n'est pas atteint, le commerce n'est pas considéré comme pertinent du point de vue de la LBA. Il n'est donc couvert par l'art. 2, al. 3, LBA dans aucune configuration (ni par la clause générale ni par les dispositions spéciales) et la disposition de l'art. 5, al. 2, est donc redondante.

165 Sont considérés comme **des valeurs mobilières** les titres uniformisés et adaptés au négoce de masse, les droits-valeurs, en particulier les droits-valeurs simples et les droits-valeurs inscrits dans un registre, ainsi que les dérivés et les titres comptables (art. 2, let. b, LIMF). Les valeurs mobilières sont considérées comme standardisées et adaptées au négoce de masse lorsqu'elles sont offertes au public dans une structure et une dénomination identiques ou lorsqu'elles sont placées auprès de plus de 20 clients, pour autant qu'elles ne soient pas créées spécialement pour des contreparties individuelles (art. 2, al. 1, OFinfr). La notion de valeurs mobilières englobe également les parts de placements collectifs de capitaux.

166 **Les dérivés** sont considérés comme des valeurs mobilières s'ils sont standardisés et adaptés au négoce de masse (art. 2, let. b, LIMF). Les dérivés standardisés sur métaux précieux relèvent donc de l'art. 5, al. 2, OBA-LEFin, et leur négoce n'est soumis à la loi que s'il est soumis à autorisation conformément à la LIMF. Il n'y a pas de standardisation lorsque le dérivé est adapté aux besoins des différentes parties (contrats à terme et swaps sur mesure). Sont considérés comme des dérivés les contrats financiers dont le prix est dérivé d'une valeur sous-jacente, à savoir (let. a) des actifs tels que des

actions, des obligations, des matières premières et des métaux précieux ou (let. b) valeurs de référence telles que les devises, les taux d'intérêt et les indices (art. 2, al. 2, OFinfr) et qui ne constituent pas une opération au comptant au sens de l'art. 2, al. 4, OFinfr (art. 2, let. c, LFINFR). Les dérivés comportent généralement une composante de valeur actuelle et/ou d'effet de levier. Les contrats à terme financiers se rapportent à la livraison future d'un bien et présentent généralement des conditions entièrement standardisées, ce qui leur confère généralement la qualité de valeurs mobilières. La notion de titre englobe également d'autres dérivés uniformisés et adaptés au négoce de masse, tels que les dérivés négociés en bourse (ETD), les warrants et les produits structurés, y compris les ETP (terme générique désignant les matières premières négociées en bourse (ETC) ou les titres négociés en bourse (ETN) garantis).

Dans le **domaine de la blockchain**, sont considérés comme des titres DLT les titres sous forme de droits inscrits dans un registre (art. 973d CO) ou d'autres droits inscrits dans des registres électroniques distribués qui, grâce à des procédés techniques, confèrent aux créanciers, mais pas au débiteur, le pouvoir de disposer du droit inscrit dans le registre (art. 2 b$^{bis}$ LIMF). Par ailleurs, la FINMA traite les jetons d'investissement comme des valeurs mobilières s'ils représentent par exemple un droit-valeur et si les jetons sont standardisés et adaptés au négoce de masse. Selon leur conception, les stablecoins peuvent également être qualifiés de valeurs mobilières. Les dérivés proposés sous forme standardisée sur les plateformes de négoce de cryptomonnaies peuvent également être considérés comme des valeurs mobilières s'ils prennent la forme de contrats à terme perpétuels, à condition que le produit souhaité par l'utilisateur puisse être composé à partir d'un nombre limité de variables prédéfinies, définies par un nombre limité de paramètres modifiables, et qu'un prix puisse être obtenu automatiquement. 167

## 8. Instruments du marché monétaire

Selon le libellé de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA, le commerce d'**instruments du marché monétaire** est également soumis à la loi. Cette disposition n'est précisée ni au niveau de l'ordonnance ni dans la pratique de la FINMA. Cela s'explique probablement par le fait que l'obtention de liquidités au moyen d'instruments du marché monétaire se fait traditionnellement presque 168

exclusivement entre intermédiaires financiers et présente donc un faible risque de blanchiment d'argent.

169 Sont considérés comme **instruments du marché monétaire** les instruments financiers qui, en raison de leur durée inférieure à douze mois et de leur cercle d'émetteurs et d'investisseurs, peuvent être rattachés au marché monétaire et qui ont pour but l'obtention de liquidités. Parmi les instruments négociables du marché monétaire figurent notamment : les créances comptables du marché monétaire de la Confédération, des cantons, de la Banque nationale et des grandes entreprises ; les fonds (de placement) du marché monétaire (Money Market Funds) ; les dérivés du marché monétaire ; ainsi que les titres du marché monétaire nationaux et étrangers (tels que les bons du Trésor, les certificats de dépôt, etc.). Les instruments du marché monétaire sont généralement des valeurs mobilières, ce qui signifie que l'art. 5, al. 2, OBA-FINMA s'applique.

## E. Réalisation de placements en tant que conseiller en placement (let. f)

170 L'art. 2, al. 3, let. f, LBA soumet à la loi sur le blanchiment d'argent les conseillers en placement qui effectuent des placements pour le compte de tiers. Conformément à l'art. 6, al. 1, let. b, OBA-FINMA, cela désigne l'exécution d'**ordres de placement** pour le compte de tiers. La FINMA précise, en accord avec les documents, que le simple conseil en placement *e contrario* n'est pas soumis à la LBA, mais uniquement les cas dans lesquels des placements sont effectués sur la base d'une procuration correspondante dans des cas particuliers, par exemple en passant un ordre au gestionnaire de fortune ou à la banque dépositaire du client. La simple transmission des instructions données par le client (par exemple, ordre du client sous forme de document pdf en pièce jointe à un e-mail du client) ne permet pas de conclure à l'existence d'une procuration.

171 Un **conseiller en placement** fournit généralement au client des recommandations personnelles en vue d'une décision de placement qui se rapportent à des opérations sur des instruments financiers (art. 3, let. c, ch. 4, LFID). Contrairement aux gérants de fortune, les conseillers en placement ne disposent d'aucune procuration de gestion de la part de leurs clients. La transaction recommandée par le conseiller en placement est déclenchée par le client lui-même. Le client peut soit conclure la transaction lui-même, soit la

faire conclure par le conseiller en placement au moyen d'une procuration spéciale pour une ou plusieurs transactions clairement définies. Si le conseiller en placement agit en tant que représentant de son client dans un cas particulier sur la base d'un tel mandat, il existe, selon le message, un risque que les services du conseiller en placement soient utilisés à des fins de blanchiment d'argent. C'est pourquoi les conseillers en placement qui ne se limitent pas à une simple activité de conseil, mais qui développent également une activité de placement pour leurs clients, ont été soumis à la loi.

Indépendamment d'une éventuelle soumission à la LBA avec affiliation à un OAR (ou parallèlement à celle-ci), les conseillers en placement sont tenus de s'inscrire dans un **registre des conseillers** (art. 22, al. 2, et art. 28, al. 1, LEFin). Cette obligation s'applique aux personnes physiques qui fournissent des services de conseil en placement pour leur propre compte ou pour le compte d'un prestataire de services financiers (art. 3, let. e, LEFin), mais pas aux conseillers à la clientèle de prestataires de services financiers soumis à surveillance, tels que les banques, pour lesquels les services de conseil en placement font partie de l'activité soumise à surveillance pour leurs clients. 17 2

Contrairement au conseiller en placement, le **gestionnaire de fortune** est habilité et effectivement en mesure de disposer de manière indépendante du patrimoine du client (gestion discrétionnaire de fortune au moyen d'une procuration auprès de la banque dépositaire). Ce qui est déterminant à cet égard, c'est le caractère professionnel de l'activité et le fait qu'elle soit exercée au nom et pour le compte du client. En principe, les gestionnaires de fortune n'effectuent pas de paiements pour leurs clients et ne disposent donc pas d'une procuration générale ou d'une procuration de disposition. 17 3

L'assujettissement à l'art. 2, al. 3, let. f, LBA ne se limite pas à l'activité classique de conseil en placement, mais peut également s'appliquer aux exploitants de **plateformes de crowdinvesting** lorsque ceux-ci effectuent des investissements sur la base de procurations individuelles des investisseurs. 17 4

## F. Conservation ou gestion de titres (let. g)

Quiconque conserve ou gère des valeurs mobilières pour le compte d'autrui est soumis à la loi sur le blanchiment d'argent conformément à l'art. 2, al. 3, let. g. Selon le message relatif à la LBA, l'objectif était de soumettre à la loi les 17 5

intermédiaires financiers qui conservent ou gèrent*des objets* patrimoniaux. Les **titres mobiliers** ont été expressément mentionnés en premier lieu.

17 Dans sa pratique, la FINMA se réfère à la **notion de titres** selon la FinfraG.
6

17 L'ordonnance précise toutefois à l'art. 6, al. 1, let. a, OBA-FINMA que la
7 gestion (contrairement à la conservation) inclut non seulement les titres, mais aussi les **instruments financiers** en tant que tels. L'encaissement d'intérêts et de dividendes, le recouvrement de titres remboursables ou le contrôle de tirages au sort peuvent également être considérés comme des actes de gestion. Des configurations pertinentes sont également envisageables dans le cadre du financement participatif.

17 Est **considéré comme gestionnaire** toute personne qui, dans le cadre d'un
8 mandat, a le pouvoir de disposer librement des valeurs patrimoniales d'autrui ou dans le cadre d'une stratégie de placement définie à l'avance. Est donc considéré comme gestionnaire de fortune le mandataire et non celui qui exerce effectivement la gestion de fortune. La subdélégation de tâches de gestion de fortune n'a donc aucune incidence sur l'obligation de se soumettre à l'autorité de surveillance qui incombe au mandataire chargé de la gestion de fortune. La conservation ou la gestion n'est prise en compte que si l'activité en question est exercée pour le compte d'autrui (art. 6, al. 1, OBA-FINMA). La gestion de ses propres titres n'entre pas dans le champ d'application de la LBA.

17 Depuis l'entrée en vigueur de la LEFin et de l'obligation d'autorisation qui en
9 découle, les gestionnaires de fortune qui, en raison des critères divergents de la LEFin pour le **caractère professionnel** (art. 19 OFIN), ne sont pas couverts par la LEFin de l'art. 2, al. 2, let. a$^{bis}$, LBA, mais qui, sur la base d'une procuration individuelle ou générale, effectuent néanmoins des placements pour leurs clients à titre professionnel au sens de l'art. 7 OBA.

18 Les **formes de placement** qui, selon l'art. 2, al. 2, LPCC, ne sont pas
0 soumises à la LPCC ne relèvent en principe pas non plus du champ d'application de l'art. 2, al. 3, LBA. Cela vaut pour les institutions de prévoyance professionnelle (art. 2, al. 2, let. a, LPCC et art. 2, al. 4, let. b, LBA), les institutions d'assurance sociale et les caisses de compensation (art. 2, al. 2, let. b, LPCC) ainsi que les collectivités et établissements de droit public (art. 2, al. 2, let. c, LPCC). Cela vaut également pour les sociétés opérationnelles qui exercent une activité entrepreneuriale (art. 2, al. 2, let. d,

LPCC), pour autant que celle-ci ne soit pas de nature financière. Les sociétés holding (art. 2, al. 2, let. e, LPCC), les associations et les fondations (art. 2, al. 2, let. g, LPCC) ne sont pas non plus soumises à la LBA, pour autant qu'elles n'exercent pas d'activité d'intermédiaire financier et ne soient pas qualifiées de sociétés de domicile.

Les **clubs d'investissement** qui sont exclus du champ d'application de la LPCC en vertu de l'art. 2, al. 2, let. f, LPCC ne sont pas non plus soumis à la LBA selon la pratique de la FINMA, car ils ne gèrent pas de fortune de tiers. En revanche, est considéré comme intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA, toute personne qui, en tant que non-membre et donc en tant que tiers, est chargée d'exécuter les décisions de placement prises conjointement par les membres d'un club d'investissement et qui, dans ce contexte, dispose d'un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales d'un club d'investissement. 18 1

Sont également exclus du champ d'application de la LBA les **Limited Qualified Investor Funds** (L-QIF) ayant la forme juridique d'une société d'investissement à capital variable (SICAV) ou d'une société en commandite pour placements collectifs de capitaux (SCPCC), lorsque l'établissement responsable de la gestion au sens de l'art. 118*h*, al. 1, 2 ou 4 LPCC, l'établissement responsable de la gestion assume les obligations prévues par cette loi (art. 2, al. 4, let. e, LBA). 18 2

En revanche, les **sociétés d'investissement** qui sont exclues du champ d'application de la LPCC en vertu de l'art. 2, al. 3, LPCC relèvent de l'art. 2, al. 3, LBA. Les gestionnaires de placements collectifs étrangers relèvent de l'art. 2, al. 3, LBA, pour autant que les placements collectifs étrangers qu'ils gèrent ne soient soumis à aucune surveillance équivalente à celle prévue par la LPCC (art. 2, al. 4, let. d, LBA). 18 3

**La conservation** doit être comprise comme la possession au sens de l'art. 919 CC. La notion de conservation se réfère à une opération de dépôt et donc à un contrat de dépôt au sens des art. 472 ss CO ou à une construction contractuelle similaire. Dans la pratique, la conservation physique des titres titrisés reste certes pertinente. Toutefois, en raison de la surveillance prévue par la législation spéciale applicable aux dépositaires professionnels, l'art. 2, al. 3, let. g, LBA ne s'applique plus que dans quelques cas, notamment pour les avocats, les fiduciaires et les *agents d'entiercement*. 18 4

18 5 Selon la pratique de la FINMA, la conservation d'**autres valeurs patrimoniales** telles que les espèces, les métaux précieux ou les titres sans qualité de valeurs mobilières (art. 6, al. 1, let. c, OBA-FINMA) ne relève pas de la LBA conformément à l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 1, OBA-FINMA. En revanche, une partie de la doctrine considère que l'inclusion d'autres valeurs patrimoniales dans le cadre de la conservation par des intermédiaires financiers (par exemple, les espèces ou les titres sans qualité de valeurs mobilières) est manifestement justifiée au regard de la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA. À notre avis, une assujettissement au sens de l'art. 2, al. 3, LBA doit être rejeté, d'autant plus que l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 1, OBA exclut sans ambiguïté la simple conservation physique de valeurs patrimoniales, à l'exception expresse des titres.

18 6 La mise à disposition de **coffres-forts** individuels (physiques) verrouillables, dont seul le cocontractant peut disposer et auxquels le prestataire n'a en principe pas accès, n'entraîne pas non plus d'obligation d'assujettissement. Dans ce cas, le bailleur n'acquiert aucun pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales étrangères à conserver.

18 7 La conservation et la gestion de titres pour le compte de tiers sont aujourd'hui principalement assurées par des **dépositaires** professionnels et réglementés tels que des banques, des sociétés de valeurs mobilières ou des dépositaires centraux. La conservation des titres s'effectue généralement sous forme de titres comptables, les titres ou les certificats globaux étant déposés auprès du dépositaire ou les droits-valeurs étant inscrits dans le registre principal du dépositaire et crédités sur un ou plusieurs comptes de titres (art. 6, al. 1, LBA). Seules les entreprises soumises à une surveillance prudentielle peuvent être considérées comme des dépositaires au sens de la LDE (art. 4 LDE), raison pour laquelle elles sont déjà couvertes par l'art. 2, al. 2, LBA, l'art. 2, al. 3, LBA n'ayant alors plus d'importance dans ces cas.

18 8 Il y a **activité de maison de titres** à titre professionnel lorsque des comptes sont tenus ou des valeurs mobilières conservées, directement ou indirectement, pour plus de 20 clients (art. 65, al. 1, FINIV). Si les valeurs mobilières sont conservées pour moins de 20 clients, le dépositaire n'est pas soumis à autorisation et n'est pas couvert par l'art. 2, al. 2, LBA. Toutefois, le seuil de l'activité professionnelle au sens de la LBA (art. 7 OBA) peut être atteint, notamment lorsque les titres ont une valeur supérieure à 5 millions de

francs (art. 7, al. 1, let. c, OBA), ce qui fait entrer l'activité sous le coup de l'art. 2, al. 3, let. g, LBA.

La conservation de titres est également possible dans le **domaine de la blockchain**. L'art. 2, al. 3, let. g, LBA s'applique à l'offre de portefeuilles de conservation pour la conservation de jetons d'investissement lorsque le dépositaire dispose du pouvoir de disposition sur la clé privée correspondante. Cela contraste avec les fournisseurs de portefeuilles non dépositaires qui n'ont pas le pouvoir de disposer de la clé privée du client, où, en règle générale, une soumission à la LBA conformément à l'art. 2, al. 3, let. b, LBA en relation avec l'art. 4, al. 1, let. b, OBA-FINMA est envisageable en raison d'une relation d'affaires durable, mais pas la conservation de titres. À l'instar de la réglementation applicable aux portefeuilles, l'art. 2, al. 3, let. g, LBA couvre également l'offre d'un contrat intelligent administré qui stocke des jetons d'investissement et confère à l'intermédiaire financier qui les conserve, en tant qu'administrateur, le pouvoir de disposer de ces jetons d'investissement en contrôlant le contrat intelligent (au moyen de clés d'administration). 189

Selon la pratique de la FINMA, la conservation de titres par un **employeur** n'est expressément pas soumise à la LBA lorsque ces titres sont émis dans le cadre de programmes de participation des salariés et constituent une composante du salaire ; il en va de même pour la tenue d'un registre des actions ou d'un registre des actions sans conservation des titres. 190

## G. Activité en tant qu'organe de sociétés de domicile

Sous le titre « autres activités », l'art. 6, al. 1, let. d, OBA soumet également à la LBA la fonction d'organe de **sociétés de domicile**. La disposition renvoie à l'art. 2, al. 3, let. f et g, LBA, mais il n'existe aucune base légale expresse pour cette soumission, ni dans la let. f ni dans la let. g. Dans la pratique et la doctrine, on se réfère donc à la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA. 191

L'assujettissement de l'**organe** d'une société de domicile vise à empêcher qu'une société ne soit utilisée pour gérer des avoirs appartenant à des tiers dans le but de contourner les dispositions de la législation sur le blanchiment d'argent. 192

L'**activité d'organe** n'est en principe pas considérée comme une activité d'intermédiaire financier, car les personnes morales ne peuvent agir que par 193

l'intermédiaire de leurs organes et ceux-ci, lorsqu'ils décident de la fortune de la société, ne disposent pas de la fortune d'autrui. Dans le cas des sociétés de domicile, l'activité d'organe est toutefois considérée comme une activité d'intermédiaire financier lorsqu'elle est exercée sur instruction de l'ayant droit économique (à titre fiduciaire). Dans ce cas, les personnes exerçant des fonctions d'organe ne gèrent pas juridiquement, mais économiquement, des valeurs étrangères. Inversement et en conséquence, l'ayant droit économique qui est lui-même une personne exerçant des fonctions d'organe n'est soumis à aucune obligation de subordination.

19 4 L'art. 6, al. 1, let. d, OBA-FINMA part d'une **notion large d'organe**, qui englobe les organes formels, matériels et de fait. Selon cette disposition, sont considérées comme des organes toutes les personnes qui prennent des décisions réservées aux organes ou qui assurent la gestion effective et influencent ainsi de manière déterminante la formation de la volonté de la société. À cet effet, un droit de signature collective suffit. Selon la doctrine, il existe toutefois une restriction en ce sens que, dans le cas des sociétés suisses ayant leur siège en Suisse, seuls les organes ayant leur siège en Suisse relèvent du champ d'application territorial de la législation suisse sur le blanchiment d'argent, sauf s'ils exercent (fréquemment) leurs activités en Suisse et à partir de la Suisse.

19 5 La définition de la **société de domicile** aux fins de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent ainsi que les exceptions correspondantes figurent également à l'art. 6 OBA. Sont donc considérées comme des sociétés de domicile les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et associations similaires qui n'exercent aucune activité commerciale, industrielle ou autre activité de nature commerciale (art. 6, al. 2, OBA). Il s'agit en règle générale de «véhicules financiers» qui servent uniquement à gérer le patrimoine de l'ayant droit économique et à générer des revenus ou des gains en capital. Le fait que les actifs détenus par la société et gérés par ses organes relèvent du marché financier ou qu'il s'agisse de biens immobiliers, de produits de luxe, etc. n'a aucune importance dans ce contexte.

19 6 Il convient néanmoins de toujours déterminer au cas par cas s'il s'agit d'une société de domicile ou d'une **société opérationnelle**. Des indices permettent d'évaluer si l'objet principal d'une société réside dans la gestion du patrimoine de l'ayant droit économique ou dans une activité entrepreneuriale.

Si, par exemple, un portefeuille de titres ou un autre actif constitue le poste dominant du bilan d'une société et que, dans le même temps, le compte de résultat fait principalement état des revenus ou des gains en capital provenant des actifs inscrits au bilan, cela indique clairement qu'il s'agit d'une société de domicile. D'autres indices permettant de conclure à l'existence d'une société de domicile sont notamment l'absence de locaux commerciaux propres, comme c'est le cas notamment pour une adresse c/o, un siège chez un avocat, un fiduciaire ou une banque, ou l'absence de personnel propre. En principe, il convient donc de suivre le même raisonnement que celui utilisé dans la pratique développée par la CDB pour déterminer l'ayant droit économique des sociétés de domicile. Dans les cas où il existe des indices tant en faveur d'une société opérationnelle que d'une société de domicile, il convient d'examiner dans leur contexte global les indices dominants qui déterminent l'objet principal de la société.

Une **société d'investissement** peut être exclue du champ d'application de la LPCC en vertu de l'art. 2, al. 3, LPCC, mais elle relève alors du champ d'application de l'art. 2, al. 3, LBA. Cela concerne les sociétés d'investissement sous forme de sociétés anonymes, pour autant qu'elles soient cotées à une bourse suisse ou que seuls des actionnaires qualifiés au sens de l'art. 10, al. 3 ou 3 ter, LPCC puissent y participer et que les actions soient nominatives. Si la gestion est externalisée, on peut se demander si la société doit être considérée comme une société de domicile en raison de cette gestion externalisée et si ses organes sont donc soumis à la LBA. Pour distinguer une société d'investissement soumise à la LBA (au sens de l'art. 2, al. 3, LPCC) d'une société immobilière de domicile, l'objet social est déterminant. Si l'objet de la société est d'investir dans l'immobilier et d'offrir ces possibilités d'investissement à ses clients, elle constitue (du moins du point de vue de la LBA) une société d'investissement. Si, en revanche, l'objet de la société est de détenir des biens immobiliers à titre fiduciaire pour le compte de tiers, il faut partir du principe qu'il s'agit d'une société de domicile. Ainsi, une société d'investissement qui remplit les critères de l'art. 2, al. 3, LPCC ne sera jamais qualifiée en même temps de société de domicile au sens de la LBA. 197

La soumission du protecteur d'un **trust** à la LBA dépend de ses pouvoirs. S'il peut, à l'instar d'un trustee, disposer des valeurs patrimoniales détenues par le trust et prendre des décisions qui ont une incidence directe sur le patrimoine 198

du trust, il est considéré comme un intermédiaire financier. Le pouvoir de remplacer le trustee ne suffit pas pour justifier la soumission à la LBA.

19 Une **exception** à l'assujettissement est définie à l'art. 6, al. 3, let. a, OBA pour
9 les sociétés qui « ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires dans le cadre d'une entraide commune ou poursuivent des objectifs politiques, religieux, scientifiques, artistiques, d'utilité publique, sociaux ou similaires ». Selon la pratique de la FINMA, les fondations familiales de droit suisse et les sociétés opérationnelles en liquidation en font également partie. En règle générale, ces sociétés sont des associations d'utilité publique qui, faute d'orientation vers le profit, n'atteignent de toute façon pas le seuil de professionnalisme requis pour être soumises à la LBA.

20 Dans la pratique, l'exception prévue à l'art. 6, al. 3, let. b, OBA-FINMA, qui
0 exclut également les « véritables » **sociétés holding**, est plus pertinente. Elle couvre les sociétés qui détiennent la majorité d'une ou plusieurs sociétés opérationnelles et dont le but n'est pas principalement la gestion de la fortune de tiers. Selon la pratique de la FINMA, la société holding doit également exercer effectivement ses pouvoirs de direction et de contrôle (principe dit de la direction). La pratique de la FINMA consistant à n'assujettir que les organes des filiales en tant qu'intermédiaires financiers lors de la qualification des filiales de la société holding en tant que sociétés de domicile est critiquée dans la doctrine. Au vu du libellé de la disposition de l'ordonnance, une telle société holding ne devrait pas être couverte par l'exception, c'est-à-dire que ses organes devraient également être soumis à l'obligation.

## H. Intermédiaires d'assurance

20 Si un **intermédiaire d'assurance lié** (y compris un agent) est lié à un
1 assureur par un contrat de travail, il est soumis aux prescriptions applicables à la compagnie d'assurance. Si cette compagnie d'assurance est soumise à l'art. 2, al. 2, let. c, LBA, parce qu'elle pratique l'assurance-vie directe ou propose des parts de placements collectifs de capitaux, ou à l'art. 2, al. 3, let. a, LBA, parce qu'elle propose des crédits hypothécaires, l'intermédiaire est alors déjà couvert par cette soumission et n'a pas besoin de se soumettre lui-même en tant qu'intermédiaire financier. C'est le cas, par exemple, des agences principales et générales.

Selon la pratique de la FINMA, l'**activité d'intermédiaire non lié** (en tant que courtier ou agent) n'est en principe pas soumise à la LBA. Une obligation de se soumettre à la LBA ne naît que si, en plus de l'activité d'intermédiaire, une activité soumise à l'art. 2, al. 3, LBA est exercée, par exemple lorsque l'intermédiaire d'assurance reçoit des fonds pour le compte d'un client (en tant que débiteur) et les transfère conformément aux instructions, fournissant ainsi un service de paiement. Toutefois, il n'y a pas d'obligation d'assujettissement si l'activité consiste en **le recouvrement** d'une créance exigible. 2022

En principe, tous les virements et transferts effectués **pour le compte du débiteur** de la prestation sont soumis à la LBA, que le débiteur rémunère le prestataire avant ou après le paiement au tiers. Dans le cas du courtage en assurance, il existe des relations contractuelles d'une part avec l'assurance et d'autre part avec l'assuré. Il convient alors de déterminer le **mandant effectif du transfert** à partir d'indices, la rémunération étant généralement versée par le mandant. Ce sont en premier lieu les relations de droit civil qui sont déterminantes. 2023

Dans la pratique, il arrive que des intermédiaires d'assurance indépendants négocient des assurances (en particulier des réassurances) pour le compte de clients (en tant qu'assurés) et transfèrent également les primes d'assurance de l'assuré à la compagnie d'assurance. Le mandat d'**encaissement des primes** peut provenir des deux parties. Bien qu'il existe des relations contractuelles dans les deux sens, c'est avant tout l'assuré qui est le client de l'intermédiaire d'assurance indépendant, car c'est pour lui que le service d'intermédiation est fourni. C'est pourquoi l'essentiel des relations contractuelles se situe entre l'intermédiaire d'assurance et le client en tant que débiteur de la prime. Les intermédiaires d'assurance font souvent office d'agent payeur en Suisse pour les assurances étrangères. Une procuration accordée par l'assurance n'entraîne pas la prévalence des relations contractuelles entre l'intermédiaire et l'assurance. C'est pourquoi les **intermédiaires d'assurance indépendants** sont soumis à la LBA pour l'encaissement des primes. Les indices qui permettent de considérer l'assuré comme le mandant effectif sont la négociation du contrat par l'intermédiaire pour le compte de l'assuré, le rapport de fidélité de l'intermédiaire envers l'assuré (art. 40, al. 2, LSA) et la rémunération de l'intermédiaire par l'assuré. Il y a également rémunération de l'intermédiaire par l'assuré lorsque les frais de courtage (brokerage fee) et les 2024

autres prestations fournies sont déjà inclus dans la prime d'assurance et sont déduits sous forme de pourcentage lors du transfert, l'assuré payant ainsi indirectement le transfert de la prime d'assurance à l'assurance. D'un point de vue économique, l'intermédiaire exécute des ordres de paiement à l'assurance contre rémunération.

20 5 L'encaissement des primes n'est considéré comme un **encaissement** non soumis à l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 2, OBA-FINMA que s'il existe une créance exigible entre l'assurance et l'assuré et que l'intermédiaire indépendant est principalement mandaté par l'assurance (en tant que créancière) pour recouvrer cette créance. Le transfert des **indemnités** à l'assuré doit clairement être qualifié d'encaissement au sens de l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 2, OBA, car l'assurance est le mandant du transfert des indemnités.

20 6 La loi révisée sur la surveillance des assurances (LSA) et l'ordonnance révisée sur la surveillance (OS) sont entrées en vigueur le 1er janvier 2024. Depuis cette date, les intermédiaires d'assurance indépendants sont tenus de **s'enregistrer** auprès de la FINMA (art. 41, al. 1, LSA).

## I. Avocats et notaires

20 7 Lorsque **des avocats ou des notaires** exercent des activités d'intermédiaires financiers, ils sont en principe également soumis à la loi sur le blanchiment d'argent.

20 8 En raison du secret professionnel au sens de l'art. 321 CP, il convient toutefois de faire la distinction suivante pour ces groupes professionnels : selon la pratique de la FINMA, les activités couvertes par le **secret professionnel des avocats** ne sont pas soumises à l'obligation d'assujettissement. Le secret professionnel des avocats ne protège toutefois pas toutes les activités, mais uniquement celles qui sont spécifiques à la profession et dans lesquelles l'élément juridique prédomine sur l'élément commercial. Selon la pratique de la FINMA, les activités habituellement exercées par les banques, les gestionnaires de fortune ou les sociétés fiduciaires (en particulier le placement de fonds) ne sont donc pas couvertes par le secret professionnel des avocats. Ces activités sont également qualifiées d'activités accessoires d'un avocat ou d'un notaire. Ainsi, les placements à court terme liés à des avances de frais de justice, au paiement de taxes de droit public ou à

l'exécution d'un testament ou d'un divorce sont couverts par le secret professionnel et ne sont pas soumis à la LBA.

L'avocat ou le notaire agissant en tant qu'**agent fiduciaire** est soumis à la LBA lorsque l'exécution de l'*Escrow Agreement* s'accompagne du pouvoir de disposer de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers et que ses connaissances juridiques spécialisées ne sont pas nécessaires à l'exécution, ce qui est généralement le cas lorsque l'activité d'*Escrow* n'est pas liée à un mandat juridique concret. Il convient toutefois de toujours tenir compte du cas concret ; la décision relève de la responsabilité de l'avocat. 209

Dans le cas de **créations de sociétés**, l'avocat n'est (actuellement) pas soumis à la LBA s'il se limite au conseil, à la rédaction des contrats, à la mise en relation de personnes pour assurer la direction et à la réalisation de la création, sans intervenir dans les opérations de paiement nécessaires ni conserver des titres. Selon la pratique de la FINMA, le transfert du capital de fondation par l'avocat à la banque constitue toutefois déjà un service soumis à la LBA dans le domaine des opérations de paiement. 210

Le transfert du **montant du prix d'achat** (y compris le paiement directement lié des dettes hypothécaires, de la commission de courtage ou des impôts) dans le cadre d'une vente immobilière via le compte de fonds de clients du notaire chargé de l'authentification ne constitue en revanche pas une activité soumise à l'obligation d'assujettissement, car elle est étroitement liée à son activité professionnelle spécifique. Il en va de même lorsque le notaire rembourse des dettes hypothécaires à partir du prix d'achat ou paie des taxes ou des impôts liés à la transaction immobilière à partir des fonds transférés par une partie au contrat. Le transfert d'une commission d'agence immobilière à un tiers ne constitue pas non plus une activité d'intermédiaire financier soumise à l'obligation d'assujettissement, car ce service est lié à l'activité professionnelle spécifique des notaires. Toutefois, seuls les paiements à des tiers qui sont nécessaires au bon déroulement du transfert immobilier sont considérés comme spécifiques à la profession. 211

La révision partielle de la LBA élargit le champ d'application de la loi. Désormais, certaines **prestations de conseil** présentant un risque accru de blanchiment d'argent sont expressément couvertes par la LBA. La modification correspondante de l'OBA précise les activités couvertes et définit des règles de surveillance complémentaires. Conformément à l'art. 2, 212

al. 3bis, P-LBA, sont considérés comme **des conseillers soumis à l'obligation d'**être assujettis au sens de l'art. 2, al. 1, let. c, P-LBA les personnes physiques et morales qui, à titre professionnel, participent pour le compte de tiers à des **transactions financières**, y compris la collecte de fonds, en rapport avec les opérations juridiques concrètes suivantes : (a.) achat et vente d'immeubles ; (b.) la création et la constitution d'entités juridiques non opérationnelles ayant leur siège en Suisse ou d'entités juridiques ayant leur siège à l'étranger ; (c.) la gestion et l'administration d'entités juridiques non opérationnelles ; (d.) les apports et les distributions d'entités juridiques non opérationnelles ; (e.) l'achat et la vente d'entités juridiques, pour autant que l'achat ou la vente soit effectué par une entité juridique non opérationnelle. Sont également concernées les personnes physiques et morales qui, à titre professionnel et pour une durée supérieure à six mois, mettent à disposition des adresses ou des locaux comme domicile ou siège pour des entités juridiques (art. 2, al. 3ter, P-LBA) ainsi que les officiers publics engagés dans le cadre d'un contrat de droit public qui, dans cette fonction, participent pour le compte de tiers à des transactions financières, y compris la collecte de fonds en relation avec des actes juridiques concrets au sens de l'al. 3bis, let. a à e (art. 2, al. 3quater, P-LBA).

21 3 Sont **exclus du champ d'application de la LBA** les avocats et les notaires qui exercent une activité en relation avec des procédures judiciaires, pénales, administratives ou arbitrales, y compris la représentation dans des procédures et le conseil en relation avec la préparation et la conduite de procédures, la clarification des faits, l'évaluation des risques liés aux procédures, la prévention de telles procédures et l'exécution des résultats des procédures (art. 2, al. 4, P-LBA) ainsi que les personnes physiques et morales agréées ou surveillées par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision pour leurs activités de révision et de contrôle (art. 2, al. 4bis, P-LBA).

21 4 Compte tenu du **faible risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme**, sont exclus du champ d'application de la LBA, conformément à l'art. 2, al. 4ter, P-LBA : (a.) les transactions liées à des biens immobiliers et à des unités juridiques résultant du droit de la famille, du droit matrimonial et du droit matrimonial, du droit successoral ou d'une donation, ou dans lesquelles des personnes liées entre elles au sens de l'art. 2, al. 2, let. a, LEFin se font face ; (b.) les transferts d'immeubles et d'unités juridiques d'une valeur inférieure à cinq millions de francs, dans la mesure où le prix

d'achat est versé et reçu exclusivement par des banques ou d'autres intermédiaires financiers soumis à la loi ; (c.) l'achat d'immeubles d'habitation occupés par leur propriétaire en Suisse ou l'achat d'immeubles d'habitation servant de remplacement en Suisse au sens de l'art. 12, al. 3, let. e, de la loi sur l'harmonisation fiscale du 14 décembre 1990 ; (d.) Transfert d'exploitations agricoles ou de biens-fonds conformément à la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural à des personnes qui souhaitent les exploiter elles-mêmes ; (e.) Transfert de biens immobiliers à des fins de regroupement de biens et d'opérations similaires ; (f.) Activités d'organe pour des entités juridiques opérationnelles ainsi que pour des fondations d'utilité publique et des associations opérationnelles ayant leur siège en Suisse ; (g.) Création de fondations pour cause de décès ; ainsi que (h.) La simple certification sans activité de conseil accessoire. Le Conseil fédéral peut prévoir d'autres exceptions à l'art. 2, al. 3bis et al. 3ter, par voie d'ordonnance (art. 2, al. 5, P-LBA).

## J. Secteur immobilier

Le **secteur immobilier** n'est en principe pas (encore) soumis à la loi sur le blanchiment d'argent en Suisse, ce qui est critiqué en raison du risque « moyen » de blanchiment d'argent (montants élevés, transactions fréquentes en espèces, sous-facturation ou surfacturation facile en raison de différences d'évaluation, investissement attractif à long terme, blanchiment d'argent par le biais de baux fictifs, etc.). 215

Malgré cette non-soumission de principe, il convient de tenir compte de **certaines particularités** dans le domaine immobilier dans les cas suivants : 216

La **gestion immobilière** implique généralement des activités d'encaissement au nom, pour le compte et à la charge du propriétaire immobilier (pour les loyers, etc.), qui ne sont pas soumises à la LBA. Si le gérant immobilier utilise les recettes perçues pour le compte du propriétaire (ou les fonds reçus directement de celui-ci) pour effectuer des paiements à des tiers, ceux-ci ne relèvent pas non plus du champ d'application de la LBA s'ils ont un lien direct avec la gestion immobilière habituelle (par exemple, paiements d'intérêts et d'amortissements sur des crédits hypothécaires, factures pour les dépenses courantes telles que l'eau, électricité, assurances, jardinier, etc.). En dehors de cette activité de gestion, la réception d'argent et son transfert sont soumis à la 217

LBA. Cette pratique s'applique selon les mêmes critères à la gestion de la propriété par étages.

218 Si un bien immobilier est uniquement détenu par une société et n'est pas géré au sens susmentionné, celle-ci est qualifiée de **société de domicile** en raison de l'absence d'activité opérationnelle et ses organes sont soumis à la LBA.

219 La simple **courtage** (activité de courtier) n'est pas soumise à la LBA. Il en va de même pour le commerce immobilier pour compte propre. Si le négociant immobilier transmet le prix d'achat au vendeur pour le compte de l'acheteur, il s'agit toutefois d'une activité soumise à la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA en raison de son caractère professionnel. Si l'agent immobilier agit pour le compte du vendeur et est rémunéré par celui-ci, il s'agit alors d'une activité d'encaissement non soumise à la LBA. Selon Nagel, les mêmes règles s'appliquent également aux agents immobiliers et aux plateformes en ligne correspondantes.

220 Les **transactions patrimoniales** effectuées dans le cadre de la construction ne sont généralement pas soumises à la LBA. Ainsi, les entrepreneurs généraux qui reçoivent les paiements du maître d'ouvrage en tant que prix de l'ouvrage et les transmettent à leurs sous-traitants ne sont pas concernés par l'étrangeté de l'argent. Les ordres de paiement émis par les architectes ou les ingénieurs dans le cadre de la direction des travaux sont qualifiés d'accessoires. Toutefois, si le maître d'ouvrage fait appel à un fiduciaire qui effectue les opérations de paiement et règle les factures de construction, ce dernier doit être qualifié d'intermédiaire financier, car il agit pour le compte du débiteur.

## V. CLAUSE GÉNÉRALE

### A. Structure

221 L'art. 2, al. 3, LBA contient tout d'abord une **clause générale** avec une définition abstraite. Selon cette disposition, sont considérées comme intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent ou conservent des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers (ou) aident à les placer ou à les transférer. Il convient donc de définir tout d'abord les notions de valeur patrimoniale, d'appartenance à un tiers, ainsi que les activités consistant à accepter, conserver et aider à placer et transférer. Il convient de

noter d'emblée que la notion de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers continue de revêtir une grande importance, tandis que les activités décrites dans la clause générale ne servent que rarement à elles seules de faits générateurs.

## B. Valeurs patrimoniales appartenant à des tiers

La notion de valeurs patrimoniales n'a pas été définie dans la loi sur le blanchiment d'argent. Comme elle a été reprise du libellé de l'art. 305$^{ter}$, al. 1, CP et que cette disposition, tout comme celle sur le blanchiment d'argent (art. 305$^{bis}$ CP), repose sur une **définition très large**, aucune restriction n'est non plus admise en l'espèce. 22 2

La doctrine mentionne **expressément** les créances pécuniaires issues de la gestion de comptes, d'opérations de financement ou de transactions financières, ainsi que les formes plus traditionnelles telles que les billets de banque, les métaux précieux, les pièces de monnaie, les titres, les droits-valeurs, les chèques et les formes plus récentes de valeurs patrimoniales telles que les cryptomonnaies et autres types de jetons. 22 3

Toutefois, la loi sur le blanchiment d'argent vise à réglementer le **secteur financier**, ce qui permet au moins de limiter la notion d'actifs à ceux qui ont un lien avec ce secteur. Ce n'est toutefois pas tant le type d'actif qui importe, mais plutôt le service qui y est associé. Les activités énumérées dans la liste de l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA peuvent être clairement attribuées au secteur financier. Cette liste constitue le point de départ pour l'interprétation de la clause générale. Les activités comparables ou présentant de grandes similitudes avec les activités expressément mentionnées dans la liste doivent être examinées au cas par cas et, le cas échéant, soumises à la loi par le biais de la clause générale. La seule distinction incontestée réside dans le fait qu'un bien ou un droit doit avoir une valeur économique actuelle ou future, sinon il n'a aucune pertinence dans le secteur financier (exemple : fausse monnaie). 22 4

La question de l'**origine étrangère** des valeurs patrimoniales est d'une part juridique et d'autre part économique. L'intermédiaire financier ne doit tout d'abord avoir aucun droit propre sur les valeurs patrimoniales. Il ne doit pas être propriétaire de la chose ni créancier de la créance. Et même si, par exemple dans le cas d'une fonction au sein d'une société de domicile, d'un mélange d'espèces ou d'une détention fiduciaire de parts, les valeurs 22 5

patrimoniales gérées ne sont pas étrangères d'un point de vue purement juridique, elles doivent l'être d'un point de vue économique. En d'autres termes, seuls les actifs propres sur le plan juridique et économique ne sont pas couverts par la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA. Il convient de noter que même cette règle de base est en partie enfreinte dans les cas particuliers prévus à l'art. 2, al. 3, let. a à g, LBA, mais uniquement si ces cas particuliers sont par ailleurs remplis.

## C. Activité d'intermédiaire financier

22 6 Le terme « **acceptation** » désigne le fait de concéder et d'accepter sciemment le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à autrui. Cela signifie que la personne qui dispose souhaite concéder le pouvoir de disposition et que la personne qui accepte l'accepte expressément ou tacitement. Ni les documents ni la doctrine dominante ne fournissent d'exemples d'application. On peut supposer que cette activité n'a que rarement une importance propre dans la pratique actuelle et que la réception seule ne constitue pas encore une intermédiation financière. Celle-ci peut toutefois être initiée si la personne concernée exerce une activité dans le secteur financier, car la réception a souvent pour but la conservation, le placement ou le transfert des valeurs patrimoniales d'autrui.

22 7 Dans le domaine de la blockchain, le **custodial staking** de monnaies virtuelles constitue un cas d'application moderne de la réception. Le prestataire de services de staking accepte les monnaies virtuelles des clients, les bloque sur une adresse de staking et reçoit des récompenses de staking pour l'exploitation propre ou déléguée d'un nœud de validation d'une blockchain Proof-of-Stake. Une soumission à l'art. 2, al. 3, LBA a lieu si les monnaies virtuelles acceptées sont conservées sur des adresses blockchain individuelles et s'il existe une obligation contractuelle de les tenir à disposition à tout moment. Si, en revanche, les monnaies virtuelles reçues sont conservées dans un dépôt collectif ou ne sont pas disponibles à tout moment, le service de staking nécessite une autorisation bancaire et l'intermédiaire financier est soumis à l'art. 2, al. 2, let. a, LBA.

22 8 La notion de **conservation** de valeurs patrimoniales de tiers revêt une importance plutôt limitée, car les formes de conservation qui sont aujourd'hui importantes dans la pratique sont déjà réglementées ailleurs. Ainsi, la conservation physique de valeurs patrimoniales est expressément exclue de la

notion d'intermédiation financière (art. 2, al. 2, let. a, ch. 1, OBA-FINMA). Cela vaut pour la conservation physique d'argent, du moins lorsque celui-ci est conservé séparément et n'est pas mélangé à celui du dépositaire. Si l'argent est mélangé à celui du dépositaire, ce dernier en acquiert la propriété et il ne s'agit plus d'une simple conservation. La location de coffres-forts et d'autres contenants dont seul l'utilisateur peut disposer n'est pas considérée comme une conservation, faute de pouvoir de disposition. La conservation de titres, importante dans la pratique, est couverte par une disposition spéciale (let. g). En règle générale, seuls les cas d'application du contrat de dépôt au sens de l'art. 472, al. 1, CC qui concernent le secteur financier et ne sont pas déjà réglementés par ailleurs relèvent de la clause générale.

Dans le domaine de la blockchain, la conservation intervient toutefois dans le cadre des **services de custodial wallet**. Si le dépositaire conserve des jetons de paiement attribués individuellement aux clients dans le cadre d'une obligation contractuelle de mise à disposition à tout moment, il est exempté de l'obligation d'obtenir une autorisation bancaire pour la fourniture du service de conservation de ces actifs cryptographiques (art. 1*b*, al. 1, let. a, LB en relation avec l'art. 5*a*, al. 1, OB *e contrario*). Le fournisseur de portefeuille de conservation disposant du pouvoir de disposition exclusif est toutefois qualifié d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA, alors que, en cas de pouvoir de disposition partagé au moyen d'une signature multiple, il offre une aide au transfert des monnaies virtuelles à un tiers au sens de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA en relation avec l'art. 4, al. 1, let. b, OBA. 229

Il y a **aide au placement** de valeurs patrimoniales d'autrui en cas de procuration ou d'une autre forme de pouvoir de disposition (même limité). La disposition couvre ainsi également les cas dans lesquels l'intermédiaire financier a la possibilité de donner indirectement, par l'intermédiaire de tiers, des instructions concernant des valeurs patrimoniales. Il suffit à cet égard qu'une procuration spéciale soit accordée une seule fois, pour autant que le caractère professionnel soit rempli. La possibilité de participer aux décisions suffit pour que l'activité soit soumise à la loi. La nature de l'aide est sans importance. La limite est fixée au simple conseil en placement qui, en l'absence de pouvoir de disposition, n'est expressément pas soumis à la loi sur le blanchiment d'argent, tant que le conseiller n'effectue pas lui-même de placements. 230

23 1 En ce qui concerne l'**aide au transfert**, il est également exigé qu'il existe un pouvoir de disposition quelconque sur les valeurs patrimoniales d'autrui. En règle générale, il s'agit d'une aide au transfert de propriété ou à un changement de créancier. L'aide au transfert de valeurs patrimoniales d'autrui se distingue généralement de l'aide au placement par le fait que le transfert modifie les rapports de propriété. Ici aussi, le transfert purement physique au sens d'un simple transport est exclu en raison de l'absence de pouvoir de disposition, conformément à l'art. 2, al. 2, let. a, ch. 1, OBA-FINMA. Cette quatrième description d'activité n'a pas non plus une grande importance dans la pratique, car l'aide au transfert de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers remplit généralement les conditions particulières de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA (prestations de services pour le trafic des paiements).

23 2 Une appréciation globale de l'activité d'intermédiaire financier peut être effectuée lorsque différentes **sociétés d'un groupe** ou des personnes, indépendamment de l'existence d'un groupe formel, contribuent de manière significative à la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction visés à l'art. 2, al. 3, LBA dans le cadre d'un plan global. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'obligation d'autorisation et la surveillance prévue par le droit des marchés financiers ne peuvent être contournées par le fait que certaines entreprises ou les personnes qui les soutiennent ne remplissent pas à elles seules toutes les conditions pour être soumises à une activité, mais qu'elles exercent néanmoins une telle activité conjointement. Une telle approche (économique) uniforme est appliquée lorsqu'il existe des liens économiques (ou financiers/commerciaux), organisationnels et personnels étroits entre les différentes personnes et/ou sociétés et que seule une approche globale permet raisonnablement de rendre compte de la situation factuelle et des objectifs de la surveillance des marchés financiers. Il peut notamment y avoir action de groupe lorsque les parties concernées se présentent à l'extérieur comme une entité ou lorsque, en raison des circonstances (effacement des frontières juridiques et comptables entre les parties concernées ; siège social de fait identique ; participations imbriquées sans justification économique ; structures fiduciaires intermédiaires), on peut supposer qu'une activité commune *coordonnée* au sens de la surveillance est exercée, de manière explicite ou tacite, dans le cadre d'une répartition des tâches et de manière ciblée.

# VI. CARACTÈRE PROFESSIONNEL

## A. Principes fondamentaux

Dans le secteur non bancaire, la LBA s'applique, selon son libellé, exclusivement aux intermédiaires financiers qui exercent leur activité «**à titre professionnel**». Ne sont pas concernés par la LBA ceux qui n'exercent une activité d'intermédiaire financier qu'à titre occasionnel. Peu importe qu'il s'agisse d'une activité principale ou simplement d'une activité accessoire lucrative. En limitant le champ d'application de l'art. 2, al. 3, LBA à la fourniture professionnelle de services financiers, le processus législatif a tenu compte du principe de proportionnalité énoncé à l'art. 5, al. 2, Cst. 233

Outre les critères généraux relatifs à l'exercice à titre professionnel au sens de l'art. 7 OBA, qui s'appliquent tant à la clause générale qu'à certains éléments du catalogue, l'ordonnance prévoit **des particularités** pour les opérations de crédit à l'art. 8 OBA, pour les opérations de transfert d'argent ou de valeurs à l'art. 9 OBA et pour les activités commerciales à l'art. 10 OBA. 234

En cas de **passage d**'une activité non professionnelle **à une activité professionnelle**, les règles de l'art. 11 OBA s'appliquent. 235

## B. Critères généraux (art. 7 OBA)

Un intermédiaire financier exerce son activité principale ou accessoire à titre professionnel dès lors que l'un des **critères** quantitatifs suivants est rempli : 236

- **Produit brut** supérieur à 50 000 CHF (let. a) : cette règle vise à empêcher que, par exemple, la gestion de fortune pour des proches soit soumise à l'obligation d'assujettissement. Selon la pratique de la FINMA, le produit brut comprend toutes les recettes générées par des activités soumises à l'obligation d'assujettissement, sans déduction des réductions de produit. La manière dont les recettes sont générées n'est pas pertinente. Si un intermédiaire financier fournit à la fois des services soumis à la LBA et des services non soumis à la LBA, seules les recettes provenant de l'activité soumise à la LBA sont prises en compte. Cela suppose une séparation comptable claire et nette entre les recettes provenant d'activités soumises à la LBA et celles provenant d'activités non soumises à la LBA. Si la FINMA ne peut déterminer la répartition des recettes provenant des deux activités avec un effort raisonnable, elle se base sur l'ensemble des revenus

provenant de l'ensemble de l'activité commerciale pour évaluer le caractère professionnel. L'intermédiaire financier doit facturer les activités soumises à la LBA à des tarifs correspondant à ses frais réels et à ses prix habituels.

- **Relations d'affaires** avec plus de 20 parties contractantes pour l'activité concernée par année civile, qui ne se limitent pas à une activité ponctuelle (let. b) : il suffit toutefois que 20 relations d'affaires soient établies au cours d'une année civile, même si elles sont clôturées la même année. Si un intermédiaire financier qui agit pour le compte d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2, LBA et qui relève donc de l'exception prévue à l'art. 2, al. 4, let. d, LBA a encore plus de 20 autres cocontractants au sens de l'art. 2, al. 3, LBA, il est soumis à la LBA pour l'ensemble de son activité. Dans ce cas, seules les relations avec les clients des cocontractants sont prises en compte pour évaluer le caractère professionnel. Les opérations au comptant classiques ne sont pas prises en compte.
- **Pouvoir de disposition illimité** sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers qui dépassent à tout moment 5 millions de francs (let. c) : dans le cas d'une fonction au sein d'une société de domicile, les actifs du bilan sont utilisés par analogie comme « actifs sous gestion » pour déterminer le volume des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers.
- **Transactions** dont le volume total dépasse 2 millions de francs suisses par année civile (let. d) : conformément à l'art. 7, al. 2, OBA-FINMA, les entrées d'actifs et les transferts au sein d'un même dépôt ne sont pas pris en compte dans le calcul du volume des transactions et, dans le cas de contrats bilatéraux, seule la prestation fournie par la contrepartie est prise en considération. Selon la pratique de la FINMA, on entend par transaction toute forme de conversion et tout transfert de valeurs patrimoniales. De plus, l'exécution d'une seule transaction isolée n'est pas encore considérée comme une activité professionnelle, même si elle dépasse 2 millions de francs. À partir de la deuxième transaction, la FINMA considère qu'il s'agit d'une activité professionnelle si le volume total dépasse 2 millions de francs.

23 Les activités exercées pour le compte de **tiers** qui ne sont pas soumis à la LBA
7 en vertu de l'art. 2, al. 4, LBA (Banque nationale suisse, institutions de prévoyance professionnelle exonérées d'impôt, certains autres intermédiaires

financiers et certains types de fonds) ne sont pas prises en compte pour l'appréciation du caractère professionnel (art. 7, al. 3, OBA).

Conformément à l'art. 7, al. 4, OBA-FINMA, une activité d'intermédiaire financier pour le compte de **personnes proches** n'est prise en compte pour l'appréciation du caractère professionnel que si elle génère un produit brut supérieur à 50 000 CHF au cours de l'année civile. Conformément à l'art. 7, al. 5, OBA-FINMA, sont considérées comme personnes proches les parents et alliés en ligne directe, ainsi que les parents jusqu'au troisième degré en ligne collatérale. Outre les conjoints, sont également concernés par cette exception les partenariats enregistrés et les communautés de vie durables, ainsi que les cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral, les héritiers subséquents et les légataires subséquents. 238

Les **valeurs seuils** pour déterminer le caractère professionnel ou commercial – et donc l'obligation d'obtenir une autorisation – des gérants de fortune et des trustees s'inspirent en principe de la réglementation de l'art. 7 OBA. Une différence essentielle réside toutefois dans le fait que le critère du volume de transactions de 2 millions de francs suisses par année civile prévu par l'OBA n'est pas repris à l'art. 19, al. 1, OFIN. Il existe également des différences au niveau des exceptions (cf. art. 4 LEFin), qui peuvent avoir pour conséquence qu'un gestionnaire de fortune ou un trustee ne relève pas du champ d'application de la LEFin (et donc de l'art. 2, al. 2, LBA), mais qu'il soit soumis à la LBA en tant qu'autre intermédiaire financier en vertu de l'art. 2, al. 3, LBA. 239

Les seuils de professionnalisme peuvent également être atteints par la **formation de groupes**, ce qui nécessite une approche globale. Dans un tel cas, les différentes contributions partielles (par exemple le nombre de relations clients et les revenus bruts) des membres du groupe doivent être additionnées dans le cadre d'un critère de l'art. 7 OBA-FINMA pour déterminer le professionnalisme. Une approche par groupe a pour conséquence que les conséquences en matière de surveillance (en particulier l'obligation d'adhérer à un OAR conformément à l'art. 14, al. 1, LBA) s'appliquent à tous les membres du groupe, même si, pris isolément, tous les éléments constitutifs ne sont pas remplis pour certains d'entre eux. 240

## C. Opérations de crédit (art. 8 OBA)

24 1 Le caractère professionnel est défini individuellement pour les **opérations de crédit**. Conformément à l'art. 8, al. 1, OBA, celles-ci ne sont exercées à titre professionnel que si elles génèrent un produit brut supérieur à 250 000 CHF au cours de l'année civile et si (cumulativement) un volume de crédit supérieur à 5 millions de CHF est accordé à un moment donné. Sont considérées comme recettes brutes toutes les recettes provenant d'opérations de crédit, déduction faite de la part servant au remboursement du crédit (art. 8, al. 2, OBA). Si une personne exerce à la fois des opérations de crédit et une autre activité qui la qualifie d'intermédiaire financier, le caractère professionnel doit être déterminé séparément pour les deux domaines. Si le caractère professionnel est avéré dans un domaine, l'activité est considérée comme professionnelle dans les deux domaines (art. 8, al. 3, OBA).

24 2 La circulaire FINMA 2011/1 précise cette disposition en ce qui concerne le **contrat de leasing** : le volume total de tous les versements à effectuer dans le cadre du contrat est pris en compte. Le caractère professionnel dans le domaine du leasing est donc donné lorsque la valeur totale de tous les contrats de leasing dépasse le seuil de 5 millions de francs, chaque contrat de leasing étant pris en compte avec le volume total de tous les loyers à payer, et lorsque le produit de la part d'intérêts du loyer de leasing dépasse 250 000 francs.

## D. Opérations de transfert de fonds et de valeurs (art. 9 OBA)

24 3 Conformément à l'art. 9 OBA, les **opérations de transfert de fonds ou de valeurs** sont toujours considérées comme professionnelles et sont donc soumises à la LBA, indépendamment de l'atteinte d'un seuil. Un seuil de 50 000 CHF de produit brut ne s'applique que si l'activité est exercée pour une personne proche au sens de l'art. 7, al. 5, OBA.

## E. Opération commerciale (art. 10 OBA)

24 4 Conformément à l'art. 10 OBA, pour évaluer le caractère professionnel d'une **activité commerciale**, on se base sur le bénéfice brut et non sur le produit brut/chiffre d'affaires brut, conformément au critère défini à l'art. 7, al. 1, let. a, OBA.

Selon la pratique de la FINMA, cela s'applique aux **entreprises commerciales** qui tiennent leur compte de résultat selon la méthode brute. 245

## VII. CONSÉQUENCES DE L'OBLIGATION D'ASSUJETTISSEMENT

### A. Affiliation à un OAR

Les personnes qui exercent à titre professionnel une activité au sens de l'art. 2, al. 3, LBA sont soumises à la LBA et doivent s'affilier à un **organisme d'autorégulation** (OAR) conformément à l'art. 14, al. 1, LBA. Les OAR concrétisent dans un règlement les obligations de diligence prévues par la LBA pour les intermédiaires financiers qui leur sont affiliés et contrôlent leur respect. Les OAR sont eux-mêmes soumis à la surveillance de la FINMA, qui les approuve et les contrôle. La FINMA s'appuie sur les valeurs de référence de l'OBA-FINMA lorsqu'elle approuve les règlements des OAR au sens de l'art. 25 LBA et reconnaît les règlements des OAR au sens de l'art. 17 LBA comme normes minimales (art. 1, al. 2, OBA-FINMA). Les organismes d'autorégulation peuvent donc se limiter à réglementer les dérogations à l'OBA-FINMA. Dans tous les cas, les dérogations doivent toutefois être signalées (art. 1, al. 3, OBA-FINMA). Actuellement, 11 OAR sont reconnus par la FINMA. 246

Un intermédiaire financier a en principe **droit à** une affiliation à un OAR s'il remplit les conditions prévues à l'art. 14, al. 2, LBA. Toutefois, conformément à l'art. 14, al. 3, LBA, chaque OAR est libre de ne surveiller que certaines branches et certains domaines d'activité (par exemple les avocats, les sociétés de leasing, les assurances, etc.). Il existe actuellement en Suisse plusieurs OAR qui acceptent comme membres tous les types d'intermédiaires financiers. Sans une telle affiliation, l'intermédiaire financier exerce une activité non autorisée dans le champ d'application de la LBA, ce qui entraîne des conséquences en matière de surveillance et de droit pénal. 247

Conformément à l'art. 11, al. 1, OBA, un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA doit, lorsqu'il **passe d**'une activité non professionnelle à une activité professionnelle, respecter sans délai les obligations de diligence, de communication et d'organisation au sens des art. 3 à 11 LBA (let. a) et déposer une demande d'affiliation auprès d'un OAR dans un délai de deux mois (let. b). 248

Jusqu'à ce que la décision d'affiliation soit prise, il est interdit à un tel intermédiaire financier d'effectuer des opérations qui vont au-delà de celles qui sont absolument nécessaires à la conservation des valeurs patrimoniales (art. 11, al. 2, OBA).

249 L'art. 12 OBA prévoit qu'un intermédiaire financier qui quitte un OAR ou en est exclu et qui souhaite continuer à exercer son activité à titre professionnel doit déposer une demande d'affiliation auprès d'un autre OAR dans les deux mois suivant son **départ** ou son **exclusion** définitive (al. 1). Il ne peut continuer à exercer son activité que dans le cadre des relations d'affaires existantes jusqu'à ce qu'il reçoive la décision relative à sa demande (al. 2). S'il n'a pas déposé de demande auprès d'un OAR dans le délai prescrit ou si son affiliation est refusée, il lui est interdit de continuer à exercer son activité d'intermédiaire financier (al. 3).

250 Si l'intermédiaire financier a été exclu d'un OAR pour violation des dispositions du droit de la surveillance, la FINMA peut lui interdire de poursuivre son activité en ordonnant des mesures de surveillance. Dans les cas extrêmes, la liquidation de l'intermédiaire financier est possible en vertu de l'art. 20 LBA en relation avec l'art. 37 LFINMA. Si une société à liquider est un intermédiaire financier, elle reste soumise à la LBA tant que la société **en liquidation** entretient encore des relations d'affaires soumises à la LBA à titre professionnel.

## B. Conséquences en matière de surveillance et de droit pénal en cas d'omission

251 La surveillance du respect des obligations prévues au chapitre 2 de la LBA incombe, pour les intermédiaires financiers, aux OAR reconnus (art. 24 LBA) conformément à l'art. 2, al. 3, qui sont eux-mêmes surveillés par la FINMA (art. 18, al. 1, let. b, LBA). Si une personne qui n'est pas soumise à la surveillance (indirecte ou directe) de la FINMA au sens de l'art. 2, al. 2, de la soumise à la surveillance (indirecte ou directe) de la FINMA, exerce une activité dans le champ d'application de la LBA au sens de l'art. 2, al. 3, LBA sans être affiliée à un OAR, la FINMA peut, conformément à l'art. 20, al. 1, LBA, appliquer par analogie les **instruments de surveillance** prévus aux art. 29 à 37 LFINMA à l'égard de ces personnes. Conformément à l'art. 20, al. 2, LBA, elle peut, en dernier recours, ordonner la dissolution des personnes morales, des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite, ainsi

que la radiation des entreprises individuelles du registre du commerce. En fonction de la gravité, la FINMA publie la mesure sur son site Internet et dans le registre du commerce, conformément à l'art. 34 LFINMA, nomme un liquidateur et définit ses tâches. Ces mesures prudentielles complètent les dispositions pénales applicables aux intermédiaires financiers qui exercent illégalement leur activité sur les marchés financiers (art. 44 LFINMA). Elles visent à rétablir l'ordre et à garantir des conditions équitables sur les marchés financiers.

En 2024, la **FINMA** a traité plus de 1 833 signalements et plaintes émanant du public concernant des acteurs financiers non autorisés qui avaient souvent fait croire aux investisseurs qu'ils étaient présents en Suisse ou qu'ils disposaient d'une licence de la FINMA. Les investigations menées par la FINMA sur la base de ces signalements aboutissent souvent à des procédures d'enforcement ou à des inscriptions sur la liste d'avertissement. 25 2

Si une personne exerce intentionnellement, sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement, une activité soumise à autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement en vertu des lois sur les marchés financiers, elle est **passible d'**une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, conformément à l'art. 44, al. 1, LFINMA. En cas de négligence, elle est punie d'une amende pouvant aller jusqu'à 250 000 francs, conformément à l'art. 44, al. 2, LFINMA. Il en va de même lorsque le statut n'est pas demandé dans le délai légal lors du passage à l'exercice professionnel ou à la suite d'une démission ou d'une exclusion d'un OAR (art. 11 et 12 OBA). 25 3

Conformément à l'art. 50, al. 1, LFINMA, le service juridique du Secrétariat général du **Département fédéral des finances** (DFF) est compétent pour les poursuites pénales. Celui-ci ouvre une procédure pénale administrative lorsqu'il est informé, par une plainte pénale ou par tout autre moyen, d'un fait qui, au sens d'un soupçon initial, indique de manière suffisamment concrète l'existence d'une infraction pénale potentielle. En règle générale, une telle plainte pénale est déposée par la FINMA. 25 4

Selon les dernières **statistiques disponibles**, la FINMA a clos en 2024, pour activité non autorisée, 232 enquêtes et 9 procédures d'enforcement dans le domaine (généralement) non autorisé, sous le titre « Intermédiaire financier sans autorisation / affiliation à un OAR / modèles d'affaires Fintech ». Dans 8 25 5

cas, la FINMA a déposé une plainte pénale auprès du service pénal du DFF sous le titre « Intermédiaire financier LBA sans autorisation / affiliation à un OAR ».

*Cette publication reflète uniquement l'opinion personnelle de ses auteurs et n'engage en rien la FINMA.*

## BIBLIOGRAPHIE

Ackermann Jürg-Beat/Zehnder Stephanie, Kommentierung zu Art. 305bis StGB, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, 2 Bd., Zürich 2018.

Andreotti Fabio, Dezentrale Handelsplattformen im Schweizer Finanzmarktrecht, Zürich 2024.

Andreotti Fabio/Zimmermann Stephan/Prantl Florian, Custodial Staking, GesKR 3 (2023), S. 333 ff.

Bachelard My Chau/Hess Martin, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Bahar Rashid, Kommentierung Art. 2 lit. c FinfraG, Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Baumann Simone, Crowdinvesting im Finanzmarktrecht, SSFM 117, Zürich et al. 2014.

Breuleux Raoul/Gmünder Eliane, Kommentierung zu Art. 7a GwG, in: Graf Damian K./Hutzler Doris, Onlinekommentar, Geldwäschereigesetz, Zürich 2025, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/gwg7a.

Cornelia Stengel/Luca Bianchi, Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, in: Rolf H. Weber/Hans Kuhn (Hrsg.), Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht, Zürich 2021, S. 225 ff.

Daeniker Daniel/Waller Stefan, Kommentierung Art. 2 lit. b FinfraG, Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

De Capitani Werner, in: De Capitani, Schmid Niklaus/Bernasconi Paolo/de Capitani Werner (Hrsg.), Kommentar Einziehung - Organisiertes Verbrechen - Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

FINMA, Aufsichtsmitteilung 02/2019, Zahlungsverkehr auf der Blockchain, vom 26.8.2019.

FINMA, Ergänzung der Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) vom 11.9.2019.

FINMA, Jahresbericht 2020, abrufbar unter: 20200325-finma-jahresbericht-2020.pdf, besucht am 11.4.2025.

FINMA, Jahresbericht 2021, abrufbar unter: 20220405-finma_jahresbericht_2021.pdf, besucht am 11.4.2025.

FINMA, Jahresbericht 2022, abrufbar unter: https://www.finma.ch/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/20230328-finma-jb22.pdf, besucht am 11.4.2025.

FINMA, Jahresbericht 2023, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/20240320_finma_jb2023.pdf, besucht am 11.4.2025.

FINMA, Jahresbericht 2024, abrufbar unter: 20250408-finma_jb24.pdf, besucht am 11.4.2025.

FINMA, Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) vom 16. Februar 2018.

Frigo Patrick/Jain Vivien, Kommentierung zu Art. 14 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Fritschi Mirjam Eva, Crowdfunding aus zivilrechtlicher Perspektive, Zürich/St. Gallen 2018.

Glarner Andreas/Ganzoni Romedi/Hepp Sebastian, Erweiterter Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im DLT-Bereich, AJP 9 (2023), S. 1091 ff.

Graf Crystel, Le commerce de bijoux d'occasion et d'or, EF 1-2/18, S. 84 ff.

Greter Alexander, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Grunder Regula/Lienhard Stephan, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 3 lit. c GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Heim Kathrin/Wettstein Tamara, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. Aufl., Zürich 2019.

Hess Nico, Geltungsbereich der bewilligungspflichtigen Tätigkeiten im Bankenrecht de lege lata und de lege ferenda, SSFM 142, Zürich et al. 2023.

Hsu Peter Ch./Bahar Rashid/Flühmann Daniel, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Kommentierung zu Art. 34 FINMAG, Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., 2019.

Humbel Claude/Eckert Fabrice, Decentralized Exchanges: Grundlagen, Risiken und ausgewählte aufsichtsrechtliche Aspekte, SZW 1 (2023), S. 10 ff.

Hutzler Doris, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, 2 Bd., Zürich 2018.

Interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), National Risk Assessment (NRA), Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Juni 2015.

Interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), National Risk Assessment (NRA), Risiko der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durch Krypto-Assets, Januar 2024.

Etienne Joane, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 2 GwG, in: Graf Damian K./Hutzler Doris, Onlinekommentar, Geldwäschereigesetz, im Erscheinen.

Jutzi Thomas/Abbühl Andri, Fintech und DLT, Privat- und finanzmarktrechtliche Grundlagen in der Schweiz, Bern 2023.

Kindler, Kommentierung zu Art. 14 GwG, in: Graf Damian K./Hutzler Doris, Onlinekommentar, Geldwäschereigesetz, Zürich 2025, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/gwg14.

Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, Unterstellungskommentar, Geldwäschereigesetz, 29.10.2008.

Meirich David, Regulatorische Einordnung von Decentralized Finance, SSFM 144, Zürich et al. 2023.

Meyer Stephan D., Dezentrale autonome Organisationen (DAOs) und das Gesellschaftsrecht der Zukunft, AJP 3 (2023), S. 319 ff.

Nagel Thomas, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes (GwG), SSFM 132, Bern 2020 (zit. Nagel, GwG).

Nagel Thomas, Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr unter dem Geldwäschereigesetz: Abgrenzungen und ausgewählte Praxisfragen, GesKR 1 (2023), S. 72 ff. (zit. Nagel, GesKR).

Peyer, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 4 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Schären Simon, Kommentierung zu Art. 2 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz, Bern 2017.

Schott Ansgar/Kessler Martina A., Kommentierung zu Art. 8a GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz, Bern 2017.

Schwob/Wohlers, Kommentierung zu Art. 50 FINMAG, Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Sethe Rolf/Aggteleky Tobias, in: Sethe Rolf/Bösch René/Favre Olivier/Kramer Stefan/Schott Ansgar (Hrsg.), Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz, Zürich et al. 2021.

Staatssekretariat für internationale Finanzfragen, Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zu Verordnungen über die Transparenz juristischer Personen und die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung,

Medienmitteilung vom 15.2025, abrufbar unter https://www.sif.admin.ch/de/geldwaeschereigesetz-gwg, besucht am 17.10.2025.

Stengel Conrrnelia/Glarner Andreas, Anwendung des GwG auf Tokens, in: Blockchain Taskforce, Positionspaper zur rechtlichen Einordnung von ICOs, April 2018, S. 17–23.

Stengel Cornelia, Wirtschaftliche Berechtigung an digitalen Werten, in: Jusletter 22. August 2022.

Stengel Cornelia/Ruckstuhl Lea, in: Stengel Cornelia/Weber Rolf H. (Hrsg.), Digitale und mobile Zahlungssysteme, Kredit- und Debitkarten, Wallets, virtuelle Währungen und Kryptowerte, 2. Aufl., Zürich et al. 2024.

Stengel Cornelia/Wirthensohn Gino/Stäuble Luca, Regulierung von künstlicher Intelligenz für FinTech-Anwendungen, SZW 4 (2021), S. 395 ff.

Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 20 GwG, Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl. Zürich 2019.

Weber Rolf H., Versicherungsvermittlung – Quo vadis Rechtsauslegung?, SJZ 120/20 (2024), S. 939 ff.

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 2 GwG, Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl., Zürich 2019.

Zysset Pascal/Nagel Thomas, Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes, GesKR 2 (2018), S. 140 ff.

## MATÉRIAUX

Änderung des GwG vom 26.9.2025, BBl 2025 2899, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2025/2899/de, besucht am 17.10.25.

Anhörungsbericht zum FINMA-Rundschreiben 2011/1 vom 26.11.2010, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/importiertedokumente/regulierung/anhoerungen/26-rundschreiben-finanzintermediation-nach-gwg/br-rs-finanzintermediation-gwg.pdf?sc_lang=de&hash=06D20A8E19BBBA06D2CB3255C7977A1E, besucht am 30.7.2025.

Bericht des Bundesrates zu virtuellen Währungen in Beantwortung der Postulate Schwaab (13.3687) und Weibel (13.4070) vom 25.6.2014, abrufbar unter https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35361.pdf, besucht am 30.7.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1.2.2006, BBl 2006 2887, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/303/de, besucht am 30.7.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 30.7.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen vom 22.5.2024, BBl 2024 1607, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/1607/de, besucht am 29.7.2025.

Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4.11.2015, BBl 2015 8901, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2015/2141/de, besucht am 30.7.2025.

Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) vom 14.10.2014, BBl 2014 7483, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/1633/de, besucht am 30.7.2025.

Bericht des Bundesrates zu den rechtlichen Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz vom 14.12.2018, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/55150.pdf, besucht am 30.7.2025.

Erläuterungen zur Verordnung des Bundesrates zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register vom 18.6.2021, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/67150.pdf, besucht am 30.7.2025.

Erläuterungsbericht der EBK zur Revision der Bankenverordnung (Devisenhändler) vom 19.11.2007, abrufbar unter https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/regulier/konsultationen/20071119_04_d.pdf, besucht am 30.7.2025.

Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung vom 11.11.2015, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/41723.pdf, besucht am 30.7.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 3 LBA

Un commentaire de Robert Iliev / André Tanner

PROPOSITION DE CITATION

Robert Iliev/André Tanner, Commentaire de l'art. 3 LBA, in: Damian K. Graf/ Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Iliev/Tanner, art. 3 LBA N. XXX.

**Chapitre 2 Obligations**

**Section 1 Obligations de diligence des intermédiaires financiers**

**Art. 3 Vérification de l'identité du cocontractant**

[1] Lors de l'établissement de relations d'affaires, l'intermédiaire financier doit vérifier l'identité du cocontractant sur la base d'une pièce justificative. Lorsque le cocontractant est une personne morale, l'intermédiaire financier doit prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et vérifier l'identité des personnes établissant la relation d'affaires au nom de la personne morale.

[2] L'intermédiaire qui effectue une opération de caisse n'est tenu de vérifier l'identité du cocontractant que si une transaction ou plusieurs

transactions paraissant liées entre elles atteignent une somme importante.

[3] Les institutions d'assurance doivent vérifier l'identité du cocontractant lorsque la prime unique, la prime périodique ou le total des primes atteint une somme importante.

[4] Lorsqu'il existe des indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme dans les cas prévus aux al. 2 et 3, l'identité du cocontractant doit être vérifiée même si les sommes déterminantes ne sont pas atteintes.

[5] La FINMA, la Commission fédérale des maisons de jeux (CFMJ), le Département fédéral de justice et police (DFJP), l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières (OFDF) et les organismes d'autorégulation fixent dans leur domaine les sommes considérées comme importantes au sens des al. 2 et 3 et, au besoin, les adaptent.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préliminaires ..... 167
II. Art. 3 al. 1 LBA - identité du cocontractant ..... 168
A. Établissement d'une relation d'affaires ..... 168
1. Relation d'affaires ..... 168
2. Moment ..... 170
3. Partie contractante ..... 172
4. Prescriptions générales ..... 173
a. Valeur probante ..... 173
b. Validité ..... 174
c. Informations à documenter ..... 175
d. Documentation interne ..... 176
5. Irrégularités dans l'identification ..... 177
a. Obligation de vérification matérielle des données et des documents ? ..... 177
b. Absence de documents d'identification ..... 178
c. Doutes concernant l'identification ..... 178
d. Échec de l'identification ..... 179
B. Identification des personnes physiques ..... 180
1. En cas d'entretien personnel ..... 180
2. Par voie de correspondance ..... 181
3. Émetteur d'attestations d'authenticité ..... 182
4. Formes spéciales ..... 184
a. Personne mineure ..... 184
b. Entreprise individuelle ..... 184
c. Communautés d'héritiers ..... 184
d. Comptes joints ..... 184
e. Comptes collectifs ..... 185
f. Usufruit ..... 185
g. Communautés d'étages et de copropriétaires ..... 185
h. Compte de garantie du locataire ..... 185
i. Contrats d'assurance-vie ..... 186
C. Identification des personnes morales et des sociétés de personnes ..... 186
1. En cas d'inscription au registre ..... 186
2. Sans inscription au registre ..... 187
3. Identité des personnes qui ouvrent la procédure ..... 187
4. Dispositions relatives à l'autorisation ..... 188
5. Formes spéciales ..... 189
a. Société simple ..... 189
b. Société et autorité généralement connues ..... 190
c. Trust ..... 190
d. Société en cours de constitution ..... 191

D. Délégation ... 192
1. Directives générales ... 192
2. Types de délégation ... 192
a. Délégation avec accord écrit ... 192
b. Délégation sans convention écrite ... 193
E. FINMA-RS 2016/7 ... 193
1. Généralités ... 193
2. l'identification par vidéo ... 194
3. Identification en ligne ... 196
4. Recours à des tiers ... 198
III. Art. 3 al. 2 LBA - Opérations de caisse ... 198
A. Définitions ... 199
1. OBA-FINMA / CDB 20 ... 199
2. l'OBA-CFB ... 199
3. OBA-DFJP ... 200
4. OBA-LBA ... 200
B. Seuil significatif ... 201
C. Absence d'identification préalable ... 201
IV. Art. 3 al. 3 LBA - Primes d'assurance ... 201
V. Art. 3 al. 4 LBA - soupçon de blanchiment d'argent ... 202
VI. Art. 3 al. 5 LBA - Organismes fixant les valeurs seuils ... 204
A. FINMA ... 205
B. ASB ... 205
C. OAR - Exemple de l'OAR-ASA ... 205
D. CFMJ ... 205
E. DFJP ... 206
F. OFAC ... 206
VII. Sanctions en cas de violation de l'obligation d'identification ... 207
A. LFINMA, LBA, OBA-FINMA ... 207
B. CDB ... 209
C. OAR - Exemple de l'OAR-ASA ... 210
D. Gérants de fortune externes et trustees ... 211
Bibliographie ... 212
Matériaux ... 215

## I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Les **débuts** de la vérification de l'identité du cocontractant remontent à la toute première Convention relative à l'obligation de diligence des banques lors de la réception de fonds et à l'usage du secret bancaire du 1er juillet 1977. Au cours des années suivantes, l'Association suisse des banquiers a augmenté le degré de détail des règles en rapport avec l'identification du cocontractant. Après diverses interventions parlementaires et une pression croissante de l'étranger, l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant a été inscrite dans la loi en 1998 et étendue au secteur non bancaire. Depuis lors, le texte de loi n'a été adapté que de manière marginale, mais il a été densifié par diverses dispositions d'application au niveau de l'ordonnance et de l'autorégulation sectorielle. 1

L'identification du cocontractant fait partie de la liste des obligations définies dans la LBA, qui vise à garantir la diligence dans les transactions financières. Elle constitue une pierre angulaire de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. L'**objectif** de l'identification du cocontractant est notamment de réduire l'anonymat et d'accroître la transparence des transactions financières. Les valeurs patrimoniales incriminées peuvent être attribuées plus clairement à une ou plusieurs personnes et les différents mouvements de fortune peuvent être mieux retracés. En interaction avec les autres obligations de diligence, la base documentaire est créée, ce qui aide les autorités non seulement à localiser et à confisquer les valeurs patrimoniales incriminées, mais aussi à identifier les personnes responsables du blanchiment d'argent et à les poursuivre potentiellement sur le plan pénal. Pour les intermédiaires financiers et les commerçants, l'identification de la partie contractante les aide à mieux comprendre leur clientèle (« Know Your Customer »). La granularité de la compréhension de la clientèle a un impact sur la composante économique d'un intermédiaire financier ou d'un négociant. Plus la connaissance d'un client est détaillée, plus l'offre de services peut être adaptée à ce client de manière rentable. 2

L'application et l'étendue de l'identification du cocontractant s'orientent en fonction de l'activité perçue en tant qu'intermédiaire financier ou négociant, de la structure juridique de la contrepartie contractuelle, de la nature, de la durée, du montant des actifs d'une relation d'affaires en rapport avec des 3

transactions financières ou de l'existence de circonstances particulières. Pour des raisons de clarté et de pertinence des intermédiaires financiers suivants pour la place financière suisse, le présent commentaire se focalise sur les dispositions d'exécution pour les **banques** (art. 2 al. 2 let. a LBA en relation avec l'art. 35 OBA-FINMA et art. 4-19 CDB 20), **les institutions d'assurance** (art. 2 al. 2 let. c LBA en relation avec les art. 42 s. OBA-FINMA et art. 3-8 R OAR-ASA) et **les gérants de fortune externes** (art. 2 al. 2 let.$^{abis}$ LBA en relation avec les art. 44-55 OBA-FINMA).

## II. ART. 3 AL. 1 LBA - IDENTITÉ DU COCONTRACTANT

### A. Établissement d'une relation d'affaires

#### 1. Relation d'affaires

4 Selon l'art. 3 al. 1 LBA, un intermédiaire financier est tenu, lors de l'établissement d'une relation d'affaires, d'identifier le cocontractant sur la base d'un document probant. La LBA ne donne pas de définition légale de la notion de « relation d'affaires ». Il y a relation d'affaires au sens de l'art. 3 al. 1 LBA lorsqu'il existe entre un intermédiaire financier et une autre partie un **rapport contractuel de droit privé ou de droit administratif** en relation avec une **transaction financière**. Les dispositions d'exécution définissent ce qui est considéré comme une transaction financière pertinente pour les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 LBA, qui sont soumis à des conditions d'autorisation prévues par des lois spéciales, en ce qui concerne l'identification du cocontractant. Les intermédiaires financiers qui ne sont pas soumis à des conditions d'autorisation prévues par une loi spéciale sont tenus de vérifier l'identité du cocontractant s'ils exercent notamment, à titre professionnel, l'une des opérations financières prévues à l'art. 2 al. 3 let. a-g LBA. Les dispositions d'exécution indiquent quelles opérations financières doivent être comprises dans l'art. 2 al. 3 let. a-g LBA ou en être explicitement exclues. Pour certaines opérations financières, l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant n'est déclenchée que lorsqu'une valeur seuil est atteinte et/ou dépassée.

5 Le **secteur bancaire** prévoit notamment comme opérations financières autorégulées l'ouverture de comptes, de livrets ou de dépôts ; l'exécution d'opérations fiduciaires ; la location de compartiments de coffre-fort ;

l'enregistrement de mandats de gestion de biens détenus par des tiers ; l'exécution d'opérations commerciales sur des valeurs mobilières, des devises, des métaux précieux et d'autres marchandises (appelées « commodities ») ainsi que des opérations de caisse portant sur des montants supérieurs à 15 000 CHF. Depuis des décennies déjà, les banques sont tenues de procéder à l'identification de leur cocontractant, même dans le cadre de relations de crédit. Le catalogue des opérations financières prévu par la CDB 20 ne présente donc pas un caractère exhaustif. Elle est complétée par une interdiction d'ouvrir de nouveaux livrets d'épargne au porteur.

Parmi les **institutions d'assurance**, celles qui proposent ou distribuent des parts de placements collectifs de capitaux, pratiquent l'assurance-vie directe ou octroient des crédits hypothécaires sont soumises au champ d'application de la LBA. Pour la plupart de ces opérations financières, un seuil monétaire doit en outre être atteint pour que l'obligation d'identifier le cocontractant s'applique. Ne sont pas considérés comme des opérations financières relevant de la LBA notamment les contrats d'assurance des piliers 2 et 3a, les assurances de risque pur (dites assurances sans part d'épargne) ainsi que les activités explicitement exclues à l'art. 3 OBA en relation avec les opérations de crédit (hypothécaire). Par conséquent, les institutions d'assurance ne sont pas concernées par le champ d'application de la LBA lorsqu'elles gèrent une institution de prévoyance (exonérée d'impôt) du pilier 2 ou 3a. 6

Est considérée comme **gestionnaire de fortune externe** au sens de la LBA toute personne qui, sur la base d'un mandat, peut disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales en relation avec une opération financière au sens de l'art. 3 let. c ch. 1 à 4 LFID. Sont considérés comme transactions financières tous les services financiers à fournir aux clients en relation avec des instruments financiers dans le domaine de l'execution only, du conseil en placement et de la gestion de fortune. En outre, toute activité s'adressant à des clients déterminés et visant spécifiquement l'acquisition ou la cession d'un instrument financier doit être considérée comme une transaction financière ; les opérations de change de CHF 5'000 ou plus ; les opérations au comptant de CHF 15'000 ou plus ; la ou les transactions avec une monnaie virtuelle de CHF 1'000 ou plus, pour autant qu'elles ne constituent pas des transferts de fonds ou de valeurs et qu'aucune relation d'affaires durable au sens de l'art. 2 let. d OBA-FINMA ; les transferts de fonds et de valeurs de la Suisse vers 7

l'étranger ; les transferts de fonds et de valeurs de l'étranger vers la Suisse de plus de CHF 1'000.

## 2. Moment

8 Conformément à l'art. 3 al. 1 LBA, la vérification de l'identité du cocontractant par l'intermédiaire financier doit être effectuée **dès l'établissement de la relation d'affaires**. Une relation d'affaires est en principe considérée comme établie lorsque le client peut utiliser les services contractuels de l'intermédiaire financier en relation avec une transaction financière pertinente. L'exécution de la vérification de l'identité du cocontractant doit avoir lieu avant ou au plus tard au moment de l'établissement de la relation d'affaires. Il est recommandé de procéder à la vérification de l'identité du cocontractant dans le cadre de la due diligence et donc avant l'établissement de la relation d'affaires, ce que font généralement les intermédiaires financiers. La raison en est notamment la possibilité de corriger les erreurs d'identification dans le cadre du processus d'autorisation/de contrôle « à plusieurs yeux » et d'éviter ainsi les sanctions autorégulatrices qui menacent potentiellement en cas de violation de l'obligation de diligence.

9 Conformément à l'art. 4 al. 1 CDB 20, **les banques** sont tenues d'identifier le cocontractant lors de l'établissement d'une relation d'affaires. L'art. 45 al. 1 CDB 20 précise qu'un compte ne peut être utilisé qu'une fois que la documentation nécessaire à l'identification du cocontractant est disponible dans son intégralité et en bonne et due forme. Un compte est considéré comme utilisable lorsqu'il est techniquement possible d'effectuer des écritures sur ce compte. Si seul le numéro de compte est réservé au sein de la banque ou si le compte est bloqué pour les entrées et/ou les sorties, la caractéristique d'utilisabilité n'est pas remplie. Les clients potentiels enregistrés dans le système (appelés « prospects ») ne doivent être identifiés que si la relation d'affaires devait être établie. Dans des cas exceptionnels, un compte peut être utilisé si certaines données et/ou documents manquent ou si certains documents ne sont pas en bonne et due forme, si des informations suffisantes sur l'identité du cocontractant et du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique sont disponibles et si l'application de cette disposition d'exception semble appropriée sur la base d'une évaluation basée sur le risque. L'existence des conditions cumulatives doit être documentée de manière compréhensible pour des tiers compétents. Les informations et/ou

documents manquants doivent être obtenus au plus tard 30 jours après l'établissement de la relation d'affaires. Il n'est pas possible d'invoquer l'art. 45 al. 3 en relation avec. al. 4 CDB 20 n'entre pas en ligne de compte si aucun document d'identification n'est disponible ou si le contenu des documents est lacunaire, peu clair ou contradictoire. L'un des principaux cas d'application de la réglementation d'exception observés dans la pratique est celui où la banque dispose de toutes les données et de tous les documents complets, mais où un document d'identification n'est disponible que sous forme de scan et pas encore en original.

**Les institutions d'assurance** doivent fournir l'identification complète et correcte du cocontractant au moment de l'envoi de la police, avant le versement du prêt dans le cas d'opérations hypothécaires et avant l'échange des prestations dans le domaine des placements collectifs de capitaux (i.c. Acceptation des actifs vs. enregistrement des instruments financiers dans le dépôt du client). Une obligation pour les institutions d'assurance d'identifier les clients potentiels n'est pas évidente, d'autant plus que l'obligation de diligence peut également être exécutée après la conclusion du contrat dans tous les cas d'application. L'autorégulation du secteur de l'assurance est muette sur une réglementation d'exception analogue à celle du secteur bancaire, à savoir la possibilité de documenter dans un délai donné certaines données et/ou documents manquants après l'établissement de la relation d'affaires. 10

**Les gérants de fortune externes** sont tenus de vérifier l'identité du cocontractant dès l'établissement de la relation d'affaires. L'art. 55 al. 1 OBA-FINMA précise que tous les documents et indications nécessaires à l'identification du cocontractant doivent être disponibles dans leur intégralité avant que des transactions ne soient effectuées dans le cadre d'une relation d'affaires. Dans le cadre de son autorégulation, une organisation de surveillance peut être plus stricte que les dispositions de l'OBA-FINMA et prévoir pour ses membres un délai plus court en ce qui concerne l'exécution complète et correcte de l'identification du cocontractant. L'OBA-FINMA et l'autorégulation des organisations de surveillance ne prévoient pas la possibilité de documenter ultérieurement certaines données et/ou documents manquants dans un délai donné après l'exécution de la première transaction ou l'obtention du pouvoir de disposition sur les avoirs du client. 11

### 3. Partie contractante

12 Est considérée comme cocontractant toute **personne considérée comme sujet de droit** selon les bases de droit civil ou public applicables localement, qui conclut avec un intermédiaire financier un rapport contractuel de droit privé ou administratif en relation avec une transaction financière. Sont concernées toutes les personnes physiques, les personnes morales ou sociétés de personnes, les établissements de droit public, les collectivités, les fondations et les unités administratives de niveau national, régional ou communal, en Suisse ou à l'étranger. Les sujets de droit public sont regroupés sous le terme d'« autorités » dans la CDB 20 et l'OBA-FINMA, tandis que l'autorégulation dans le domaine des assurances parle (avec le même contenu d'interprétation) de sociétés/collectivités de droit public. Le cocontractant ne doit pas être constitué d'un seul sujet de droit, mais peut en principe se composer de plusieurs parties à identifier. Si les systèmes d'un intermédiaire financier et/ou la nature de l'opération financière ne prévoient pas de restrictions, il n'y a en principe pas de limites au nombre de parties qui composent un cocontractant.

13 On peut déduire de l'art. 3 al. 1 phrase 1 LBA e contrario que les personnes avec lesquelles l'intermédiaire financier ne conclut **pas de relation contractuelle de nature privée ou administrative** en relation avec une transaction financière ne doivent pas être identifiées. Toutefois, si une personne morale ou une société de personnes est partie au contrat, tous les intermédiaires financiers sont tenus par la loi, depuis 2009, de prendre connaissance des dispositions relatives à la procuration d'un cocontractant et de vérifier l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires au nom du cocontractant (appelée « personne qui ouvre la relation d'affaires »). On observe dans la pratique une mise en œuvre plus approfondie de l'art. 3 al. 1 phrase 2 LBA, en particulier chez les banques et les gérants de fortune externes. Pour des raisons liées aux risques de responsabilité et à l'obligation de vérifier l'identité de l'ayant droit économique prévue à l'art. 4, al. 1, phrase 1, LBA, une simple copie du document d'identification est également demandée aux mandataires et aux ayants droit économiques ou aux détenteurs du contrôle, et sa plausibilité est vérifiée dans le cadre de la vérification au préalable (due diligence) d'une relation d'affaires.

14 Si un sujet de droit a **déjà été identifié** dans le cadre d'une relation d'affaires existante, l'intermédiaire financier n'est pas tenu de procéder à une nouvelle

identification de ce sujet en cas d'extension de la relation d'affaires. Un sujet de droit est déjà considéré comme identifié lorsque, lors de l'établissement initial de la relation d'affaires, la vérification de l'identité a été effectuée conformément aux dispositions d'exécution en vigueur à l'époque ou, à défaut, aux dispositions d'exécution actuellement en vigueur (ce que l'on appelle la lex mitior). Dans la pratique, on observe que les banques, en particulier, renoncent à la nouvelle vérification de l'identité du sujet de droit en cas d'extension d'une relation d'affaires existante, pour des raisons de responsabilité, dans la mesure où une copie qualitativement appropriée d'un document d'identification est disponible à partir de la vérification de l'identité déjà effectuée. Certains intermédiaires financiers sont encore plus stricts et prévoient dans leurs directives internes qu'ils n'acceptent que des copies de documents d'identification valables. Il conviendrait d'accorder une attention particulière à l'actualité du document d'identification en cas d'extension d'une relation d'affaires, afin d'éviter le risque d'une infraction à ses propres directives. La possibilité de renoncer à une nouvelle identification se limite uniquement à l'entité juridique déjà identifiée elle-même et ne déploie aucun effet, dans le cadre d'un contrat multipartite, sur d'autres entités juridiques qui n'ont pas encore été identifiées. Les raisons de la renonciation à une nouvelle identification ne doivent pas être documentées dans le dossier. Il suffit au contraire que la documentation physique ou électronique indique que le sujet de droit a déjà été correctement identifié.

## 4. Prescriptions générales

### a. Valeur probante

Conformément à l'art. 3, al. 1, première phrase, LBA, l'intermédiaire financier doit identifier le cocontractant au moyen d'un document ayant valeur probante. Le message de 1996 énumère à titre d'exemples de documents **ayant valeur probante**, pour les personnes physiques, la pièce d'identité officielle telle que le passeport ou la carte d'identité et, pour les personnes morales, l'extrait du registre du commerce ou un document équivalent (certificate of incorporation). La question de savoir quand un document remplit les conditions de force probante est définie dans les différentes dispositions d'exécution ou selon des points de vue de droit civil ou de droit public. 15

### b. Validité

16 La question de savoir si un document d'identification doit être valable et combien de temps un tel document est considéré comme valable est une question centrale pour un intermédiaire financier dans l'exercice de ses obligations de diligence. Pour le document d'identification d'une **personne physique**, les règlements du secteur bancaire et du secteur des assurances ainsi que l'OBA-FINMA ne prévoient pas d'exigence explicite de validité. Il appartient donc aux banques, aux institutions d'assurance et aux gérants de fortune externes de déterminer dans leurs directives internes si, lors de l'identification de personnes physiques, les documents d'identification non valables sont autorisés de manière générale, uniquement dans des cas exceptionnels ou pas du tout. En cas d'absence de validité, il faut qu'il n'y ait aucun doute sur l'identité de la personne physique justifiant le document d'identification et qu'il n'y ait aucun indice que celui-ci ne correspondrait plus à la situation actuelle (p. ex. changement de nom suite à un mariage). Si un intermédiaire financier décide, de manière générale ou dans des situations exceptionnelles, d'autoriser des documents d'identification périmés, il risque qu'un tiers compétent (p. ex. société d'audit ou organisme d'autorégulation/de surveillance) juge différemment la question de l'admissibilité du document d'identification dans le cas particulier. Si l'on opte pour l'une de ces procédures, il est recommandé de définir dans les directives internes au moins les points essentiels concernant le traitement des documents d'identification non valables. Il faudrait notamment déterminer dans quelles conditions un document d'identification expiré peut être accepté, comment l'actualité du document d'identification doit être vérifiée périodiquement et dans quelles circonstances il doit être mis à jour. Si un intermédiaire financier décide de n'accepter que des documents d'identification valides, il se prive de la flexibilité nécessaire pour réagir à des situations exceptionnelles, augmente ses efforts de surveillance et de mise à jour pendant la durée de la relation d'affaires et risque davantage d'enfreindre ses directives internes. Il est donc recommandé, dans le cadre d'une telle approche, de fixer dans les directives internes les processus et les contrôles relatifs à la validité des documents d'identification.

17 Le document sur la base duquel on identifie le cocontractant conçu comme une personne **morale ou une société de personnes** ne doit pas dater de plus de douze mois et doit refléter la situation actuelle. Une exception à ce

délai est prévue pour les banques, les institutions d'assurance et les gestionnaires de fortune externes en ce qui concerne un type d'association spécifique. Une association qui n'est pas inscrite au registre du commerce et qui n'est pas soumise à l'obligation de révision ne peut être identifiée qu'au moyen de statuts (en général anciens) ou d'autres documents de l'association. Selon la date de fondation, un tel cocontractant ne pourrait pas fournir à l'intermédiaire financier un document d'identification probant qui aurait été établi il y a moins de douze mois. Il serait donc contraire à la pratique de maintenir le délai de douze mois pour une association non inscrite au registre du commerce et soumise à l'obligation de révision.

18 La date d'établissement du document d'identification et le moment où l'intermédiaire financier identifie le cocontractant sur la base du document d'identification en sa possession et documente l'exécution de l'identification pour des tiers compétents sont déterminants pour le **calcul du délai**. L'intermédiaire financier doit procéder à la vérification de l'identité du cocontractant en s'efforçant d'établir la relation d'affaires dans les meilleurs délais et ne doit pas le faire « à titre de précaution » en vue de respecter le délai. Il ne devrait donc pas s'écouler un temps anormalement long entre le moment de la vérification de l'identité et celui de l'établissement de la relation d'affaires.

### c. Informations à documenter

19 Les intermédiaires financiers doivent enregistrer et conserver les **informations essentielles** résultant de la vérification de l'identité du cocontractant (cf. art. 7 al. 1 LBA). Dans le cadre de contrats multipartites, cela doit être fait pour chacun des sujets de droit qui composent le cocontractant.

20 Pour les **personnes physiques**, le nom, le prénom, la date de naissance, l'adresse du domicile et la nationalité doivent être enregistrés et documentés par l'intermédiaire financier. Par domicile, on entend, au sens de l'art. 23 al. 1 CC, le lieu où la personne physique réside avec l'intention de s'y établir durablement. Même si le message ainsi que les différentes dispositions d'exécution parlent d'une nationalité, il est recommandé de clarifier la question des autres nationalités avec le cocontractant et de la documenter. Les raisons sont moins liées au devoir de diligence de l'identification du cocontractant qu'à l'évaluation des risques d'une relation d'affaires en matière

de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, de sanctions ou de fiscalité.

21 Si la personne physique est originaire d'un pays dans lequel **les dates de naissance ou les adresses de domicile** ne sont **pas utilisées**, ces informations ne doivent pas être enregistrées et conservées. Les motifs de tels cas doivent toutefois être consignés par écrit (par exemple sous la forme d'une note au dossier).

22 Pour les **personnes morales ou les sociétés de personnes**, l'intermédiaire financier doit enregistrer et conserver la raison sociale et l'adresse du siège. Lors de l'établissement de l'adresse du siège, on peut se baser en premier lieu sur les documents d'identification obtenus (p. ex. extrait du registre du commerce).

### d. Documentation interne

23 Outre l'enregistrement et la conservation des informations essentielles résultant de la vérification de l'identité du cocontractant, l'intermédiaire financier doit également consigner le moyen par lequel l'identité a été vérifiée. Par conséquent, il est tenu de conserver dans ses dossiers une copie simple ou certifiée conforme du ou des documents sur la base desquels le cocontractant a été identifié. Les dossiers internes et donc les informations et documents obtenus ainsi que les clarifications effectuées en interne en rapport avec l'identification du cocontractant doivent être établis, organisés et conservés de manière à ce qu'un **tiers compétent** puisse se faire une opinion fiable sur le respect de l'obligation de diligence dans un délai raisonnable. Dans la pratique, on peut observer que les banques et les institutions d'assurance, en particulier, conservent leur documentation liée à l'identification du cocontractant sous forme physique et électronique dans des systèmes spécifiquement prévus à cet effet. Afin de faciliter la recherche, ils marquent les documents d'identification avec des titres/codes spécifiques. Les gérants de fortune externes conservent la documentation interne liée à l'obligation de diligence susmentionnée principalement sous forme physique, c'est-à-dire dans une section séparée du classeur/portefeuille physique, et/ou les fichiers de cette documentation à un endroit séparé dans le cadre d'une structure de classeur électronique simple.

## 5. Irrégularités dans l'identification

### a. Obligation de vérification matérielle des données et des documents ?

Pour les personnes physiques, l'intermédiaire financier doit **consulter** un **document d'identification** et vérifier, à l'aide de la photographie, si la personne qui se présente est bien la personne indiquée. Si le cocontractant est une personne morale ou une société de personnes, l'intermédiaire financier vérifie notamment, en examinant les documents d'identification, si celle-ci existe et par qui elle est représentée et dans quelle mesure. Si aucune rencontre personnelle n'a lieu entre l'intermédiaire financier et le cocontractant dans le cadre de la vérification de l'identité, l'attestation d'authenticité que l'intermédiaire financier est tenu de consulter confirme que le cocontractant et la personne figurant sur le document d'identification sont identiques. 24

L'intermédiaire financier doit en outre **vérifier** si les données documentées correspondent aux données figurant sur le(s) document(s) d'identification. En ce qui concerne l'adresse de domicile et de siège, l'intermédiaire financier peut en principe se fier aux indications du cocontractant, car l'adresse de domicile en particulier est rarement reflétée sur un document d'identification. Dans le cadre d'une approche basée sur les risques, l'intermédiaire financier est tenu de clarifier davantage les informations fournies par le cocontractant en cas d'indices (par ex. informations contraires dans le cadre de la diligence raisonnable) indiquant qu'elles pourraient ne pas (ou plus) être exactes. Dans le cadre d'une ouverture de correspondance, les banques et les gérants de fortune externes doivent toujours vérifier l'adresse du domicile par envoi postal ou par un autre moyen équivalent. Les dispositions d'exécution pour le secteur des assurances prévoient une exception explicite à cette règle. 25

Les dispositions d'exécution exigent, lors de l'établissement d'une relation d'affaires, que les documents d'identification reflètent la **situation actuelle** d'une personne morale ou d'une société de personnes. Un intermédiaire financier devrait également pouvoir se fier aux indications du cocontractant en ce qui concerne l'actualité de la situation. Si, dans le cadre de la diligence raisonnable, il apparaît que les documents d'identification ne reflètent pas la situation actuelle du cocontractant, l'intermédiaire financier est tenu d'en demander une version plus récente. 26

27 L'intermédiaire financier doit vérifier la plausibilité de l'authenticité du document d'identification en y consacrant **un temps raisonnable**. Pour ce faire, l'intermédiaire financier doit connaître les principales caractéristiques des documents d'identification des pays pour lesquels il souhaite accepter des cocontractants.

### b. Absence de documents d'identification

28 Lorsqu'un cocontractant ne dispose pas de document d'identification au sens des dispositions d'exécution, un intermédiaire financier peut exceptionnellement établir son identité à l'aide de **documents de remplacement probants**. Cette procédure s'applique notamment aux personnes physiques sans documents d'identification ou aux sujets de droit public sans obligation d'inscription au registre du commerce ni documents sociaux correspondants. La nature juridique de la partie contractante, les conditions juridiques et les normes de documentation du/des pays concerné(s) déterminent ce qui est considéré comme un document de remplacement probant dans un tel cas particulier. La situation exceptionnelle doit être justifiée par écrit et jointe, avec le document de remplacement probant, à la documentation globale de la partie contractante. Les raisons de l'absence d'un document d'identification correspondant ainsi que le choix du document de remplacement probant doivent être compréhensibles.

### c. Doutes concernant l'identification

29 Si, lors de l'établissement d'une relation d'affaires ou au cours de celle-ci, un intermédiaire financier a des doutes quant aux données relatives à l'identité du cocontractant, il prend les **mesures** qui s'imposent, par exemple en procédant à des clarifications et/ou en répétant la vérification d'identité. Il y a doute lorsque l'on a des raisons de penser que les données relatives à l'identité du cocontractant ne sont pas ou plus exactes. L'exécution de mesures en cas de tels indices est recommandée sans délai. Si l'intermédiaire financier lève ses doutes grâce aux mesures prises, le contexte et le résultat des mesures prises doivent être consignés par écrit et annexés à la documentation globale du cocontractant. Si, malgré les mesures prises, les doutes ne peuvent pas être levés (dans le délai imparti) ou si l'intermédiaire financier soupçonne que le cocontractant a sciemment fourni de fausses indications sur son identité ou remis des documents falsifiés, l'identification est réputée échouée.

Dans la pratique, on observe que, lors de l'établissement et au cours d'une relation d'affaires, les doutes concernant l'identité du cocontractant sont moins fréquents que ceux concernant l'ayant droit économique. En particulier, l'**accent mis sur les aspects formels** de l'art. 3 LBA en relation avec les différentes dispositions d'exécution, l'interaction personnelle ou par écrit entre le cocontractant ou son/ses représentant(s) et l'intermédiaire financier, la standardisation ainsi que le caractère en principe « officiel » des documents à obtenir rendent difficile pour les clients d'influencer consciemment ou inconsciemment le processus d'identification. Dans la pratique, ce n'est qu'au cours d'une relation d'affaires que des doutes surgissent quant aux informations initialement fournies par le cocontractant sur son identité. Les raisons les plus fréquentes seront un déménagement, un mariage lié à un changement de nom, un décès ou une naturalisation. 30

### d. Échec de l'identification

Une vérification de l'identité est considérée comme ayant échoué lors de l'établissement ou au cours d'une relation d'affaires si les **indications et/ou les documents** requis par le cocontractant dans le cadre du processus de vérification de l'identité ne sont **pas fournis (dans les délais)**, si **les doutes** de l'intermédiaire financier concernant les indications et/ou les documents relatifs à l'identité du cocontractant ne sont **pas levés dans les délais** malgré les mesures prises ou s'il y a lieu de soupçonner que le cocontractant **a volontairement fourni de fausses indications** et/ou remis **des documents falsifiés**. Si l'identification d'un cocontractant échoue, il convient, dans le respect des art. 9 ss. LBA en relation avec l'art. Art. 12a ss. OBA, l'acceptation d'une nouvelle relation d'affaires est refusée ou la poursuite d'une relation d'affaires existante est interrompue. Si nécessaire, la relation d'affaires doit être bloquée pour les entrées et les sorties. La LBA ou les dispositions d'exécution ne définissent pas le délai dans lequel une relation d'affaires doit être refusée ou interrompue en cas d'échec de l'identification sans soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. Pour le secteur bancaire, cela doit être fait le plus rapidement possible, sans pour autant commettre une violation du contrat. Dans de tels cas, il est également recommandé aux institutions d'assurance et aux gestionnaires de fortune externes de refuser la nouvelle relation d'affaires ou de rompre la relation existante le plus rapidement possible. En cas d'échec de l'identification, ils devraient également consigner par écrit les motifs, le résultat des mesures 31

prises ainsi que le fait même du refus ou de la rupture, y compris le moment exact, et les joindre à la documentation globale du cocontractant (potentiel). En cas d'échec de l'identification, il faut partir du principe que toutes les relations d'affaires dans lesquelles le cocontractant est impliqué sont « contaminées ». C'est pourquoi, dans de tels cas, il convient de refuser toutes les relations d'affaires (potentielles) et/ou de rompre les relations d'affaires existantes que l'on a l'intention de mener ou que l'on mène avec le cocontractant.

## B. Identification des personnes physiques

### 1. En cas d'entretien personnel

32 Lors d'une entrevue personnelle, un **contact physique** a lieu. A cette occasion, le représentant de l'intermédiaire financier consulte un document probant du cocontractant, le copie et le verse au dossier. Le dossier du client devrait indiquer quand et où ce contact physique a eu lieu. La durée et le lieu de la rencontre ne sont pas prescrits par la réglementation. Il ne doit donc pas nécessairement se dérouler dans les locaux de l'intermédiaire financier. Si une copie du document probant n'est établie qu'après la rencontre personnelle, les dispositions relatives à l'identification lors de l'établissement de la relation d'affaires par correspondance s'appliquent.

33 Par document **probant**, on entend une pièce d'identité officielle avec photographie originale, par exemple un passeport, une carte d'identité ou un permis de conduire. La CDB renonce à une énumération exhaustive. La décision concernant le document admissible incombe à l'intermédiaire financier concerné, dans le sens d'une approche basée sur les risques. En revanche, pour les entreprises d'assurance, l'art. 4 R OAR-ASA règle de manière exhaustive les documents probants admissibles pour les personnes physiques. Pour les gestionnaires de fortune externes, l'art. 45 al. 3 OBA-FINMA stipule que les documents d'identification munis d'une photographie et délivrés par une autorité suisse ou étrangère sont admissibles.

34 La **copie** du document ne doit pas nécessairement être photocopiée, mais peut également être scannée ou photographiée. Outre les données d'identification et la signature, la photographie du cocontractant doit en principe être reconnaissable sur la copie. Sont réservées les raisons pour

lesquelles il n'est techniquement pas possible de réaliser une copie reconnaissable de la photographie.

### 2. Par voie de correspondance

Lors de l'établissement d'une relation d'affaires **par correspondance**, l'intermédiaire financier doit vérifier l'adresse de domicile du cocontractant par envoi postal ou par tout autre moyen équivalent et verser au dossier une copie certifiée conforme du document probant. 35

L'expression « par correspondance » est trop restrictive, car elle ne recouvre pas seulement l'ouverture de la relation d'affaires par correspondance, mais aussi par téléphone, par Internet ou par d'autres moyens électroniques tels que l'identification en ligne selon la circulaire FINMA 2016/7. Est également assimilé à l'« ouverture par correspondance » le cas où une tierce personne, qui n'est pas habilitée à représenter le cocontractant et n'est pas considérée comme un cocontractant, apporte personnellement à l'intermédiaire financier les documents d'ouverture signés par le cocontractant, car dans un tel cas, la rencontre personnelle avec le cocontractant fait défaut. Il serait donc plus précis d'utiliser le libellé de l'art. 45 al. 2 OBA-FINMA : Établissement de la relation d'affaires « **sans rencontre personnelle** ». 36

Les intermédiaires financiers doivent procéder à une **vérification de l'adresse de domicile** par notification postale ou par un autre moyen équivalent. Selon la CDB 20, une notification par courrier ordinaire (courrier A ou B) est suffisante. Est notamment considérée comme équivalente la fourniture d'une attestation officielle de domicile. Il est également courant de fournir des « *utility bills* » (factures d'électricité, d'eau ou de téléphone) ainsi que des factures fiscales ou d'autres factures officielles. 37

Pour les **entreprises d'assurance**, il n'est pas nécessaire de vérifier l'adresse du domicile. En outre, l'art. 4 al. 1 let. c R OAR-ASA permet une autre procédure pour ce secteur : « Au lieu de la vérification de l'identité selon les let. a [lors d'une présentation personnelle] et b [par correspondance], il suffit dans les deux cas de remettre la police d'assurance ou l'attestation d'assurance. la confirmation de l'ouverture du compte de primes par un bureau de poste national ou étranger, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par un service de messagerie avec récépissé, à condition qu'il soit garanti que la notification soit faite en main propre à la personne à 38

identifier et que celle-ci soit identifiée au moyen d'une pièce d'identité officielle conformément à la let. a. L'entreprise d'assurance doit verser au dossier l'accusé de réception/le récépissé ainsi qu'une simple copie du document d'identité ».

39 Du point de vue de la pratique, il convient en outre d'attirer l'attention sur les points suivants. Conformément à l'art. 13 al. 2 let. c OBA-FINMA, l'absence de contact personnel avec le cocontractant entre notamment en ligne de compte comme **critère d'une relation d'affaires présentant des risques accrus (RAM)**. L'établissement d'une relation d'affaires par correspondance peut donc avoir une incidence sur le calcul du risque de la relation d'affaires. S'il est pris en compte, le score de risque interne est augmenté, voire conduit à la classification de la relation d'affaires en tant que GmeR. En outre, il convient de noter que l'évitement actif du contact personnel constitue un **indice de blanchiment d'argent** au sens du ch. 3.4.1 de l'annexe OBA-FINMA.

### 3. Émetteur d'attestations d'authenticité

40 Lors de l'établissement d'une relation d'affaires sans présentation personnelle, l'intermédiaire financier reçoit, au lieu de l'original, une copie du document probant dont il a besoin. Il est donc nécessaire de confirmer l'**authenticité de la copie**.

41 L'attestation de l'authenticité de la copie du document probant peut **être délivrée par** un notaire ou un service public qui délivre habituellement de telles attestations d'authenticité ; un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 ou 3 LBA ayant son domicile ou son siège en Suisse ; un avocat autorisé à pratiquer en Suisse ; un intermédiaire financier ayant son domicile ou son siège à l'étranger et exerçant une activité au sens de l'art. 2 al. 2 ou 3 LBA, pour autant qu'il soit soumis à une surveillance et à une réglementation équivalentes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

42 Que signifie **une surveillance et une réglementation équivalentes** en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ? L'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (AdC LBA), l'une des trois autorités ayant précédé la FINMA, avait déjà indiqué dans sa pratique relative à l'art. 2 al. 3 LBA que l'équivalence ne pouvait pas être examinée de manière abstraite. C'est pourquoi elle laissait

aux différents intermédiaires financiers le soin de procéder aux clarifications et ne tenait pas de liste des surveillances reconnues comme équivalentes. La FINMA ne publie pas non plus de liste de ce type. Selon la CDB également, il faut évaluer au cas par cas ce qui relève de l'« équivalent » ou de l'« approprié ». La liste des pays du GAFI ou les estimations de Transparency-International ainsi que d'autres organisations non gouvernementales (ONG) entrent en ligne de compte comme critères. L'évaluation au cas par cas reste toutefois déterminante. Il convient de noter qu'il faut évaluer d'une part la « surveillance » équivalente et d'autre part la « réglementation » ou la « régulation » équivalente.

En ce qui concerne la notion d'**avocat**, le commentaire CDB 20 ainsi que le commentaire R OAR-ASA précisent que les organismes publics au sens de l'art. 11 al. 1 let. c CDB 20 ou de l'art. 4 al. 2 let. b R OAR-ASA peuvent également comprendre des avocats admis à exercer à l'étranger. Ils doivent toutefois être habilités à cette fonction par le droit étranger. Dans la pratique, l'incertitude règne souvent lorsque l'émetteur de l'attestation d'authenticité ne s'identifie pas sous le terme le plus courant d'« avocat » ou d'« attorney-at-law », mais par exemple comme « advokat », « Fürsprecher », « Volljurist », « solicitor », « lawyer » ou « barrister ». En ce qui concerne l'interprétation correcte du terme « avocat », ce n'est pas la terminologie utilisée qui est déterminante, mais le fait d'être titulaire d'un brevet d'avocat. En raison de ce certificat de capacité supplémentaire, les avocats agréés jouissent d'une crédibilité accrue, contrairement aux simples juristes. 43

Afin de tenir compte de la numérisation croissante, une alternative à l'attestation d'authenticité de la copie du document probant requis est prévue. L'intermédiaire financier peut également obtenir une copie d'une pièce d'identité à partir de la **banque de données d'un fournisseur reconnu de services de certification** conformément à la loi fédérale sur la signature électronique (SCSE). L'authentification du cocontractant se fait alors par voie électronique. Le procédé technique de la signature électronique permet de vérifier l'authenticité d'un document, d'un message électronique ainsi que l'identité de la personne signataire. 44

## 4. Formes spéciales

### a. Personne mineure

45 Lors de l'ouverture d'une relation d'affaires au nom d'une personne mineure par un tiers majeur, cette **personne majeure qui ouvre la** relation doit être identifiée. Toutefois, si la **personne mineure (capable de discernement)** ouvre elle-même une relation d'affaires, c'est elle (et non son représentant légal) qui doit être identifiée.

### b. Entreprise individuelle

46 Lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec les propriétaires d'une entreprise individuelle, l'intermédiaire financier doit respecter les **prescriptions applicables aux personnes physiques**. Les banques et les entreprises d'assurance peuvent également procéder selon les **règles applicables aux personnes morales et aux sociétés de personnes** pour les entreprises individuelles inscrites au registre du commerce.

### c. Communautés d'héritiers

47 Si le cocontractant de l'intermédiaire financier décède, sa communauté héréditaire entre dans sa relation d'affaires par succession universelle, ce qui fait d'elle le nouveau cocontractant. Au sens du droit civil, les communautés d'héritiers doivent être qualifiées de **sociétés simples**. Par conséquent, les dispositions de l'art. 46 al. 1 OBA-FINMA ou de l'art. 16 al. 1 CDB 20 ou de l'art. 4 al. 5 R OAR-ASA s'appliquent lors de l'ouverture d'une nouvelle relation d'affaires. Si le **défunt** a déjà fait l'objet d'une vérification ordinaire de l'identité dans le cadre d'une relation d'affaires existante, il est possible de renoncer à une nouvelle vérification de l'identité.

### d. Comptes joints

48 Sauf exception, **tous les cotitulaires de** comptes joints ( *joint accounts*) doivent être identifiés. Cela a été confirmé à plusieurs reprises par la Commission de surveillance CDB. Il en va de même pour les gestionnaires de fortune externes. Si un contrat d'assurance-vie est conclu par plusieurs preneurs d'assurance, tous les preneurs d'assurance doivent également être identifiés.

### e. Comptes collectifs

Tant que les droits de participation sont gérés dans un compte ou un dépôt collectif libellé au nom de la société, **seule la société** doit être identifiée dans le cas de comptes ou de dépôts collectifs servant à la gestion de plans de participation pour les collaborateurs. 49

### f. Usufruit

Si le **propriétaire du capital** et l'**usufruitier** ouvrent chacun pour soi une relation d'affaires avec l'intermédiaire financier, ils doivent être identifiés individuellement. Il en va de même lorsque le propriétaire du capital et l'usufruitier ne peuvent disposer de la propriété qu'ensemble. E contrario, seul le sujet de droit qui peut disposer de la propriété doit être identifié, pour autant qu'ils ne soient pas tous deux, mais qu'ils ouvrent ensemble une relation d'affaires. 50

### g. Communautés d'étages et de copropriétaires

Selon la CDB, les communautés d'étages et de copropriétaires inscrites au registre foncier doivent être identifiées à l'aide d'un **extrait du registre foncier**. Dans la mesure où il ressort de l'extrait du procès-verbal que l'administrateur est autorisé à gérer le compte, l'identification peut également se faire sur la base de l'**extrait du procès-verbal** accompagné d'une simple copie du **règlement**. 51

### h. Compte de garantie du locataire

Un compte de garantie de loyer est ouvert par le bailleur au nom du locataire en vue du **dépôt d'une garantie de loyer**. Le locataire ne peut pas disposer seul des avoirs déposés, il doit obtenir l'accord du bailleur. 52

Cette forme particulière ne concerne de facto que les banques. Selon la CDB, il n'est pas nécessaire d'identifier le cocontractant d'un compte de garantie de loyer pour un **objet loué situé en Suisse** . E contrario, pour les objets loués à l'étranger, une identification correspondante doit donc être effectuée selon les règles de l'art. 4 CDB 20. 53

### i. Contrats d'assurance-vie

54 Dans le cas d'un contrat d'assurance, il convient d'identifier la personne qui en fait la demande. Si un contrat d'assurance-vie est conclu par plusieurs preneurs d'assurance, il convient d'identifier **tous les preneurs d'assurance** en tant que parties contractantes. Le représentant, la personne assurée ou le bénéficiaire n'est pas considéré comme une partie contractante ou un preneur d'assurance.

## C. Identification des personnes morales et des sociétés de personnes

### 1. En cas d'inscription au registre

55 En ce qui concerne la personne morale ou la société de personnes en tant que partie au contrat, aucune distinction n'est faite entre l'établissement d'une relation d'affaires avec ou sans présentation personnelle. Le fait que les **personnes qui ouvrent la relation soient ou non présentes en personne** n'a d'importance que pour la manière dont l'identité des personnes qui ouvrent la relation est vérifiée.

56 Les personnes morales ou les sociétés de personnes inscrites au **registre du commerce suisse** ou dans un **registre étranger équivalent** doivent être identifiées sur la base d'un extrait de registre délivré par le préposé, d'un extrait écrit d'une base de données gérée par l'autorité de registre ou d'un extrait écrit de répertoires et de bases de données gérés de manière privée (pour autant qu'ils soient dignes de confiance).

57 Pour les **entreprises d'assurance**, le commentaire R OAR-ASA énumère de manière exhaustive les sources assimilées à un extrait du registre du commerce : Publications dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), dans l'index central des raisons de commerce de la Confédération (ZEFIX), un imprimé Teledata/Creditreform/Bisnode D&B actuel, des publications ainsi que des confirmations des autorités de surveillance (p. ex. mention du cocontractant sur le site Internet de la FINMA) ou des confirmations de l'organe de révision (attestation).

58 Les prescriptions concernant la **qualité des documents d'identification** ne sont pas uniformes pour les gestionnaires de fortune externes, les entreprises d'assurance et les banques. Selon l'art. 48 al. 1 OBA-FINMA, la documentation

concernée doit être présentée à l'intermédiaire financier sous forme d'original ou de copie certifiée conforme. Selon l'art. 5 R OAR-ASA, les entreprises d'assurance sont tenues d'identifier le cocontractant à l'aide de documents originaux probants. Pour les banques, en revanche, une simple copie du document d'identification des personnes morales et des sociétés de personnes suffit. Ces explications s'appliquent également aux parties contractantes non inscrites au registre, conformément au chapitre suivant.

En ce qui concerne l'**actualité** des documents d'identification respectifs, nous renvoyons à nos explications au chapitre II.A.4.b. (voir ci-dessus, n. 16 ss.). 59

## 2. Sans inscription au registre

Les personnes morales et les sociétés de personnes **non** inscrites **au registre suisse du commerce** ou **à un registre étranger équivalent** doivent être identifiées sur la base des statuts, de l'acte ou du contrat constitutif, d'une attestation de l'organe de révision, d'une autorisation officielle d'exercer l'activité ou d'un document équivalent ; ou d'un extrait écrit de répertoires et de banques de données gérés de manière privée (pour autant que ceux-ci soient dignes de confiance). 60

L'intermédiaire financier doit identifier **les autorités publiques** en tant que partie contractante sur la base d'un statut ou d'une décision appropriés ou d'autres documents ou sources équivalents. 61

En ce qui concerne l'**actualité** des documents d'identification respectifs, nous renvoyons à nos explications au chapitre II.A.4.b. (voir ci-dessus, n. 16 ss). 62

## 3. Identité des personnes qui ouvrent la procédure

En ce qui concerne la personne morale ou la société de personnes en tant que cocontractant, il convient de vérifier l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires au nom de la personne morale. 63

Les **personnes** habilitées à représenter la société et agissant effectivement au moment de l'ouverture de la relation d'affaires, qui signent les documents d'ouverture, sont considérées comme les **auteurs de l'ouverture**. L'accent est mis sur les personnes physiques qui signent la documentation à la base de la relation contractuelle. Les autres personnes autorisées à signer une partie contractante ne doivent pas être identifiées, même si elles sont habilitées à représenter un intermédiaire financier dans le cadre de la relation d'affaires. 64

65 Par rapport à l'ouverture de la relation avec des personnes physiques, la vérification de l'identité des personnes qui ouvrent la relation est une **forme d'identification allégée**. Selon le R OAR-ASA, les personnes qui ouvrent des comptes peuvent établir elles-mêmes une copie de leur pièce d'identité et l'envoyer par la poste ou par voie électronique. Selon la CDB, il n'est pas nécessaire de prendre connaissance de l'adresse de domicile effective des personnes qui ouvrent le compte ni de la vérifier. En outre, conformément à l'art. 7 al. 1 CDB 20, les informations essentielles résultant de l'identification des personnes qui ouvrent le compte ne doivent pas être enregistrées et documentées séparément. Dans la pratique, les intermédiaires financiers consignent néanmoins souvent ces informations, notamment parce que les personnes qui ouvrent les comptes font généralement office de mandataires dans le cadre de la relation d'affaires. Si les personnes qui ouvrent le compte interviennent ultérieurement en tant que cocontractants, elles doivent être identifiées conformément aux règles applicables aux personnes physiques, si cela n'a pas déjà été fait.

### 4. Dispositions relatives à l'autorisation

66 Lorsque la personne morale est partie au contrat, il suffit de prendre **connaissance** des dispositions relatives à l'autorisation de la personne morale. On entend par là que la banque doit, lors de l'ouverture de la relation d'affaires, prendre connaissance d'une liste des personnes dotées d'une procuration ou d'un pouvoir de représentation. Une telle liste doit être copiée et versée au dossier. Le type de droit de signature doit également être documenté, c'est-à-dire s'il s'agit d'un droit de signature individuel ou collectif.

67 L'art. 15 al. 3 CDB 20 ne mentionne que les « **personnes morales** » et omet les « sociétés de personnes », qui sont explicitement mentionnées à l'al. 1. Cela est voulu. L'alinéa 3 ne s'applique pas aux parties contractantes organisées différemment, telles que les sociétés simples, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite ou les trusts.

68 L'art. 44 al. 3 OBA-FINMA et l'art. 5 al. 3 R OAR-SVP se réfèrent à la « personne morale » ou **à la « société de personnes** » en tant que cocontractant. Les prescriptions pour les gestionnaires de fortune externes et les entreprises d'assurance vont donc délibérément plus loin.

Sont considérées comme mandataires les personnes **autorisées à agir** vis-à-vis de l'intermédiaire financier. Outre les personnes qui ouvrent le compte, l'**identité des autres** mandataires mentionnés dans l'attestation de représentation correspondante ne doit pas être vérifiée. 69

Typiquement, les dispositions relatives aux procurations sont extraites d'un **extrait du registre du commerce** ou d'un registre équivalent. **Alternativement**, des procurations données par des organes de la société à d'autres personnes, des extraits d'un règlement interne correspondant, des carnets de signatures, des *certificates of incumbency* et autres documents similaires peuvent être acceptés, pour autant qu'ils fournissent des informations correspondantes sur une procuration. Il en va de même pour la production d'une simple copie des documents sociaux déterminants (tels que les statuts, les règlements d'association, les procès-verbaux d'assemblée générale et de comité). 70

Dans le cas d'une « **chaîne de représentation** », tous les maillons de la chaîne doivent être contrôlés et documentés, notamment en cas de sous-procuration ou si le mandataire de la personne morale est lui-même une personne morale. 71

## 5. Formes spéciales

### a. Société simple

Les sociétés simples n'ont pas de personnalité juridique, n'ont pas la capacité d'agir, d'ester en justice ou d'engager des poursuites et ne sont pas inscrites au registre du commerce. 72

Lors de l'identification d'une société simple, les **entreprises d'assurance** doivent toujours identifier les associés qui signent le contrat. 73

Lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec une société simple, **les banques** et **les gestionnaires de fortune externes** peuvent, au choix, identifier tous les associés ou au moins un associé ainsi que les personnes qui sont autorisées à signer vis-à-vis de l'intermédiaire financier. 74

Dans le cas des « **sociétés d'utilité publique** », c'est-à-dire des sociétés simples qui ont pour but la défense des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires dans le cadre d'une entraide commune ou qui poursuivent exclusivement des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, d'utilité 75

publique, de convivialité ou des buts similaires, comme par exemple les caisses de jass, de guggenmusik et de classes, la CDB prévoit un allègement pour les banques. Seules les personnes autorisées à signer vis-à-vis de la banque doivent être identifiées. L'utilité publique ainsi que son caractère exclusif doivent être documentés de manière compréhensible pour les tiers, que ce soit au moyen d'un extrait du règlement interne, d'un site Internet pertinent, d'une attestation d'exonération fiscale ou d'une preuve plausible similaire.

### b. Société et autorité généralement connues

76 L'intermédiaire financier peut **renoncer** à l'identification d'une personne morale ou d'une société de personnes ou d'une autorité notoirement connue et consigner à la place le fait que l'identité du cocontractant est notoirement connue.

77 Les sociétés connues **de tous** sont notamment **les sociétés ouvertes au public** ou les sociétés directement ou indirectement liées à une telle société.

78 Les
personnes morales suisses de droit public ne sont considérées comme des **autorités** que lorsqu'elles disposent d'une base légale et qu'elles accomplissent des tâches publiques. Il s'agit notamment des autorités fédérales, cantonales et communales, y compris leurs établissements et corporations de droit public. La notion d'autorité étrangère est déterminée par le droit étranger correspondant.

79 L'intermédiaire financier doit documenter dans le dossier, de manière compréhensible pour un tiers indépendant, les **raisons pour lesquelles il renonce** à l'identification. Il n'existe pas d'autres prescriptions de forme à cet égard. Dans la pratique, on établit une note au dossier, on imprime ou on enregistre le certificat de bourse de la société ouverte au public ou la preuve concernant la base légale de l'autorité.

### c. Trust

80 L'ordre juridique suisse ne connaît pas de droit matériel propre au trust. Le trust n'a **pas de personnalité juridique propre**, mais est, selon la conception suisse du droit, un contrat entre le trustee et les bénéficiaires (« beneficiaries »).

En cas de relations d'affaires avec un trust, l'intermédiaire financier doit identifier le **trustee** comme partie au contrat, soit selon les directives applicables aux personnes physiques, soit selon celles applicables aux personnes morales ou aux sociétés de personnes. En outre, le trustee doit confirmer par écrit qu'il est autorisé à ouvrir une relation d'affaires pour le trust. Dans le cas des banques, cela se fait typiquement au moyen du formulaire T. Comme alternative à cette confirmation écrite, une « **Legal Opinion** » est également admise. Il n'existe pas de prescriptions de forme précises. Habituellement, une telle opinion émane d'un avocat et contient au moins les mêmes indications que le formulaire T. 81

Dans la pratique, la relation d'affaires n'est pas seulement ouverte par des trustees, mais aussi par des « **underlying companies** ». Il s'agit d'une société de domicile détenue par un trust et dont les actions se trouvent dans le patrimoine du trust. Dans ces cas, les sociétés de domicile sont des parties contractantes de l'intermédiaire financier. 82

### d. Société en cours de constitution

Lors de la constitution d'une société, notamment d'une SA ou d'une Sàrl, une confirmation du capital social déposé doit être disponible pour l'inscription au registre du commerce. Dans la pratique, le capital correspondant est déposé dans un **compte de versement de capital** ou **de libération** auprès d'une banque. Le compte doit être libellé au nom de la société en formation et doit d'abord être bloqué. Le capital ne peut être mis à disposition qu'une fois que les organes ont été désignés et que la preuve en a été apportée. 83

Pour les sociétés en cours de constitution, la banque doit identifier les **personnes qui ouvrent** la relation d'affaires. 84

**Une fois la** société **créée**, elle doit être identifiée conformément aux prescriptions applicables aux personnes morales et aux sociétés de personnes (art. 12 ss CDB 20), dans la mesure où elle devient partie contractante de l'intermédiaire financier. Dans la pratique, on n'ouvre généralement pas de nouveau compte, mais on renomme le compte existant en supprimant par exemple la mention « en cours de constitution ». 85

## D. Délégation

### 1. Directives générales

86 Un intermédiaire financier peut déléguer l'identification du cocontractant à des tiers. Dans la pratique, cette procédure est particulièrement intéressante pour l'intermédiaire financier lorsque le **tiers auquel il est fait appel (p. ex. gestionnaire de fortune externe ou intermédiaire)** connaît mieux le prospect et a donc un accès plus familier à ce dernier ou présente une plus grande expertise dans une région géographique. La personne physique ou morale ou la société de personnes mandatée par l'intermédiaire financier pour vérifier l'identité du cocontractant et ayant son siège (résidentiel) en Suisse ou à l'étranger ne peut en principe pas faire appel à d'autres tiers. Une fois la vérification de l'identité effectuée par la personne mandatée, l'intermédiaire financier doit verser une copie des documents d'identification dans son dossier et se faire confirmer par écrit que les copies qui lui ont été transmises sont conformes aux originaux. En ce qui concerne les documents d'identification reçus, l'intermédiaire financier contrôle en aval si le tiers a dûment rempli les obligations de diligence. Il vérifie la plausibilité des résultats d'éventuelles clarifications supplémentaires, par exemple en cas de doute sur les données fournies concernant l'identité du cocontractant. Indépendamment du type de délégation, l'intermédiaire financier reste dans tous les cas responsable, du point de vue du droit de la surveillance, de l'exécution conforme aux obligations des tâches pour lesquelles il a fait appel au tiers.

### 2. Types de délégation

#### a. Délégation avec accord écrit

87 Un intermédiaire financier peut, par convention écrite, confier à un tiers la vérification de l'identité du cocontractant, pour autant qu'il **choisisse soigneusement** la personne mandatée, qu'il l'**instruise** de ses tâches en matière de vérification de l'identité et qu'**il contrôle** le respect des obligations de diligence pendant la durée de la relation contractuelle. Les dispositions d'exécution ne définissent pas les critères déterminants pour le choix minutieux. Dans la pratique, avant de mandater une personne, on vérifie notamment son intégrité (par exemple, vérification des antécédents dans un système de filtrage acheté auprès d'un prestataire externe et/ou demande d'un

extrait de casier judiciaire), ses connaissances spécifiques (par exemple, demande de certificats de formation et/ou de CV) et le respect éventuel d'exigences prudentielles spécifiques (par exemple, inscription dans un registre). Dans le cadre de la convention écrite, l'intermédiaire financier et le tiers mandaté fixent les droits et obligations sur lesquels repose la délégation de l'identification.

### b. Délégation sans convention écrite

88 L'intermédiaire financier n'est pas tenu de conclure une convention écrite en cas de délégation de la vérification de l'identité du cocontractant, pour autant que le tiers mandaté soit un service au sein d'un **groupe ou d'un groupe** et que celui-ci applique un standard de diligence équivalent. Sont également concernées par cette exception les délégations à **d'autres intermédiaires financiers**, à condition que ceux-ci soient soumis à une surveillance et à une réglementation équivalentes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et qu'ils aient pris des mesures pour assumer les obligations de diligence de manière équivalente. Le dossier du client devrait permettre à des tiers compétents de comprendre pourquoi l'identification du cocontractant a été effectuée par une personne mandatée sans accord écrit.

## E. FINMA-RS 2016/7

### 1. Généralités

89 Les règles édictées par la FINMA doivent être conçues de **manière** aussi **neutre** que possible **sur le plan technologique**, afin qu'une concurrence loyale règne entre tous les acteurs des marchés financiers et que les désavantages concurrentiels puissent être évités.

90 Afin de tenir compte de la réglementation dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme également sur le plan numérique, notamment en ce qui concerne l'identification du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique lors de l'établissement de relations d'affaires, la Circ.-FINMA 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne » est entrée en vigueur le 18 mars 2016. L'objectif est d'interpréter les obligations de diligence selon la LBA ainsi que les dispositions d'exécution correspondantes, notamment l'OBA-FINMA, la CDB et le règlement OAR-

ASA en ce qui concerne un environnement numérique, en mettant l'accent sur l'**établissement de relations d'affaires par des canaux électroniques**.

91 La Circ.-FINMA 2016/7 **s'applique** directement aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 LBA. Si la circulaire fait des renvois à l'OBA-FINMA, elle vise également les dispositions analogues de la CDB et du règlement OAR-ASA. La Circ.-FINMA 2016/7 s'applique indirectement aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA par le biais d'un renvoi à cette circulaire dans le règlement OAR ou OOrgA correspondant.

92 Afin d'éviter des désavantages concurrentiels pour les intermédiaires financiers suisses, il faut certainement saluer, dans la perspective d'un environnement international compétitif, la possibilité d'une ouverture de compte numérique. D'un autre côté, un processus purement numérique d'identification par vidéo et en ligne augmente le **risque** d'utilisation de documents d'identification falsifiés ou contrefaits, par exemple. En outre, une infrastructure spécifique et des connaissances spécialisées sont nécessaires, ce qui peut entraîner des coûts élevés, car ces éléments sont généralement achetés à l'extérieur.

93 Dans la **pratique**, l'identification vidéo et en ligne est un aspect central des solutions de services financiers qui sont entièrement numérisées et généralement proposées par ce que l'on appelle les smartphones ou les néobanques. Les banques de détail ont généralement l'identification vidéo et en ligne comme complément à leur offre de services. Dans les banques privées, ces canaux électroniques sont plutôt des cas exceptionnels, car l'échange entre le conseiller à la clientèle et le client est au centre des préoccupations.

### 2. l'identification par vidéo

94 Par identification vidéo, on entend l'identification du cocontractant par **transmission vidéo**. Une identification effectuée de cette manière est assimilée à une identification lors d'une présentation en personne, pour autant que les conditions énoncées aux ch. marg. 6 ss. FINMA 2016/7 est remplie, indépendamment du fait que le cocontractant soit une personne physique, une personne morale ou une société de personnes, ou qu'il y ait plusieurs cocontractants.

Par transmission vidéo, on entend une **communication audiovisuelle en temps réel** (c'est-à-dire une commutation en direct). Pour ce faire, l'intermédiaire financier doit utiliser des moyens techniques appropriés. Ceux-ci doivent d'une part offrir une transmission sûre ainsi qu'une qualité d'image et d'audio appropriée. D'autre part, ils doivent garantir que les informations contenues dans la zone lisible par machine (*Machine Readable Zone*, MRZ) sur le document d'identification puissent être lues et décryptées. 95

D'**un point de vue organisationnel**, l'intermédiaire financier doit établir un processus et un guide d'entretien pour la réalisation de l'entretien d'identification. Les collaborateurs chargés de l'identification par vidéo doivent être formés en conséquence. L'entretien avec le cocontractant doit être enregistré dans son intégralité au moyen d'un enregistrement audio. La qualité des enregistrements doit être contrôlée par échantillonnage et classés en interne de manière à ce qu'un tiers compétent puisse se faire une opinion fiable dans un délai raisonnable. 96

L'identification vidéo des **personnes physiques** est régie par les Cm 5-22 Circ.-FINMA 2016/7. Pour vérifier l'authenticité du document d'identification, l'intermédiaire financier doit, d'une part, lire et décrypter mécaniquement les informations contenues dans la CRM. D'autre part, il doit examiner une caractéristique de sécurité optiquement variable et, en plus, une autre caractéristique de sécurité choisie au hasard. Cela peut également se faire au moyen d'un contrôle visuel tel que l'inclinaison de la carte d'identité. Il s'ensuit que, contrairement à l'identification lors d'une présentation personnelle (physique), seuls des documents d'identification officiels disposant à la fois d'une MRZ et de caractéristiques de sécurité optiques peuvent être présentés lors de l'identification par vidéo. 97

En cas de doute sur l'authenticité du document d'identification ou sur l'identité du cocontractant, ou si la qualité de l'image et/ou du son ne permet pas une identification correcte, la procédure d'identification par vidéo est **interrompue**. L'identification traditionnelle par présentation personnelle ou par correspondance reste alors possible. 98

L'identification par vidéo des **personnes morales et des sociétés de personnes** est régie par les Cm 23-26 Circ.-FINMA 2016/7, en complément des Cm 5-22 Circ.-FINMA 2016/7, qui sont également applicables. Comme pour l'identification traditionnelle, un extrait d'une base de données gérée par 99

l'autorité de registre compétente ou d'un registre fiable géré de manière privée doit être fourni pour l'identification par vidéo, mais sous forme électronique. Il convient de prendre connaissance des dispositions d'autorisation de la partie contractante, également sous forme électronique. L'identité des personnes qui ouvrent les comptes doit être vérifiée conformément aux dispositions des Cm 5-22 Circ.-FINMA 2016/7.

100 L'identification par vidéo doit être effectuée individuellement pour chacun des cocontractants et conformément aux règles correspondantes (Cm 5-22 Circ.-FINMA 2016/7 pour les personnes physiques ; Cm 5-26 Circ.-FINMA 2016/7 pour les personnes morales et les sociétés de personnes), dans la mesure où une **relation d'affaires** est établie **avec plusieurs cocontractants**.

### 3. Identification en ligne

101 L'identification en ligne concerne l'obtention des documents d'identification par **voie de correspondance numérique** et les conditions auxquelles les documents d'identification obtenus par voie numérique peuvent être assimilés aux documents d'identification obtenus par voie traditionnelle.

102 Est **assimilée** à une **simple copie de pièce d'identité** une photographie du document d'identification établie par le cocontractant. Pour que l'intermédiaire financier puisse conserver la photographie dans son dossier, le cocontractant la lui transmet par voie électronique. Les obligations de diligence simplifiées selon l'art. 12 al. 2 OBA-FINMA constituent le principal cas d'application d'une telle photographie non authentifiée du document d'identification.

103 Pour l'**assimilation à la copie de pièce d'identité authentifiée**, la Circ.-FINMA 2016/7 prévoit trois procédures possibles. Pour chacune d'entre elles, seuls les documents d'identification officiels disposant d'une MRZ et de caractéristiques de sécurité optiques peuvent être acceptés.

104 La première procédure selon les Cm 32 ss. FINMA-RS 2016/7 concerne la **copie électronique de la pièce d'identité avec vérification de l'authenticité par l'intermédiaire financier**. Dans ce cadre, l'intermédiaire financier doit obtenir des photographies de toutes les pages pertinentes du document d'identification, d'une part, et du cocontractant lui-même, d'autre part. Ces photographies doivent être comparées entre elles. En outre, il

convient de vérifier la concordance des informations décodées numériquement avec les autres indications figurant sur le document d'identité ainsi qu'avec les données indiquées par le cocontractant dans le cadre de l'établissement de la relation. L'authenticité du document d'identification doit être évaluée à l'aide d'au moins deux éléments de sécurité choisis au hasard. L'intermédiaire financier se fait en outre transférer des fonds par le cocontractant à partir d'un compte ouvert au nom du cocontractant. Il peut y renoncer aux conditions mentionnées au cm 33.1 de la Circ.-FINMA 2016/7. Enfin, dans le cadre de la première procédure, il doit également vérifier l'adresse de domicile du cocontractant. L'intermédiaire financier peut le faire sur la base d'une facture fiscale ou d'une autre facture officielle, d'une facture d'énergie, d'eau ou de téléphone (*Utility Bill*), d'une notification postale, d'un registre public, d'une banque de données gérée par un particulier digne de confiance ou d'un tel répertoire, ou d'une géolocalisation.

La deuxième procédure selon les ch. marg. 38 s. FINMA-RS 2016/7 concerne la **copie électronique de la pièce d'identité avec signature électronique qualifiée**. Dans ce cadre, l'intermédiaire financier doit obtenir, par un canal électronique, une copie électronique de toutes les pages pertinentes du document d'identification. Cette copie de son document d'identification, envoyée par le cocontractant, doit être munie d'une signature électronique qualifiée délivrée par un fournisseur de services de certification reconnu en Suisse, conformément à la SCSE. Les indications figurant sur le document d'identité doivent être vérifiées par l'intermédiaire financier avec celles de la signature électronique qualifiée quant à leur concordance. 105

La troisième procédure selon les Cm 40 s. FINMA-RS 2016/7 concerne l'**attestation d'authenticité numérique**. Celle-ci peut être établie par l'émetteur d'attestations d'authenticité conformément à l'art. 49 OBA-FINMA et transmise à l'intermédiaire financier par voie électronique. Dans la mesure où cet émetteur effectue l'attestation d'authenticité à l'adresse indiquée par le cocontractant comme adresse de domicile lors de la procédure d'ouverture, l'attestation d'authenticité établie de cette manière fournit en même temps l'attestation de domicile selon l'art. 45 al. 2 OBA-FINMA. L'exécution de l'attestation d'authenticité à cette adresse doit ressortir d'une documentation. 106

Pour les **personnes morales et les sociétés de personnes**, les photographies de l'auteur de la relation d'affaires doivent être vérifiées conformément aux directives du cm 32 de la Circ.-FINMA 2016/7. En outre, le 107

cm 43 de la Circ.-FINMA 2016/7 stipule que l'intermédiaire financier doit se faire virer de l'argent par le cocontractant à partir d'un compte libellé au nom du cocontractant. Enfin, il convient de demander un extrait conformément au Cm 24 Circ.-FINMA 2016/7 ainsi que les dispositions relatives aux procurations du cocontractant.

### 4. Recours à des tiers

10 8 **Compte tenu des art. 28 et 29 OBA-FINMA**, l'intermédiaire financier peut confier à des tiers l'exécution de l'identification vidéo et en ligne. La circulaire souligne que ces personnes ou entreprises tierces doivent notamment disposer des connaissances professionnelles et des moyens techniques relatifs aux documents d'identité des pays concernés. Ils doivent transmettre à l'intermédiaire financier les photographies ou les copies électroniques, les enregistrements audio, les déclarations et la documentation (également par voie électronique) qu'ils ont réalisés afin qu'il les intègre à son dossier. L'intermédiaire financier reste dans tous les cas responsable, du point de vue du droit de la surveillance, de l'exécution conforme aux obligations des tâches des tiers auxquels il a fait appel.

10 9 En vertu de l'art. 28 al. 3 OBA-FINMA, les tiers auxquels il est fait appel ne peuvent pas, pour leur part, faire appel à d'autres personnes ou entreprises. Avec cette seule formulation, la constellation fréquente dans laquelle un intermédiaire financier charge un autre intermédiaire financier de vérifier l'identité du cocontractant ne serait plus possible que dans un environnement analogue. Comme cela ne correspondrait pas à l'esprit de la neutralité technologique, le commentaire suivant relatif à l'art. 28 al. 3 OBA-FINMA a été ajouté au tableau sur la neutralité technologique au cm 53 de la Circ.-FINMA 2016/7 à compter du 1er juin 2021 : « Si un intermédiaire financier fait appel à un autre intermédiaire financier et que celui-ci procède à l'identification vidéo et en ligne par le biais de prestataires de services directement mandatés, ces derniers ne sont pas considérés comme d'autres personnes ou entreprises et il n'y a pas de **subdélégation** interdite ».

## III. ART. 3 AL. 2 LBA - OPÉRATIONS DE CAISSE

11 5 Il convient de distinguer les relations d'affaires (durables) au sens de l'art. 3 al. 1 LBA des **opérations financières ponctuelles**, appelées « opérations de caisse ». En vertu de l'art. 3 al. 2 LBA, les intermédiaires financiers ne doivent

procéder à la vérification de l'identité du cocontractant lors d'une opération de caisse que si celle-ci atteint un seuil important et que le cocontractant n'a pas déjà été identifié. Est en principe considéré comme cocontractant le sujet de droit qui effectue l'opération de caisse auprès de l'intermédiaire financier.

## A. Définitions

### 1. OBA-FINMA / CDB 20

Selon l'art. 2 let. b OBA-FINMA, sont considérées comme des opérations de caisse toutes les **opérations en espèces**, en particulier le change, l'achat et la vente de métaux précieux, la vente de chèques de voyage, la libération en espèces de titres au porteur, d'obligations de caisse et d'obligations d'emprunt et l'encaissement en espèces de chèques, pour autant qu'aucune relation d'affaires durable ne soit liée à ces opérations. Ce qui est déterminant dans un cas particulier, ce n'est pas le règlement en espèces au sens d'une réception ou d'une remise physique d'une valeur patrimoniale. Au contraire, l'exécution de l'opération financière ponctuelle ne doit pas se faire par le biais d'un compte existant et ne doit pas entraîner une autre relation du cocontractant avec l'intermédiaire financier. 11 6

### 2. l'OBA-CFB

Les dispositions d'exécution relatives au secteur des maisons de jeu bénéficiant d'une concession font une distinction entre les **jeux terrestres et les jeux en ligne**. Ces deux types de jeux peuvent donner lieu à des opérations financières ponctuelles qui obligent la maison de jeu concessionnaire à identifier le joueur, et donc son cocontractant, lorsqu'un seuil significatif est atteint. Sont considérés comme des opérations financières ponctuelles pertinentes, dans le cas des jeux terrestres, l'achat et la vente de jetons à la maison de jeu ; le paiement provenant de jeux d'argent exploités de manière automatisée ; l'émission et l'encaissement de chèques ; le change de devises et de coupures ; et, dans le cas des jeux exploités en ligne, le versement sur un compte joueur propre selon l'art. 50, al. 1, OLMJ ainsi que le transfert de gains et d'avoirs sur un compte de paiement propre selon l'art. 50, al. 2, OLMJ. 11 7

### 3. OBA-DFJP

11 8 Selon l'art. 2 let. b OBA-DFJP, sont considérées comme des opérations de caisse dans le secteur des jeux de grande envergure toutes les **opérations en espèces avec des joueurs**, notamment le paiement de gains de jeu en espèces, ainsi que le paiement de gains de jeu par virement bancaire ou postal, pour autant qu'aucune relation d'affaires durable ne soit liée à ces opérations. L'OBA-DFJP fait une distinction entre les opérations de caisse pour les jeux de grande envergure organisés en ligne et ceux qui ne le sont pas. Dans le cadre des jeux de grande envergure qui ne sont pas organisés en ligne, l'organisateur doit identifier le joueur dès lors que le versement d'un gain de jeu atteint l'un des seuils importants prévus. Dans le cadre des jeux de grande envergure organisés en ligne, l'obligation d'identification s'applique dès lors qu'un joueur effectue des versements sur son propre compte joueur ou des virements de son compte joueur vers son propre compte de paiement d'une valeur importante. Selon l'art. 2 let. c OBA-DFJP, il y a relation d'affaires durable lorsque l'organisateur du grand jeu met à la disposition du joueur un compte pour les crédits de jeu. Dans le cas des jeux de grande envergure organisés en ligne, l'organisateur met en principe un compte de crédits de jeu à la disposition du joueur. La participation à un grand jeu organisé en ligne nécessite en principe un compte de crédits de jeu mis à disposition par l'organisateur. Un compte de jeu pour les crédits de jeu suppose en règle générale l'enregistrement, y compris l'identification du joueur. Par conséquent, les opérations financières soumises à l'obligation d'identification du cocontractant en vertu de l'art. 4 al. 1 OBA-DFJP ne sont pas qualifiées d'opérations de caisse au sens propre du terme.

### 4. OBA-LBA

11 9 Dans le commerce des métaux précieux bancaires, on entend par opération de caisse l'**achat et la vente de métaux précieux en espèces**, pour autant qu'aucune relation d'affaires durable ne soit liée à ces opérations. On parle de relation d'affaires durable au sens de l'ordonnance dans la mesure où il existe une relation de clientèle entre le cocontractant et un essayeur du commerce suisse ou une société suisse du groupe au sens de l'art. $^{42bis}$ LCMP, qui ne se limite pas à l'exécution d'une activité unique soumise à l'obligation d'assujettissement.

## B. Seuil significatif

Les seuils importants prévus à l'art. 3 al. 5 LBA en relation avec les dispositions d'exécution (voir ci-dessous, chapitre VI, N. 134 ss.) peuvent être atteints ou dépassés par **une ou plusieurs transactions liées entre elles**. La conclusion répétée d'opérations de caisse juste en dessous de la valeur seuil importante ( **smurfing**) est considérée comme un indice de blanchiment d'argent. 120

## C. Absence d'identification préalable

Un cocontractant est considéré comme n'étant pas déjà identifié lors d'une opération de caisse s'il n'entretient **pas** de **relation d'affaires** (durable) avec l'intermédiaire financier **ou** s'il n'a pas déjà été dûment **identifié** lors de certaines **opérations de caisse antérieures**. Même s'il n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle identification, l'intermédiaire financier vérifie la régularité de la documentation d'identification existante et s'assure que le cocontractant est bien la personne qui a déjà été identifiée. Dans tous les cas, les ayants droit économiques doivent toutefois être identifiés. 121

# IV. ART. 3 AL. 3 LBA - PRIMES D'ASSURANCE

L'art. 3, al. 3, LBA oblige les institutions d'assurance à n'identifier leur cocontractant pour les opérations financières prépondérantes que si, par analogie avec les opérations de caisse au sens de l'art. 3, al. 2, LBA, un seuil important est atteint ou dépassé. Lors du calcul de la valeur seuil importante, il faut tenir compte des éventuelles déductions/suppléments de primes. On se base soit sur le montant de la prime unique, soit, dans le cas de primes périodiques, sur le **volume** total **des primes, y compris les impôts**, qui sont dues **selon la police** . 122

Si l'institution d'assurance soupçonne que la conclusion de plusieurs contrats d'assurance ou comptes de primes avec des paiements de primes inférieurs à la limite minimale vise à contourner l'obligation d'identification (ce que l'on appelle **le smurfing**), elle doit quand même identifier le cocontractant. Un tel soupçon existe lorsque, compte tenu de l'ensemble des circonstances, aucune raison objectivement justifiée ne permet de conclure plusieurs contrats d'assurance-vie ou comptes de primes. 123

12 4 Les institutions d'assurance ne doivent pas non plus identifier à nouveau un cocontractant qui a déjà été identifié dans le cadre d'une relation d'affaires existante, en cas d'**extension** de la **relation d'affaires**.

## V. ART. 3 AL. 4 LBA - SOUPÇON DE BLANCHIMENT D'ARGENT

12 5 L'art. 3, al. 4, LBA dispose que si, dans les cas visés aux al. 2 et 3, il existe **des indices** de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, la vérification de l'identité du cocontractant doit être effectuée même si les seuils importants ne sont pas atteints. Le risque de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme existe également pour les transactions financières inférieures aux seuils respectifs.

12 6 Pour les gestionnaires de fortune externes, cette réglementation est explicitement **mise en œuvre** à l'art. 51 al. 3 OBA-FINMA , pour les banques à l'art. 6 al. 2 CDB 20, pour les entreprises d'assurance à l'art. 3 al. 2 R OAR-ASA. L'OBA-CFB et l'OBA-DFJP ne contiennent pas de dispositions de mise en œuvre explicites, mais l'art. 3 al. 4 LBA doit également être appliqué par les maisons de jeu et les organisateurs de jeux de grande envergure. L'OBA-LBA stipule explicitement que le cocontractant doit être identifié dans tous les cas lorsqu'il existe des indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme possibles.

12 7 S'il existe des indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, le **destinataire d'un transfert d'argent ou de valeurs** (de l'étranger vers la Suisse) doit également être identifié dans tous les cas, conformément à l'art. 52 al. 2 phrase 2 OBA-FINMA.

12 8 Par éléments de soupçon au sens de l'art. 3 al. 4 LBA, on entend **des indices concrets** de blanchiment d'argent. Ceux-ci ne doivent pas nécessairement atteindre le degré de gravité d'un « soupçon fondé » au sens de l'art. 9 al. 1quater LBA. Il convient donc de se référer aux documents relatifs au droit de communication selon l'art. 305ter, al. 2, CP et à l'obligation de communiquer selon l'art. 9, al. 1, LBA.

12 9 Pour le **droit de communication**, les insinuations ou les vagues impressions ne suffisent pas. Les indices qui indiquent des valeurs patrimoniales incriminées peuvent être communiqués en tant que « perceptions ». Un indice

de blanchiment d'argent suffit déjà, il n'est pas nécessaire d'avoir une certitude. En ce qui concerne l'**obligation de communiquer**, le Tribunal fédéral a déclaré dans sa jurisprudence la plus récente : « Si, dans le cadre de vérifications des antécédents au sens de l'art. 6 al. 2 LBA [...], le soupçon ne peut pas être écarté, il est considéré sans autre comme fondé. » Dans l'arrêt du 11 janvier 2021, le Tribunal fédéral a en outre renvoyé au message relatif à la LBA de 1996, qui stipulait déjà que les soupçons qui ne pouvaient être écartés devaient faire l'objet d'une communication, ce qui correspond à la logique de la LBA ainsi qu'au but de cette loi.

C'est dans ce contexte qu'il faut considérer l'art. 3 al. 4 LBA. S'il existe un indice concret de blanchiment d'argent, le cocontractant doit être identifié dans tous les cas. Sur la base de l'élément de suspicion existant, l'intermédiaire financier doit procéder aux vérifications d'antécédents correspondantes conformément à **l'art. 6 al. 2 LBA**. Ce n'est que lorsque la présomption qu'il s'agit de valeurs patrimoniales incriminées ne peut pas être renversée que la relation d'affaires doit être communiquée au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent. La seule présence d'un soupçon ne conduit pas directement à une communication au sens de l'art. 9 al. 1 LBA. L'identification initiale du cocontractant doit permettre de s'assurer qu'une telle déclaration pourrait être effectuée. 130

**L'annexe de l'OBA-FINMA** énumère les indices possibles de blanchiment d'argent. Cette liste n'est pas exhaustive et contient, aux ch. 3.1.1 à 3.1.8, les indices spécifiques suivants pour les opérations de caisse : Change d'un montant important de billets de banque (étrangers et suisses) de petite valeur nominale en billets de banque de grande valeur nominale ; change d'un montant important sans comptabilisation sur un compte client ; encaissement de montants importants au moyen de chèques, y compris de chèques de voyage ; achat ou vente de grandes quantités de métaux précieux par des clients occasionnels ; Achat de chèques bancaires d'un montant important par des clients au fil de l'eau ; ordres de virement à l'étranger par des clients au fil de l'eau sans motif légitime apparent ; conclusion répétée d'opérations au comptant juste en dessous de la limite d'identification ; acquisition de titres au porteur par livraison physique. 131

Selon le **commentaire R OAR-ASA**, des indices d'inhabitualité et donc de possibles soupçons de blanchiment d'argent peuvent également apparaître pendant la durée du contrat. C'est le cas par exemple. C'est le cas lorsque le 132

cocontractant souhaite verser en espèces un montant supérieur à CHF 15'000 ; lorsque l'environnement économique ou les connaissances et l'expérience du client ne sont pas ou plus compatibles avec le contrat ; lorsque la construction du contrat laisse supposer qu'un but criminel doit être atteint ; lorsque le but de la conclusion du contrat n'est pas reconnaissable ou semble tout à fait insensé sur le plan économique ; le cocontractant exige une déclaration de garantie en plus de la police d'assurance ; une relation d'affaires est établie avec des unités patrimoniales dont aucune personne déterminée n'est l'ayant droit économique, ou en cas de relations d'affaires avec des associations de personnes, des trusts et des sociétés de domicile ; ou la conclusion apparaît d'une autre manière inhabituelle, à moins que sa légitimité ne soit reconnaissable.

13 3 Il existe de nombreux indices de blanchiment d'argent. Ceux que l'on connaît aujourd'hui ne doivent pas être considérés comme exhaustifs, au contraire, de nouveaux éléments viendront sans cesse s'y ajouter, par exemple en raison de la numérisation croissante des activités liées aux valeurs patrimoniales virtuelles. Selon Wyss, tout soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme doit être pris en compte. On peut être d'accord avec cela. **En cas de doute**, l'intermédiaire financier doit opter pour une identification du cocontractant.

## VI. ART. 3 AL. 5 LBA - ORGANISMES FIXANT LES VALEURS SEUILS

13 4 En introduisant des valeurs seuils, le législateur poursuit l'objectif de maintenir dans des limites raisonnables les efforts de clarification et de documentation des intermédiaires financiers pour certains types d'opérations financières. Cette conséquence du **principe de proportionnalité** se fonde sur l'hypothèse que le risque de blanchiment d'argent est considéré comme faible pour les petites sommes. Conformément à l'art. 3 al. 5 LBA, la FINMA, les OAR, la CFMJ, le DFJP et l'OFAC sont responsables de la fixation des seuils et de leur importance en relation avec l'art. 3 al. 2 (opérations de caisse) et al. 3 LBA (primes d'assurance).

## A. FINMA

Dans le cadre de sa compétence, la FINMA a fixé les seuils suivants comme 13
importants : **CHF 15'000** ou plus pour les opérations au comptant ; **CHF** 5
**5'000** ou plus pour les opérations de change ; **CHF 1'000** ou plus pour les opérations financières ponctuelles avec des monnaies virtuelles ; **CHF 1'000** ou plus pour les transferts de fonds et de valeurs de l'étranger vers la Suisse ; et **CHF 0**, dans la mesure où les transferts de fonds et de valeurs ont lieu de la Suisse vers l'étranger. Le règlement ne prévoit pas de délai pour le calcul de plusieurs transactions liées entre elles pour atteindre les seuils susmentionnés.

## B. ASB

L'ASB n'est pas mentionnée à l'art. 3 al. 5 LBA et n'est pas considérée comme 13
un organisme d'autorégulation au sens des art. 24 ss. LBA. Sur la base de l'art. 6
7 al. 3 LFINMA, la FINMA a toutefois reconnu l'autorégulation du secteur bancaire comme standard minimal. Selon l'art. 4 al. 2 let. g CDB 20, les banques doivent identifier le cocontractant lors d'opérations au comptant portant sur des montants supérieurs à **15 000 CHF**. La CDB 20 ne définit pas de période pour le calcul de plusieurs transactions liées entre elles pour atteindre le seuil.

## C. OAR - Exemple de l'OAR-ASA

L'OAR-ASA est considéré comme un organisme d'autorégulation reconnu au 13
sens des art. 24 ss. LBA. A l'art. 3 al. 1 R OAR-ASA, elle précise donc que, pour 7
les opérations financières prépondérantes, un ou des paiements de primes supérieurs à **CHF 15'000** déclenchent l'identification du cocontractant. Pour le calcul des primes des assurances-vie conventionnelles avec parts d'épargne et des assurances-vie liées à des participations, une période de cinq ans est applicable par contrat pour atteindre le seuil mentionné.

## D. CFMJ

En ce qui concerne l'identification du cocontractant, la CFMJ prévoit, pour 13
diverses opérations financières ponctuelles, un seuil important de **4 000 CHF** 8
ou plus, qui doit être atteint par un joueur dans les 24 heures. Pour les jeux terrestres, les maisons de jeu titulaires d'une concession sont libres d'identifier et d'enregistrer tous les joueurs, indépendamment de tout seuil. Les raisons

d'une telle procédure dans la pratique sont notamment l'allègement de la surveillance des transactions (entre autres la suppression du contrôle des valeurs seuils ou du « smurfing » pour contourner d'éventuelles mesures d'identification) ainsi que la prise de mesures de protection sociale (entre autres la dépendance au jeu ou la prévention de la participation de mineurs).

## E. DFJP

139 Pour les **jeux de grande envergure qui ne sont pas organisés en ligne**, le montant des seuils importants s'oriente en principe sur le type de participation au jeu de grande envergure. Le DFJP définit donc les valeurs seuils pour les opérations de caisse des **jeux de grande envergure qui ne sont pas organisés en ligne** comme suit : paiements de gains de jeu de 5 000 francs ou plus pour les billets électroniques, de 10 000 francs ou plus pour les billets imprimés et de 15 000/25 000 francs ou plus pour tous les autres jeux de grande envergure qui ne sont pas organisés en ligne. Les mêmes seuils s'appliquent, compte tenu d'une période de calcul de trente jours, aux jeux de grande envergure exploités en ligne, même si les opérations financières qui y obligent à identifier le cocontractant ne constituent généralement pas des opérations au comptant au sens propre du terme. Le montant des seuils importants pour les jeux en ligne varie en fonction du type de transaction (i.c. paiement entrant vs. paiement sortant du compte du joueur), du pourcentage des mises sur une période de 30 jours pour les jeux en ligne avec un certain taux de redistribution ou du fait qu'il s'agit ou non de gains de jeu.

## F. OFAC

140 Dans le cadre de sa compétence, l'OFAC a fixé les seuils suivants : **15 000 CHF** ou plus pour les opérations au comptant ; **5 000 CHF** ou plus pour les opérations sur devises ; **1 000 CHF** ou plus pour les transactions en monnaie virtuelle, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un transfert de valeurs patrimoniales et qu'aucune relation d'affaires durable n'y soit liée ; **1 000 CHF** ou plus pour les transferts de valeurs patrimoniales de l'étranger vers la Suisse ; et **0 CHF**, si des transferts de valeurs patrimoniales ont lieu de la Suisse vers l'étranger. Le règlement ne prévoit pas de délai pour le calcul de plusieurs transactions liées en vue d'atteindre les seuils importants susmentionnés.

# VII. SANCTIONS EN CAS DE VIOLATION DE L'OBLIGATION D'IDENTIFICATION

## A. LFINMA, LBA, OBA-FINMA

En sanctionnant, les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales remplissent leurs tâches et poursuivent en outre aussi bien leurs objectifs de surveillance que leurs objectifs stratégiques. La lutte contre le blanchiment d'argent fait partie des objectifs stratégiques de la **FINMA**. 14 1

En cas d'indices de manquements au droit de la surveillance ou d'infractions à la loi, la FINMA procède d'abord **à des enquêtes préliminaires** informelles. De tels indices peuvent résulter de l'activité de surveillance de la FINMA (p. ex. ses propres contrôles sur place ou les rapports d'audit des sociétés d'audit). Des dénonciations d'autorités tierces, des plaintes de clients ou des articles de presse peuvent également déclencher des enquêtes préalables. En outre, les assujettis et les sociétés d'audit doivent annoncer sans délai à la FINMA les événements qui revêtent une importance majeure pour la surveillance. En relation avec l'obligation d'identification selon l'art. 3 LBA, il convient également d'attirer l'attention sur la communication à la FINMA d'infractions ou de décisions par la Commission de surveillance CDB ainsi que par les OOrgA et OAR respectifs. 14 2

Si des indices laissent supposer des violations des dispositions du droit de la surveillance, la FINMA ouvre une **procédure d'enforcement**. Celle-ci est régie par la PA, qui régit aussi bien la procédure de première instance devant la FINMA que la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral. L'enforcement contribue à la réalisation des objectifs de surveillance et des objectifs stratégiques et a pour but d'éliminer les irrégularités, de rétablir l'ordre légal et de sanctionner préventivement les infractions à la loi. Il est utilisé de manière ciblée en cas de violations graves du droit de la surveillance. 14 3

Une **violation grave des dispositions du droit de la surveillance** au regard de l'art. 3 LBA se détermine selon les critères d'ouverture d'une procédure d'enforcement et la circulaire FINMA 2013/3. L'évaluation de la gravité de la violation de l'art. 3 LBA peut être divisée en deux groupes de cas : « erreurs systématiques » et « cas isolés ». Une violation systématique de l'art. 3 LBA constitue une violation grave d'une disposition du droit de la surveillance. Il 14 4

s'agit par exemple du fait que des identifications vidéo effectuées pendant des mois ne sont plus compréhensibles ou ne sont plus du tout disponibles en raison d'une mauvaise qualité des données ou d'autres problèmes informatiques. En revanche, une violation unique, ponctuelle et secondaire des obligations légales relatives aux marchés financiers ne suffit pas pour ouvrir une procédure d'enforcement. Une violation unique d'une obligation centrale, comme par exemple l'obligation de renseigner selon l'art. 29 LFINMA, peut toutefois entraîner une procédure d'enforcement. L'obligation d'identification selon l'art. 3 LBA constitue également une telle obligation de diligence centrale. On peut penser ici par exemple au cas où l'identification n'est pas effectuée malgré des soupçons évidents de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme dans le cadre d'une opération de caisse. Ou encore, les doutes concernant l'identité du cocontractant sont sciemment ignorés et ne sont pas clarifiés davantage. Dans chaque cas, l'intensité du manquement aux obligations ainsi que l'importance des obligations non respectées sont déterminantes. Enfin, la FINMA évalue dans le cadre de son pouvoir d'appréciation s'il s'agit d'une violation grave. Elle concrétise ainsi cette notion juridique indéterminée.

14 5 Les art. 30 ss. LFINMA énumèrent les **instruments de surveillance** suivants dont dispose la FINMA en cas de violation des obligations de la LBA : Rétablissement de l'ordre légal selon l'art. 31 LFINMA ; constatation de la violation grave du droit de la surveillance par voie de décision et d'exécution par substitution selon l'art. 32 LFINMA ; interdiction d'exercer d'une durée maximale de cinq ans selon l'art. 33 LFINMA ; interdiction temporaire ou permanente d'exercer une activité selon l'art. 33a LFINMA ; publication de la décision finale entrée en force avec indication des données personnelles selon l'art. 34 LFINMA ; confiscation du gain obtenu illégalement ou des pertes évitées selon l'art. 35 LFINMA ; désignation d'un chargé d'enquête indépendant et compétent selon l'art. 36 LFINMA ; retrait de l'autorisation, de la reconnaissance, de l'agrément ou de l'enregistrement selon l'art. 37 LFINMA. Seule une violation quelconque de la loi suffit pour le « rétablissement de l'ordre légal », sinon tous les instruments de surveillance susmentionnés supposent une violation grave des dispositions du droit de la surveillance .

14 6 Parmi les dispositions pénales, la **LBA** ne mentionne que la violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 en relation avec l'art. 37 LBA. LBA

ainsi que la violation de l'obligation de vérification par les commerçants selon l'art. 15 en relation avec l'art. 37 LBA. art. 38 LBA. Les infractions aux autres obligations de diligence et de comportement selon les art. 3 ss. LBA ne sont pas sanctionnées.

En cas de violation des dispositions de l'**OBA-FINMA**, la garantie d'une activité irréprochable exigée de l'intermédiaire financier peut être remise en question conformément à l'art. 9 al. 1 OBA-FINMA. Pour les intermédiaires financiers soumis à la surveillance prudentielle de la FINMA, cette possibilité de sanction découle déjà des conditions générales d'autorisation, voir pour les banques l'art. 3 al. 2 let. c LB et pour les entreprises d'assurance l'art. 14 al. 1 LSA. Les violations graves peuvent entraîner, conformément à l'art. 9 al. 2 OBA-FINMA, une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA et la confiscation du gain réalisé grâce à ces violations au sens de l'art. 35 LFINMA. En ce qui concerne l'interdiction d'exercer, il convient de noter que la « personne responsable » de la violation peut se voir interdire une « activité à un poste de direction ». Il n'est donc pas nécessaire que la personne concernée ait déjà occupé un poste de direction au moment de sa faute. 147

## B. CDB

Si les banques domiciliées en Suisse signent la CDB, elles sont soumises, en plus du système de sanctions prudentielles prévu aux art. 30 ss. LFINMA, elles sont également soumises au **système de sanctions monétaires** prévu par la CDB, conformément aux art. 58 ss. La CDB 20 a un caractère de droit privé. 148

En cas de soupçon de violation de contrat, le **chargé d'enquête CDB** procède aux investigations nécessaires et propose à la Commission de surveillance CDB d'engager une procédure de sanction ou de suspendre tout ou partie de la procédure. Par le biais d'une **autodénonciation**, la banque peut demander une procédure abrégée dans les cas simples. Pour ce faire, elle doit remettre l'intégralité du dossier ainsi qu'un rapport de la société d'audit, ce qui permet de supprimer la procédure d'enquête et de ne mener que la procédure de sanction. 149

La **Commission de surveillance CDB** est compétente pour clarifier et sanctionner les violations du Code de déontologie. Dans le cadre de la 150

procédure de sanction, elle détermine la peine conventionnelle appropriée ou clôt tout ou partie de la procédure.

15 1 Les dispositions relatives aux sanctions de la CDB font la distinction entre les cas bénins et les violations des prescriptions du Code de déontologie qui ne peuvent pas être qualifiées de cas bénins. D'une manière générale, il y a **cas de peu d'importance** lorsque le but de la CDB, spécifique au blanchiment d'argent, a été atteint malgré des lacunes formelles. L'article 63 CDB 20 énumère quelques exemples non exhaustifs. La procédure à l'encontre de la banque fautive doit être classée sans sanction s'il s'agit d'un cas mineur.

15 2 Une défaillance systémique de la banque ne constitue pas un cas mineur. La violation des règles de déontologie peut aussi consister en une simple différence d'interprétation de la ou des dispositions CDB concernées. En cas de violation des règles de conduite, la banque fautive peut se voir infliger une **peine conventionnelle** pouvant aller jusqu'à dix millions de francs. Pour la calculer, il faut tenir compte de la gravité de la violation de la/des disposition(s) CDB, du degré de la faute, de la situation financière de la banque ainsi que des mesures imposées par d'autres instances dans la même affaire. En cas de non-paiement de la peine conventionnelle infligée, l'art. 68 CDB 20 prévoit la procédure d'arbitrage. Les décisions du tribunal arbitral sont susceptibles de recours conformément aux art. 389 ss. CPC sont ouverts.

15 3 La Commission de surveillance CDB informe la **FINMA** de ses décisions. La société d'audit doit également annoncer à la FINMA (ainsi qu'à la Commission de surveillance CDB) les violations du code de conduite qui ne peuvent être qualifiées de cas mineurs. Les faits annoncés à la FINMA peuvent contenir non seulement des infractions aux prescriptions de la CDB, mais aussi des violations d'autres dispositions du droit de la surveillance et du droit pénal.

## C. OAR - Exemple de l'OAR-ASA

15 4 L'OAR-ASA a pour mission de garantir le respect des obligations de diligence légales et réglementaires par les entreprises d'assurance qui lui sont affiliées. A cette fin, elle édicte, sur la base de l'art. 10 de ses propres statuts et en concertation avec la FINMA, un **RPC OAR-ASA** spécial et y définit les procédures de contrôle internes et externes nécessaires, le système de sanctions ainsi que les voies de recours. L'obligation d'édicter un règlement correspondant découle de l'art. 25 LBA.

En cas de violation des obligations découlant de la LBA et/ou des règlements de l'OAR-ASA, il incombe au comité de l'OAR-ASA de prendre les mesures nécessaires au **rétablissement de l'état légal**. L'entreprise d'assurance fautive a le droit d'être entendue avant qu'une telle décision ne soit prise. 155

En outre, le comité de l'OAR-ASA peut décider de sanctions. Il peut prononcer un **avertissement** ou infliger une **amende** pouvant aller jusqu'à un million de francs. De telles amendes sont encaissées et peuvent être versées en tout ou partie à des organisations d'utilité publique. Les sanctions de l'OAR-ASA relèvent du droit privé et peuvent être contestées auprès d'un tribunal arbitral. Les décisions du tribunal arbitral peuvent faire l'objet d'un recours conformément aux art. 389 et suivants du Code civil suisse. CPC sont ouverts. 156

## D. Gérants de fortune externes et trustees

158 Avec l'entrée en vigueur de la LEFin le 1er janvier 2020, les gestionnaires de fortune externes et les trustees devront disposer d'une autorisation de la FINMA et s'affilier à une **organisation de surveillance (OOrgA)** autorisée par la FINMA. Ils sont considérés comme des intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle au sens de l'art. 2 al. 2 let.$^{abis}$ LBA. Avec la surveillance prudentielle, l'OOrgA assume également les tâches de surveillance selon la LBA.

Les violations des lois, ordonnances et règlements par les affiliés sont clarifiées et examinées en premier lieu par l'OOrgA. L'OOrgA peut ordonner **des mesures** appropriées, comme par ex : fixer des délais pour rétablir une situation conforme à la loi et au règlement, envoyer une invitation à un entretien de surveillance, imposer des conditions de nature personnelle ou organisationnelle, fixer des délais pour l'établissement de rapports réguliers sur certains événements ou faits. Une annonce à la FINMA a lieu lorsque les mesures ordonnées par l'OOrgA ne sont pas respectées par les affiliés (les délais passent sans être utilisés, l'entretien de surveillance est refusé, etc.) Les infractions graves sont directement signalées à la FINMA. 159

La **compétence en matière de sanctions** reste toutefois du ressort de la FINMA. Si l'OOrgA constate, dans le cadre de sa surveillance courante, des infractions aux dispositions du droit de la surveillance, la FINMA prononce des sanctions conformément aux instruments de surveillance dont elle 160

dispose en vertu des art. 30 ss. LFINMA. Une décision de la FINMA peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral conformément à la PA.

*Le présent commentaire ne fait que refléter les interprétations et les points de vue des auteurs. Aucune conclusion ne peut être tirée sur la pratique des employeurs des auteurs.*

## BIBLIOGRAPHIE

Basse-Simonsohn Detlev Michael, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, Berner Bankrechtliche Abhandlungen Band 11, Bern 2002.

Blattner-Schmutz Nadine/Meyer Patrick K., Vorbemerkungen zu Art. 3 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Brunner Genevieve, Der Tod des Bankkunden, Zürich 2011.

Cincelli Roman, Der Common Law Trust – Grundlagen, rechtvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus Sicht der Schweiz, Diss., Zürich 2017.

De Capitani Werner, Geldwäschereigesetz (GwG), Einleitung zu Kapitel 2: Die Pflichten der Finanzintermediäre, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002 (zitiert: OK-II-De Capitani, GwG Einl. 2. Kap. N. X).

De Capitani Werner, Geldwäschereigesetz (GwG), Kommentierung zu Art. 3 GwG, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002 (zitiert: OK II-De Capitani, GwG 3 N X).

Dobrauz-Saldapenna Günther/Derungs Corsin, Kommentierung zu Art. 3 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2017.

Eymann Patric, V. Enforcementverfahren der FINMA / 26. Eröffnung des Verfahrens und Kriterien dazu, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Aufl., Bern 2022, S. 105–107.

Graber Christoph K., Kommentierung zu Art. 3 GwG, in: Graber Christoph K./ Oberholzer Dominik (Hrsg.), Das Neue Geldwäschereigesetz, Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen, 3. Aufl., Zürich et al. 2009.

Heim Kathrin/Wettstein Tamara, VSB 2020, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. Aufl., Zürich 2019.

Hsu Peter Ch./Bahar Rashid/Flühmann Daniel, Kommentierung zu Art. 33 FINMAG, in: Watter Rolf/ Bahar Rashid (Hrsg.), Finanzmarktaufsichtsgesetz/ Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Kuhn Christoph, Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, Zürich 2015 (zitiert: Kuhn, Berufsverbot, S. X).

Kuhn Christoph, XIV. Massnahmen der FINMA, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Aufl., Bern 2022, S. 370–403 (zitiert: Kuhn, Finanzmarktenforcement, S. X).

Kuhn Christoph/Wyss David, XIV. Massnahmen der FINMA, in: Zulauf Urs/ Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Aufl., Bern 2022, S. 351–359.

Kuster Matthias, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305er Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: Jusletter 26.6.2017.

Landolt Kaspar/Gemperli Dominique Lea, Kommentierung zu Art. 3 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht - Mit neuem Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Bern 2023.

Müller Thomas / Lötscher Matthias, Kommentierung zu Art. 6 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Rayroux François/du Pasquier Shelby, Kommentierung zu Art. 22 FINMAG, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Finanzmarktaufsichtsgesetz/ Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Schönknecht Florian, IV. Vorabklärungen im FINMA-Enforcement, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Aufl., Bern 2022, S. 65–92.

Strasser Othmar, Die Delegation von Sorgfaltspflichten gemäss Geldwäschereigesetz durch eine Bank, in: Waldburger Robert/Baer Charlotte M./Nobel Ursula/Bernet Benno (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 651–680.

Taube Tamara, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht Band 9, Zürich/St. Gallen 2013.

Tanner André, Der bankinterne Compliance Officer, in: Jusletter 30.9.2019 (zitiert: Tanner, Compliance Officer, S. X).

Tanner Kathrin, XIX. Rechtsmittel gegen Verfügungen der FINMA, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Aufl., Bern 2022, S. 528–541 (zitiert: Tanner, Finanzmarktenforcement, S. X).

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 3 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar (AMLA Commentary), Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws), 3. Aufl., Zürich 2019.

Zulauf Urs/Wyss David, III. Finanzmarktenforcement der FINMA – Übersicht / 11. Enforcementverfahren als Verwaltungsverfahren, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Aufl., Bern 2022, S. 33–36.

Zulauf Urs, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz: zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1994, S. 359–535 (zitiert: Zulauf, Gläubiger- und Vertrauensschutz, S. X).

Zulauf Urs, II. Grundlagen des Finanzmarktenforcement, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement - Verfahren zur Durchsetzung des

Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Aufl., Bern 2022, S. 13–29 (zitiert: Zulauf, Finanzmarktenforcement, S. X).

## MATÉRIAUX

Aufsichtskommission VSB, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1990–1992, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1992–1994, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995–1997, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998–2001, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005–2010, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2011–2016, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1.1.–30.6.2017, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1.1.–30.6.2018, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1.7.–31.12.2018, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1.1.–30.6.2019, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1.7.–31.12.2020, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1.1.–30.6.2021, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1.7.–31.12.2022, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtskommission VSB, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1.1.–30.6.2023, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/themen/regulierung-compliance/geldwaeschereibekaempfung, besucht am 4.9.2024.

Aufsichtsorganisation AOOS - Schweizerische Aktiengesellschaft für Aufsicht, Reglement der Aufsichtsorganisation nach Finanzinstituts- und Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 1.1.2023, abrufbar unter www.aoos.ch/dataset/file/7653-20230306-aoos-ao-reglement-pdf, besucht am 4.9.2024.

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17.6.1996, BBl 1996 III S. 1101 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 4.9.2024.

Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Group d'action financière (GAFI) vom 15.6.2007, BBl 2007 S. 6269 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/938/de, besucht am 4.9.2024.

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30.6.1993, BBl 1993 III 277 ff., abrufbar unter www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/3_277_269_193/de, besucht am 4.9.2024.

Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4.11.2015, BBl 2015 8901 ff., abrufbar unter www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2015/2141/de, besucht am 4.9.2024.

Casino Zürichsee AG, Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Nutzung des Spielangebots auf der Spielplattform, abrufbar unter: https://online.swisscasinos.ch/agb, besucht am 4.9.2024.

EJPD, Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zu den Verordnungen zum Geldspielgesetz (VGS, SPBVEJPD, GwV-EJPD) vom 22.10.2018, abrufbar unter www.esbk.admin.ch/esbk/de/home/rechtsgrundlagen/gesetzgebung.html, besucht am 4.9.2024.

ESBK, Tätigkeitsbericht 2022 vom 6.2023, abrufbar unter: https://www.esbk.admin.ch/esbk/de/home/publiservice/publikationen.html, besucht am 4.9.2024.

FATF, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Switzerland, Fourth Round Mutual Evaluation Report, 2016, Paris, abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/images/mer/mer-switzerland-2016.pdf.coredownload.inline.pdf, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Erläuterungsbericht zur Zusammenführung der Geldwäschereiverordnungen der FINMA vom 8.6.2010, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/dokumentation/archiv/abgeschlossene-anhoerungen/2010/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Erläuterungsbericht zur Totalrevision der GwV-FINMA vom 11.2.2015, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/dokumentation/archiv/abgeschlossene-anhoerungen/2015/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA vom 8.3.2022, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/dokumentation/archiv/abgeschlossene-anhoerungen/2022/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Erläuterungsbericht zum Rundschreiben 2016/7 «Video- und Online-Identifizierung» vom 21.12.2015, abrufbar unter www.finma.ch/de/dokumentation/archiv/abgeschlossene-anhoerungen/2016/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Erläuterungsbericht zum Rundschreiben 2016/7 «Video- und Online-Identifizierung» vom 13.2.2018, abrufbar unter www.finma.ch/de/dokumentation/archiv/abgeschlossene-anhoerungen/2018/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Erläuterungsbericht zum Rundschreiben 2016/7 «Video- und Online-Identifizierung» vom 16.11.2020, abrufbar unter www.finma.ch/de/dokumentation/archiv/abgeschlossene-anhoerungen/2020/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Jahresbericht 2017, abrufbar unter https://www.finma.ch/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/20180327-jahresbericht-2017.pdf, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Leitlinien zum Enforcement vom 25.9.2014, abrufbar unter www.finma.ch/de/finma/taetigkeiten/leitlinien/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Liste der aktuell anerkannten Selbstregulierungen, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/dokumentation/selbstregulierung/anerkannte-selbstregulierung/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Liste der aktuell bewilligten Selbstregulierungsorganisationen, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/bewilligung/selbstregulierungsorganisationen-sro/, besucht am 4.9.2024.

FINMA, Strategische Ziele 2021 bis 2024, abrufbar unter www.finma.ch/de/finma/ziele/strategische-ziele/, besucht am 4.9.2024.

Grand Casino Kursaal Bern AG, Allgemeine Geschäftsbedingungen, abrufbar unter: https://www.grandcasino-bern.ch/de/uebersicht-komponenten/startseite/agb, besucht am 4.9.2024.

Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, Praxis zu Art. 2 Abs. 3 GwG vom 29. Oktober 2008, abrufbar unter: www.finma.ch/FinmaArchiv/gwg/d/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/59402.pdf, besucht am 4.9.2024.

Motion 86.956 vom 10.10.1986, Leuenberger Moritz, Bankengesetz. Priorität für Teilrevision, abrufbar unter: https://entscheidsuche.ch/docs/CH_VB/CH_VB_001_86-956_1987-03-20.pdf, besucht am 4.9.2024.

Rundschreiben 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV), siehe online unter: https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2011-01-01-01-2017.pdf?sc_lang=de&hash=C13E76F1B7CE20DFB9B822526B383187, besucht am 4.9.2024.

Rundschreiben 2013/3, Prüfwesen, siehe online unter: www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2013-03-20221207.pdf, besucht am 4.9.2024.

Rundschreiben 2016/7, Video- und Online-Identifizierung, Sorgfaltspflichten bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen über digitale Kanäle, siehe online unter: www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2016-07-20210506.pdf, besucht am 4.9.2024.

Schweizerische Bankiervereinigung, Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20) vom 13.6.2018, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/de/downloads, besucht am 4.9.2024.

Schweizerischer Versicherungsverband, Kommentar zum Reglement der Selbstregulierungsorganisation zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 12.2019, abrufbar unter https://www.sro-svv.ch/de/regelwerk/kommentar-zum-reglement-sro-svv, besucht am 18.12.2024.

Schweizerischer Versicherungsverband, Kontroll-, Prüf und Sanktionsreglement der SRO-SVV vom 1.1.2017, abrufbar unter https://www.sro-svv.ch/images/pdf/de_regelwerk/KPS_SRO-SVV.pdf, besucht am 4.9.2024.

Schweizerischer Versicherungsverband, Statuten SRO-SVV vom 21.8.2020, abrufbar unter https://www.sro-svv.ch/images/pdf/de_regelwerk/Statuten_SRO-SVV.pdf, besucht am 4.9.2024.

Swisslos Interkantonale Landeslotterie, Bedingungen für die Online-Teilnahme vom 13.1.2025, abrufbar unter: https://www.swisslos.ch/media/de/swisslos/teilnahmebedingungen/bedingungen-f%C3%BCr-die-online-teilnahme.pdf, besucht am 4.9.2024.

Tanner André/von Rotz Madeleine, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Lehmkuhl Marianne Johanna/Wenk Jan (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch – Version: 13.08.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/stgb305ter, besucht am 4.9.2024, DOI: 10.17176/20240813-190118-0.

Zentralamt für Edelmetallkontrolle, Richtlinie R-249, Weisungen zur Geldwäschereiverordnung-BAZG inkl. Prüfanweisungen vom 1.5.2024, abrufbar unter: www.bazg.admin.ch/bazg/de/home/dokumentation/richtlinien/r-249_weisungen_geldwaeschereiverordnung-bazg.html, besucht am 4.9.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 7 LBA

Un commentaire de Martin Peyer / Orlando Battaglia

PROPOSITION DE CITATION

Martin Peyer/Orlando Battaglia, Commentaire de l'art. 7 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Peyer/Battaglia, art. 7 LBA N. XXX

**Art. 7 Obligation d'établir et de conserver des documents**

[1] L'intermédiaire financier doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la présente loi de manière à ce que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la présente loi.

[1bis] Il vérifie périodiquement si les documents requis sont actuels et les met à jour si nécessaire. La périodicité, l'étendue et la méthode de vérification et de mise à jour sont fonction du risque que représente le cocontractant.

[2] Il conserve les documents de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale.

[3] Il conserve les documents dix ans après la cessation de la relation d'affaires ou après la fin de la transaction.

# TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION ..... 224
A. But de la norme ..... 224
B. Genèse ..... 224
C. Concrétisation de l'obligation de documentation dans d'autres actes législatifs ..... 225
II. OBLIGATION DE DOCUMENTATION (AL. 1) ..... 225
A. Remarques préliminaires ..... 225
B. Destinataires de la norme ..... 226
C. Objet et étendue de l'obligation de documentation ..... 226
D. Justificatifs ..... 227
E. Compréhensibilité par des tiers spécialisés ..... 229
F. Moment ..... 230
III. VÉRIFICATION PÉRIODIQUE ET ACTUALISATION (AL. 1BIS) ..... 231
A. Critique du GAFI comme raison de l'insertion ..... 231
B. Obligation de mise à jour régulière ..... 232
C. Approche fondée sur les risques ..... 232
1. Principe ..... 232
2. Étendue ..... 233
3. Périodicité ..... 233
4. Nature de la vérification ..... 234
D. Obligation de mise à jour ponctuelle ..... 235
IV. DISPOSITION A DONNER DES RENSEIGNEMENTS ET A REMETTRE LES EVIDENCES (AL. 2) ..... 235
A. Remarques préliminaires ..... 235
B. Demandes de renseignements et de saisie émanant des autorités de poursuite pénale ..... 236
C. Exécution dans un délai raisonnable ..... 238
D. Prescriptions relatives à la conservation ..... 238
V. DURÉE DE CONSERVATION (AL. 3) ..... 239
VI. QUESTIONS D'APPLICATION ..... 240
A. Possibilité et limites de la délégation ..... 240
B. Respect de l'obligation de documentation dans le cas des applications d'IA ..... 241
VII. CONSÉQUENCES JURIDIQUES D'UNE VIOLATION ..... 241
A. Remarques préliminaires ..... 241
B. Conséquences en matière de droit de la surveillance ..... 242
C. Conséquences pénales ..... 242
D. Conséquences de droit civil ..... 243
VIII. Perspectives ..... 243
Bibliographie ..... 244
Matériaux ..... 246

# I. INTRODUCTION

## A. But de la norme

1 L'obligation de documentation prévue à l'art. 7, al. 1, LBA fait partie des dispositions de la loi qui régissent les obligations de diligence des intermédiaires financiers. L'obligation de documentation, qui s'applique à tous les intermédiaires financiers (cf. art. 8a al. 1 let. c LBA en ce qui concerne les négociants), **poursuit plusieurs objectifs**. Premièrement, elle vise à créer une base permettant aux autorités de surveillance et aux organes de révision externes de vérifier si les intermédiaires financiers respectent leurs obligations de diligence et, partant, les dispositions de la LBA. Deuxièmement, l'obligation de documentation sert à soutenir les autorités de poursuite pénale dans l'enquête sur des actes potentiellement punissables en matière de blanchiment d'argent en leur donnant accès, si nécessaire, aux informations dont disposent les intermédiaires financiers sur les transactions et les clarifications effectuées. Et troisièmement, elle sert aux intermédiaires financiers assujettis eux-mêmes, afin qu'ils puissent se défendre contre une éventuelle accusation de manquement à l'obligation de diligence prévue à l'art. 305$^{ter}$ al. 1 CP. En outre, l'obligation de documentation oblige les intermédiaires financiers à créer les bases écrites nécessaires pour prendre des décisions fondées et motivées, même dans le cas de transactions à risque.

2 La **pertinence de l'obligation de documentation dans la pratique** ressort également des rapports annuels publiés par le MROS. En ce qui concerne la clarification de la notion de « pièce justificative » (voir ci-dessous, n. 13 ss), le MROS souligne par exemple qu'il lui est difficile, voire impossible, de remplir son obligation d'analyser les communications de soupçons reçues et de procéder à des clarifications sur les opérations signalées lorsque les intermédiaires financiers ne fournissent pas les documents nécessaires. En revanche, lorsque les intermédiaires financiers remplissent correctement leur obligation de documentation, cela facilite «considérablement» le travail du MROS.

## B. Genèse

3 L'art. 7 LBA, à l'exception de l'al. 1$^{bis}$, figurait déjà dans la loi lors de son **entrée en vigueur en 1998 avec le même libellé**. L'al. 1$^{bis}$ a été ajouté dans

le cadre de la révision de la LBA visant à mettre en œuvre les principales recommandations du quatrième rapport de l'GAFI afin de remédier à l'absence, qualifiée de lacune importante par l'GAFI, d'une obligation générale et explicite pour les intermédiaires financiers de s'assurer, au cours de la relation d'affaires, de l'actualité et de la pertinence des informations obtenues. Le nouvel al. 1$^{bis}$ (cf. n. 23 ss ci-dessous) est entré en vigueur le 1er janvier 2023.

### C. Concrétisation de l'obligation de documentation dans d'autres actes législatifs

En tant que **loi-cadre**, la LBA ne régit l'obligation de documentation que dans ses grandes lignes. Des dispositions complémentaires existent, selon le type d'intermédiaire financier, au niveau de l'ordonnance (OBA-FINMA, OBA-CFCPC, OBA-DFJP et OBA-LAG ; pour les négociants, les dispositions correspondantes figurent dans l'OBA), dans la CDB et dans les règlements des OAR. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral précise explicitement, par exemple à propos de l'art. 61 al. 2 OBA-FINMA (dans la version de 2010), qu'il s'agit là d'une précision (technique) de l'art. 7 LBA. 4

## II. OBLIGATION DE DOCUMENTATION (AL. 1)

### A. Remarques préliminaires

L'obligation de documentation exige que l'intermédiaire financier conserve les documents relatifs aux transactions effectuées et aux clarifications requises par la LBA de manière à ce que des tiers spécialisés puissent se faire une opinion fiable sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la LBA (art. 7, al. 1, LBA). Il en résulte des différences spécifiques à la branche ou à l'activité qui découlent des **dispositions d'exécution** applicables. Ainsi, outre les exigences générales énoncées à l'art. 22 OBA-FINMA, l'OBA-FINMA fixe également des prescriptions particulières pour les banques et les maisons de titres (art. 35 et 39 OBA-FINMA), les directions de fonds, les sociétés d'investissement LPCC et les gestionnaires de fortune collective (art. 40 al. 3 et 4 ainsi que l'art. 41 al. 3 OBA-FINMA) ainsi que pour les personnes visées à l'art. 1b LB, les gestionnaires de fortune et les trustees au sens de l'art. 2 al. 1 let. a et b LEFin 5

et les systèmes de négoce de titres DLT au sens de l'art. 73a LIMF (art. 74 OBA-FINMA).

## B. Destinataires de la norme

6 Selon le libellé, l'obligation de documentation s'applique aux **intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 et 3 LBA**. Sont également concernés par l'obligation de documentation les **négociants** au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LBA, dans la mesure où ils acceptent plus de 100 000 francs en espèces dans le cadre d'une opération commerciale (art. 8a al. 1 let. c LBA). Les négociants sont toutefois soumis à des obligations de documentation allégées (cf. art. 21 OBA), car ils n'entretiennent généralement pas de relation juridique durable avec leurs clients et ne sont donc soumis, outre l'obligation de documentation, qu'à l'obligation d'identifier la partie contractante (art. 8a al. 1 let. a LBA) et à celle d'identifier l'ayant économique (art. 8a al. 1 let. b LBA).

## C. Objet et étendue de l'obligation de documentation

7 L'obligation de documentation porte, d'une part, sur les informations relatives aux transactions effectuées par l'intermédiaire financier (cf. n. 8 ci-dessous) et les clarifications requises par la LBA (cf. n. 9 ci-dessous) et, d'autre part, sur les pièces justificatives nécessaires pour prouver le respect des dispositions de la LBA (cf. n. 10 ci-dessous).

8 La LBA ne définit pas de manière générale la notion de «**transaction**». Dans le contexte de l'art. 7 al. 1 LBA, il faut entendre par là toutes les opérations qui présentent un intérêt au regard du droit du blanchiment d'argent. Il s'agit notamment des activités liées à l'acceptation ou à la conservation de valeurs patrimoniales d'autrui ainsi que de l'aide au placement ou au transfert de telles valeurs patrimoniales (cf. art. 3, al. 3, LBA).

9 Les «**vérifications nécessaires**» au sens de la LBA désignent les obligations de diligence prévues aux art. 3 à 6 LBA. Concrètement, les clarifications et les conclusions concernant l'identification de la partie contractante (art. 3), la détermination de l'ayant économique (art. 4), la réidentification ou la détermination de l'ayant économique (art. 5) ainsi que les obligations de diligence particulières (art. 6 ; par exemple l'obligation de procéder à des clarifications complémentaires en cas de transactions ou de relations d'affaires qui apparaissent inhabituelles).

Outre les pièces justificatives relatives aux transactions et relations d'affaires concrètes, l'intermédiaire financier doit également être en mesure d'expliquer comment il garantit le respect des dispositions de la LBA. Cela implique que l'intermédiaire financier documente de manière compréhensible pour des tiers ses **bases de décision** et ses appréciations, en particulier lorsqu'il s'agit de décisions discrétionnaires (p. ex. pour déterminer si une transaction est inhabituelle). 10

**La question** de savoir si l'obligation de documentation se réfère uniquement aux obligations de diligence mentionnées dans la première partie de la disposition, conformément aux art. 3 à 6 LBA, ou si elle englobe également les autres obligations de la LBA est controversée. En raison de l'intégration systématique de l'obligation de documentation dans la section consacrée aux obligations de diligence et, en particulier, en raison d'une interprétation grammaticale, l'obligation de documentation prévue à l'art. 7 LBA ne se réfère, à notre avis, formellement qu'aux art. 3 à 6 LBA. 11

D'un **point de vue pratique**, cela n'entraîne toutefois aucune restriction significative de l'obligation de documenter les opérations relevant du droit sur le blanchiment d'argent. Ainsi, les autres obligations de la LBA (par ex. le respect des obligations d'organisation, de formation et de contrôle selon l'art. 8 LBA) doivent également être consignées dans des dossiers en vertu des dispositions d'exécution correspondantes (cf. par ex. l'art. 26 OBA-FINMA). En outre, conformément à l'art. 34, al. 1, LBA, les intermédiaires financiers doivent tenir des banques de données et des dossiers séparés contenant tous les documents relatifs aux communications au MROS au sens de l'art. 9 LBA ou de l'art. 305$^{ter}$, al. 2, CP, ainsi qu'aux demandes du MROS au sens de l'art. 11a LBA. 12

## D. Justificatifs

La notion de pièces justificatives doit être **interprétée au sens large** et comprend non seulement les pièces justificatives au sens comptable de l'art. 957a al. 3 CO, mais aussi les différents documents, indications et données qui doivent être enregistrés dans le cadre des obligations de diligence lors de l'établissement du profil du client. Sont également considérés comme pièces justificatives les copies de pièces d'identité et les formulaires clients remplis, ainsi que les notes ou annotations manuscrites ou électroniques de l'intermédiaire financier dans le dossier client. 13

14 Dans sa pratique, le **MROS** part également d'une interprétation large de la notion et précise que celle-ci va au-delà des documents classiques, tels que les documents d'identification, les documents permettant d'identifier l'ayant économique ou les informations relatives aux transactions effectuées dans le cadre des relations d'affaires concernées. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'obligation de documentation et de conservation en vue d'éventuelles demandes de renseignements et de séquestre émanant des autorités de poursuite pénale au sens de l'art. 7 al. 2 LBA s'étend, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, à tous les documents nécessaires à cet effet, y compris « les rapports d'enquête internes à la banque et la documentation structurée sur laquelle ils se fondent, comprenant des documents bancaires volumineux et des formulaires de compliance ».

15 L'art. 74 OBA-FINMA part également d'une interprétation aussi large et précise, pour les personnes visées à l'art. 1b LB, les gestionnaires de fortune, les trustees et les systèmes de négoce DLT, dans le sens d'une **liste non exhaustive**, les documents que ces intermédiaires financiers doivent conserver. Conformément à l'art. 74 al. 1 OBA-FINMA, doivent notamment être versés au dossier :

- une copie des documents qui ont servi à l'identification de la partie contractante ;
- le cas échéant, une déclaration écrite de la partie contractante sur l'identité du bénéficiaire effectif ou de la personne qui contrôle les actifs ;
- une note écrite sur les résultats de l'application des critères permettant de détecter les relations d'affaires présentant des risques accrus;
- une note écrite ou les documents relatifs aux résultats des clarifications effectuées dans le cadre de relations d'affaires ou de transactions présentant des risques accrus;
- les documents relatifs aux transactions effectuées;
- une copie des communications éventuelles effectuées en vertu de l'art. 9, al. 1, LBA et de l'art. 305$^{ter}$, al. 2, CP;
- une liste des relations d'affaires pertinentes au sens de la LBA.

16 **Des listes analogues** concernant les documents à conserver figurent en outre dans divers **règlements OAR**, par exemple à l'art. 51 s. du règlement de l'OAR FSA/FSN.

Pour des raisons pratiques, les pièces justificatives doivent en principe être établies dans une **langue nationale ou en anglais**, car leurs destinataires (autorités de surveillance, organes de révision externes, autorités de poursuite pénale, etc. ; cf. n. 19 ci-dessous) se trouvent en Suisse. Il n'existe toutefois aucune obligation légale d'établir les pièces justificatives conformément à l'art. 7 LBA dans une langue nationale ou en anglais. L'obligation de documentation peut donc en principe être remplie dans **n'importe quelle langue**. Des restrictions peuvent toutefois résulter pour les intermédiaires financiers soumis à la LBA des règlements OAR qui leur sont applicables, par exemple lorsque ceux-ci prévoient une obligation de traduction pour les documents pertinents pour la constatation des faits. 17

## E. Compréhensibilité par des tiers spécialisés

Les pièces justificatives doivent être **compréhensibles et vérifiables** par des tiers qualifiés. Cela ne concerne pas seulement l'établissement des pièces justificatives en soi, mais aussi leur organisation et leur conservation judicieuses (cf. art. 22, al. 1, OBA-FINMA). Cette disposition vise en premier lieu à alléger la charge de l'intermédiaire financier, qui n'est pas tenu d'établir les pièces justificatives de manière à ce qu'elles soient compréhensibles pour n'importe quel tiers. 18

Les personnes considérées comme **tiers qualifiés** sont définies dans les différentes dispositions d'exécution. Selon l'art. 22 OBA-FINMA, sont considérés comme tiers qualifiés la FINMA, les mandataires d'audit qu'elle engage conformément à l'art. 25 LFINMA, les chargés d'enquête qu'elle mandate conformément à l'art. 36 LFINMA et les sociétés d'audit agréées par l'autorité de surveillance en matière de révision. Dans le cas des maisons de jeu, la documentation doit être établie de manière à permettre à la CFMJ, à l'autorité de poursuite pénale ou à d'autres instances habilitées de se forger une opinion fiable (art. 21, al. 1, OBA-CFMJ) et dans le cas des contrôleurs commercial, qui font eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'une société du groupe un commerce professionnel de métaux précieux (art. 42$^{bis}$, al. 1, LEM) ainsi que dans le cas des sociétés qui négocient les métaux précieux d'un contrôleur de comptes dont ils font partie du groupe de sociétés (art. 42$^{bis}$ al. 3 LEMF), l'office central et les chargés de contrôle et d'enquête doivent être en mesure de comprendre la documentation (cf. art. 45 al. 5 let. b OBA-BAZG). 19

20 Les tiers qualifiés doivent pouvoir se forger une opinion fiable sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la LBA. Une opinion fiable présuppose la possibilité d'évaluer objectivement les opérations pertinentes à l'aide des pièces justificatives établies. Les documents et pièces justificatives doivent donc être établis de manière à permettre la **reconstitution** des différentes transactions, c'est-à-dire qu'ils doivent donner à eux seuls une image complète et correcte des opérations à documenter.

## F. Moment

21 En principe, l'obligation de documentation naît lorsqu'un contact avec un client débouche effectivement sur une **relation d'affaires ou sur la conclusion d'une opération au comptant** au sens de l'art. 3, al. 2, LBA.

22 Il existe des exceptions à l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9, al. 1, let. b, LBA, selon laquelle un intermédiaire financier doit adresser une communication au MROS s'il interrompt des négociations en vue de l'établissement d'une relation d'affaires en raison d'un soupçon de blanchiment d'argent. L'intermédiaire financier ne peut donner suite à cette **déclaration de soupçon** que s'il documente ses constatations et ses clarifications à ce sujet. Dans ces cas, l'intermédiaire financier est donc tenu d'établir des pièces justificatives avant même l'établissement formel d'une relation d'affaires ou la conclusion d'une opération au comptant. C'est la seule façon pour lui de faire une déclaration au MROS. En d'autres termes, l'intermédiaire financier n'est exempté de l'obligation de documentation pendant la phase préliminaire que s'il renonce à une relation d'affaires ou à une opération au comptant par mesure de précaution et que cela ne déclenche pas l'obligation de déclaration prévue à l'art. 9 al. 1 let. b LBA, c'est-à-dire s'il interrompt les négociations sans soupçon fondé de comportement punissable au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LBA.

## III. VÉRIFICATION PÉRIODIQUE ET ACTUALISATION (AL. 1BIS)

### A. Critique du GAFI comme raison de l'insertion

L'obligation de vérifier périodiquement et, si nécessaire, d'actualiser (cf. n. 26 s.) la documentation établie conformément à l'al. 1 est en vigueur depuis le 1er janvier 2023 et trouve son origine dans la recommandation 10 du GAFI. Le GAFI considérait l'absence d'une obligation explicite de vérifier et de mettre à jour régulièrement les données relatives à la clientèle comme une **lacune importante**, notamment en matière d'identification et de maîtrise des risques. Il était initialement prévu de mettre en œuvre cette exigence du GAFI par un complément à l'OBA-FINMA et dans les règlements correspondants des OAR. Pour des raisons de sécurité juridique, cette solution a toutefois été écartée et la disposition a été intégrée dans la LBA. Du point de vue du GAFI, la lacune importante mentionnée a été comblée par l'entrée en vigueur de l'art. 7 al. 1bis LBA. 23

L'obligation de (ré)examiner l'identité de l'ayant économique effectif n'est toutefois pas une nouvelle obligation, mais une **consolidation légale** d'une **pratique et d'une jurisprudence existantes**. Même si une telle obligation n'était pas explicitement prévue par la loi, il fallait déjà, en vertu notamment de l'art. 6, al. 1, LBA, avant l'entrée en vigueur de l'al. 1bis, contrôler périodiquement l'exactitude des informations dont disposait l'intermédiaire financier et qui étaient documentées conformément à l'art. 7, al. 1, LBA. Cela valait également pour l'analyse des risques au sens de l'art. 25 al. 2 OBA-FINMA, qui devait aussi être actualisée périodiquement. 24

Les autres informations sur les clients devaient **déjà auparavant** être **actualisées** régulièrement par les intermédiaires financiers, mais principalement pour les clients importants. Dans les relations d'affaires avec les petits clients, il n'existait toutefois généralement pas de possibilités liées à des événements particuliers (p. ex. dans le cadre d'entretiens périodiques avec les clients) pour actualiser les informations sur les clients. Dans ce segment, l'al. 1bis a entraîné une extension des obligations des intermédiaires financiers, la charge supplémentaire correspondante pour ces derniers étant compensée par l'approche fondée sur les risques prévue (cf. n. 28 s.). 25

## B. Obligation de mise à jour régulière

26 En vertu de l'art. 7, al. 1bis, LBA, l'intermédiaire financier doit vérifier périodiquement que les documents requis sont à jour et les actualiser si nécessaire. Cette obligation de principe s'applique **indépendamment de tout événement** et vaut pour toutes les relations d'affaires, quel que soit le risque qui leur est associé et qu'il s'agisse de relations d'affaires existantes ou nouvelles à l'entrée en vigueur de l'al. 1bis.

27 La mise à jour des données doit être effectuée selon les règles en vigueur au moment de la mise à jour. Si les règles applicables changent entre le moment où les données ont été obtenues et le moment de la mise à jour, celle-ci doit être effectuée selon les nouvelles règles et les données doivent être mises à jour conformément à ces règles. Le message ne précise pas ce qu'il faut entendre par « règles applicables » ou « règles en vigueur ». Il est incontestable que cela doit s'appliquer aux modifications qui ont des effets matériels sur les documents à établir (tels que des obligations de diligence supplémentaires). Si les nouvelles règles ne constituent que des innovations formelles sans incidence matérielle, il n'est pas nécessaire, selon l'avis défendu ici (au sens de la ratio legis), de procéder à une mise à jour conformément aux nouvelles exigences formelles, pour autant que cela n'ait aucune incidence sur l'identification et la maîtrise des risques par l'intermédiaire financier. En fin de compte, l'intermédiaire financier doit également trancher cette question sur la base d'une approche fondée sur les risques (cf. à ce sujet n. 28 ss ci-dessous) et en tenant compte des charges que cela implique (par exemple, si la mise à jour d'un formulaire qui n'a été modifié que sur le plan formel nécessite l'obtention d'une nouvelle version signée de chaque client).

## C. Approche fondée sur les risques

### 1. Principe

28 Une **approche fondée sur les risques** doit être appliquée en ce qui concerne l'étendue, la périodicité et la nature de la vérification et de l'actualisation des documents (art. 7, al. 1bis, 2e phrase, LBA).

29 Le législateur **renonce à fixer des prescriptions concrètes**, par exemple sur la fréquence des vérifications, mais laisse aux intermédiaires financiers le soin de définir leur propre approche. Les critères

à cet effet doivent être fixés de manière appropriée (par exemple dans le cadre d'une directive interne). En outre, la mise à jour ou la confirmation de l'actualité doit être documentée de manière compréhensible pour des tiers spécialisés (art. 7 al. 1 LBA).

## 2. Étendue

30 Sont en principe considérés comme des pièces justificatives à vérifier et à actualiser **tous les documents, informations et données** collectés dans le cadre des obligations de diligence lors de l'établissement du profil du client. Contrairement à l'art. 5 al. 1 LBA, les données à actualiser ne se limitent toutefois pas à l'identification du client ou à la détermination de l'ayant économique effectif. Si cela est pertinent pour la classification du risque, la nature et le but de la relation d'affaires doivent également être vérifiés. Toutefois, si, par exemple, le document utilisé pour l'identification initiale de la partie contractante (telle qu'une carte d'identité) a expiré au moment de la vérification au sens de l'art. 7, al. 1$^{bis}$ LBA, cela n'implique pas nécessairement que l'identification doive être renouvelée, pour autant que les données pertinentes relatives à l'identité du client n'aient pas changé entre-temps. Les données qui doivent être actualisées dans chaque cas particulier sont déterminées en premier lieu en fonction de leur pertinence pour la classification du risque ou la surveillance de la relation d'affaires.

31 Ne sont toutefois pas concernés par l'obligation d'actualisation les documents et pièces justificatifs exigés dans le cadre de la documentation de **transactions individuelles** conformément à l'art. 6 al. 2 LBA, car ceux-ci ne concernent évidemment pas une situation permanente, mais une action ponctuelle. De même, une copie de pièce d'identité périmée qui a été utilisée pour l'identification du client ne doit pas nécessairement être renouvelée tant que les informations pertinentes relatives à l'identité du client n'ont pas changé.

## 3. Périodicité

32 L'intermédiaire financier dispose également d'une marge d'appréciation quant à la fréquence des contrôles de l'actualité des données. Le point de départ pour déterminer la périodicité appropriée est la **classification des risques**. L'obligation d'actualiser les données des clients concerne en principe toutes les relations d'affaires, mais les relations présentant un risque accru

nécessitent, en vertu de l'approche fondée sur les risques, un contrôle plus fréquent que celles présentant un risque faible.

33 L'obligation de décider chaque année du maintien des **relations d'affaires présentant des risques accrus** conformément à l'art. 6, al. 2, let. c, LBA (art. 19, al. 1, let. a, OBA-FINMA) peut servir de référence pour déterminer la périodicité requise de la vérification. Étant donné que cette obligation ne peut être remplie que si les pièces justificatives relatives à la relation d'affaires sont à jour, cet intervalle devrait également correspondre à la durée maximale pendant laquelle le dossier doit être actualisé conformément à l'art. 7, al. 1$^{bis}$, LBA pour les relations d'affaires présentant des risques accrus**.**

34 Pour les **autres relations d'affaires**, un intervalle plus long devrait être admissible, mais il serait judicieux de procéder à une gradation au sein des différentes catégories en fonction de la classification des risques. Une telle approche serait également conforme à celle adoptée en Allemagne. Selon les notes d'interprétation et d'application de la BaFin relatives à la loi allemande sur le blanchiment d'argent, il est possible de distinguer, pour la détermination de la périodicité de la surveillance continue, entre les relations d'affaires/ clients classés dans différentes catégories de risque. Alors que pour les clients soumis à des obligations de diligence renforcées, l'intervalle entre les mises à jour des informations sur les clients ne doit en aucun cas dépasser un an, pour les clients qui ne sont soumis ni à des obligations de diligence renforcées ni à des obligations de diligence simplifiées, l'intervalle entre les mises à jour peut aller jusqu'à cinq ans. Pour les clients soumis à des obligations de diligence simplifiées, la BaFin n'impose pas de délais précis. La mise à jour doit plutôt être effectuée en fonction du risque. Ces délais ont été raccourcis dans la dernière révision des notes d'interprétation et d'application. Jusqu'en novembre 2024, la pratique voulait que la mise à jour soit effectuée au plus tard après deux ans en cas de risques élevés, au plus tard après dix ans en cas de risques normaux et au plus tard après 15 ans en cas de risques faibles.

### 4. Nature de la vérification

35 Les mesures visant à vérifier la plausibilité des données doivent également être fondées sur une approche fondée sur les risques. Les **sources** peuvent inclure la connaissance du profil du client, des informations publiques et des informations provenant d'une source externe. Il n'est pas toujours nécessaire de contacter directement le client pour procéder à la mise à jour. Si des

informations du client sont nécessaires pour la vérification et la mise à jour, celles-ci peuvent être obtenues dans le cadre des opérations de détail, par exemple au moyen de demandes standardisées via un formulaire dans l'e-banking. Si un client ne réagit pas à une demande de mise à jour de ses informations, il convient de décider de mesures supplémentaires en fonction du risque.

### D. Obligation de mise à jour ponctuelle

Outre la vérification et la mise à jour périodiques des pièces justificatives, l'intermédiaire financier doit répéter l'identification ou la détermination de l'ayant économique au sens des art. 3 s. LBA **si, au cours de la relation d'affaires**, **des doutes** surgissent à ce sujet (art. 5, al. 1, LBA). Les clarifications effectuées à cette occasion et leurs résultats doivent être documentés conformément à l'art. 7, al. 1, LBA. Sous l'ancien droit déjà, les intermédiaires financiers devaient prévoir des processus appropriés pour détecter les indices à cet égard dans les relations d'affaires existantes et agir en conséquence. 36

Les clarifications et les modifications du profil client d'une relation d'affaires qui découlent des obligations de diligence **particulières** prévues à l'art. 6 LBA doivent également être documentées. 37

## IV. DISPOSITION A DONNER DES RENSEIGNEMENTS ET A REMETTRE LES EVIDENCES (AL. 2)

### A. Remarques préliminaires

Les intermédiaires financiers doivent conserver les pièces justificatives conformément à l'art. 7, al. 2, LBA de manière à pouvoir répondre dans un délai raisonnable aux demandes de renseignements et de saisie émanant des autorités de poursuite pénale. Dans ce contexte, la question se pose notamment de savoir comment les demandes de renseignements et de séquestre sont compatibles avec les obligations de secret telles que le secret bancaire (cf. à ce sujet n. 39 ci-dessous) et ce qui constitue un délai raisonnable (cf. à ce sujet n. 44 ci-dessous). Il convient ensuite de déterminer la forme et le lieu de conservation admissibles (cf. à ce sujet n. 45 s. ci-dessous). 38

## B. Demandes de renseignements et de saisie émanant des autorités de poursuite pénale

39 La disposition de l'art. 7, al. 2, LBA vise à permettre l'obtention d'informations susceptibles de faciliter une éventuelle enquête pénale sur l'origine des valeurs patrimoniales. Contrairement au libellé de l'art. 7, al. 2, LBA, la mesure de procédure pénale qu'est la saisie n'est pas une demande, mais un ordre (art. 263, al. 2, CPP). Cela vaut également pour la remise au moyen d'une décision d'ordonnance au sens de l'art. 265 CPP. En revanche, le destinataire d'une demande de renseignements par laquelle les autorités de poursuite pénale sollicitent de manière informelle des informations et des documents n'est pas tenu d'y donner suite. Cette distinction est pertinente dans la pratique dans la mesure où, pour les banques (cf. art. 47 LB) et les établissements financiers soumis à la LEFin (cf. art. 69 LEFin), **le secret de la clientèle s'oppose à la communication volontaire de renseignements**. La divulgation d'un secret protégé par les dispositions susmentionnées ne se justifie donc qu'en présence de dispositions fédérales ou cantonales relatives à l'*obligation de* témoigner et de renseigner à l'égard d'une autorité.

40 D'un point de vue procédural, les conditions de la saisie sont régies par l'art. 263 al. 1 let. a CPP, selon lequel seule peut être saisie la chose dont il peut être présumé qu'elle **sera nécessaire comme moyen de preuve**. Comme il s'agit d'une mesure de contrainte, les dispositions de l'art. 197 al. 1 CPP sont également pertinentes, selon lesquelles des mesures de contrainte ne peuvent être prises que si elles sont prévues par la loi, s'il existe un soupçon suffisant, si les objectifs visés ne peuvent être atteints par des mesures moins sévères et si l'importance de l'infraction justifie la mesure de contrainte.

41 Comme déjà indiqué (cf. n. 14 ci-dessus), l'obligation de documentation et de conservation s'étend, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, aux rapports d'enquête internes à la banque et aux résultats de l'enquête sur lesquels ils se fondent. Ces rapports d'enquête sont souvent établis par les fonctions de *second niveau* « Legal » et/ou « Compliance » de l'intermédiaire financier lui-même. Dans des cas complexes ou particulièrement délicats, les intermédiaires financiers font toutefois souvent appel à des experts externes. S'il s'agit d'avocats, **la question se pose de savoir si ces rapports sont protégés par le secret professionnel** et ne doivent donc pas être remis. Le Tribunal fédéral a examiné cette question dans plusieurs arrêts. Selon la

jurisprudence du Tribunal fédéral, l'« activité commerciale » (accessoire) des avocats n'est pas protégée par le secret professionnel. Le critère déterminant pour la distinction est de savoir si les éléments commerciaux et opérationnels ou les éléments spécifiques à la profession d'avocat prédominent objectivement dans les prestations en question. Dans le cas de mandats mixtes ou globaux, où les prestations spécifiques à la profession d'avocat et l'activité commerciale accessoire se recoupent, il convient de déterminer au cas par cas, en fonction des circonstances, quels faits ou documents sont couverts par le secret professionnel. Si un intermédiaire financier délègue à des avocats ses propres tâches légales de conformité et de contrôle ainsi que l'obligation qui en découle de documenter de manière appropriée les opérations suspectes, il ne peut, selon la jurisprudence, invoquer « intégralement » le secret professionnel des avocats en cas d'enquête pénale à ce sujet.

Le Tribunal fédéral a précisé la jurisprudence mentionnée au paragraphe précédent dans un arrêt rendu récemment. Dans le contexte des enquêtes internes menées par des cabinets d'avocats, le Tribunal fédéral a estimé que la recherche des faits (et pas seulement l'examen de la situation juridique) fait également partie du cœur de la profession d'avocat et est donc en principe protégée par le secret professionnel. Toutefois, il n'y a pas d'activité typique d'un avocat lorsqu'un avocat assume des tâches de conformité en rapport avec la législation sur le blanchiment d'argent ou la surveillance interne de celle-ci. La question de savoir si le recours à un cabinet d'avocats semble nécessaire dans un cas concret n'est pas pertinente pour déterminer s'il s'agit d'une activité typique d'un avocat, car les avocats ne sont de toute façon habilités qu'à exercer leur activité dans le domaine monopolistique (la protection du secret professionnel ne se limitant toutefois pas à ce domaine). Selon le Tribunal fédéral, ce qui est déterminant, c'est plutôt « si les obligations légales **de documentation et de conservation sont contournées en étant déléguées à un cabinet d'avocats** ». Dans le cas en question, l'enquête factuelle a eu lieu dans le cadre de la consultation et de la représentation concernant des litiges existants ou imminents, ce qui doit être qualifié d'activité typique d'un avocat protégée par le secret professionnel. Le Tribunal fédéral a toutefois expressément laissé ouverte la question de savoir si les enquêtes internes complexes et les mandats qui se limitent à la simple constatation des faits peuvent être qualifiés de manière générale d'activités typiques d'un avocat. Enfin, dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral s'est 42

également penché sur la question de savoir si les moyens de preuve « préexistants » mentionnés dans le rapport d'enquête ou joints à celui-ci sont protégés par le secret professionnel et si les documents considérés comme de la correspondance d'avocat perdent leur caractère confidentiel lorsqu'ils ont été divulgués à un tiers (la FINMA).

43 Il convient en outre de souligner que les intermédiaires financiers sont tenus de fournir des renseignements et de remettre des documents **non seulement aux autorités de poursuite pénale**, mais aussi au MROS (art. 9 et 11a LBA), aux autorités de surveillance compétentes (art. 12 LBA) ou aux OAR et à leurs organes de contrôle.

## C. Exécution dans un délai raisonnable

44 Les intermédiaires financiers doivent donner suite aux demandes de renseignements et de saisie dans un délai raisonnable. Ni la loi ni l'ordonnance ne précisent ce qui est considéré comme « raisonnable ». Les autorités de poursuite pénale ont intérêt à obtenir les moyens de preuve le plus rapidement possible, mais les intermédiaires financiers doivent disposer d'un délai suffisant pour examiner soigneusement les conditions de la demande et pour mettre à disposition les documents correspondants. Un **délai de cinq jours** est généralement considéré comme raisonnable. En cas d'ordonnance de séquestre, l'autorité pénale fixe en règle générale un délai dans lequel les documents doivent être mis à disposition (art. 265, al. 3, CPP).

## D. Prescriptions relatives à la conservation

45 La documentation peut être conservée **sous forme papier ou sur un support électronique**. Conformément à l'art. 74, al. 3, OBA-FINMA, qui s'applique aux personnes visées à l'art. 1b LB, aux gestionnaires de fortune, aux trustees et aux systèmes de négoce de titres basés sur la technologie des registres distribués, les documents et pièces justificatives doivent être conservés en Suisse, dans un lieu sûr et accessible à tout moment. Sur le modèle de cette disposition, divers règlements OAR exigent également expressément la conservation en Suisse. Il s'agit en fin de compte de garantir que l'intermédiaire financier puisse donner suite « dans un délai raisonnable » (cf. à ce sujet n. 44 ci-dessus) à d'éventuelles demandes de renseignements ou de saisie émanant d'une autorité de poursuite pénale.

En cas de conservation électronique des documents et pièces justificatives, le **serveur doit se trouver en Suisse**. Si le serveur utilisé ne se trouve pas en Suisse ou si une solution cloud est utilisée, l'intermédiaire financier doit disposer en Suisse de copies physiques ou électroniques à jour des documents déterminants (art. 74, al. 4, OBA-FINMA). La solution informatique doit également satisfaire aux exigences de l'ordonnance sur les livres de commerce, en garantissant notamment que les modifications ou suppressions des données enregistrées puissent être retracées. 46

## V. DURÉE DE CONSERVATION (AL. 3)

Conformément à l'art. 7, al. 3, LBA, les intermédiaires financiers doivent conserver les documents pendant **au moins dix ans** après la fin de la relation d'affaires ou après l'achèvement de la transaction. Pour déterminer le début du délai, il convient donc de distinguer les documents relatifs aux transactions et les documents relatifs aux résultats des clarifications effectuées en vertu des art. 3 à 6 LBA. Pour les documents relatifs à une transaction, le délai ne commence pas à courir à la date d'établissement du document, mais à la fin de la transaction correspondante. Pour les autres documents (par exemple les documents permettant d'identifier la partie contractante), le délai commence à courir à la fin de la relation d'affaires ou, dans le cas d'opérations au comptant, à la fin de la transaction. 47

Le MROS précise en outre que, dans les cas où les intermédiaires financiers disposent d'informations **datant de plus de dix ans**, il part du principe que ceux-ci mettent également ces informations à la disposition du MROS (dans le cadre de communications de soupçons ou en relation avec des demandes du MROS au sens de l'art. 11a LBA). Selon le MROS, cela découle également de l'art. 11a, al. 1 et 2, LBA, qui prévoit l'obligation de remettre les informations disponibles (principe dit « de disponibilité »). 48

Une particularité découlant **des aspects relatifs à la protection des données** résulte de l'art. 34 LBA. Selon l'al. 4 de cette disposition, les données issues des communications au MROS doivent être détruites cinq ans après la communication. Cette obligation de destruction ne concerne toutefois que les données collectées dans le cadre de l'établissement de la communication et non les pièces justificatives conservées à titre ordinaire en vertu de l'art. 7 LBA. Dans son rapport annuel 2021, le MROS a également souligné que l'obligation de destruction prévue à l'art. 34, al. 4, LBA (après 5 ans) ne 49

concerne que les copies transmises dans le cadre d'une communication de soupçons ou d'une demande de remise au sens de l'art. 11a LBA, et non les originaux.

## VI. QUESTIONS D'APPLICATION

### A. Possibilité et limites de la délégation

50 La possibilité de déléguer l'obligation de documentation prévue à l'art. 7 LBA est controversée. Selon la doctrine dominante, outre les **clarifications prévues aux art. 3 à 6 LBA**, la **conservation** des pièces justificatives prévue à l'art. 7, al. 2, LBA peut également être déléguée à des tiers (cf. à ce sujet n. 52 ci-dessous).

51 En ce qui concerne les **tâches prévues à l'art. 7, al. 1, LBA**, une partie de la doctrine estime toutefois que ces obligations doivent être assumées par les intermédiaires financiers eux-mêmes, car les documents destinés à satisfaire à l'obligation de documentation servent notamment aux intermédiaires financiers eux-mêmes en leur fournissant une base de connaissances sûre pour prendre des décisions fondées et motivées. En outre, les pièces justificatives servent également de base à l'évaluation continue des risques au sens de l'art. 6 LBA. Pour ces raisons, la doctrine mentionnée arrive à la conclusion que l'exécution de l'obligation de documentation n'est en principe pas délégable et doit donc être exercée par l'intermédiaire financier lui-même. D'autres doctrines admettent toutefois la délégation de l'établissement des pièces justificatives à des tiers dans le cadre des obligations habituelles (sélection, instruction et surveillance). La même conclusion s'applique, à notre avis, à la possibilité de déléguer la vérification et la mise à jour périodiques conformément à l'art. 7, al. 1$^{bis}$, LBA. La délégation de la vérification et de la mise à jour périodiques à des tiers ne dégage toutefois pas l'intermédiaire financier de sa responsabilité de veiller à ce que, malgré le recours à un tiers, il respecte les obligations de diligence prévues par la LBA et soit en mesure, sur la base des informations actualisées, de prendre les mesures nécessaires le cas échéant.

52 Comme mentionné (cf. n. 50), **la conservation des justificatifs peut être déléguée à des tiers**, ce qui a gagné en importance à l'ère des dossiers électroniques et des applications cloud. Il convient toutefois de tenir compte, entre autres, des aspects relatifs à la protection des données et, par exemple,

les banques et les établissements de négoce de titres doivent se conformer aux exigences de la circulaire FINMA 2018/3 (Externalisation).

### B. Respect de l'obligation de documentation dans le cas des applications d'IA

Sauf exception, les banques et les établissements de négoce de titres doivent, conformément à l'art. 20, al. 2, OBA-FINMA, disposer de systèmes informatiques leur permettant de détecter automatiquement les transactions suspectes. Les banques examinent actuellement l'utilisation de systèmes basés sur l'« intelligence artificielle » (ci-après « applications IA »). Ces solutions techniques ont pour objectif de permettre une mise en œuvre plus efficace et plus efficiente des exigences réglementaires. Les règles relatives à l'obligation de documentation s'appliquent indépendamment de la technologie utilisée. Dans le cadre de la surveillance des transactions au moyen d'**applications IA**, l'obligation de documentation comporte deux niveaux. Premièrement, il doit exister une documentation sur le fonctionnement de l'application IA. Celle-ci doit notamment indiquer quelles données sont saisies dans le système et selon quelles règles et indices les critères suspects sont générés. Il doit également être possible de vérifier que les règles, paramètres, etc. choisis répondent aux normes légales minimales. Deuxièmement, comme pour toute surveillance des transactions, les clarifications apportées par les collaborateurs ainsi que les analyses de l'application d'IA doivent être documentées. 53

## VII. CONSÉQUENCES JURIDIQUES D'UNE VIOLATION

### A. Remarques préliminaires

La LBA ne prévoit aucune conséquence juridique, ni en matière de surveillance, ni en matière pénale, en cas de violation de l'obligation de documentation. Il appartient aux autorités de surveillance compétentes ou aux organismes d'autorégulation de prendre les mesures de surveillance appropriées en cas d'infraction (cf. n. 55 ss). En outre, une violation de l'art. 7 LBA peut entraîner des conséquences pénales (cf. n. 58 s.) et civiles (cf. n. 60 ss.). 54

## B. Conséquences en matière de droit de la surveillance

55 Une violation de l'art. 7 LBA peut entraîner des mesures de surveillance à l'encontre des **intermédiaires financiers soumis à une loi spéciale**. En cas de soupçon de violation des dispositions du droit de la surveillance, la FINMA peut par exemple ouvrir une procédure d'enforcement à l'encontre des intermédiaires financiers qui lui sont soumis. Dans ce cas, elle dispose des instruments de surveillance énumérés à l'art. 31 ss LFINMA. Des lacunes organisationnelles graves peuvent remettre en cause la garantie d'une activité irréprochable et entraîner, par exemple, une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA. Dans les cas particulièrement graves, l'autorisation est retirée. La CFMJ, l'autorité intercantonale de surveillance et d'exécution dans le domaine des jeux d'argent, et l'office central ont également des possibilités d'intervention étendues à l'égard des titulaires d'autorisations au sens de l'art. 42$^{bis}$ LEM.

56 **Les banques** et autres intermédiaires financiers tenus de respecter la CDB sont sanctionnés, conformément à la pratique, pour violation de l'obligation de garantie au sens de l'art. 44 CDB 20 et non pour violation du devoir de diligence concerné, lorsque le respect des obligations de diligence au sens des art. 3 à 5 LBA ne peut plus être vérifié en raison d'un manque de documentation.

57 Si un **membre d'un OAR** enfreint le règlement correspondant, l'OAR peut recourir aux mécanismes d'exécution prévus à cet effet dans le règlement (art. 25 al. 3 let. c LBA). Des sanctions pouvant aller jusqu'à 1 million de francs sont possibles. En dernier recours, elle peut exclure le membre concerné (art. 25 al. 3 let. a LBA), ce qui équivaut à une interdiction d'exercer en tant qu'intermédiaire financier si celui-ci ne s'affilie pas à une autre OAR ou ne dépose pas une demande d'affiliation dans les deux mois (art. 12 al. 1 OBA).

## C. Conséquences pénales

58 Une violation de l'obligation de documentation peut également entraîner des conséquences pénales. On pense notamment à une infraction à l'**art. 305$^{ter}$ CP** lorsqu'une personne physique viole les obligations prévues à l'art. 7 LBA et s'expose ainsi au reproche de ne pas avoir procédé avec diligence à l'identification de l'ayant droit économique. En établissant une documentation adéquate conformément à l'art. 7 LBA, les entreprises peuvent prouver

qu'elles respectent leurs obligations de diligence prévues par la LBA, ce qui exclut toute punissabilité pour organisation déficiente au sens de l'art. 102 al. 2 CP dans ce contexte.

Si un intermédiaire financier est soumis à l'obligation de tenir une comptabilité et que les documents concernés par la violation de l'obligation de documentation sont des pièces comptables, cela peut entraîner une amende pouvant aller jusqu'à 10 000 CHF en vertu de l'art. 325 CP (**conduite irrégulière des livres de commerce**) en relation avec l'art. 106 al. 1 CP. Les dispositions spéciales prévues à l'art. 46 al. 1 let. b LB et à l'art. 148 al. 1 let. e LPCC s'appliquent aux banques et aux placements collectifs de capitaux. 59

## D. Conséquences de droit civil

L'obligation de documentation prévue à l'art. 7 LBA ne constitue pas, à l'instar des autres obligations de diligence prévues par la LBA, une **norme de protection** au sens de l'art. 41 CO selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Une responsabilité extracontractuelle fondée sur l'art. 41 CO est donc exclue en cas de violation des obligations de documentation, faute d'illicéité. 60

Une **responsabilité contractuelle** de l'intermédiaire financier peut en principe être engagée lorsque la disposition de droit de surveillance de l'art. 7 LBA est invoquée pour concrétiser les obligations de documentation du mandataire en droit privé (selon la théorie de l'effet d'rayonnement). Outre la violation du devoir de diligence, il faut également prouver l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité adéquat pour pouvoir faire valoir un droit contractuel à des dommages-intérêts. 61

Dans le cas des intermédiaires financiers soumis à l'obligation de tenir une comptabilité, une violation de l'obligation de documentation prévue par le droit de la surveillance peut également entraîner une **violation de l'obligation de conservation prévue par le droit comptable** (art. 957 ss CO) et donc donner lieu à des prétentions en dommages-intérêts de droit civil. 62

# VIII. PERSPECTIVES

Dans son message relatif à la loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques («LTrans»), le Conseil fédéral a proposé différentes mesures visant à renforcer l'intégrité et la 63

compétitivité de la place financière et économique suisse. Outre l'introduction d'un registre fédéral des ayants droit économiques, cela concerne en particulier l'**extension des obligations de diligence à certaines activités de conseil** (en particulier le conseil juridique) qui présentent un risque accru de blanchiment d'argent. La structuration de sociétés ou les transactions immobilières sont notamment considérées comme présentant un risque. Les obligations de diligence à respecter pour cette nouvelle catégorie de conseillers comprendraient notamment l'obligation de documentation prévue à l'art. 7 LBA. Lors de la session d'hiver 2024, le Conseil des États a toutefois décidé de séparer les modifications prévues de la LBA du projet d'introduction de la TJPG. Alors que le Conseil des États a adopté ce dernier, les modifications de la LBA devraient être examinées lors de la session de printemps 2025. À l'heure actuelle, il n'est pas encore possible d'estimer quand le projet, sur lequel la commission consultative a émis des critiques, entrera en vigueur.

## BIBLIOGRAPHIE

Bommer Felix/Goldschmid Peter, Kommentierung zu Art. 265 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Bühlmann Lukas/Reinle Michael, Kommentierung zu Art. 6 DSG, in: Blechta Gabor P./Vasella David, (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/ Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024.

De Capitani Werner, Kommentierung zu Art. 7 GwG in: Schmid Niklaus/ Bernasconi Paolo/de Capitani Werner, Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002.

Fritsche Claudia M., Kooperieren oder nicht?, in: GesKR 2016, S. 376–386.

Goldberg Emmanuel, Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten und Aktualisierung der Kundendaten nach der Revision von Geldwäschereigesetz und -verordnung, in: Recht relevant. für Compliance Officers, S. 2–4, Zürich 2023.

Graber Christoph K./Oberholzer Dominik, Das neue GwG, 3. Aufl., Zürich 2009.

Heim Kathrin/Wettstein Tamara, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. Aufl., Zürich 2019.

Huber Roman, Interne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis, in: GesKR 2019, S. 65–82.

Jutzi Thomas/Wess Ksenia, Die (neuen) pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 2019, S. 589–617.

Kilgus Sabine/Losinger Paolo, Kommentierung zu Art. 1 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Lang Carsten, Aktualisierung der Auslegungs- und Anwendungshinweise der BaFin zum Geldwäschegesetz, in: Geldwäsche & Recht 2025, S. 5-10.

Lengauer Daniel/Ruckstuhl Lea, Compliance, Zürich 2017.

Lötscher Bernard/Sievi Nino, Kommentierung zu Art. 7 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Meyer Patrick K./Ryhner Samuel, Kommentierung zu Art. 5 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Müller Thomas, Kommentierung zu Art. 7 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017.

Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 8 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Rappo Aurélia, LBA - Actualisation des données clients, in: EF 2019, S. 1013–1016.

Roth Pellanda Katja/Kopp Lara, Kommentierung zu Art. 29 FINMAG, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Stengel Cornelia, Transaktionsmonitoring mittels künstlicher Intelligenz, in: Jusletter vom 5.6.2023.

Taube Tamara, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäscherei Prävention im Bankenalltag in: Bertschinger Urs (Hrsg.), SGFM Nr. 9, Zürich 2013.

Thelesklaf Daniel/Ordolli Stiliano, Kommentierung zu Art. 34 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Navigator Kommentar, GwG Kommentar/AMLA Commentary, 3. Aufl., Zürich 2019.

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 7 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Navigator Kommentar, GwG Kommentar/AMLA Commentary, 3. Aufl., Zürich 2019.

## MATÉRIAUX

BaFin, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschereigesetz, Stand März 2025, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Auslegungsentscheidung/dl_ae_auas_2025_gw.pdf?__blob=publicationFile&v=6, besucht am 10.3.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 10.3.2025.

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 10.3.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Erläuterung zur Teilrevision der Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA) vom 27.10.2022, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/20221102-gwv-finma/erlaeuterungen_gwv_finma_20221027_de.pdf, besucht am 10.3.20205.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Polizei fedpol, Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2020, Bern 2021, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2020-d.pdf.download.pdf/jb-mros-2020-d.pdf, besucht am 10.3.2025.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Polizei fedpol, Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2021, Bern 2022, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2021.pdf.download.pdf/jb-mros-2021-d.pdf, besucht am 10.3.2025.

Einsatz innovativer Technologien im Bereich der Finanzmarktaufsicht und -regulierung (RegTech), Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 16.3256 Landolt vom 18.3.2016, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20163256/Bericht%20BR%20D.pdf, besucht am 10.3.2025.

FATF, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Switzerland, Fourth Round Mutual Evaluation Report, Paris 2016, abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/images/mer/mer-switzerland-2016.pdf.coredownload.inline.pdf, besucht am 10.3.2025.

FATF, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Switzerland, 4th Enhanced Follow-up Report, Paris 2023, abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/fur/Switzerland-FUR-2023.pdf.coredownload.inline.pdf, besucht am 10.3.2025.

Medienmitteilung des Bundesrates vom 22.5.2024 «Bundesrat verabschiedet Botschaft zur Stärkung der Geldwäscherei-Bekämpfung», abrufbar unter https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-101100.html, besucht am 10.3.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 7a LBA

Un commentaire de Eliane Gmünder / Raoul Breuleux

PROPOSITION DE CITATION

Eliane Gmünder/Raoul Breuleux, Commentaire de l'art. 7a LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Gmünder/Breuleux, art. 7a LBA N. XXX.

**Art. 7*a* Valeurs patrimoniales de faible valeur**

L'intermédiaire financier n'est pas tenu de respecter les obligations de diligence (art. 3 à 7) si la relation d'affaires porte uniquement sur des valeurs patrimoniales de faible valeur et qu'il n'y pas d'indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Objet de la norme et systématique ..... 251
II. Historique ..... 252
III. Droit international ..... 252
A. Recommandations du GAFI ..... 252
B. Directive de l'Union européenne relative au blanchiment de capitaux ..... 252
IV. Définition de base ..... 253
A. Conditions générales ..... 253
B. Valeurs patrimoniales de faible valeur ..... 253
C. Absence de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ..... 254
V. Art. 11 OBA-FINMA ..... 254
A. Moyens de paiement pour les opérations de paiement sans numéraire, qui servent exclusivement au paiement de biens et de services (art. 11, al. 1 OBA-FINMA) ..... 255
1. Monnaie électronique (let. a) ..... 255
2. Paiement exclusivement à des commerçants suisses (let. b) ..... 256
3. Systèmes en boucle fermée (let. c) ..... 257
B. Moyens de paiement pour les opérations de paiement sans numéraire qui ne servent pas exclusivement au paiement de biens et de services (art. 11 al. 2 OBA-FINMA) ..... 257
C. Moyens de paiement non rechargeables (art. 11 al. 3 OBA-FINMA) ..... 258
D. Surveillance des valeurs seuils (art. 11 al. 4 OBA-FINMA) ..... 258
E. Leasing financier (art. 11 al. 4bis de l'OBA-FINMA) ..... 260
F. Autres exceptions (art. 11 al. 5 OBA-FINMA) ..... 261
VI. Effet juridique des exceptions ..... 261
Bibliographie ..... 261
Matériaux ..... 262

# I. OBJET DE LA NORME ET SYSTÉMATIQUE

La norme vise à concrétiser l'application de l'approche fondée sur les risques. Elle a pour but d'apporter une aide et de décrire les circonstances dans lesquelles le risque de blanchiment d'argent est tellement réduit que le respect des obligations de diligence complètes (art. 3-7 LBA) ne se justifierait pas. Cette disposition doit servir de **clause de bagatelle**, applicable aux relations durables, en complément de celle relative aux opérations de caisse (art. 3 al. 2 LBA). Il convient de noter que cette clause de bagatelle ne vise pas l'assujettissement d'un intermédiaire financier en tant que tel, mais uniquement la renonciation au respect de certaines obligations de diligence. 1

La **mise en œuvre** des conditions de la norme au moyen des notions de «valeurs patrimoniales de faible valeur» et «d'absence d'indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme» a été effectuée dans l'art. 11 OBA-FINMA. Cette réglementation au niveau de l'ordonnance a pour conséquence qu'il est plus rapide et plus facile d'adapter les définitions et les cas d'application, ce qui constitue un aspect important de la promotion de l'innovation sur la place financière suisse. Les produits dans les domaines des systèmes et plateformes de paiement, de la monnaie électronique et des prestataires de services d'actifs virtuels (PSAV) évoluent rapidement, ce qui exige de la flexibilité et du dynamisme de la part du régulateur et des instruments de surveillance. La FINMA examine les demandes concrètes des intermédiaires financiers concernant un modèle d'affaires spécifique et le profil de risque qui en découle, afin de déterminer si cela justifie une dérogation au respect des obligations de diligence au sens de l'art. 7a LBA (art. 11 al. 5 OBA-FINMA). Si l'intermédiaire financier n'est pas soumis à la FINMA, mais à un organisme d'autorégulation («OAR»), la demande d'examen d'une éventuelle dispense de l'obligation de diligence est transmise à la FINMA par l'intermédiaire de l'OAR compétent pour examen final. 2

Alors que l'art. 11 OBA-FINMA, qui se fonde sur l'art. 7a de la loi, réglemente la *possibilité de* renoncer à certaines obligations de diligence, l'**art. 12 OBA-FINMA** est une norme apparentée. Cette dernière règle un cas particulier d'obligations de diligence *simplifiées*, qui trouve son origine dans une lettre de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 9 octobre 2003, par laquelle l'Autorité de contrôle avait accordé de telles exceptions. L'Association suisse des banques de crédit et établissements de 3

financement a demandé à la FINMA que ces allègements soient également applicables au domaine des crédits à la consommation, ce que la FINMA a confirmé par courrier du 15 juin 2011. Cette pratique a ensuite été transposée à l'article 12 OBA-FINMA.

## II. HISTORIQUE

4 La norme a été introduite par la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI et est entrée en vigueur le 1er février 2009. L'objectif de l'introduction de cette disposition était d'accorder des « allégements administratifs » pour compenser le renforcement des obligations de diligence introduit au même moment.

## III. DROIT INTERNATIONAL

### A. Recommandations du GAFI

5 Les recommandations du GAFI, sur la base desquelles la disposition de l'art. 7a LBA a été adoptée, permettent aux pays de ne pas appliquer certaines obligations à des établissements spécifiques ou à des formes d'activité commerciale très limitées, s'il peut être prouvé que le risque de blanchiment d'argent est faible pour ces établissements ou ces formes d'activité. Pour l'identification du partenaire contractuel, les recommandations du GAFI concrétisent l'**approche basée sur les risques** en désignant les circonstances qui augmentent ou diminuent les risques. En outre, le GAFI fournit dans ses lignes directrices des indications concrètes et une matrice des risques qui montrent comment l'approche fondée sur les risques peut être mise en œuvre dans le domaine des paiements par carte électronique, par téléphone portable et par Internet. Certains des critères qui y sont mentionnés se retrouvent à l'article 11 de l'OBA-FINMA.

### B. Directive de l'Union européenne relative au blanchiment de capitaux

6 Une disposition d'exception analogue existe dans l'UE. La directive 2015/849/UE, modifiée par la directive (UE) 2018/843, prévoit à l'article 15 qu'un État membre peut prévoir des obligations simplifiées de vigilance dans certains domaines où le risque est faible. Parallèlement, l'al. 3 de cette disposition

précise que même en cas d'application des obligations simplifiées de vigilance, les transactions et les relations d'affaires doivent faire l'objet d'une surveillance suffisante pour permettre la détection de transactions inhabituelles ou suspectes. Selon la proposition de nouveau règlement relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, une autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (AMLA) doit à l'avenir adopter des «normes techniques de réglementation» qui décrivent les obligations relatives à la mise en œuvre de contrôles de diligence à l'égard des clients. Ces normes de réglementation doivent également inclure des obligations de diligence simplifiées spécifiques qui peuvent être appliquées en cas de risque faible.

## IV. DÉFINITION DE BASE

### A. Conditions générales

L'art. 7a LBA définit les conditions dans lesquelles une relation d'affaires peut être considérée comme non critique, avec pour conséquence que le respect des obligations de diligence (art. 3-7 LBA) peut être omis. Pour cela, les deux conditions suivantes doivent être remplies de manière cumulative. 7

### B. Valeurs patrimoniales de faible valeur

La loi ne donne aucune indication sur le montant à partir duquel les valeurs patrimoniales doivent être considérées comme des «valeurs patrimoniales de **faible valeur**». Il convient plutôt de vérifier cela en fonction du modèle d'affaires envisagé et, en particulier, en fonction du risque de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme que présente un tel modèle d'affaires. Afin de fixer néanmoins certaines limites, la FINMA a été chargée de constituer différents groupes de cas d'intermédiaires financiers ou de produits, respectivement de services financiers, dans le cadre de l'OBA-FINMA et de fixer des valeurs seuils pour ces groupes de cas en tenant compte des risques anticipés de blanchiment d'argent (cf. ci-dessous, ch. V.). 8

## C. Absence de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme

9 La condition cumulative de l'exclusion de tout soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme est paradoxale dans la mesure où l'objectif des obligations de diligence – dont on est dispensé – est justement de pouvoir identifier **les soupçons**. Le rapport explicatif aborde déjà cette contradiction et rectifie le fait que la renonciation au respect des obligations de
diligence ne s'applique qu'aux produits et services qui présentent un risque *faible à très faible de blanchiment d'argent*. Cette concrétisation est unanimement soutenue dans la doctrine. Dans la liste des pièges à éviter, la FINMA désigne à l'article 11 OBA-FINMA des produits et services présentant un risque faible ou très faible de blanchiment d'argent. Pour ces produits et services, on peut donc partir du principe qu'il n'y a pas de soupçons sans que des vérifications supplémentaires soient nécessaires pour le confirmer.

## V. ART. 11 OBA-FINMA

10 Le Conseil fédéral a chargé l'autorité de réglementation (FINMA) de désigner de manière sélective les secteurs qu'elle exempte du respect des obligations de diligence, à condition que ceux-ci présentent un risque faible ou très faible de blanchiment d'argent, en relation avec un seuil spécifique. En procédant ainsi, à savoir en identifiant et en définissant des **catégories de cas**, la Suisse suit l'approche du GAFI.

11 Les auteurs sont d'avis que la liste des catégories de cas, qui existe depuis 2008 et n'a pratiquement pas changé depuis lors, devrait être mise à jour ou élargie à l'article 11 OBA-FINMA, car non seulement les besoins des intermédiaires financiers et de leurs clients, et donc les **modèles commerciaux**, ont changé entre-temps, mais la jurisprudence a également évolué. Les principaux moteurs d'une révision devraient toutefois être les nouvelles conditions et possibilités technologiques résultant de l'essor de la numérisation dans le secteur des services financiers. Enfin, les groupes de cas doivent également être adaptés aux nouvelles circonstances, car il est important de s'assurer que ces constellations présentent effectivement un risque élevé de blanchiment d'argent. Ainsi, ce risque peut être très important dans le cas des systèmes de paiement ou du transfert de crypto-monnaies qui

permettent un transfert de valeur à l'étranger, tandis que ceux qui sont limités aux transferts locaux (par exemple, les bons d'achat pour les grands magasins, les systèmes de paiement dans une station de ski, etc.) présentent un risque plus faible.

## A. Moyens de paiement pour les opérations de paiement sans numéraire, qui servent exclusivement au paiement de biens et de services (art. 11, al. 1 OBA-FINMA)

La restriction au «paiement de biens et de services» doit être interprétée de manière restrictive, car le législateur vise exclusivement les biens et services de commerçants et de prestataires de services. Les paiements entre particuliers ne sont pas concernés par l'al. 1, même si le paiement est effectué pour l'achat de biens et de services (par exemple via des sites de vente aux enchères sur Internet). 12

En outre, les systèmes qui permettent des transferts de valeur sans achat de biens ne doivent pas être exemptés du respect des obligations de diligence, car la FINMA considère que ces situations présentent un risque inhérent de blanchiment d'argent. Il convient en outre de noter que tous les montants définis à l'al. 1 doivent être explicitement considérés comme des *«seuils de dépenses»*. Cela signifie que ce n'est pas le montant mis à disposition (par exemple la limite de la carte) qui est déterminant pour le seuil, mais le montant que l'utilisateur du moyen de paiement peut effectivement dépenser ou payer. Si le moyen de paiement autorise un *«overpayment»*, ce montant doit donc être pris en compte dans le seuil. Cela implique que l'intermédiaire financier doit disposer des installations techniques nécessaires pour détecter le dépassement des **valeurs seuils** (art. 11 al. 4 OBA-FINMA). 13

Le législateur a créé les sous-catégories suivantes, qui font partie des opérations de paiement sans numéraire pour le paiement exclusif de biens et de services : 14

### 1. *Monnaie électronique* (let. a)

Il n'existe pas de définition précise des termes « monnaie électronique » ou « commerce électronique » ; en règle générale, ils désignent toutefois les moyens de paiement électroniques utilisés au quotidien et en particulier sur **Internet.** Du point de vue du législateur, peu importe que l'argent disponible 15

électroniquement soit stocké sur un serveur et que le client y accède et en dispose par le biais d'un accès virtuel (par exemple à un portefeuille) ou que le montant soit débité d'un système de puce local. Il s'agit traditionnellement de systèmes dits *« prépayés »*.

16 En plus des critères de l'al. 1, les conditions suivantes doivent être remplies de manière cumulative (let. a) :

- le montant maximal par transaction est de 1 000 CHF et le montant maximal par année civile et par partie contractante est de 5 000 CHF ;
- les remboursements éventuels du moyen de paiement ne peuvent être effectués qu'en faveur de comptes ouverts auprès de banques autorisées en Suisse ou soumises à une surveillance équivalente à l'étranger et libellés au nom de la partie contractante ; et
- le montant de 1 000 CHF ne doit pas être dépassé par remboursement.

17 En autorisant le remboursement, le législateur voulait éviter de favoriser les modèles commerciaux déloyaux et de soumettre les clients à une obligation d'achat. Afin de maintenir le risque de blanchiment d'argent à un faible niveau, les **remboursements doivent** être transférés sur le même compte bancaire que celui d'où proviennent les virements initiaux. Si cela n'est pas possible dans un cas particulier (par exemple en raison d'une clôture intermédiaire de ce même compte), l'intermédiaire financier doit s'assurer que le montant est au moins transféré sur un compte au nom du même partenaire contractuel. Si le montant doit être transféré sur un autre compte dans un cas particulier, ce fait n'est pas pertinent pour le calcul des limites, car il s'agit finalement du même partenaire contractuel.

### 2. Paiement exclusivement à des commerçants suisses (let. b)

18 En plus des critères de l'al. 1, les conditions suivantes doivent être remplies de manière cumulative (let. b) :

- Il n'est pas possible de payer plus de 5 000 CHF par mois et 25 000 CHF par année civile et par partie contractante ;
- ne peuvent être payés à des commerçants en Suisse ;
- les chargements étant exclusivement à la charge et les remboursements éventuels du moyen de paiement étant exclusivement en faveur d'un

compte au nom de la partie contractante auprès d'une banque agréée en Suisse.

Les seuils plus élevés semblent justifiés dans la mesure où, dans cette configuration, les paiements ne peuvent être effectués qu'à des commerçants suisses. Comme cela n'est pas réalisable dans la pratique (un *contrôle en temps réel* des commerçants par rapport à leur siège suisse serait nécessaire), la doctrine explique à juste titre que ce cas d'application ne peut être réalisé que si le cercle des fournisseurs et des prestataires de services est limité (ce que l'on appelle les *«systèmes en boucle fermée»* au sens de la let. c ci-dessous). 19

### 3. Systèmes *en boucle fermée* (let. c)

Il s'agit ici principalement de cartes de grands magasins ou de cartes émises pour un cercle clairement défini d'acheteurs (par exemple des commerçants appartenant au même groupe). 20

En plus des critères de l'al. 1, les conditions suivantes doivent être remplies de manière cumulative (let. c) : 21

- Les moyens de paiement ne peuvent être utilisés qu'au sein d'un réseau défini de prestataires de services ou de fournisseurs de marchandises ; le terme de «prestataire de services» permet de déduire que celui-ci exerce une activité commerciale, par opposition au paragraphe 2 ci-dessous, qui régit les paiements entre particuliers ; et
- le chiffre d'affaires ne dépasse pas 5 000 CHF par mois et 25 000 CHF par année civile et par partie contractante.

## B. Moyens de paiement pour les opérations de paiement sans numéraire qui ne servent pas exclusivement au paiement de biens et de services (art. 11 al. 2 OBA-FINMA)

Le paragraphe 2 ne prévoit pas que le moyen de paiement soit exclusivement destiné au paiement sans espèces de biens et de services. Pour cela, les seuils ont été abaissés à un maximum de 250 CHF par support de données ou par transaction et de 1 500 CHF par partie contractante. Cela devrait permettre de transférer de très petits montants **entre particuliers (P2P)** sans avoir à respecter les obligations de diligence. Les dispositions relatives aux chargements ou aux remboursements sur un compte au nom de la partie 22

contractante auprès d'une banque suisse conformément à l'art. 11 al. 1 let. b OBA-FINMA s'appliquent également ici (voir N. 18).

## C. Moyens de paiement non rechargeables (art. 11 al. 3 OBA-FINMA)

23 Le critère de la *relation d'affaires durable* a été délibérément omis à l'al. 3. Les conditions suivantes, qui justifient une renonciation au respect des obligations de diligence, s'appliquent à la place :

- le moyen de paiement ne peut pas être rechargé ;
- le crédit sert exclusivement à payer par voie électronique des biens et des services acquis par la partie contractante ;
- un montant maximal de 250 CHF est mis à disposition par support de données ; et
- un montant maximal de 1 500 CHF est mis à disposition par transaction et par partie contractante.

24 La FINMA applique ici les critères d'évaluation des transactions liées conformément à ceux de l'opération de caisse.

## D. Surveillance des valeurs seuils (art. 11 al. 4 OBA-FINMA)

25 L'intermédiaire financier peut renoncer au respect des obligations de diligence si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- Il doit disposer d'équipements techniques suffisants pour détecter le dépassement des valeurs seuils respectives.
- Il doit prendre des mesures pour éviter un éventuel cumul des limites de montant ainsi que des infractions aux dispositions de l'art. 11 OBA-FINMA.
- Les art. 14 et 20 OBA-FINMA relatifs à la surveillance des transactions demeurent réservés. L'art. 10 OBA-FINMA demeure également réservé, dans la mesure où il est applicable. Les obligations mentionnées dans les dispositions réservées doivent donc continuer à être respectées malgré la renonciation aux obligations de diligence.

26 Tout d'abord, il convient de noter que, contrairement à ce que dit la disposition, le législateur n'exige pas seulement que le **dépassement des**

**seuils respectifs** soit détecté, mais que l'intermédiaire financier veille également à ce que le dépassement des seuils soit techniquement empêché. «Ainsi, il devrait être techniquement impossible de payer plus que le montant fixé en une seule fois. De même, il convient d'empêcher un éventuel cumul des limites de montant (interdiction du «smurfing»). » Cette surveillance technique et donc le blocage automatique *en cas d'atteinte d'un seuil avec ou sans cumul des limites de montant* ne sont pas faciles à mettre en pratique, d'autant plus que les parties contractantes ne sont pas identifiées au sens des articles 3 à 7 de la LBA. Il est donc conseillé aux intermédiaires financiers de procéder à une identification des parties contractantes par d'autres moyens, faute de quoi il serait impossible d'attribuer les montants et donc de surveiller les seuils. Il s'agit notamment d'enregistrer les données personnelles telles que le nom, le prénom, la date de naissance, l'adresse, l'adresse électronique, le numéro de téléphone portable et le numéro IBAN (au nom du partenaire contractuel). Même si ces informations n'offrent pas de garantie absolue, elles permettent à l'intermédiaire financier d'effectuer certaines vérifications automatisées, telles que la comparaison avec des bases de données d'adresses et des bases de données spécifiquement maintenues aux fins d'un « *Name Check* », et de vérifier ainsi l'exactitude des informations.

Les informations *d'identification des clients* sont également nécessaires pour 27
assurer un **suivi des transactions** utile au sens de l' Art. 14 en liaison avec l'art. 20 OBA-FINMA et d'identifier en conséquence les transactions présentant des risques accrus, car ces obligations doivent également être respectées en cas d'application de la disposition d'exception de l'art. 7a LBA, conformément à la clarification de l'art. 11 al. 4 OBA-FINMA. L'identification des clients présentant des risques accrus, en particulier des PPE, est également une obligation qui ne peut être respectée sans comparaison « *Name Check* » et donc sans les informations nécessaires *à l'identification des clients*.

Pour conclure, il convient de noter que le législateur n'avait pas l'intention de 28
supprimer les allègements prévus à l'art. 11 OBA-FINMA par le biais de cet al. 4. Au lieu de cela, il exige des intermédiaires financiers qu'ils assurent une **surveillance adéquate** et basée sur les risques. Il est recommandé que les intermédiaires financiers valident régulièrement les risques dans le cadre de leurs analyses des risques LBA conformément à l'art. 25 al. 2 OBA-FINMA et, le cas échéant, adaptent les mesures.

## E. Leasing financier (art. 11 al. 4$^{bis\ de}$ l'OBA-FINMA)

29 Le leasing financier est un système dit tripartite, dans lequel le bailleur de leasing intervient en tant que partie préfinançant et donc prêteuse, ce qui entraîne finalement son **obligation de surveillance** selon l'art. 2 al. 3 let. a LBA. Le bailleur acquiert l'objet du leasing auprès du fabricant ou du concessionnaire pour son propre compte et en son nom propre, mais sur instruction du preneur de leasing (par exemple, spécification du véhicule). Dans le cadre du contrat de leasing, le bailleur de leasing cède alors l'objet de leasing au preneur de leasing pendant une durée convenue (généralement non résiliable), en contrepartie de quoi le preneur de leasing paie une mensualité de leasing. À l'expiration du contrat de leasing, l'objet de leasing est soit restitué à la société de leasing, soit le contrat est prolongé, soit un nouveau contrat est conclu, soit l'objet de leasing est racheté par le preneur de leasing.

30 En raison de la durée des contrats, qui peut être longue voire indéterminée, le leasing ne présente *en soi* qu'un faible risque de blanchiment d'argent. Cette évaluation des risques a également été confirmée dans le rapport national d'évaluation des risques du groupe de coordination interdépartemental pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (KGGT) de 2015.

31 Conformément à l'art. 11 al. 4$^{bis\ de}$ l'OBA-FINMA, l'intermédiaire financier peut renoncer à l'obligation de diligence

- s'il s'agit d'un leasing financier et
- si les mensualités de leasing, TVA comprise, ne dépassent pas 5 000 CHF.

32 Bien que l'ordonnance et les documents y afférents ne précisent pas si le montant de 5 000 CHF peut être cumulé pour plusieurs contrats de leasing conclus avec le même preneur de leasing, cela est clairement exclu dans la pratique en raison de l'application par analogie de l'art. 11 al. 4 OBA-FINMA. L'interprétation systématique de l'art. 11 OBA-FINMA et de ses annexes conduit également à la même conclusion, car le législateur s'oppose déjà dans ses explications relatives à la *monnaie électronique* à l'augmentation de la valeur seuil en raison du **cumul de** différentes limites.

33 Les cas d'application de l'art. 11 al. 4$^{bis\ de}$ l'OBA-FINMA sont d'une importance secondaire dans la pratique, car les mensualités de leasing dépassent généralement le montant de 5 000 CHF et, si ce n'était pas le cas à titre

exceptionnel, les dépenses liées à la mise en œuvre d'un processus distinct pour les sociétés de leasing seraient plus importantes que les économies réalisées grâce aux allégements. Dans cette mesure, l'allègement ne devrait concerner que les sociétés de leasing qui se concentrent principalement sur les petits contrats avec des versements inférieurs à 5 000 CHF.

### F. Autres exceptions (art. 11 al. 5 OBA-FINMA)

Cette disposition permet à la FINMA, sur **demande expresse**, d'exempter d'autres domaines d'activité ou produits des obligations de diligence, en fonction des besoins et en tenant compte de l'évolution des circonstances. Pour cela, il faut que l'intermédiaire financier ou l'OAR qui dépose la demande puisse démontrer qu'il s'agit d'une relation d'affaires durable et que le risque de blanchiment d'argent au sens de l'art. 7a LBA est faible à très faible. 34

## VI. EFFET JURIDIQUE DES EXCEPTIONS

Un intermédiaire financier qui opère dans le cadre des exceptions peut renoncer au respect des obligations de diligence (art. 3-7 LBA). Néanmoins, l'intermédiaire financier reste **soumis à** la loi. Cela se traduit par exemple par l'obligation de respecter les mesures organisationnelles (art. 8 LBA) et l'obligation de communiquer (art. 9 LBA). Il convient de noter que l'obligation de documentation persiste, même si l'article 7 de la LBA, qui régit cette obligation, fait en réalité partie des obligations exclues. En vertu des recommandations du GAFI, il ne serait pas permis de renoncer complètement au respect des obligations de diligence. En outre, l'art. 11 al. 4 OBA-FINMA précise que les art. 14 et 20 OBA-FINMA relatifs à la surveillance des transactions et, le cas échéant, l'art. 10 OBA-FINMA doivent également être respectés en cas d'application des mesures de diligence simplifiées au sens de l'art. 7a LBA. 35

## BIBLIOGRAPHIE

Jutzi, Thomas, in: Kunz, Peter V./Jutzi, Thomas/Schären, Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2017.

Müller, Thomas/Nagel, Thomas, in: Hsu, Peter Ch./Flühmann, Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Wyss, Ralph, in: Thelesklaf, Daniel/Wyss, Ralph/Zollinger, Dave/van Thiel, Mark (Hrsg.), GwG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2019.

## MATÉRIAUX

Anhörungsbericht zur Geldwäschereiverordnung-FINMA vom 3.6.2015, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/gwv-finma-revision/ab_gwv_finma_20150603_de.pdf?sc_lang=de&hash=D5FF3F2FA92310BDB3F0CEA40B231191, zuletzt besucht am 20.1.2025 (zit. Anhörungsbericht GwV-FINMA 2015).

Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Juni 2015, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/42572.pdf, zuletzt besucht am 25.1.2025.

Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 15.6.2007, BBl 2007 6269, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/938/de, zuletzt besucht am 20.1.2025 (zit. Botschaft GAFI 2007).

Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) vom 8.6.2010, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/importiertedokumente/regulierung/anhoerungen/25-zusammenfuerung-gwv/erlaeuterungsbericht-geldwaeschereiverordnung-finma-20100611-de.pdf?sc_lang=de&hash=33AB93C142CA19582D12724D253BF229, zuletzt besucht am 20.1.2025 (zit. Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2010).

FATF-Empfehlungen 2012 (updated November 2023), abrufbar unter: https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatfgafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf, zuletzt besucht am 20.1.2025.

FATF Guidance for a Risk-Based Approach to Prepaid Cards, Mobile Payments and Internet-Based Payment Services, June 2013, abrufbar unter: https://www.fatfgafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Rba-npps-2013.html, besucht am 20.1.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 8 LBA

Un commentaire de Thomas Nagel / Delia Zellweger

PROPOSITION DE CITATION

Thomas Nagel/Delia Zellweger, Commentaire de l'art. 8 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Nagel/Zellweger, art. 8 LBA N. XXX

**Art. 8 Mesures organisationnelles**

Les intermédiaires financiers prennent dans leur domaine les mesures nécessaires pour empêcher le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ils veillent notamment à ce que leur personnel reçoive une formation suffisante et à ce que des contrôles soient effectués.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités ..... 265
II. Mesures organisationnelles en détail ..... 266
A. Nouveaux produits, pratiques commerciales et technologies (art. 23 OBA-FINMA) ..... 266
B. Service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 24 et 25 OBA-FINMA) ..... 267
1. Généralités ..... 267
2. Exigences en matière de personnel pour le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent ..... 268
3. Tâches du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent ..... 269
C. Compétence décisionnelle en matière de communications (art. 25a OBA-FINMA) ..... 272
D. Directives internes (art. 26 OBA-FINMA) ..... 272
1. Généralités ..... 272
2. Risques accrus ..... 273
3. Surveillance des transactions ..... 273
4. Recours au service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent ..... 273
5. Formation des collaborateurs ..... 273
6. Personnes politiquement exposées (PEP) ..... 274
7. Communications ..... 274
8. Recours à des tiers ..... 275
9. Autre répartition des tâches et des compétences ..... 275
10. Mise à jour des justificatifs des clients ..... 275
E. Intégrité et formation ..... 276
III. Conséquences juridiques en cas de violation de l'art. 8 LBA ..... 277
Bibliographie ..... 278
Matériaux ..... 279

# I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 8 stipule que les intermédiaires financiers doivent prendre dans leur domaine les **mesures** nécessaires à la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme. Sont mentionnés de manière non exhaustive (« **notamment** ») la **formation** suffisante du personnel et **les contrôles**. Cela doit garantir que les prescriptions de la LBA sont respectées dans toute l'entreprise. En raison de la formulation claire de la loi, l'art. 8 LBA ne s'applique qu'aux intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 1, let. a, LBA, et non aux négociants visés à l'art. 2, al. 1, let. b, LBA. 1

Le contenu et le but de la norme sont controversés dans la doctrine. Une partie de la doctrine est d'avis que l'art. 8 LBA constitue une **obligation de diligence autonome**, en ce sens qu'il exige des intermédiaires financiers qu'ils mettent en place une organisation visant à prévenir autant que possible le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Une autre doctrine interprète l'art. 8 LBA comme une simple norme d'exécution qui sert à la mise en œuvre des obligations de diligence des art. 3 à 7 LBA. Jutzi combine les deux conceptions et part du principe que l'art. 8 LBA a une fonction hybride. Selon lui, l'art. 8 LBA est, sur la base d'une interprétation systématique et grammaticale, une obligation de diligence autonome. Cela signifie, selon lui, qu'il est d'une part une norme de mise en œuvre pour les autres obligations de diligence de la LBA et, d'autre part, une obligation de diligence autonome. Le message relatif à la LBA n'aide pas à l'interprétation, mais se contente de répéter le texte de loi. Selon l'opinion défendue ici, l'art. 8 LBA est certes intégré dans le chapitre 2 de la LBA (et donc dans les obligations de diligence), mais n'a généralement pas de signification autonome. L'art. 8 LBA sert à un respect conséquent des obligations de diligence. En conséquence, il ne peut guère y avoir de violation isolée de l'art. 8 LBA dans la pratique. Une violation de l'art. 8 LBA va généralement de pair avec la violation d'une autre obligation de diligence de la LBA au sens strict (par ex. l'obligation de documentation ou l'obligation de communiquer). Il peut arriver par exemple que l'identification du cocontractant ne se fasse pas correctement, par exemple parce que le concept de formation ou les instructions étaient insuffisants. Le respect de l'art. 8 LBA est donc souvent une condition préalable pour qu'un intermédiaire financier puisse respecter ses obligations de manière 2

conséquente. Selon le point de vue défendu ici, l'art. 8 LBA est certes une obligation de diligence, mais qui n'a guère d'autonomie au sens strict.

3 La portée de la norme, c'est-à-dire l'étendue et le type de mesures organisationnelles à prendre en relation avec la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme, ne sont pas spécifiés à l'art. 8 LBA. Les mesures sont toutefois **décrites de manière** très **détaillée** dans l'**OBA-FINMA**. Pour les intermédiaires financiers surveillés par des organismes d'autorégulation (art. 2 al. 3 LBA), les dispositions d'exécution se trouvent dans les règlements de l'organisme d'autorégulation compétent. L'approche basée sur les risques s'applique à la mise en œuvre de l'art. 8 LBA. En fonction de la taille et du domaine d'activité d'un intermédiaire financier, celles-ci peuvent donc être très différentes. Il ressort de l'art. 8 LBA que les intermédiaires financiers doivent agir dans « leur domaine ». Les mesures organisationnelles doivent donc se rapporter à des opérations financières au sens de l'art. 1 LBA ou à des activités d'intermédiaire financier ; il faut s'assurer que l'organe exécutif suprême dispose de la compétence organisationnelle nécessaire (de fait et de manière formelle) dans ces domaines. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les mesures organisationnelles doivent en outre être documentées. L'obligation de l'art. 8 LBA est donc une obligation permanente qui doit toujours être respectée. Les mesures prises doivent être régulièrement évaluées et, le cas échéant, adaptées.

## II. MESURES ORGANISATIONNELLES EN DÉTAIL

4 Les art. 23 ss. OBA-FINMA concrétisent l'art. 8 LBA et expliquent les « mesures organisationnelles » mentionnées. Celles-ci sont abordées individuellement ci-après. Il convient de noter que certaines **lois spéciales** (p. ex. art. 3 al. 2 let. a LB) contiennent des prescriptions organisationnelles qui englobent également la lutte contre le blanchiment d'argent. Celles-ci ne seront pas abordées plus en détail dans le présent commentaire.

### A. Nouveaux produits, pratiques commerciales et technologies (art. 23 OBA-FINMA)

5 Conformément à l'art. 23 OBA-FINMA, l'intermédiaire financier est responsable d'**évaluer à l'avance** les risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme liés au développement de nouveaux produits ou

de nouvelles pratiques commerciales ou à l'utilisation de technologies nouvelles ou développées, et de **les recenser**, de les limiter et de les surveiller de **manière appropriée** dans le cadre de la gestion des risques. L'art. 23 OBA-FINMA est un cas d'application de l'art. 13 al. 2 let. c OBA-FINMA et se réfère donc surtout aux cas où il n'y a pas de contact personnel avec le cocontractant et l'ayant droit économique ainsi qu'aux produits, technologies et services en relation avec des monnaies virtuelles.

Comme le stipule expressément l'art. 23 OBA-FINMA, l'examen doit avoir lieu **avant le lancement** des produits, pratiques commerciales et technologies nouveaux ou développés. Si l'examen révèle des risques (potentiels), ceux-ci doivent être identifiés, limités et surveillés par l'intermédiaire financier avant qu'il ne procède à des modifications du modèle d'affaires susceptibles d'entraîner de nouveaux risques. 6

## B. Service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 24 et 25 OBA-FINMA)

### 1. Généralités

Les art. 24 et 25 OBA-FINMA traitent du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent. Celui-ci agit en tant qu'organe opérationnel. Selon l'art. 24 al. 1 OBA-FINMA, il est exigé de l'intermédiaire financier qu'il désigne une ou plusieurs personnes qualifiées comme service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent. La tâche principale de cette personne est de conseiller et de soutenir les responsables hiérarchiques ainsi que la direction dans la mise en œuvre de l'OBA-FINMA. Mais cela sans en assumer la responsabilité, c'est-à-dire que la responsabilité globale reste très clairement du ressort des organes exécutifs de l'intermédiaire financier et ne peut pas être déléguée à des employés inférieurs. Il s'agit d'éviter que les membres de la direction et du conseil d'administration d'un intermédiaire financier ne reportent les décisions « vers le bas » de la hiérarchie. Le conseil d'administration d'une société anonyme a la tâche intransmissible et inaliénable d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, notamment en ce qui concerne l'observation des lois (art. *716a* al. 1 ch. 5 CO). Dans le cadre d'une bonne gouvernance, le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent doit donc toujours être habilité, dans les règlements internes, à soumettre à la direction des décisions délicates (par exemple sur la poursuite 7

d'une relation d'affaires critique). Toute autre approche peut conduire à une confusion entre la fonction de compliance et les personnes actives sur le plan commercial ou opérationnel, ce qui peut à son tour entraîner des conflits d'intérêts indésirables. La décision concernant les communications au sens de l'art. 9 LBA incombe à l'organe suprême de direction, qui peut toutefois déléguer cette décision (art. *25a* OBA-FINMA, cf. ci-après, n. 15). D'une manière générale, le service spécialisé dans la lutte contre le blanchiment d'argent devrait être aussi indépendant que possible des fonctions d'une entreprise axées sur le rendement, afin de garantir une indépendance et une neutralité maximales. En vertu de l'art. 75 OBA-FINMA, les petits gestionnaires de fortune bénéficient d'allègements par rapport aux exigences de l'art. 24 OBA-FINMA, et les établissements Fintech au sens de l'art. *1b* LB peuvent également bénéficier d'allègements en vertu de l'art. *75a* al. 2 OBA-FINMA.

### 2. Exigences en matière de personnel pour le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent

8 A l'art. 24 al. 1 OBA-FINMA, l'auteur de l'ordonnance exige que des « personnes qualifiées » soient engagées comme service spécialisé dans le blanchiment d'argent. Cela signifie que les personnes doivent avoir suivi une formation dans le domaine du droit/de la compliance qui réponde à l'obligation de surveiller et d'adresser les risques spécifiques à l'entreprise. Pour pouvoir contrôler le respect des règles, les personnes désignées doivent disposer d'une expérience suffisante et d'une certaine crédibilité, afin de pouvoir défendre les questions de compliance avec suffisamment de sécurité et d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif et des départements commerciaux ou opérationnels.

9 Dans certains cas, il est possible de désigner des personnes externes comme service spécialisé dans la lutte contre le blanchiment d'argent dans le cadre d'une externalisation, pour autant qu'elles soient également « compétentes » (art. 25 al. 4 OBA-FINMA). D'une part, une personne externe compétente peut et doit être désignée comme service spécialisé en matière de blanchiment d'argent lorsque l'intermédiaire financier ne peut pas, en raison de sa taille, mettre en place lui-même son propre service spécialisé. D'autre part, une délégation peut avoir lieu lorsque la mise en place d'un service interne spécialisé dans le blanchiment d'argent serait disproportionnée. En

cas de mandat confié à des personnes externes, l'intermédiaire financier continue d'assumer la responsabilité de l'exécution de l'ordonnance (cf. « sous sa responsabilité » selon l'art. 25 al. 4 OBA-FINMA). Cela signifie qu'il doit choisir, instruire et contrôler soigneusement le prestataire de services externe. Les éventuels manquements du prestataire de services externalisé sont entièrement imputés à l'intermédiaire financier qui externalise. Si l'intermédiaire financier est une banque, une entreprise d'investissement ou une assurance, il convient en outre de respecter les règles de la circulaire FINMA 2018/3.

## 3. Tâches du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent

Les tâches principales du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent consistent, d'une part, à préparer des directives internes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et, d'autre part, à planifier ainsi qu'à surveiller la formation interne correspondante (art. 24 al. 2 en relation avec l'art. 25 ss. OBA-FINMA). En outre, le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent a une fonction de soutien, c'est-à-dire qu'il assiste les responsables hiérarchiques et les organes dirigeants dans la mise en œuvre de l'OBA-FINMA, sans pour autant leur en retirer la responsabilité (art. 24 al. 1, deuxième phrase OBA-FINMA). Les directives sont édictées par le conseil d'administration, respectivement par l'organe directeur suprême. Elles doivent être portées à la connaissance des personnes concernées, c'est-à-dire des organes et des employés de l'intermédiaire financier, sous une forme appropriée (art. 26 al. 1 OBA-FINMA). 10

L'art. 25 OBA-FINMA énumère d'autres tâches du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent, sachant que celles-ci peuvent également être assumées par un autre service spécialisé indépendant (art. 25 al. 1 OBA-FINMA). Le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent a l'obligation de veiller au respect des directives internes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, en concertation avec la révision interne, la société d'audit et les responsables hiérarchiques (art. 25 al. 1 let. a OBA-FINMA). Elle définit en outre les paramètres du système de surveillance des transactions selon l'art. 20 OBA-FINMA (art. 25 al. 1 let. b OBA-FINMA) et fait procéder à l'évaluation minutieuse des communications ainsi générées (art. 25 al. 1 let. c OBA- 11

FINMA). En outre, elle fait procéder ou procède elle-même à des clarifications supplémentaires conformément à l'art. 15 OBA-FINMA (art. 25 al. 1 let. d OBA-FINMA). Enfin, elle s'assure que l'organe de gestion responsable dispose de toutes les informations nécessaires pour pouvoir prendre des décisions fondées sur l'établissement ou la poursuite de relations d'affaires conformément à l'art. 19 OBA-FINMA (art. 25 al. 1 let. e OBA-FINMA).

12 L'art. 25 al. 2 OBA-FINMA fixe l'obligation d'analyser les risques. Il exige que le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent ou un autre organisme indépendant établisse une analyse des risques sous l'angle de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, en tenant compte du domaine d'activité et du type de relations d'affaires gérées par l'intermédiaire financier. L'analyse des risques doit à son tour être approuvée par le conseil d'administration ou la direction et être mise à jour périodiquement. L'élaboration et la mise à jour de l'analyse des risques est donc un processus dynamique qui oblige les intermédiaires financiers à identifier, évaluer et gérer de manière proactive leurs risques spécifiques en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Cette analyse va bien au-delà d'un simple examen de la réglementation ; il s'agit plutôt d'un outil stratégique qui doit permettre aux intermédiaires financiers de renforcer leur capacité de résistance à la criminalité financière tout en protégeant leur réputation.

13 La portée de l'analyse des risques est fonction de la taille et de la nature des opérations de l'intermédiaire financier. Les paramètres suivants sont pris en compte :

- L'analyse des risques est centrée sur l'examen global de l'entreprise et de son environnement. Les facteurs internes et externes sont pris en compte. Les facteurs internes comprennent les produits et services proposés (expressément mentionnés à l'art. 25 al. 2 OBA-FINMA), la structure organisationnelle, les systèmes informatiques et les mécanismes de contrôle. Les facteurs externes se rapportent à l'environnement réglementaire, à la situation économique, au climat politique et à la présence géographique de l'entreprise.
- Un aspect important de l'analyse des risques est la connaissance du client. Les intermédiaires financiers doivent connaître leurs clients en profondeur

afin de pouvoir évaluer leurs activités commerciales et les risques potentiels. Pour ce faire, l'origine des clients (siège ou domicile, expressément mentionné à l'art. 25 al. 2 OBA-FINMA) ainsi que leurs relations d'affaires sont examinées à la loupe. Les intermédiaires financiers doivent être particulièrement attentifs aux clients provenant de pays à haut risque, aux PEP et aux produits financiers complexes.

- Les résultats de l'analyse des risques servent de base à l'élaboration de mesures sur mesure pour réduire les risques. Ces mesures peuvent par exemple prendre la forme de contrôles supplémentaires, de mesures de surveillance renforcées ou de formations des collaborateurs. Il est important de contrôler et d'adapter régulièrement les mesures afin de les adapter à l'évolution des circonstances.
- L'analyse des risques n'est pas seulement une obligation légale, elle peut aussi constituer un avantage stratégique. En gérant les risques de manière proactive, les entreprises peuvent renforcer leur compétitivité et protéger leur réputation de partenaire fiable. En outre, l'analyse des risques contribue à accroître l'efficacité des processus de conformité et à réduire les coûts.

En résumé, l'analyse des risques dans la prévention du blanchiment d'argent est un processus complexe et multidimensionnel. Elle nécessite une compréhension approfondie des règles en vigueur, de ses propres activités commerciales et de la situation réglementaire et économique en constante évolution. En se basant sur les résultats de l'analyse des risques, l'intermédiaire financier détermine les mesures à prendre pour gérer, piloter, contrôler, rapporter et surveiller ces risques. Grâce à une mise en œuvre cohérente de l'analyse des risques, les intermédiaires financiers peuvent contribuer à la lutte contre la criminalité financière tout en protégeant leurs propres intérêts. En 2023, la FINMA a contrôlé les processus d'analyse des risques de plus de 30 banques et est parvenue à la conclusion qu'une part importante des analyses des risques examinées ne satisfaisait pas aux exigences fondamentales d'une telle analyse. La FINMA a alors publié la communication prudentielle 05/2023 relative à l'analyse des risques de blanchiment d'argent selon l'art. 25 al. 2 OBA-FINMA (du 24 août 2023), dans laquelle la FINMA présente de manière transparente ses observations pratiques et ses expériences en matière d'analyse des risques. 14

## C. Compétence décisionnelle en matière de communications (art. 25a OBA-FINMA)

15 C'est la direction de l'intermédiaire financier qui doit décider d'effectuer des communications au sens de l'art. 9 LBA (obligation de communiquer) et de l'art. 305ter, al. 2, CP (droit de communication) (art. *25a* OBA-FINMA). La tâche peut toutefois être déléguée à un ou plusieurs de ses membres qui ne sont pas directement responsables de la relation d'affaires, au service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent ou à un service majoritairement indépendant (art. *25a* al. 2 OBA-FINMA). Si la tâche est déléguée, l'organe exécutif de l'intermédiaire financier reste néanmoins responsable de la mise en œuvre des obligations de communiquer (art. 24 al. 1 OBA-FINMA). L'art. 25a OBA-FINMA permet uniquement de déléguer la mise en œuvre de l'obligation de communiquer, mais ne permet pas de déléguer l'ensemble de l'ordonnance. La compétence en matière de communications doit être fixée dans les directives de l'intermédiaire financier (art. 26 al. 2 let. b OBA-FINMA, cf. ci-après, n. 23).

## D. Directives internes (art. 26 OBA-FINMA)

### 1. Généralités

16 Pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, l'intermédiaire financier doit édicter des directives internes. Celles-ci sont adoptées par le conseil d'administration ou la direction et portées à la connaissance des personnes concernées (art. 26 al. 1 OBA-FINMA). Le but des directives est de former et de sensibiliser le personnel. Sur le plan du contenu, les directives sont une concrétisation des exigences de l'OBA-FINMA. Une fois édictées, les directives doivent être régulièrement contrôlées et adaptées si nécessaire.

17 L'art. 26 al. 2 OBA-FINMA contient une liste d'objets de réglementation que les directives internes doivent couvrir. Cette liste n'est pas exhaustive. Les domaines respectifs qui doivent être réglés dans les directives internes sont brièvement abordés ci-après.

## 2. Risques accrus

Conformément à l'art. 6 LBA, les intermédiaires financiers doivent appliquer une approche fondée sur les risques. Cela implique qu'ils définissent au moins deux catégories de clients à risque, sur la base desquelles ils décident quelles informations et quelles étapes de contrôle sont nécessaires pour une évaluation et une surveillance adéquates de la relation d'affaires. Plusieurs let. de l'art. 26 al. 2 OBA-FINMA traitent des risques accrus et de ce qui doit être réglé dans des directives concernant ces risques : (i) les critères appliqués pour déterminer les relations d'affaires présentant des risques accrus selon l'art. 13 OBA-FINMA (let. a) ; (ii) les critères appliqués pour identifier les transactions présentant des risques accrus selon l'art. 14 al. 1 et 2 OBA-FINMA (let. b) ; et (iii) les modalités selon lesquelles l'intermédiaire financier saisit, limite et surveille ces risques accrus (let. h). La let. i mentionne en outre explicitement que les limites de montant des flux entrants et sortants doivent être fixées pour déterminer les cas présentant des risques accrus (art. 13 al. 2 let. f ainsi que art. 14 al. 2 let. a OBA-FINMA). 18

## 3. Surveillance des transactions

Selon l'art. 20 al. 1 OBA-FINMA, l'intermédiaire financier veille à une surveillance efficace des relations d'affaires et des transactions et s'assure ainsi que les risques accrus sont identifiés. Selon l'art. 26 al. 2 let. c OBA-FINMA, une directive doit être édictée, qui fixe les grandes lignes de cette surveillance des transactions. Les critères pertinents du point de vue de la politique commerciale et/ou de la réglementation doivent y figurer. 19

## 4. Recours au service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent

Conformément à l'art. 26 al. 2 let. d OBA-FINMA, il faut une directive sur les cas dans lesquels le service interne de lutte contre le blanchiment d'argent doit être consulté et la direction informée. 20

## 5. Formation des collaborateurs

Les grandes lignes de la formation des collaborateurs doivent également être fixées dans une directive (art. 26 al. 2 let. e OBA-FINMA). Cela signifie que chaque intermédiaire financier doit régler les détails relatifs à l'exécution, à la surveillance et au contenu des formations ainsi qu'à leur documentation et à 21

leur contrôle. Les conséquences si les collaborateurs ne suivent pas la formation à satisfaction doivent également être fixées.

### 6. Personnes politiquement exposées (PEP)

22 La politique d'affaires concernant les personnes politiquement exposées (PEP) doit être réglée dans des directives (art. 26 al. 2 let. f OBA-FINMA). Cela implique qu'un intermédiaire financier définisse quelles PEP peuvent être acceptées comme clients et dans quelles circonstances ou selon quelles exigences. Les exigences particulières peuvent être par exemple des contrôles renforcés, des décisions des organes exécutifs et d'autres processus de validation. Les modalités selon lesquelles un intermédiaire financier saisit les risques accrus comprennent en outre également le traitement des PEP (art. 26 al. 2 let. h OBA-FINMA).

### 7. Communications

23 Conformément à l'art. 26 al. 2 let. g OBA-FINMA, la personne responsable des communications au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent doit également être désignée dans une directive. En principe, la communication au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent est la dernière étape d'un vaste processus de clarification. Selon l'art. 25a OBA-FINMA, il incombe à l'organe supérieur de direction de l'intermédiaire financier de décider de la communication conformément à l'art. 9 LBA et à l'art. 305bis, al. 2, CP. Cette responsabilité peut être déléguée à un ou plusieurs de ses membres qui ne sont pas directement responsables de la relation d'affaires concernée. Une délégation au service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent ou à une instance largement indépendante est également possible. L'objectif de cette réglementation est d'éviter les conflits d'intérêts potentiels qui pourraient survenir si les membres de la direction géraient également eux-mêmes des relations clients et étaient ainsi impliqués dans le processus de décision concernant une communication ou l'absence de communication. La responsabilité prudentielle globale du respect de l'obligation de communiquer reste toutefois du ressort du conseil d'administration ou de la direction (cf. art. 24 al. 1 OBA-FINMA), tandis que la délégation ne concerne que la mise en œuvre des tâches qui y sont liées.

## 8. Recours à des tiers

Conformément à l'art. 28 al. 1 OBA-FINMA, l'intermédiaire financier peut, à certaines conditions, charger des personnes et des entreprises de vérifier l'identité du cocontractant, d'identifier les détenteurs du contrôle ou les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales et de procéder à des clarifications supplémentaires. Il est nécessaire de conclure une convention écrite avec la personne mandatée, sauf si la délégation a lieu au sein d'un groupe ou d'un groupe d'entreprises appliquant des normes de diligence uniformes ou à un autre intermédiaire financier soumis à une surveillance et à une réglementation comparables en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Les contrôles sur place chez le délégué ne sont pas nécessaires. Une subdélégation des tâches déléguées par le délégué est expressément exclue (cf. art. 28 al. 3 OBA-FINMA). L'intermédiaire financier qui délègue continue d'assumer l'entière responsabilité et l'intégralité des manquements, comme s'il s'agissait de ses propres organes ou collaborateurs. En outre, l'intermédiaire financier est tenu de prendre une copie de tous les documents qui ont été utilisés pour remplir les obligations de diligence. Il doit se faire confirmer par écrit que les copies remises correspondent aux documents originaux (cf. art. 29 al. 2 OBA-FINMA). Conformément à l'art. 26 al. 2 let. j OBA-FINMA, les critères applicables au recours à des tiers doivent figurer dans une directive. Cf. également sur la délégation les commentaires relatifs aux art. 3 et 4. 24

## 9. Autre répartition des tâches et des compétences

Les autres répartitions internes des tâches et des compétences entre le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent et les autres unités d'affaires chargées de veiller au respect des obligations de diligence doivent également être fixées dans une directive (art. 26 al. 2 let. k OBA-FINMA). Cela doit permettre une distinction claire entre *la first line of defense* et la *second line of defense* , qui s'est établie dans la pratique et a été reprise à l'art. 26 al. 2 let. k OBA-FINMA. En outre, une répartition claire des tâches doit permettre de définir les responsabilités. 25

## 10. Mise à jour des justificatifs des clients

En dernier lieu, l'art. 26 al. 2 let. l OBA-FINMA exige une directive concernant l'actualisation des justificatifs des clients. Cette disposition trouve 26

son fondement dans l'art. 7 al. 1bis LBA. Cette disposition légale a été introduite dans la LBA au 1er janvier 2023 (voir à ce sujet le commentaire relatif à l'art. 7). La durée des intervalles dans lesquels les justificatifs des clients doivent être actualisés dépend de circonstances extérieures (p. ex. indices d'un changement au niveau du cocontractant, des ayants droit économiques ou des détenteurs du contrôle) ainsi que des risques concrets de la relation client (les dossiers des clients à haut risque doivent être actualisés plus régulièrement que ceux des clients à faible risque).

## E. Intégrité et formation

27 Un personnel intègre et convenablement formé est essentiel dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. L'art. 27 al. 1 OBA-FINMA le stipule explicitement. Cette exigence concerne en premier lieu les employés de l'intermédiaire financier qui sont en contact avec la clientèle, leurs supérieurs hiérarchiques ainsi que toutes les personnes qui s'occupent de l'activité d'intermédiaire financier en tant que telle ou de l'activité du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent. L'engagement de personnel conforme à l'art. 27 al. 1 OBA-FINMA fait partie d'une gestion correcte. L'examen de l'intégrité représente une entreprise difficile et consiste le plus souvent à demander des extraits de poursuites et de casiers judiciaires ainsi qu'à suivre une procédure de recrutement différenciée (examen du curriculum vitae, des références et d'autres aspects pertinents). Dans le cas des établissements soumis à une surveillance prudentielle, le contrôle de l'intégrité est généralement assuré par d'autres dispositions explicites en matière de garantie et par des actes de contrôle correspondants de la FINMA (cf. p. ex. art. 11 LFINMA). L'intégrité exigée doit être comprise de manière globale. L'intégrité signifie agir selon des principes moraux et éthiques solides et y rester fidèle, même dans des situations délicates (p. ex. en cas de conflits d'objectifs au sein de l'entreprise). L'intégrité ne se limite pas au simple respect de la loi, mais va au-delà : un comportement éthique, l'honnêteté et la fiabilité font également partie de l'intégrité. D'une part, elle doit garantir que les clients ne puissent pas abuser de l'intermédiaire financier pour blanchir de l'argent ou financer le terrorisme. D'autre part, elle doit également garantir que les employés et les organes ne commettent pas eux-mêmes de délits (que ce soit en connaissance de cause ou non).

Outre la sélection minutieuse du personnel, l'intermédiaire financier doit également veiller à la formation régulière de tous les collaborateurs concernés (art. 27 al. 2 OBA-FINMA). Le critère de l'obligation de formation peut concerner les personnes internes et externes (en cas de délégation d'obligations). Dans ce contexte, la formation doit porter sur les aspects essentiels de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme pour le collaborateur concerné. Cela comprend, d'une part, la compréhension de base des risques juridiques et de réputation et, d'autre part, des aspects spécifiques à la fonction du collaborateur. Cela doit garantir que tous les collaborateurs impliqués respectent les procédures et qu'il en résulte un dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent dense et judicieux. En outre, cela doit permettre de créer une culture d'entreprise et de conformité qui se traduit par un comportement légal de tous les collaborateurs impliqués et qui ne crée pas de fausses incitations (par exemple, pas de récompense pour un comportement illégal ou à la limite de l'illégalité). 28

## III. CONSÉQUENCES JURIDIQUES EN CAS DE VIOLATION DE L'ART. 8 LBA

Un manquement ou une violation des exigences en matière de mesures organisationnelles peut entraîner des conséquences prudentielles et pénales. Les assujettis à la FINMA risquent l'ouverture d'une procédure d'enforcement, dans le cadre de laquelle la FINMA peut faire usage de ses instruments de surveillance conformément aux art. 29 ss LFINMA. Conformément à l'art. 25 al. 3 let. c LBA, les organismes d'autorégulation doivent édicter des règlements qui fixent notamment des sanctions appropriées. Si un intermédiaire financier sous la surveillance d'un organisme d'autorégulation enfreint l'art. 8 LBA ou les dispositions du règlement de l'organisme d'autorégulation qui le mettent en œuvre, l'organisme d'autorégulation compétent peut appliquer les mécanismes de sanction prévus par le règlement. 29

Conformément à l'art. 102 CP, une entreprise peut être punie d'une amende de 5 millions de CHF au maximum si elle n'a pas pris toutes les mesures organisationnelles nécessaires et raisonnables pour prévenir les infractions telles que le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305bis CP ; le montant de l'amende est déterminé en fonction de la gravité du manque d'organisation, 30

du dommage causé et de la capacité économique de l'entreprise. Le fait de ne pas respecter les prescriptions internes de l'entreprise en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (et donc une violation de l'art. 8 LBA) peut donc être un indice d'une organisation déficiente au sens de l'art. 102 CP.

## BIBLIOGRAPHIE

De Capitani Werner, Kommentierung zu Art. 8 GwG, in: Schmidt Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich et al. 2007 (zit. KEOVG II-De Capitani, Art. 8 GwG).

Forster Michael, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Bern 2006 (zit. Forster, Verantwortlichkeit).

Jutzi Thomas, Kommentierung zu Art. 8, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg,), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Jutzi, Art. 8 GwG).

Meyer Patrick K./ Ryhner Samuel, Kommentierung zu Art. 4, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Meyer/Ryhner, Art. 4 GwG).

Nagel Thomas, Interessenskonflikte des Compliance Officers: Mit besonderer Betrachtung der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, SJZ 2021, S. 102–109 (zit. Nagel, SJZ 2021).

Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 8, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Peyer, Art. 8 GwG)

Schott Ansgar/Kessler Martina A., Kommentierung zu Art. 8a, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Schott/Kessler, Art. 8a GwG).

Taube Tamara, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, Zürich et al. 2013 (zit. Taube, Sorgfaltspflichten).

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 8, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Geldwäschereigesetz, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK-Wyss, Art. 8 GwG).

## MATÉRIAUX

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Gelwäschereigesetz) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 31.8.2024 (zit. Botschaft GwG 1996).

Erläuterungsbericht zur Totalrevision der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) vom 11.2.2015, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/25-zusammenfuehrung-der-geldwaeschereiverordnungen-der-finma/erlaeuterungsbericht-geldwaeschereiverordnung-finma-20100611-de.pdf?sc_lang=de&hash=0F2352A48C31F45C8213AEBB0C553E25, besucht am 31.8.2024 (zit. Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2015).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 8a LBA

Un commentaire de Thomas Nagel

PROPOSITION DE CITATION

Thomas Nagel, Commentaire de l'art. Art. 8a LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Nagel, art. 8a LBA N. XXX

**Section 1*a* Obligations de diligence des négociants**

**Art. 8*a***

[1] Les négociants visés à l'art. 2, al. 1, let. b, doivent remplir les obligations suivantes s'ils reçoivent plus de 100 000 francs en espèces dans le cadre d'une opération de négoce:

a. vérification de l'identité du cocontractant (art. 3, al. 1);

b. identification de l'ayant droit économique (art. 4, al. 1 et 2, let. a et b);

c. établissement et conservation des documents (art. 7).

[2] Ils doivent clarifier l'arrière-plan et le but d'une opération lorsque:

a. l'opération paraît inhabituelle, sauf si sa légalité est manifeste;

b. des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305$^{bis}$, ch. 1$^{bis}$, CP, qu'une organisation criminelle ou terroriste (art. 260$^{ter}$ CP) exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs ou qu'elles servent au financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$, al. 1, CP).

[3] Les négociants doivent remplir les obligations prévues aux al. 1 et 2 même si le paiement en espèces est effectué en plusieurs tranches d'un montant inférieur à 100 000 francs, mais qui, additionnées, dépassent ce montant.

[4] Ils ne doivent pas remplir ces obligations lorsque les paiements dépassant 100 000 francs sont effectués par le biais d'un intermédiaire financier.

[5] Le Conseil fédéral précise les obligations définies aux al. 1 et 2 et en règle les modalités d'application.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités ..... 284
II. Obligations de diligence pour les commerçants ..... 284
A. Généralités ..... 284
B. Identification du cocontractant (art. 8a, al. 1, let. a, en relation avec l'art. 3, al. 1, LBA et l'art. 17 OBA) ..... 285
C. Identification de l'ayant droit économique (art. 8a al. 1 let. b en relation avec. art. 4 al. 1 et 2 let. a et b LBA et art. 18 OBA). ..... 285
D. Obligation de documentation (art. 8a al. 1 let. c en relation avec l'art. 7 LBA en relation avec l'art. 21 OBA) ..... 287
E. Clarifications supplémentaires (art. 8a al. 2 LBA en relation avec l'art. 19 OBA) ..... 287
F. Seuil de montant et état de fait de contournement (art. 8a al. 1 et 3 LBA) ..... 289
III. Recours à des tiers (art. 16 OBA et art. 8a al. 4 LBA) ..... 289
IV. Conséquences juridiques en cas de violation des obligations de diligence ..... 290
V. Obligations supplémentaires ..... 290
VI. Interdiction de facto de payer en espèces au-delà de 100 000 francs suisses ..... 291
Bibliographie ..... 291
Matériaux ..... 293

# I. GÉNÉRALITÉS

1 Selon l'art. 2 al. 1 let. b LBA, outre les intermédiaires financiers, les soi-disant « commerçants » sont couverts par la LBA. Selon la loi, les commerçants sont des personnes physiques ou morales qui **font le commerce de biens à titre professionnel et qui acceptent des espèces à cette occasion**. Les notions de « commerçant », de « commerce professionnel » et de « biens », prévues à l'art. 2 al. 1 let. b LBA, sont concrétisées aux art. 13 à 15 OBA. Nous renvoyons ici, en ce qui concerne ces notions, l'historique des dispositions relatives aux commerçants, les dispositions du GAFI et le droit de l'UE, au commentaire de l'art. 2 al. 1 LBA (n. 18 ss.).

2 Seules sont concernées par la LBA les personnes qui, dans le cadre d'une activité commerciale en tant que marchand de biens, acceptent des espèces d'un montant **supérieur à 100 000 francs** (cf. art. 8a al. 1 LBA). Les obligations de diligence de l'art. 8a al. 1 LBA limitent ainsi le champ d'application personnel de la LBA pour les commerçants.

# II. OBLIGATIONS DE DILIGENCE POUR LES COMMERÇANTS

## A. Généralités

3 Les **obligations** de diligence des commerçants selon l'art. 8a LBA sont concrétisées aux art. 17 à 21 OBA (cf. art. 8a al. 5 LBA). La loi renvoie expressément aux obligations qui s'appliquent aux intermédiaires financiers. En particulier, les obligations pour les intermédiaires financiers qui se rapportent aux opérations au comptant sont applicables aux négociants. Il ne faut partir du principe qu'il existe des dérogations pour les négociants que si des règles différentes sont expressément définies pour eux dans la loi ou dans les ordonnances. En conséquence, nous renvoyons ici aux commentaires relatifs aux art. 3, 4 et 7 LBA. Les explications qui y figurent peuvent être transposées aux négociants, à moins que les règles de l'art. 8a LBA en relation avec les art. 17 à 21 OBA-FINMA ne s'écartent des dispositions de la LBA relatives aux intermédiaires financiers.

4 Les obligations de diligence des commerçants requièrent **la coopération du cocontractant** du commerçant (c'est-à-dire l'acheteur) ou du représentant

qui intervient auprès du commerçant. Sans leur coopération, le commerçant ne peut pas remplir les obligations et est tenu de ne pas accepter le paiement en espèces de 100 000 francs.

## B. Identification du cocontractant (art. 8a, al. 1, let. a, en relation avec l'art. 3, al. 1, LBA et l'art. 17 OBA)

Un commerçant qui accepte plus de 100 000 francs doit identifier le cocontractant (c'est-à-dire l'acheteur). Le commerçant **doit** établir **le nom, le prénom, l'adresse, la date de naissance et la nationalité** (art. 17 al. 1 OBA), à moins que l'utilisation de ces informations ne soit pas usuelle dans le pays d'origine de la personne (art. 17 al. 2 OBA). L'identification s'effectue par la consultation d'une pièce d'identité officielle en original, c'est-à-dire un passeport, une carte d'identité ou un permis de conduire (art. 17 al. 3 let. a OBA). Le commerçant doit vérifier si la pièce d'identité peut être attribuée (art. 17 al. 3 let. b OBA), faire une copie de la pièce d'identité (art. 17 al. 3 let. c OBA) et apposer sur la copie la mention que l'original a été consulté (art. 17 al. 3 let. d OBA). La copie doit être conservée (obligation de documentation, cf. art. 21 OBA). Contrairement aux intermédiaires financiers (cf. Circ.-FINMA 2016/7), il n'est pas prévu pour les négociants d'identifier le cocontractant par des canaux numériques. 5

Le cocontractant à identifier est la personne qui achète le ou les biens au négociant et en devient ainsi **propriétaire**. Le représentant qui agit au nom de l'acheteur, le cas échéant, ne doit pas être identifié. Si le représentant agit sur la base d'une procuration, les informations relatives à l'acheteur contenues dans cette procuration doivent correspondre aux informations obtenues auprès du commerçant. Un représentant doit indiquer soit les informations visées à l'art. 17 al. 1 OBA si l'acheteur est une personne physique, soit la raison sociale et le siège de l'acheteur s'il s'agit d'une personne morale (art. 17 al. 4 OBA). 6

## C. Identification de l'ayant droit économique (art. 8a al. 1 let. b en relation avec. art. 4 al. 1 et 2 let. a et b LBA et art. 18 OBA).

Un commerçant est tenu d'identifier l'ayant droit économique (art. 8a, al. 1, let. b, en relation avec l'art. 4, al. 1 et 2, let. a et b, LBA) en demandant au cocontractant ou à son représentant si le cocontractant lui-même est l'ayant 7

droit économique de l'argent liquide (à remettre) (art. 18, al. 1, OBA). En d'autres termes, il faut déterminer avec quel argent ou pour le compte de qui le ou les biens ont été achetés par le commerçant. Pour simplifier, il s'agit de savoir à qui « appartient » l'argent liquide. Cette détermination peut être juridiquement complexe. Si le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique, le négociant doit exiger de lui ou de son représentant une **déclaration écrite** indiquant qui est l'ayant droit économique (art. 18 al. 2 OBA). Le formulaire ou le document prévu à l'art. 21 OBA ou à l'annexe 1 de l'OBA peut être utilisé pour la déclaration écrite (art. 18 al. 6 OBA). Sont considérés comme ayants droit économiques les personnes physiques pour le compte desquelles l'acquisition est effectuée (art. 18 al. 2 let. a OBA). L'ayant droit économique de l'objet de l'achat n'est pas exigé en soi - même selon le point de vue défendu ici, malgré le rapport explicatif de l'OBA qui en dispose autrement (et celui-ci peut, dans des cas exceptionnels, différer de l'ayant droit économique des espèces). En principe, le(s) ayant(s) droit(s) économique(s) est/sont une ou plusieurs personne(s) physique(s). En cas d'acquisition pour le compte d'une personne morale ou d'une société de personnes non cotée en bourse et exerçant une activité opérationnelle, sont considérés comme ayants droit économiques soit les personnes physiques qui disposent directement ou indirectement, seules ou de concert avec des tiers, de voix ou de capital à hauteur d'au moins 25 pour cent (art. 18 al. 2 let. b ch. 1 OBA), soit les personnes physiques qui exercent le contrôle d'une autre manière (p. ex. par une influence directe sur l'activité commerciale) (appelés détenteurs du contrôle, art. 18 al. 2 let. b ch. 2 OBA). Dans le cas des personnes morales, le commerçant a donc l'obligation de se renseigner auprès du cocontractant sur les rapports de participation ou de contrôle (par ex. via des procurations ou des contrats d'association). Si aucun ayant droit économique ne peut être identifié, l'identité du membre le plus haut placé de l'organe directeur doit être établie (art. 18 al. 3 OBA). Dans le cas des sociétés cotées en bourse, il n'est pas nécessaire d'identifier les ayants droit économiques. S'il s'agit d'une association ou d'une fondation qui ne dispose pas d'un ayant droit économique, il faut le constater en conséquence (art. 18 al. 7 OBA). Pour identifier les ayants droit économiques, le négociant a besoin des informations suivantes : Nom et prénom, adresse, date de naissance et nationalité (art. 18 al. 4 OBA).

8 Même si l'obligation d'identifier les ayants droit économiques s'inspire de l'art. 4, voire y renvoie expressément, il existe **des différences**: l'objet de l'ayant

droit économique est toujours l'argent liquide (art. 18 al. 1 OBA). En outre, l'art. 18 OBA semble s'écarter de l'art. 4 dans la définition de l'ayant droit économique. Cela est probablement dû en grande partie à la décision discutable du législateur de se rattacher d'une part à l'art. 4 LBA et de formuler d'autre part un mandat au Conseil fédéral de concrétiser davantage au niveau de l'ordonnance l'obligation pour les commerçants selon l'art. 8a al. 2 LBA.

## D. Obligation de documentation (art. 8a al. 1 let. c en relation avec l'art. 7 LBA en relation avec l'art. 21 OBA)

Conformément aux dispositions légales, les négociants sont tenus de documenter l'exécution de leurs obligations de diligence, la disposition relative aux négociants renvoyant à la réglementation applicable aux intermédiaires financiers (art. 8a al. 1 let. c en relation avec l'art. 7 LBA). La présentation de la documentation est largement libre, pour autant qu'elle contienne toutes les informations pertinentes sur le cocontractant, qu'elle permette un contrôle par l'organe de révision et qu'il soit possible de donner suite à une éventuelle demande de renseignements ou de séquestre dans un délai raisonnable (cf. art. 7 al. 2 LBA). L'**annexe 1 de l'OBA** met à disposition un formulaire type, dont l'utilisation est toutefois facultative (art. 21 al. 1 OBA). Dans ce formulaire ou dans un autre document doivent être consignées les informations fournies par les clients (art. 17 et 18 OBA), les clarifications complémentaires (art. 19 OBA) ainsi que le dépôt d'une communication (art. 20 OBA) (art. 21 al. 2 OBA). Les enregistrements doivent être établis rapidement, datés (date du règlement de l'achat), signés et conservés physiquement ou électroniquement pendant une période de dix ans (art. 21 al. 3 et 4 OBA), les commerçants étant tenus de respecter la LPD. 9

## E. Clarifications supplémentaires (art. 8a al. 2 LBA en relation avec l'art. 19 OBA)

L'art. 8a al. 2 LBA constitue le **pendant pour les négociants des obligations de diligence particulières** de l'art. 6 LBA pour les intermédiaires financiers, mais son contenu est moins étendu. Lorsqu'une transaction semble inhabituelle à un commerçant ou qu'il existe des indices de blanchiment d'argent, il doit vérifier plus précisément le contexte de la transaction et son but (art. 8a al. 2 LBA). La vérification doit être effectuée sans délai, 10

notamment pour la raison que la communication à établir ensuite, le cas échéant (art. 9 al. 1bis LBA), doit être effectuée sans délai. La vérification s'effectue en ce sens que le commerçant se renseigne auprès du cocontractant ou du représentant sur le contexte et le but de l'achat, évalue la plausibilité des indications et consigne les clarifications par écrit (art. 19 al. 3 OBA). Ces clarifications supplémentaires peuvent être nécessaires lorsque la collecte des informations selon les art. 17 et 18 OBA ne suffit pas à fournir au négociant une image claire de la transaction et de l'origine des espèces. Elles servent à améliorer les profils de risque liés aux clients. Un paiement de plus de 100 000 francs en espèces n'est pas inhabituel *en soi*.

11 Ce qui semble inhabituel pour un commerçant peut être tout à fait normal pour un autre. Chaque commerçant doit **évaluer individuellement**, en fonction du type de transaction, de sa clientèle habituelle, de son expérience et de la situation du commerce, quand une transaction est inhabituelle et nécessite donc des clarifications supplémentaires.

12 L'art. 19 al. 2 OBA mentionne de manière non exhaustive (« notamment ») quelques **indices** possibles **de blanchiment d'argent**. Il existe par exemple des indices lorsque la personne paie principalement avec des billets de banque de faible valeur nominale, lorsqu'elle acquiert principalement des biens faciles à vendre et présentant un degré de standardisation élevé, lorsque la personne ne fournit pas d'indications ou fournit des indications insuffisantes concernant son identification ou l'identification de l'ayant droit économique au sens de l'art. 18 OBA, lorsque la personne fournit des indications manifestement fausses ou trompeuses ou lorsqu'il existe des doutes quant à l'authenticité des pièces d'identité présentées. Cette énumération s'inspire de la réglementation analogue pour les intermédiaires financiers selon l'annexe de l'OBA-FINMA, mais elle est adaptée aux opérations d'achat. Lorsque les commerçants reconnaissent de tels indices, ils sont tenus de procéder à des clarifications supplémentaires. L'existence d'un indice ne signifie toutefois pas automatiquement qu'une communication doit être faite immédiatement au MROS. Une communication doit être faite si le soupçon initial se renforce au cours de clarifications supplémentaires ou si le soupçon ne peut pas être écarté (art. 9 al. 1bis LBA).

## F. Seuil de montant et état de fait de contournement (art. 8a al. 1 et 3 LBA)

L'art. 8a LBA est lié au **seuil de 100 000 francs en espèces**. Les monnaies étrangères doivent être converties en francs au jour le jour afin d'évaluer l'applicabilité de l'art. 8a LBA. Les obligations prévues à l'art. 8a, al. 1 et 2, LBA s'appliquent toutefois aussi lorsque le paiement en espèces est effectué en plusieurs tranches et que les différentes tranches sont inférieures à 100 000 francs, mais qu'additionnées, elles dépassent ce montant (art. 8a, al. 3, LBA, dit « smurfing »). Dès lors que plusieurs transactions entre les mêmes parties sont étroitement liées dans le temps ou économiquement, il y a addition des montants partiels, ce qui peut conduire à l'enregistrement du vendeur comme commerçant soumis à la LBA. C'est par exemple le cas lors d'un paiement échelonné d'un montant total de plus de 100 000 francs. Différentes transactions commerciales entre les mêmes parties, qui n'ont pas de lien économique ou temporel, doivent être considérées comme des achats séparés qui ne déclenchent pas l'applicabilité de l'art. 8a LBA. Cette délimitation peut s'avérer difficile à réaliser dans la pratique. 13

Le seuil de montant de 100 000 francs est remarquablement élevé par **rapport à l'étranger** (UE : 10 000 euros). Pour les négociants en pierres et métaux précieux, le dernier projet de modification de la LBA (projet et message du 22 mai 2024) prévoit d'abaisser les seuils à 15 000 francs afin d'être en conformité avec les recommandations du GAFI. Le projet (état fin août 2024) sera examiné par le Parlement dans un avenir proche. A mon avis, cette modification doit être saluée, car les valeurs seuils de la LBA suisse sont beaucoup trop élevées par rapport aux pays proches de l'UE et qu'il existe donc un potentiel de blanchiment d'argent. 14

## III. RECOURS À DES TIERS (ART. 16 OBA ET ART. 8A AL. 4 LBA)

Si les commerçants font appel à un tiers pour exécuter la transaction et recevoir ainsi le prix d'achat en espèces, ils doivent **s'assurer**, indépendamment de leur rapport juridique avec le tiers, **que les obligations de diligence et de communication sont respectées par ce dernier** (art. 16 OBA). Aucune saisie par la LBA n'a lieu lors de la seule réception du prix d'achat en espèces sur ordre du commerçant (sans le règlement), car il s'agit 15

d'un service d'encaissement non assujetti (cf. art. 2 al. 2 let. a ch. 2 OBA). Dans la mesure où le tiers est un intermédiaire financier, l'art. 8a al. 4 LBA s'applique, c'est-à-dire que le commerçant n'est pas soumis à la LBA pour la vente en espèces, mais le tiers l'est en tant qu'intermédiaire financier. Les commerçants ont donc le choix : soit ils acceptent l'argent liquide et doivent se conformer aux obligations de la LBA, soit ils convainquent leurs clients de régler leur dette par l'intermédiaire d'un intermédiaire financier (par ex. au moyen d'un virement bancaire).

## IV. CONSÉQUENCES JURIDIQUES EN CAS DE VIOLATION DES OBLIGATIONS DE DILIGENCE

16 La LBA ne prévoit **pas de conséquences pénales** en cas de violation par les négociants de leurs obligations de diligence au sens de l'art. 8a LBA. Seules la violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA) et la violation de l'obligation de mandater un organe de révision pour vérifier les obligations (art. 38 LBA) sont punissables. Les normes pénales de la LFINMA ne s'appliquent pas aux négociants. Les négociants peuvent être punis conformément à l'art. 305$^{bis}$ CP en cas de participation ou d'omission consciente et volontaire (les obligations de la LBA créent une position de garant correspondante). L'art. 305$^{ter}$ CP n'est en revanche pas applicable aux commerçants. Du point de vue du droit de la surveillance, aucune conséquence n'est à craindre, car les négociants ne sont soumis ni à la surveillance d'un organisme d'autorégulation ni à celle de la FINMA. Concernant les normes pénales et les critiques à ce sujet, nous renvoyons aux commentaires relatifs aux art. 37 et 38.

## V. OBLIGATIONS SUPPLÉMENTAIRES

17 En plus des obligations de diligence prévues à l'art. 8a LBA (précisées aux art. 17 ss. OBA), les négociants doivent, en vertu de l'art. 9 al. 1$^{bis}$ LBA, faire une **communication** lorsqu'il existe certains indices de soupçon. A cet égard, nous renvoyons au commentaire de l'art. 9 LBA.

18 Les négociants doivent **mandater** un **organe de révision** pour vérifier le respect des obligations LBA qui leur sont applicables (art. 15 LBA). A cet égard, il est renvoyé au commentaire de l'art. 15 LBA.

La doctrine est en outre d'avis que les commerçants sont également tenus - malgré l'absence de disposition expresse dans la loi ou l'ordonnance - de prendre **des mesures organisationnelles** pour respecter les obligations qui les concernent. Comme l'indique le commentaire relatif à l'art. 8 LBA (cf. n. 2), cela plaide en faveur du fait que le devoir d'organisation n'est pas un devoir de diligence autonome, mais constitue une condition préalable au respect des obligations de la LBA. De mon point de vue, il ne serait pas possible de reprocher à un commerçant qui enfreindrait ses obligations selon l'art. 8a LBA et qui le ferait en raison d'une organisation déficiente, de violer l'art. 8 LBA. Cela n'est pas possible faute de renvoi à l'art. 8 LBA dans l'art. 8a LBA. En cas d'organisation déficiente et de commission d'une infraction au sein de l'entreprise du commerçant, il peut éventuellement en résulter une punissabilité selon l'art. 102 CP. 19

## VI. INTERDICTION DE FACTO DE PAYER EN ESPÈCES AU-DELÀ DE 100 000 FRANCS SUISSES

Dès la création des dispositions relatives aux commerçants, la doctrine et le législateur ont prédit que la réglementation conduirait à une interdiction de facto des paiements en espèces pour les montants supérieurs à 100 000 francs. La raison en était que le respect des obligations était beaucoup plus coûteux et peu avantageux que l'implication d'un intermédiaire financier externe. Cette prédiction s'est à mon avis avérée. Les commerçants n'ont guère besoin de conseils et n'adressent guère de communications au MROS, ce qui plaide pour que les montants supérieurs à 100 000 soient traités avec l'aide d'un intermédiaire financier (art. 8a al. 4 LBA). Une demande de l'auteur auprès de quelques sociétés de révision a révélé que celles-ci n'avaient soit aucun mandat de négociant, soit extrêmement peu de mandats. Les dispositions de la LBA relatives aux commerçants sont donc négligées et peuvent à mon avis être qualifiées de « **pétard mouillé** » - il serait moins coûteux d'interdire complètement les paiements en espèces au-delà d'un certain seuil. Quant à savoir si cela est approprié, c'est une question politique à laquelle il n'est pas facile de répondre. 20

## BIBLIOGRAPHIE

Attinger Alex, Wirtschaftliche Berechtigung: Konzepte und Dogmatik, Zürich 2023, abrufbar unter https://boris.unibe.ch/193100/1/

Attinger_Wirtschaftliche_Berechtigung.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. Attinger).

Burckhardt Peter/Hösli Andreas, Neue strafrechtliche Risiken für Händler bei Barzahlungen über CHF 100‘000, in: Jusletter vom 1.2.2016 (zit. Burckhardt/Hösli, Jusletter 1. Februar 2016).

Hagi Andreas Lukas/Tschabold Stephan, Kommentierung zu Art. 15, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Hagi/Tschabold, Art. 15 GwG).

Kunz Michael, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, die Geldwäschereiprävention verlässt den Finanzsektor, in: Jusletter vom 23.2.2015 (zit. Kunz, Jusletter 23. Februar 2015).

Nagel Thomas, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Zürich et al. 2020 (zit. Nagel).

Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 8, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Peyer, Art. 8 GwG).

Ramelet Nicolas, Kommentierung zu Art. 8a, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Ramelet, Art. 8a GwG).

Ramelet Nicolas, Sorgfaltspflichten für «Händler» – Auslegeordnung einer Kompromisslösung, AJP 2015, S. 1160–1167 (zit. Ramelet, AJP 2015).

Schott Ansgar/Kessler Martina A., Kommentierung zu Art. 8a, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Schott/Kessler, Art. 8a GwG).

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 8a, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum

Schweizerischen Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (GwG), 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK-Wyss, Art. 8a GwG)

## MATÉRIAUX

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen, nicht datiert (Vorabdruck), 2024, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/87770.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. Botschaft TJPG 2024).

Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vom 11.11.2015, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/41723.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. Erläuterungsbericht GwV 2015).

FINMA, Rundschreiben 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG: Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV), 20.10.2010, zuletzt geändert am 4.11.2020, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2011-01-01-01-2017.pdf?sc_lang=de&hash=C13E76F1B7CE20DFB9B822526B383187, besucht am 31.8.2024 (zit. FINMA-RS 2011/1).

MROS, Jahresbericht 2020, Bern 2021, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2020-d.pdf.download.pdf/jb-mros-2020-d.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. MROS, Jahresbericht 2020).

COMMENTAIRE

# Art. 9 LBA

Un commentaire de Andrew Garbarski / Louis Muskens / Mattia Brugger

PROPOSITION DE CITATION

Andrew M. Garbarski/Louis Frédéric Muskens/Mattia Brugger, Commentaire de l'art. 9 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Garbarski/Muskens/Brugger, art. 9 LBA N. XXX

**Section 2 Obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent**

**Art. 9 Obligation de communiquer**

[1] L'intermédiaire financier informe immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent au sens de l'art. 23 (bureau de communication):

a. s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires:

ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260$^{ter}$ ou 305$^{bis}$ CP,
proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305$^{bis}$, ch. 1$^{bis}$, CP,
sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste,
servent au financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$, al. 1, CP);

b. s'il rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés conformément à la let. a.

c. s'il sait ou présume, sur la base des clarifications effectuées en vertu de l'art. 6, al. 2, let. d, que les données concernant une personne ou une organisation transmises sur la base de l'art. 22*a*, al. 2 ou 3, concordent avec celles concernant un cocontractant, un ayant droit économique ou un signataire autorisé d'une relation d'affaires ou d'une transaction.

[1bis] Le négociant informe immédiatement le bureau de communication s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les espèces utilisées lors d'une opération de négoce:

a. ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260[ter] ou 305[bis] CP;

b. proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305[bis], ch. 1[bis], CP,

c. sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste, ou

d. servent au financement du terrorisme (art. 260[quinquies], al. 1, CP).

[1ter] Dans les communications effectuées en vertu des al. 1 et 1[bis], le nom de l'intermédiaire financier ou du négociant doit apparaître. En revanche, le nom des employés de l'intermédiaire financier ou du négociant chargés du dossier peut ne pas être mentionné, pour autant que le bureau de communication et l'autorité de poursuite pénale gardent la possibilité de prendre rapidement contact avec eux.

[1quater] Dans les cas selon l'al. 1, il y a des soupçons fondés lorsque l'intermédiaire financier dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'al. 1, let. a, pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires et que les clarifications supplémentaires effectuées en vertu de l'art. 6 ne permettent pas de dissiper les soupçons.

[2] Les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du code pénal.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction et généralités ..... 299
A. Objet ..... 299
B. But ..... 299
C. Cadre international ..... 301
D. Historique législatif ..... 302
E. Champ d'application ..... 304
1. Personnel ..... 304
a. Intermédiaires financiers, négociants et conseillers ..... 304
b. Avocats et notaires ..... 304
c. Entreprises de révision et organismes de surveillance ou d'autorégulation ..... 307
2. Matériel ..... 307
3. Territorial ..... 307
4. Temporel ..... 309
a. Début de l'obligation ..... 309
b. Fin de l'obligation ..... 309
F. Liens avec d'autres dispositions ..... 312
1. De la LBA ..... 312
2. Ordonnances sur le blanchiment d'argent ..... 313
3. Droit de communiquer au sens de l'art. 305ter al. 2 CP ..... 314
4. Obligation de communiquer au sens de l'art. 7 LVP ..... 322
5. Blanchiment d'argent (art. 305bis CP) ..... 323
6. Principe nemo tenetur (art. 14 par. 3 let. g Pacte ONU II, art. 6 par. 1 CEDH et art. 32 Cst.) ..... 325
II. Aperçu des différents scénarios envisagés par l'art. 9 LBA ..... 326
III. Obligations de communiquer des intermédiaires financiers (al. 1) ..... 328
A. Destinataires : Intermédiaires financiers ..... 328
B. Conditions ..... 328
1. Obligation de communiquer en cas de soupçons relatifs aux valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires (al. 1 let. a) ..... 328
a. Objet du soupçon: Valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ..... 329
b. Contenu du soupçon: Lien avec certains crimes ou délits ..... 331
c. Seuil de soupçon et élément déclencheur: Savoir ou soupçons fondés ..... 343
2. Obligation en cas de rupture des négociations (al. 1 let. b) ..... 354
a. Objet du soupçon: Valeurs patrimoniales destinées à être impliquées dans une relation d'affaires en négociation ..... 354
b. Contenu du soupçon: Lien avec certains crimes ou délits ..... 356
c. Seuil de soupçon: soupçons fondés ..... 357

d. Événement déclencheur: Rupture des négociations en raison de soupçons fondés ..... 359
3. Obligation en cas de correspondance avec une liste terroriste (al. 1 let. c) ..... 360
a. Objet du soupçon: Données concernant un cocontractant, ayant droit économique ou signataire ..... 360
b. Contenu du soupçon: Concordance avec une liste terroriste ..... 362
c. Seuil de soupçon et événement déclencheur: Savoir ou soupçons fondés . 363
C. Conséquence: Obligation de communiquer et obligations parallèles ..... 365
IV. Obligation de communiquer des négociants (al. 1bis) ..... 365
A. Destinataires: Négociants ..... 365
B. Conditions ..... 366
1. Préalablement: Limitation à des opérations de négoce importantes ..... 366
2. Objet du soupçon: Espèces utilisées lors d'une opération de négoce ..... 368
3. Contenu du soupçon: Lien avec certains crimes ou délits ..... 368
4. Seuil de soupçon et événement déclencheur: Savoir ou soupçons fondés ..... 370
C. Conséquence: Obligation de communiquer et obligations parallèles ..... 371
V. Obligations de communiquer des conseillers (art. 9 al. 1ter nLBA) ..... 371
A. Destinataires: Conseillers ..... 371
B. Conditions ..... 372
C. Conséquence: Obligation de communiquer et obligations parallèles ..... 373
VI. Modalités de la communication ..... 373
A. Compétences et obligations au sein de l'intermédiaire financier, du négociant ou du conseiller ..... 373
B. Destinataire de la communication ..... 377
C. Forme et contenu de la communication ..... 379
D. Moment de la communication ..... 381
VII. Effets de la communication et obligations parallèles ..... 385
A. Procédure du MROS ..... 385
B. Obligations parallèles ..... 386
C. Exclusion de la responsabilité en cas de communication de bonne foi ..... 390
VIII. Conséquences en cas de violation de l'obligation de communiquer ..... 390
Documents officiels ..... 392
Bibliographie ..... 395

# I. INTRODUCTION ET GÉNÉRALITÉS

## A. Objet

L'art. 9 de la Loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA)[33] traite de l'**obligation** qui incombe aux intermédiaires financiers et négociants de communiquer leurs soupçons, en lien notamment avec le blanchiment d'argent, au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). 1

Quand bien même la note marginale de l'art. 9 LBA utilise le singulier ("Obligation de communiquer"), la disposition envisage en réalité **plusieurs scénarios distincts** susceptibles de déclencher l'obligation des intermédiaires financiers ou des négociants de communiquer leurs soupçons au MROS. 2

**Outre les conditions** qui sous-tendent ces différents scénarios (art. 9 al. 1 let. a-c et al. 1$^{bis}$ LBA), la disposition de l'art. 9 LBA comporte une définition légale de la notion de soupçons fondés (al. 1$^{quater}$) et apporte certaines précisions relatives à la protection des données des employés dans le cadre de la communication (al. 1$^{ter}$). Enfin, l'art. 9 LBA clarifie le champ d'application de l'obligation de communiquer s'agissant des avocats et notaires (al. 2). 3

## B. But

L'obligation de communiquer joue un **rôle central** dans le système suisse de lutte contre le blanchiment d'argent. Ce dernier vise, en complément des dispositions pénales topiques, à empêcher que des fonds d'origine criminelle ne pénètrent dans le circuit monétaire légal, à identifier les avoirs objet de blanchiment d'argent et à poursuivre pénalement les personnes responsables, afin de garantir l'intégrité de la place financière suisse.[34] Même s'il s'agit d'un instrument qui relève du droit administratif, l'obligation de communiquer vise principalement à identifier les fonds objet de blanchiment d'argent et constitue une forme de "charnière"[35] entre les obligations de diligence 4

33. Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10.10.1997, SR 955.0.
34. ATF 134 III 529, consid. 4.2 s; Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1072.

incombant aux intermédiaires financiers, d'une part, et la répression du blanchiment d'argent par les autorités pénales, d'autre part.

5 Ainsi, l'obligation de communiquer a pour but de permettre à l'État de **poursuivre et réprimer** les actes de blanchiment d'argent (art. 305$^{bis}$ du Code pénal suisse, CP[36]) et de financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$ CP) et de **séquestrer, puis confisquer** les valeurs patrimoniales concernées (art. 70 ss CP).[37] Sans les renseignements fournis par les intermédiaires financiers et négociants au MROS, de nombreux actes pénalement répréhensibles et valeurs patrimoniales confiscables échapperaient à la vigilance des autorités de poursuite pénale. Selon la jurisprudence, l'art. 9 LBA sert également, accessoirement, à prévenir les infractions, à réduire les risques pour les intermédiaires financiers et, enfin, à **préserver la réputation de la place financière suisse**. Ainsi, l'obligation de communiquer vise un objectif plus large que l'art. 305$^{bis}$ CP qui réprime le blanchiment d'argent.[38]

6 Cela ne signifie toutefois pas que l'obligation de communiquer transforme l'intermédiaire financier ou le négociant en "**auxiliaire de police**"[39], puisqu'il

35. Cf. Reinle, N. 238 ("*Scharnier*"); Cassani/Villard, Droit pénal économique, N. 7.126 ("*clé de voûte*").
36. Code pénal suisse du 21.12.1937, RS 311.0.
37. Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1069; arrêt du TAF B-6815/2013 du 10.6.2014, consid. 4.7.4; ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.3 ("[L]*'obligation de communiquer a pour but l'ouverture d'une procédure pénale et le séquestre des valeurs patrimoniales suspectes en vue de leur éventuelle confiscation.*"); cf. aussi BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 4; OK II-De Capitani, art. 9 LBA N. 4; CR-Villard, art. 9 LBA N. 3; CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 5 et 6.
38. Arrêt du TAF B-6815/2013 du 10.6.2014, consid. 4.7.4 ("*Das Geldwäschereigesetz leistet zwar einen Beitrag zur direkten Bekämpfung der Geldwäscherei (Art. 305$^{bis}$ StGB), dient darüber hinaus jedoch weiter der Deliktsprävention, der Risikoverminderung für die Finanzintermediäre und schliesslich der Aufrechterhaltung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz* [...]. *Die in Art. 9 GwG verankerte Meldepflicht der Finanzinter-mediäre stellt die zentrale Bestimmung zur Erreichung dieser Ziele dar* [...]. *Art. 9 GwG liegt somit eine umfassendere Zwecksetzung als Art. 305$^{bis}$ StGB zu Grunde.*"); cf. pour les conséquences pratiques de cette jurisprudence *infra* N. 32 et N. 88; cf. ég. arrêt du TF 6B_503/2015 du 24.5.2016, consid. 2.7; *contra*: ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.3 (annulée sur recours; "*En effet, l'obligation de communiquer s'inscrit dans le système de lutte contre le blanchiment d'argent, lequel se conçoit comme une entrave à la confiscation de valeurs patrimoniales d'origine criminelle. Ainsi, à l'instar du blanchiment d'argent, la violation du devoir de communiquer ne saurait être retenue lorsque les valeurs en cause ne sont pas confiscables*").
39. Cf. OK II-De Capitani, art. 9 LBA N. 5.

s'agit d'une simple obligation administrative, certes passible de sanctions pénales, imposée aux acteurs d'un secteur présentant un risque certain de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme.

## C. Cadre international

Pour lutter contre le problème grandissant du blanchiment d'argent au niveau international, une organisation internationale intergouvernementale a vu le jour en 1989. Il s'agit du **Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)** dont la mission principale consiste à définir des standards internationaux dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ainsi qu'à contrôler leur mise en œuvre dans les divers pays membres.[40] La Suisse est un membre fondateur du GAFI. 7

L'un des objectifs principaux de la législation suisse contre le blanchiment d'argent est de **mettre en œuvre ces recommandations internationales en Suisse**.[41] Ceci vaut également pour l'obligation de communiquer prévue par l'art. 9 LBA. 8

Les **premières recommandations du GAFI en 1990** prévoyaient déjà que les institutions financières soupçonnant une provenance criminelle des fonds devraient être "*autorisées ou obligées*" à déclarer rapidement leurs soupçons aux autorités compétentes.[42] 9

Aujourd'hui, les **recommandations 2012 du GAFI** appréhendent l'obligation de communiquer dans la recommandation 20, qui prévoit ce qui suit: "*Lorsqu'une institution financière suspecte, ou a des motifs raisonnables de suspecter, que des fonds sont le produit d'une activité criminelle ou ont un rapport avec le financement du terrorisme, elle devrait être obligée en vertu de la loi de faire immédiatement une déclaration d'opération suspecte à la cellule de renseignements financiers.*" La note interprétative y relative clarifie que le GAFI comprend cette déclaration comme une obligation contraignante.[43] Elle définit également les infractions dont le soupçon doit déclencher l'obligation de communiquer.[44] 10

40. Cf. GAFI, Mandate of the Financial Action Task Force, 2019, ch. 1–3; cf. Mariani, p. 5 ss.
41. Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1117; Message LBA, FF 2007 5919, *passim*; Mariani, p. 315 ss.
42. GAFI, Recommandations 1990, ch. 16.
43. GAFI, Note interprétative de la recommandation 20, ch. 4.

11 Lors de la dernière **évaluation** complète de la Suisse par le GAFI en 2016, son système de communication a été jugé en grande partie conforme à la recommandation 20, même si le GAFI n'a pas manqué de souligner que la coexistence d'un droit et d'une obligation de communiquer est source d'incertitude juridique (cf. en détail *infra* N. 42 ss).[45] Le dernier rapport de suivi, datant de 2023, contient les mêmes conclusions.[46]

## D. Historique législatif

12 Depuis son entrée en vigueur le 1er avril 1998, l'art. 9 LBA a été remanié à plusieurs reprises, chaque **révision** poursuivant essentiellement trois objectifs, à savoir étendre le champ d'application de l'obligation de communiquer, l'aligner sur les standards internationaux, notamment ceux du GAFI, et codifier la jurisprudence suisse. Il en est résulté au fil du temps une norme dense et complexe, qui mériterait selon nous d'être simplifiée ou scindée en plusieurs dispositions lors d'une prochaine réforme législative, afin d'en améliorer la lisibilité et, dans une certaine mesure aussi, la prévisibilité pour les acteurs du secteur financier.

13 **À l'origine**, l'obligation de communiquer était limitée aux cas où l'intermédiaire financier suspectait, sur la base de soupçons fondés, un lien entre des valeurs patrimoniales et le blanchiment d'argent, la provenance criminelle ou le contrôle d'une organisation criminelle sur lesdites valeurs (cf. actuellement al. 1 let. a ch. 1-3). Le secret professionnel des avocats et notaires était expressément réservé (cf. al. 2).[47]

14 Les révisions successives de la disposition de l'art. 9 LBA en ont progressivement élargi le champ d'application matériel et personnel. En **2009**, l'obligation de communiquer a été étendue au financement du terrorisme et à l'infraction d'organisation criminelle, ainsi qu'aux situations de rupture de négociations précontractuelles en raison d'un soupçon fondé (cf. al. 1 let. a ch. 4 et let. b). La protection des employés des intermédiaires financiers a également été renforcée par la possibilité de ne pas mentionner leurs noms dans la communication (cf. al. 1ter).[48]

---

44. GAFI, Note interprétative de la recommandation 20, ch. 1.
45. GAFI, Rapport d'évaluation mutuelle Suisse, 2016, p. 212.
46. GAFI, 4ème Rapport de suivi renforcé & réévaluation de notations de conformité technique Suisse, 2023, p. 20.
47. Cf. RO 1998 892.

La révision de **2016** a marqué une étape importante, avec l'extension de la norme aux valeurs patrimoniales issues d'un délit fiscal qualifié et l'introduction d'une obligation de communiquer en cas de concordance avec des listes terroristes transmises par les autorités de surveillance (cf. al. 1 let. a ch. 2 et let. c). Par ailleurs, toujours à l'occasion de la révision de 2016, une obligation de communiquer parallèle a été créée pour les négociants encaissant des espèces (cf. al. 1$^{bis}$ let. a-c). En outre, la possibilité d'anonymisation a été étendue aux employés du négociant chargés du dossier (cf. al. 1$^{ter}$).[49] 15

En **2021**, la disposition de l'art. 9 LBA a été adaptée à l'art. 260$^{ter}$ CP révisé, de sorte que l'obligation de communiquer fait désormais référence aux organisations criminelles ou terroristes (cf. al. 1 let. a ch. 3 et al. 1$^{bis}$ let. c). Pour les négociants, l'obligation de signaler les espèces destinées au financement du terrorisme a aussi été ajoutée (cf. al. 1$^{bis}$ let. d).[50] 16

La dernière révision de l'art. 9 LBA, entrée en vigueur en **2023**, a clarifié la disposition en rapport avec les listes terroristes (cf. al. 1 let. c) et, surtout, codifié la définition jurisprudentielle du soupçon fondé (cf. al. 1$^{quater}$), l'alignant ainsi avec la définition applicable aux négociants (cf. art. 20 al. 1 OBA).[51] 17

La dynamique de mise en œuvre des recommandations internationales et d'extension de l'obligation de communiquer se poursuit, comme en témoigne la dernière révision de la LBA adoptée le 26 septembre **2025**, concomitamment à la Loi fédérale sur la transparence des personnes morales (LTPM).[52] Cette révision étend l'art. 9 LBA aux conseillers (cf. art. 9 al. 1$^{ter}$ nLBA), un statut également nouvellement introduit (cf. art. 2 al. 3$^{bis}$–4$^{ter}$ nLBA). Le texte de loi adopté par les Chambres fédérales est le résultat d'intenses débats parlementaires et diverge considérablement du projet du Conseil fédéral.[53] En outre, le Parlement a également étendu la définition légale du soupçon fondé *par analogie* aux négociants et conseillers (cf. art. 9 18

48. Cf. RO 2009 361.
49. Cf. RO 2015 1389.
50. Cf. RO 2021 360.
51. Cf. RO 2021 656.
52. FF 2025 2899 et 2900.
53. Cf. Projet d'une Loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques, FF 2024 1608; Message LTPM, FF 2024 1607.

al. 1sexies nLBA) et modifié le libellé relatif à la réserve du secret professionnel des avocats et notaires (cf. art. 9 al. 2 nLBA), dans le but de la préciser.[54] Ces modifications entreront en vigueur le 1er octobre 2026.[55]

## E. Champ d'application

### 1. Personnel

#### a. Intermédiaires financiers, négociants et conseillers

19 L'art. 9 LBA s'applique actuellement aux **intermédiaires financiers** (al. 1) et aux **négociants** (al. 1bis). Ces deux notions sont définies à l'art. 2 LBA.[56] Leurs obligations
au titre de l'art. 9 LBA sont examinées plus en détail ci-dessous (cf. *infra* chapitres III et IV).

20 En septembre 2025, le Parlement fédéral a en outre décidé d'étendre l'obligation de communiquer à la catégorie des **conseillers**, qui sera également définie à l'art. 2 nLBA (cf. *supra* N. 18; *infra* chapitre V).

#### b. Avocats et notaires

21 Il découle de l'art. 9 al. 2 LBA que l'obligation de communiquer ne s'applique pas aux **avocats et notaires** dans la mesure où ils sont soumis au secret professionnel en vertu de l'art. 321 CP. Cette réserve du secret professionnel tient compte des préoccupations exprimées lors de l'élaboration de la LBA.[57] Il est dès lors important de distinguer les activités protégées par l'art. 321 CP de celles qui ne le sont pas. Seule l'activité professionnelle dite "**typique**" est couverte par le secret professionnel, soit notamment, pour les avocats, la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance ou la représentation d'une personne devant une autorité administrative ou judiciaire, ainsi que les conseils juridiques ou fiscaux.[58] Pour les notaires, l'activité ministérielle est

54. Message LTPM, FF 2024 1607, p. 165.
55. RO 2026 322
56. Pour plus de détails concernant les notions d'intermédiaires financiers et de négociants, il est prié de se référer au commentaire de l'art. 2 LBA.
57. Cf. ATF 132 II 103, consid. 2.1; SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 87; mais cf. sur la licéité d'une obligation de communiquer des avocats au regard du droit conventionnel l'arrêt de la CourEDH *Michaud c. France*, nº 12323/11, 6.12.2012, § 128.
58. ATF 147 IV 385, consid. 2.2; ATF 143 IV 462, consid. 2.2.

définie par la législation cantonale. Elle vise communément l'instrumentation d'actes authentiques.[59] En revanche, l'activité d'intermédiation financière ou de négoce exercée par un avocat ou par un notaire relève de l'activité dite "atypique", qui n'est pas couverte par le secret professionnel de l'art. 321 CP et, partant, n'échappe pas à l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA.[60] Il n'est toutefois pas toujours facile de distinguer l'activité typique, soumise au secret, de l'activité atypique entrant dans le champ d'application de l'obligation de communiquer,[61] singulièrement en cas de mandats dits "mixtes"[62], étant également souligné que la preuve de la nature typique de l'activité incombe à l'avocat ou au notaire qui revendique la protection du secret professionnel.[63]

Le **caractère ciblé de la réserve** concernant l'activité typique des avocats et notaires, soit le fait que cette réserve ait été émise uniquement dans le cadre de l'obligation de communiquer et non de manière plus générale en lien avec le champ d'application de la LBA, a fait couler beaucoup d'encre en doctrine. Certains auteurs affirment que l'art. 9 al. 2 LBA n'aurait qu'une portée déclarative (réserve improprement dite), car les activités typiques ne relèvent de toute manière pas du champ d'application de la LBA, à tel point que les autres obligations de la LBA, notamment les obligations de diligence, ne s'appliqueraient pas non plus dans le contexte d'activités typiques.[64] Nous partageons cet avis. À notre sens, le législateur n'entendait pas viser l'activité typique de l'avocat ou du notaire en édictant la LBA, y compris lorsque des éléments qui pourraient relever de l'intermédiation financière s'insèrent dans cette activité typique (par exemple, encaissement d'une prétention allouée au terme d'un procès civil pour le compte du client). La réserve de l'art. 9 al. 2 LBA constitue donc, selon nous, une réserve improprement dite. Dans la mesure où l'activité typique peut cependant présenter ponctuellement des éléments propres à l'intermédiation financière et que la distinction entre activité typique et atypique n'est pas toujours aisée, il nous apparaît nécessaire que le législateur clarifie le champ d'application de la LBA prise dans son ensemble, sans se limiter à la réserve ponctuelle de l'art. 9 al. 2 LBA. 22

59. Cf. Mooser, N. 705 et 58.
60. ATF 132 II 103, consid. 2.2.
61. ATF 132 II 103, consid. 2.2.
62. Voir à ce sujet arrêt du TF 5A_112/2022 du 22.1.2025, consid. 5.4 et les réf. citées.
63. Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1089.
64. Chappuis/Gurtner, p. 295; dans le même sens: Message LTPM, FF 2024 1607, p. 168.

23 Or, la **révision de la LBA adoptée en septembre 2025** prévoit justement l'introduction d'une telle exception générale, ce qu'il convient de saluer. L'art. 2 al. 4 let. f nLBA exclut en effet expressément du champ d'application de la LBA "*les avocats et les notaires qui exercent une activité dans le cadre de procédures judiciaires, pénales, administratives ou arbitrales, y compris la représentation dans une procédure et le conseil en lien avec la préparation et l'exécution d'une procédure, la clarification d'un état de fait, l'appréciation des risques de procès, la manière de prévenir une telle procédure ou l'exécution des résultats de la procédure*". Cela étant, ce texte laisse à désirer. La disposition de l'art. 2 al. 4 let. f nLBA ne se réfère pas expressément à la notion d'activité typique et ne reprend qu'en partie sa définition, l'activité de conseil juridique n'étant, étonnamment, pas mentionnée. La délimitation entre le conseil juridique qui relève de l'activité typique et celui qui n'en relève pas.[65] Ensuite, le libellé cité ci-dessus semble principalement décrire l'activité d'avocat, mais ne dit pas grand-chose de celle de notaire.

24 En outre, la révision de septembre 2025 a également conduit à **reformuler l'art. 9 al. 2 LBA**, en ce sens que les avocats et notaires ne sont soumis à l'obligation de communiquer que s'ils effectuent une transaction financière au nom ou pour le compte d'un client (let. a) et que les informations dont ils disposent ne sont pas protégées par le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP (let. b). D'un point de vue matériel, le nouvel art. 9 al. 2 nLBA ne devrait rien changer par rapport à l'actuel art. 9 al. 2 LBA.[66] La réserve des faits couverts par le secret professionnel correspond au droit actuel et la soumission des avocats et notaires à la LBA uniquement lorsqu'ils participent à une transaction financière découle du champ d'application de la loi, plus

65. RO 2026 364. Certes le Message LTPM envisageait que certaines délimitations soient faites au niveau de l'Ordonnance (Message LTPM, FF 2024 1607, p. 157 s.: "L'ordonnance peut [...] préciser les limites suivantes: Le conseil juridique n'est pas assujetti lorsqu'il est limité à la rédaction d'un avis de droit sur certains aspects particuliers de l'opération projetée [...] ou lorsqu'il porte sur une question théorique ou n'intègre l'analyse d'aucun élément concret lié à l'opération potentielle projetée [...]. Le conseil juridique n'est [également] pas assujetti lorsqu'il n'est pas lié à la préparation ou à l'exécution d'une opération, mais aux litiges (y compris potentiels) postérieurs à celle-ci." La nOTPM et ses annexes ne prévoient toutefois aucune clarification de la sorte et précisent uniquement que la participation au sens de l'art. 2 al. 3bis LBA comprend tout conseil qui contribue de manière causale à une opération juridique en relation avec une transaction financière mentionnée à l'art. 2 al. 3bis let. a à e nLBA (art. 12d nOBA; RO 2026 364).

66. Chappuis, Avis de droit, p. 27; Message LTPM, FF 2024 1607, p. 166.

précisément de la notion d'intermédiaire financier.[67] Cette précision acquiert toutefois toute son importance dans le contexte de l'assujettissement de la nouvelle catégorie des conseillers à l'art. 9 LBA, l'activité de conseil pouvant s'insérer tant dans le cadre de l'activité typique que de l'activité atypique.[68]

### c. Entreprises de révision et organismes de surveillance ou d'autorégulation

Enfin, l'art. 9 LBA ne s'applique pas aux **entreprises de révision** des négociants, aux autorités et **organismes de surveillance** ainsi qu'aux **organismes d'autorégulation**, pour lesquels la LBA prévoit des obligations de communiquer distinctes (cf. art. 15 al. 5, art. 16 et art. 27 al. 4 LBA). 25

## 2. Matériel

Le **champ d'application matériel** de l'art. 9 LBA ne peut pas être déterminé de manière générale, mais varie en fonction de l'hypothèse envisagée par la disposition. Il peut s'appliquer à des valeurs patrimoniales impliquées dans une relation d'affaires (al. 1 let. a), ou destinées à être impliquées dans une future relation d'affaires (al. 1 let. b), à des données concernant un cocontractant, un ayant droit économique ou un signataire autorisé d'une relation d'affaires ou d'une transaction (al. 1 let. c) ou aux espèces utilisées lors d'une opération de négoce (al. 1$^{bis}$). Comme ces notions ne peuvent être séparées des conditions matérielles de l'obligation de communiquer, nous les développerons plus bas en rapport avec celles-ci (cf. *infra* chapitres III et IV). 26

## 3. Territorial

Tout comme la LBA, l'art. 9 LBA ne définit pas explicitement son champ d'application territorial. Ainsi, l'obligation de communiquer, en tant que règle de droit administratif,[69] est soumise au **principe de territorialité**,[70] selon lequel le droit public suisse ne s'applique en général qu'aux faits et situations qui se produisent en Suisse.[71] 27

Selon un arrêt du Tribunal fédéral relativement ancien[72] – mais confirmé depuis lors[73] –, le critère de rattachement déterminant n'est pas le lieu du 28

67. Cf. Message LTPM, FF 2024 1607, p. 168.
68. Cf. Message LTPM, FF 2024 1607, p. 167.
69. Cf. ATF 134 III 529, consid. 4.2 et 4.3.

domicile ou du siège de la personne soumise à la LBA, ni celui du domicile de son partenaire commercial, ni encore celui de la localisation des valeurs patrimoniales en question, mais bien **le lieu de l'exercice de l'activité visée par la LBA**. Dans le cas de services financiers transfrontaliers, ce lieu doit être déterminé au cas par cas, en fonction des circonstances concrètes. À cette fin, il convient d'examiner, au regard du but de la LBA, à savoir la prévention du contournement du contrôle prudentiel et la protection de l'intégrité de la place financière suisse, si l'activité en question présente un lien suffisamment étroit avec la Suisse pour justifier son assujettissement à la LBA. Tel est en principe le cas lorsqu'elle est exercée principalement en Suisse, même si certaines activités opérationnelles ou de back-office se déroulent à l'étranger.

29 Ces principes figurent explicitement **dans les ordonnances** d'exécution de la LBA. En effet, l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA)[74] précise à son art. 2 al. 1 qu'elle s'applique aux intermédiaires financiers et aux négociants "*qui exercent leur activité en Suisse ou depuis la Suisse*", cette notion devant être interprétée à la lumière de la jurisprudence susmentionnée.[75] De manière similaire, en vertu de l'art. 5 al. 1 Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA)[76], les intermédiaires financiers doivent veiller à ce que leurs succursales à l'étranger, ainsi que les sociétés étrangères du groupe, se conforment à certains principes de la LBA, tandis que l'art. 5 al. 4 OBA-FINMA prévoit expressément que la communication de transactions ou de relations d'affaires suspectes est régie par les dispositions du pays d'accueil.

72. Arrêt du TF 2A.91/2005 du 9.2.2006, consid. 5.2.
70. Arrêt du TF 2C_747/2021 du 30.3.2023, consid. 9.1.
71. Cf. ATF 136 I 297, consid. 5; ATF 133 II 331, consid. 6.1.
74. Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 11.11.2015, RS 955.01.
75. Cf. pour l'interprétation de cette disposition aussi FINMA-RS 2011/1, N. 28 ss; DFF, Rapport OBA 2015, p. 4 s.
76. Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 3.6.2015, RS 955.033.0.

## 4. Temporel

### a. Début de l'obligation

Pour rappel, l'obligation de communiquer dont dispose l'art. 9 LBA est **entrée en vigueur** le 1er avril 1998, en même temps que la LBA (cf. *supra* N. 13). 30

L'obligation de communiquer est **concrètement déclenchée** dès que le seuil de soupçon prévu par la loi est atteint (cf. *infra* N. 99).[77] La jurisprudence rendue en application de l'art. 9 al. 1 let. a LBA considère qu'il n'est, en particulier, pas nécessaire que l'intermédiaire financier ait déjà un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales, ses soupçons pouvant également porter sur des valeurs patrimoniales déterminées ou déterminables, destinées à parvenir dans sa sphère d'influence.[78] En outre, l'obligation de communiquer s'applique déjà lorsque l'intermédiaire financier, en raison de soupçons fondés, rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires (art. 9 al. 1 let. b LBA; cf. *infra* N. 131). Une telle anticipation se justifie car sinon l'intermédiaire financier qui nourrit des soupçons fondés pourrait simplement refuser d'entrer en relation d'affaires et échapperait ainsi à l'obligation de communiquer, à tel point que les valeurs incriminées pourraient être placées auprès d'un autre intermédiaire financier, suisse ou étranger.[79] 31

### b. Fin de l'obligation

La question de la fin de l'obligation de communiquer est étroitement liée au but de l'art. 9 LBA. Elle était longtemps controversée. Le Tribunal fédéral a finalement retenu, aux termes d'un arrêt de principe, que l'obligation de communiquer dure **aussi longtemps que les valeurs incriminées peuvent être découvertes et confisquées**.[80] 32

En conséquence, l'obligation de communiquer ne prend pas fin avec le blocage interne des fonds[81] ou la résiliation de la relation d'affaires, car – selon le Tribunal fédéral – *"l'art. 9 LBA doit permettre de poursuivre le blanchiment, et il serait choquant que l'intermédiaire financier, qui a un* 33

77. Cf. la formulation incomplète à l'ATF 144 IV 391, consid. 3.1.
78. Décision de la CP-TPF BB.2024.65 du 11.7.2024, consid. 2.1.5.
79. Message GAFI, FF 2007 5919, p. 5936.
80. ATF 144 IV 391, consid. 3.4; cf. ATF 142 IV 276, consid. 5.4.2.
81. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023, consid. 4.2.3; jugement de la CAP-TPF SK.2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.8.2.

*soupçon fondé, puisse se délier de toute obligation en mettant un terme à la relation d'affaires".*

82 L'obligation ne cesse pas non plus, automatiquement, par la simple dénonciation des faits par un tiers à l'autorité pénale ou encore par l'ouverture d'une procédure par les autorités pénales en lien avec les valeurs patrimoniales litigieuses. L'obligation de communiquer subsiste tant que les autorités pénales n'ont pas connaissance du sort des valeurs patrimoniales en cause, soit **tant que celles-ci peuvent encore leur échapper**. Une telle solution se justifie, selon le Tribunal fédéral, dès lors que l'obligation de communiquer vise, en définitive, à permettre la découverte et la confiscation des valeurs concernées.[83] Il serait toutefois disproportionné et injustifié au regard de l'objectif de la LBA de fixer la fin de l'obligation au moment du séquestre (effectif) desdites valeurs.[84] Il convient de s'en tenir au moment où l'autorité de poursuite pénale dispose de **toutes les informations pertinentes nécessaires** à la découverte et au séquestre des valeurs patrimoniales litigieuses, sans égard à leur séquestre effectif.[85] *A fortiori*, lorsque les valeurs sont séquestrées en mains de l'intermédiaire financier concerné, son éventuelle obligation de communiquer prend fin.[86] Pour apprécier si les autorités pénales sont suffisamment renseignées sur les valeurs patrimoniales incriminées et partant mises en état d'en prononcer le séquestre, la jurisprudence récente s'appuie sur **l'art. 3 OBCBA** qui règle le contenu nécessaire des communications adressées au MROS.[87]

34 Étant donné que la jurisprudence subordonne la fin de l'obligation de communiquer à l'état des informations dont disposent les autorités pénales et que les personnes soumises à l'obligation de communiquer ignorent souvent cet état,[88] il convient, **dans la pratique**, de ne renoncer à une

82. ATF 142 IV 276, consid. 5.4.2.
83. ATF 144 IV 391, consid. 3.4.
84. Cf. ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.2.
85. Décision de la CP-TPF BB.2024.65 du 11.7.2024, consid. 2.1.3; ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.4; cf. aussi KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 27.
86. Cf. ATF 144 IV 391, consid. 3.4 ("*tant que* [les valeurs pouvant être liées au blanchiment d'argent] *pouvaient encore* [...] *échapper* [aux autorités pénales]").
87. Cf. ATF 144 IV 391 consid. 3.4; décision de la CP-TPF BB.2024.65 du 11.7.2024, consid. 2.1.3; jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2025, consid. 2.3 et 2.5 (non définitif); mais cf. ég. ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.5 qui relativise la portée de l'art. 3 OBCBA en soulignant qu'il s'agit ici d'une illustration des informations permettant aux autorités de confisquer les valeurs patrimoniales suspects.

communication au MROS qu'avec la plus grande prudence. Ceci vaut d'autant plus que la communication doit être faite immédiatement dès l'apparition des soupçons fondés.[89]

L'obligation de communiquer prend également fin, pour l'intermédiaire financier et le négociant concerné, le jour où il a **procédé à la communication** requise, en mentionnant l'ensemble des éléments nécessaires selon l'art. 3 OBCBA,[90] à savoir en particulier les données permettant d'identifier d'autres personnes habilitées à signer ou à représenter le client, l'état actuel du compte concerné, une description de la relation d'affaires, y compris les numéros et les dates d'ouverture du compte en question, ainsi que les éléments à sa disposition étayant les soupçons fondant la communication.[91] Même une communication par hypothèse incomplète est susceptible de mettre fin à l'obligation de communiquer si tant est que, grâce à cette communication, les autorités pénales disposent de toutes les informations nécessaires pour leur permettre de séquestrer les valeurs patrimoniales en cause.[92] 35

Il y a lieu de préciser qu'il n'est par ailleurs pas nécessaire que les informations permettant d'identifier et de séquestrer les valeurs patrimoniales proviennent de la personne soumise à l'art. 9 LBA; l'obligation de communiquer prend fin même si les informations topiques **sont transmises à l'autorité pénale par une tierce personne**, le cas échéant à l'insu de l'intermédiaire financier.[93] 36

On peut en outre se demander si l'obligation de communiquer prend fin lorsque l'intermédiaire financier ou le négociant ne dispose d'**aucune information supplémentaire** par rapport à celles déjà en possession des autorités pénales, lorsque celles-ci ne permettent pas d'identifier et de séquestrer les valeurs patrimoniales concernées. Une interprétation téléologique plaide en ce sens, mais ne trouve cependant aucune assise dans la lettre de la disposition, si bien qu'une communication doit *a priori* 37

88. Cf. ATF 144 IV 391 consid. 3.4; décision de la CP-TPF BB.2024.65 du 11.7.2024, consid. 2.1.3; jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2025, consid. 2.6 (non définitif).
89. Cf. ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.4.
90. Cf. ATF 144 IV 391, consid. 3.4; jugement de la CAP-TPF SK.2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.8.2.
91. Arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.3.7 (non définitif).
92. Ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.5–3.6.
93. Ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.2; jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2025, consid. 2.3, et réf. citées (non définitif).

également intervenir dans pareille hypothèse, ne serait-ce que par prudence.[94]

38 La jurisprudence susmentionnée, selon laquelle l'obligation de communiquer dure aussi longtemps que les valeurs peuvent encore être découvertes et confisquées, pourrait signifier qu'une obligation de communiquer est susceptible de **naître, pour la première fois, après la fin de la relation d'affaires**, par exemple lorsque des coupures de presse ou d'autres informations parvenues dans la sphère de l'intermédiaire financier font apparaître *a posteriori* des soupçons fondés. Une telle communication pourrait s'avérer utile sous l'angle de la poursuite pénale du blanchiment d'argent et de la confiscation (cf. *supra* N. 5), sous réserve toutefois de l'écoulement du temps et du fait que l'intermédiaire financier ignora souvent le sort et la localisation des valeurs patrimoniales concernées.[95] Il est toutefois important de préciser dans ce contexte qu'il n'existe pas d'obligation générale des intermédiaires financiers de surveiller activement les relations d'affaires clôturées.[96] Par ailleurs, des clarifications proprement dites ne sauraient être exigées en cas d'apparition de soupçons fondés après la clôture d'une relation d'affaires,[97] si bien que la communication devra dans une telle situation reposer sur les documents en possession de l'intermédiaire financier, dont la durée légale de conservation est de 10 ans (art. 7 al. 3 LBA).

## F. Liens avec d'autres dispositions

### 1. De la LBA

39 L'art. 9 LBA n'est pas la seule disposition de la LBA prévoyant une obligation de communiquer au MROS. **Pareille obligation** incombe également à

94. CR-Villard, art. 9 LBA N. 112; KV KO II-Hutzler, art. 9 N. 27; Cassani/Villard, Droit pénal économique, N. 7.142.
95. Du même avis: CR-Villard, art. 9 LBA N. 108 s.
96. CR-Villard, art. 9 LBA N. 106; Macaluso/Garbarski, PJA 10/2016 p. 1318, 1324; MROS, Rapport annuel 2007, p. 89.

d'autres acteurs du système financier: comme déjà mentionné plus haut (cf. *supra* N. 25), l'art. 15 al. 5 LBA s'applique à l'entreprise de révision des négociants, l'art. 16 LBA aux autorités et organismes de surveillance et l'art. 27 al. 4 LBA aux organismes d'autorégulation.

40 L'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 LBA entretient en outre des liens étroits avec d'**autres dispositions de la LBA**. Ainsi, les clarifications selon l'art. 6 al. 2 LBA ont précisément pour but de permettre à l'intermédiaire financier de déterminer si une communication doit ou non être effectuée et de nourrir celle-ci (cf. *infra* N. 101 ss). Par ailleurs, les art. 9*a* ss LBA règlent les obligations des intermédiaires financiers après une communication (cf. *infra* N. 199 ss) et l'art. 11 LBA exclut la responsabilité civile et/ou pénale en lien avec les communications faites de bonne foi (cf. *infra* N. 209). L'art. 23 LBA, complété par l'OBCBA, définit le rôle et les obligations du MROS (cf. *infra* N. 178 ss et N. 195 ss). Enfin, l'art. 37 LBA réprime la violation de l'art. 9 LBA (cf. *infra* N. 212).

## 2. Ordonnances sur le blanchiment d'argent

41 L'art. 9 LBA est complété par diverses **dispositions des ordonnances concrétisant la LBA**. Ainsi, les art. 12*a* ss OBA règlent les obligations que doivent respecter les intermédiaires financiers en cas de soupçons de blanchiment d'argent (cf. *infra* N. 199 ss). L'art. 20 OBA concrétise l'obligation de communiquer des négociants aux termes de l'art. 9 al. 1$^{bis}$ LBA (cf. *infra* chapitre IV). L'art. 22*a* OBA-FINMA oblige les intermédiaires financiers à informer la FINMA ou l'organisme de surveillance des communications portant sur d'importantes valeurs patrimoniales et à documenter une décision de ne pas communiquer (cf. *infra* N. 205). L'art. 25*a* OBA-FINMA règle, au sein de certains intermédiaires financiers, la compétence décisionnelle en matière de communications au MROS et l'art. 26 al. 2 let. g OBA-FINMA impose de faire figurer dans les directives internes la compétence

97. Similaire MROS, Rapport annuel 2007, p. 89 ("*Les documents disponibles pourraient ainsi fournir à l'autorité de poursuite pénale des informations précieuses et permettre aux services chargés d'effectuer des vérifications (paper trail) de confisquer éventuellement des valeurs patrimoniales.* [...] *le MROS est clairement opposé à ce que, pour les relations achevées, l'obligation de surveillance appliquée dans le cadre du devoir de diligence se prolonge*".); cf. la proposition plus poussée de CR-Villard, art. 9 LBA N. 106, exigeant des vérifications sommaires; contre une obligation de communiquer après la fin de la relation d'affaires: BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 99, et les réf. citées.

décisionnelle pour les communications (cf. *infra* N. 170 ss). L'art. 74 al. 1 let. f OBA-FINMA oblige les intermédiaires financiers à conserver une copie des communications effectuées (cf. *infra* N. 170 ss). D'autres normes pertinentes se trouvent par ailleurs dans l'OBA-CFMJ[98] concernant les maisons de jeu, dans l'OBA-DFJP[99] s'agissant des exploitants de jeux de grande envergure et dans l'OBA-OFDF[100] s'agissant du négoce des métaux précieux bancaires.

### 3. Droit de communiquer au sens de l'art. 305ter al. 2 CP

42 L'obligation de communiquer entretient une relation complexe avec le **droit de communiquer** au sens de l'art. 305ter al. 2 CP. La problématique s'est encore accentuée avec l'abaissement du seuil des soupçons fondés par la jurisprudence, désormais codifiée à l'art. 9 al. 1quater LBA et l'extension concomitante du champ d'application de l'art. 9 LBA, coïncidant avec une réduction de celui de l'art. 305ter al. 2 CP.

43 **Selon l'art. 305ter al. 2 CP**, les personnes qui acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers dans l'exercice de leur profession ont le droit de communiquer au MROS les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié.[101]

44 Relevons d'abord les différences manifestes entre les deux régimes. En premier lieu, quant à leur **effet**: l'art. 9 LBA prévoit une véritable obligation de communiquer, dont le non-respect entraîne des conséquences administratives et pénales (cf. *infra* chapitre VIII), tandis que l'art. 305ter al. 2

98. Ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu concernant les obligations de diligence des maisons de jeu en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.021.
99. Ordonnance du DFJP concernant les obligations de diligence des exploitants de jeux de grande envergure en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.022.
100. Ordonnance de l'OFDF sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le négoce des métaux précieux bancaires, RS 955.023.
101. Il convient de noter en passant que les différentes versions linguistiques de l'art. 305ter al. 2 CP ne sont pas tout à fait identiques. En effet, les versions latines requièrent des "*indices fondant le soupçon*" et "*indizi che permettono di sospettare*", pendant que la version allemande parle des "*Wahrnehmungen [...], die darauf schliessen lassen*", cette dernière formulation permettant une interprétation plus basse du seuil nécessaire. Une divergence similaire se trouve dans le Message (cf. Message CP, FF 1993 III 269, p. 317; BBl 1993 III 277, p. 326).

CP sert de motif justificatif au sens de l'art. 14 CP, permettant à l'intermédiaire financier de faire part de ses soupçons sur une base volontaire, sans violer notamment le secret bancaire (art. 47 de la Loi sur les banques, LB[102]).[103] Quant à leur **champ d'application personnel**, les activités énumérées à l'art. 305ter al. 1 CP, auquel l'art. 305ter al. 2 CP renvoie, sont celles des intermédiaires financiers au sens large selon l'art. 2 al. 2 et 3 LBA. Il s'ensuit que le droit de communiquer ne s'adresse qu'aux intermédiaires financiers, mais pas par exemple aux négociants.[104] S'agissant des **motifs de communication**, l'art. 305ter al. 2 CP ne mentionne que le soupçon que les valeurs proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, soit l'hypothèse visée à l'art. 9 al. 1 let. a ch. 2 LBA, alors que l'art. 9 LBA est plus large.[105] Le droit de communiquer n'est, ensuite, pas expressément limité aux valeurs patrimoniales **impliquées dans la relation d'affaires** ou destinées à être impliquées dans une relation d'affaires en cours de négociation et revêt donc une portée potentiellement plus large.[106] Enfin, le droit de communiquer dont dispose l'art. 305ter al. 2 CP peut s'exercer en tout **temps**, ce qui signifie qu'il ne prend notamment pas fin avec la connaissance par les autorités pénales des informations nécessaires à identifier et séquestrer les valeurs patrimoniales concernées.

La question de la délimitation entre l'art. 305ter al. 2 CP et l'art. 9 LBA ne se pose donc, en définitive, qu'en présence d'un intermédiaire financier et lorsque des valeurs patrimoniales, impliquées ou destinées à être impliquées dans la relation d'affaires, sont soupçonnées de provenir d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié. La distinction entre ces deux dispositions s'articule principalement autour du **seuil du soupçon requis**, à savoir un simple soupçon dans le cas de l'art. 305ter al. 2 CP et des soupçons fondés dans le cas de l'art. 9 LBA. L'articulation de ces deux dispositions doit être étudiée à l'aune de la genèse et de l'évolution de ces deux notions. 45

Le droit de communiquer aux termes de l'art. 305ter al. 2 CP a été introduit le 1er août **1994**, soit quelque quatre ans avant l'entrée en vigueur de la LBA, afin de sortir l'intermédiaire financier du dilemme entre, d'une part, violer ses 46

102. Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0.
103. Message CP, FF 1993 III 269, p. 315.
104. Cf. KV KO II-Hutzler, art. 9 N. 154.
105. Cf. BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 12.
106. Cf. KV KO II-Hutzler, art. 9 N. 156 et 160.

obligations de confidentialité s'il devait révéler ses soupçons aux autorités et, d'autre part, engager sa responsabilité pénale pour blanchiment d'argent s'il s'abstient de toute communication et mouvemente des valeurs patrimoniales potentiellement illicites.[107] À l'époque, le Conseil fédéral considérait qu'il était ainsi indispensable de consacrer un droit de communiquer, indépendamment de l'introduction ultérieure d'une obligation de communiquer, "*en particulier parce que le financier peut avoir connaissance d'informations dont le caractère suspect peut atteindre un degré qui, bien que justifiant le dilemme* [...] *ne fonde pas encore une obligation de communication*".[108]

47 Si, jusqu'en **1996**, les recommandations du GAFI prévoyaient que les institutions financières "*devraient être autorisées ou obligées*" à communiquer leurs soupçons,[109] elles ont été modifiées cette année-là en ce sens qu'une obligation de communiquer devait nécessairement être prévue par les États membres.[110] La Suisse a souvent été critiquée pour ne pas avoir complètement mis en œuvre les recommandations du GAFI.[111]

48 Lorsque l'art. 9 LBA a été adopté en **1997**, le Conseil fédéral a souligné que le droit de communiquer et l'obligation de communiquer "*doivent être compris comme des degrés différents d'une même conception.* [...] *Les différents degrés de soupçons de l'intermédiaire financier vont du sentiment reposant sur de vagues indices à la certitude totale. Ils recouvrent la situation dans laquelle, en raison de l'absence de faits clairement établis, une communication aux autorités compétentes est justifiée mais non encore inéluctable, mais aussi celle où l'intermédiaire est obligé de communiquer ses soupçons parce qu'ils s'avèrent fondés. De ce point de vue, les deux notions ne s'opposent pas mais se complètent*".[112] C'est ainsi que fut justifié le maintien de l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP après l'introduction de l'art. 9 LBA.[113]

49 Au cours des années suivantes, le MROS s'est progressivement exprimé en faveur d'un abaissement des seuils applicables. Dans son rapport annuel de

107. Message CP, FF 1993 III 269, p. 315.
108. Message CP, FF 1993 III 269, p. 316.
109. GAFI, Recommandations 1990, ch. 16.
110. GAFI, Recommandations 1996, ch. 15; GAFI, Recommandations 2003, ch. 13; GAFI, Recommandations 2012, ch. 20.
111. P.ex. GAFI, Rapport d'évaluation mutuelle Suisse, Synthèse, 2005, p. 18.
112. Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1987.
113. Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1987.

**2007**, il a par exemple souligné que le "*législateur n'entendait pas instaurer une obligation de communiquer uniquement pour les cas où l'intermédiaire financier a des connaissances concrètes*" et que le soupçon est suffisamment fondé, au sens de l'art. 9 LBA, si "*l'intermédiaire financier présume ou du moins ne saurait exclure que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle*".[114] En outre, le MROS a régulièrement rappelé que l'intermédiaire financier peut faire usage de son droit de communiquer "*en s'appuyant sur une probabilité, un doute, voire un sentiment de malaise face à la poursuite de la relation d'affaires*".[115]

En **2008**, dans le cadre d'une affaire civile mettant en cause un intermédiaire financier ayant procédé à une communication prétendument dommageable pour son client, le Tribunal fédéral a jugé qu'un "**simple doute**" qui subsistait au terme du processus de clarification suffisait à déclencher l'obligation de communiquer, de sorte que la responsabilité civile de l'intermédiaire financier n'était pas engagée.[116] Cette jurisprudence, *a priori* favorable aux intermédiaires financiers sous l'angle de leur éventuelle responsabilité civile, s'est ensuite retournée contre eux lorsqu'elle a été reprise, dès 2015, par le Tribunal pénal fédéral puis également par le Tribunal fédéral dans le cadre de procédures pénales portant sur la violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA).[117] 50

Le Conseil fédéral a envisagé une première fois, en **2014**, d'abroger le droit de communiquer, dans le cadre de l'avant-projet sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI.[118] À l'appui de cette proposition, il soulignait que la coexistence du droit et de l'obligation de communiquer pouvait prêter à confusion et s'avérer inefficace.[119] Face aux réticences exprimées durant la procédure de consultation, le Conseil fédéral avait finalement renoncé à cette abrogation. En **2016**, le GAFI a cependant reproché à la Suisse le fait que la coexistence d'une obligation et d'un droit de communiquer "*pèse sur la* 51

114. MROS, Rapport annuel 2007, p. 3.
115. MROS, Rapport annuel 2012, p. 10.
116. Arrêt du TF 4A_313/2008 du 27.11.2008, consid. 4.2.2.3.
117. Cf. p.ex. ATF 147 IV 274 consid. 2.1.3; arrêt du TF 1B_433/2017 du 21.3.2018, consid. 4.9; jugement de la CAP-TPF SK.2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.3.3; jugement de la CAP-TPF SK.2018.47 du 26.4.2019, consid. 5.5.1, jugement de la CAP-TPF SK.2017.54 du 19.12.2017, consid. 2.2.3.1; jugement de la CAP-TPF SK.2014.14 du 18.3.2015, consid. 4.5.1.1.
118. Message GAFI, FF 2014 585, p. 629.
119. SFI, Rapport explicatif sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, 27.2.2013, p. 34.

*compréhension et l'interprétation par les intermédiaires financiers des circonstances entraînant une obligation de communiquer un soupçon au MROS*", de sorte que "[l]*e cadre législatif devrait être clarifié afin de préciser la distinction entre le droit et l'obligation de communiquer et éviter qu'un même degré de soupçon relève des deux régimes*".[120] Sur cette base, le Conseil fédéral a, une nouvelle fois, envisagé d'abroger le droit de communiquer, cette fois dans le cadre de l'avant-projet de révision de la LBA de **2018**.[121] Évoquant l'avis du GAFI et la jurisprudence susmentionnée, abaissant le seuil des soupçons fondés, le Conseil fédéral considérait qu'il ne restait plus de place pour l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP.[122] La majorité des participants à la consultation ont toutefois objecté que le droit de communiquer constitue un instrument efficace de lutte contre le blanchiment d'argent, permettant d'écarter tout risque de punissabilité. Il était également souligné qu'il ne fallait pas accorder autant d'importance à l'arrêt du Tribunal fédéral de 2008, qui ne s'exprimait qu'incidemment sur le champ d'application de l'obligation de communiquer.[123] Le Conseil fédéral a ainsi une nouvelle fois renoncé à abroger l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP dans son projet de loi,[124] tout en livrant des considérations intéressantes sur le rapport entre le droit et l'obligation de communiquer dans son message.[125]

52 Le Conseil fédéral a ainsi notamment exposé que le droit de communiquer est un **instrument subsidiaire** par rapport à l'obligation de communiquer et qu'"*avant de faire usage du droit de communiquer, l'intermédiaire financier doit toujours examiner si l'obligation de communiquer est applicable*" et qu'"*il y a donc, également en cas d'usage du droit de communiquer, toujours des clarifications préalables au sens de l'art. 6 al. 2 LBA. Autrement dit, le droit de communiquer ne peut être utilisé pour annoncer des causes au MROS sans effectuer aucune clarification préalable*".[126]

120. GAFI, Rapport d'évaluation mutuelle Suisse, 2016, p. 113.
121. Message LBA, FF 2019 5237, p. 5244 et 5264.
122. SFI, Rapport explicatif sur la modification de la LBA, 1.6.2018, p. 19.
123. SFI, Rapport de résultats de la consultation relative à la modification de la LBA, 26.6.2019, p. 10.
124. FF 2019 5341 ss.
125. Message LBA, FF 2019 5237, p. 5264 ss.
126. Message LBA, FF 2019 5237, p. 5265; cf. aussi MROS, Rapport annuel 2024, p. 35 ("*Le MROS rappelle que l'exercice du droit de communiquer ne libère pas les IF de leurs obligations de diligence*.").

En **2021**, dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a enfin précisé, en ces termes, sa jurisprudence sur la notion des soupçons fondés: "[i]*l faut comprendre de cette jurisprudence que si, après un examen concret de la relation d'affaire, le soupçon ne peut être dissipé au cours des clarifications menées au sens de l'art. 6 al. 2 LBA* [...]*, il ne s'avère donc pas infondé et doit être communiqué au MROS*" (cf. *infra* N. 101).[127] 53

Quelques mois plus tard, toujours en **2021**, le Parlement a décidé de codifier cette jurisprudence pour l'ériger en définition légale.[128] Entré en vigueur le 1er janvier **2023**, l'art. 9 al. 1quater LBA dispose ainsi désormais qu'"*il y a des soupçons fondés lorsque l'intermédiaire financier dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'al. 1, let. a, pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires et que les clarifications supplémentaires effectuées en vertu de l'art. 6 ne permettent pas de dissiper les soupçons*" (cf. *infra* N. 101). 54

Vu l'évolution jurisprudentielle et législative, il est manifeste que le droit de communiquer a été **passablement érodé** au fil du temps.[129] En effet, d'une part, il résulte de la définition légale de l'art. 9 al. 1quater LBA et de la jurisprudence qu'il existe des soupçons fondés, déclenchant l'obligation de communiquer, dès lors qu'il subsiste un soupçon, voire un simple doute qui n'a pas été dissipé par les clarifications. D'autre part, le Conseil fédéral a souligné que l'art. 305ter al. 2 CP ne saurait servir à procéder à des annonces "défensives", sans même avoir entrepris les clarifications qui s'imposent. En d'autres termes, si l'intermédiaire financier procède à des clarifications, de deux choses l'une: soit un doute subsiste à l'issue de ce processus et il est tenu de procéder à la communication sur le fondement de l'art. 9 LBA, soit les doutes ont pu être dissipés entièrement et il n'y a plus de place pour une communication même fondée sur l'art. 305ter al. 2 CP.[130] Le fait que le droit de communiquer ait ainsi perdu de sa pertinence n'est pas en soi inquiétant, car l'objectif initialement poursuivi par l'art. 305ter al. 2 CP, à savoir libérer l'intermédiaire financier du dilemme entre violer ses obligations de secret ou 55

127. ATF 147 IV 274, consid. 2.1.3, cf. aussi consid. 2.3.2.
128. Cf. BO 2021 CN 20 s; BO 2021 CE 175 s.
129. Cf. BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 34; OK-Tanner/von Rotz, art. 305ter CP N. 47; Garbarski/Conti, p. 30 ss; pour d'autres tentatives de délimitation cf. SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 28 ss; Kuster, Abgrenzung, *passim*.
130. Cf. dans le même sens: CR-Villard, art. 9 LBA N. 179.

de confidentialité et risquer d'engager sa responsabilité pour blanchiment d'argent, est appréhendé par l'art. 14 CP, et depuis 2009 explicitement par l'art. 11 LBA.[131] Par ailleurs et plus généralement, il convient de souligner que le droit et l'obligation de communiquer entraînent les mêmes effets dans le système actuel (cf. art. 9*a* ss LBA),[132] de sorte que, du point de vue des conséquences juridiques, il n'apparaît pas indispensable de maintenir le droit de communiquer. Par ailleurs, rien ne s'y oppose d'un point de vue historique, non plus: en raison des critiques formulées lors des dernières procédures de consultation, le Conseil fédéral avait certes (à contrecœur) renoncé à proposer l'abrogation de l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP au Parlement. Cela étant, le Parlement a approuvé la codification de la notion de soupçons fondés à l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA, confirmant par là même que l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP occupe désormais une place réduite à sa portion congrue.

56 Les deux seules **interprétations alternatives** possibles de l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP qui aboutissent à un autre résultat, ne sont pas convaincantes. Premièrement, admettre le droit de communiquer déjà en présence d'un simple sentiment de malaise, comme le propose le MROS,[133] élargirait presque sans limite ce droit, ce qui serait contraire à la lettre[134] et au but[135] de la norme et risque de surcharger encore davantage le MROS avec des communications d'une pertinence et d'une utilité toutes relatives. Par ailleurs, il conviendrait ensuite de délimiter le malaise du (simple) doute non dissipé, ce qui paraît tout aussi ardu.[136] Deuxièmement, il ne serait guère plus utile de se distancier du Message, selon lequel des clarifications doivent être entreprises également avant l'exercice du droit de communication, car l'intermédiaire financier pourrait certes effectuer une première communication sur la base du droit de communiquer, mais il demeurerait tenu de procéder à des clarifications conformément à l'art. 6 al. 2 LBA. Or, celles-ci rendraient soit la première communication sans objet, soit conduiraient à une nouvelle communication plus précise et utile pour l'accomplissement des tâches du MROS. Enfin, ces deux approches

131. Cf. OK II-De Capitani, art. 9 LBA N. 43.
132. MROS, Rapport 2024, p. 35; CR-Villard, art. 9 LBA N. 166.
133. P.ex. MROS, Rapport annuel 2012, p. 10.
134. Cf. note de bas de page 69.
135. Cf. *supra* N. 46; aussi Message CP, FF 1993 III 269, p. 316 ("*Le droit accordé par la présente disposition ne se veut pas une autorisation générale*".).
136. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 179.

alternatives semblent difficilement conciliables avec les exigences de contenu prévues à l'art. 3 al. 1 *cum* art. 2 let. a OBCBA.

Au vu de ce qui précède, l'art. 305ter al. 2 CP a perdu l'essentiel de sa raison d'être[137] et son **abrogation** modifierait tout au plus marginalement la situation juridique pour les intermédiaires financiers. Elle contribuerait vraisemblablement aussi à la sécurité juridique. Son maintien s'explique, à notre sens, uniquement par son importance historique et la prudence du Conseil fédéral, qui n'a probablement pas voulu mettre en péril les réformes susmentionnées de la LBA pour clarifier le régime et a préféré le faire dans ses Messages respectifs. 57

Ces différentes considérations impliquent qu'en pratique, la **délimitation entre le droit et l'obligation de communiquer n'est pas toujours aisée**.[138] Ce flou est particulièrement problématique dès lors que l'art. 37 LBA attache une sanction pénale à la violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA. On peut notamment se demander si celui qui procéderait à une communication sur la base du droit de communiquer alors que les conditions de l'obligation de communiquer sont réalisées viole ou non son obligation de communiquer. À notre sens, l'intermédiaire financier qui effectue une communication en se fondant sur l'art. 305ter al. 2 CP ne viole pas son obligation de communiquer au sens de l'art. 37 LBA dans la mesure où les deux types de communication contiennent *a priori* des informations pratiquement
identiques au regard de l'objectif visé à l'art. 9 LBA (cf. art. 3 al. 1 *cum* art. 2 let. a OBCBA).[139] Se pose en outre la question, plus délicate, de savoir si l'intermédiaire financier qui croit faussement être uniquement en droit de communiquer et y renonce, alors qu'il est en réalité dans l'obligation de le faire, viole son obligation de communiquer au sens de l'art. 37 LBA.[140] Cette question appelle sans doute une réponse affirmative, sous réserve qu'une intention ou une négligence puisse lui être reprochée, étant rappelé que 58

137. Cf. toutefois Borsodi/Goumaz, N. 2533, qui soutiennent que le droit de communiquer "*permet à l'intermédiaire financier, dans ces situations dites 'résiduelles', de saisir les autorités sans charger inutilement son client en affirmant qu'il dispose de soupçons fondés alors qu'il ne dispose que d'indices relatifs à des circonstances objectives*".
138. Cf. p.ex. Message LBA, FF 2019 5237, p. 5263; MROS, Rapport annuel 2017, p. 11.
139. Cpr. CR-Villard, art. 9 LBA N. 175 qui est de l'avis que l'intermédiaire financier n'agit pas en conformité avec ses obligations selon la LBA, mais ne viole en revanche pas l'art. 37 LBA.
140. Cf. OK II-De Capitani, art. 9 LBA N. 42 s; KV KO II-Hutzler, art. 9 N. 40.

l'erreur de subsomption n'est pas une erreur sur les faits au sens de l'art. 13 CP ni une erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP.

### 4. Obligation de communiquer au sens de l'art. 7 LVP

59 La Loi fédérale sur le blocage et la restitution des **valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger** (LVP)[141] est entrée en vigueur au 1er juillet 2016.[142] Son but est, comme le laisse présager son titre, d'assurer la restitution de manière aussi rapide et transparente que possible aux États étrangers des valeurs patrimoniales d'origine criminelle déposées en Suisse.[143] À son art. 7 al. 1, la LVP prévoit également une obligation de communiquer: les personnes et les institutions qui détiennent ou gèrent en Suisse des valeurs patrimoniales de personnes tombant sous le coup d'une mesure de blocage au sens de l'art. 3 de la loi doivent les communiquer sans délai au MROS. Ceci vaut aussi pour les personnes et les institutions qui, sans détenir ou gérer en Suisse de telles valeurs patrimoniales, en ont connaissance de par leurs fonctions (art. 7 al. 2 LVP).[144]

60 Par souci d'efficacité, il a été décidé que les communications au sens de l'art. 7 LVP doivent être faites non pas au Département fédéral des affaires étrangères, mais au MROS, qui agit ainsi comme "**guichet unique**".[145]

61 Contrairement à l'obligation de communiquer prévue par l'art. 9 LBA, celle de l'art. 7 LVP est uniquement fondée sur la correspondance avec une liste et ne suppose aucune clarification complémentaire. Une autre **différence** entre les deux régimes réside dans le fait que le champ d'application personnel de la LVP est plus large que celui de la LBA.[146]

---

141. RS 196.1.
142. Cf. pour un cas d'application récent de la LVP, l'Ordonnance de blocage de valeurs patrimoniales dans le contexte du Venezuela du 5.1.2026 (RS 196.127.85) qui prévoit un blocage immédiat de toutes les valeurs patrimoniales des 37 personnes mentionnées dans son annexe, essentiellement l'entourage de Nicolás Maduro, président vénézuélien arrêté par les autorités américaines; Cf. également l'arrêt de la CourEDH Ivanyushchenko c. Suisse, n° 54708/20, 2.7.2026, qui confirme la conformité à l'art. 8 CEDH du régime de blocage fondé sur l'art. 3 LVP.
143. Message LVP, FF 2014 5121, p. 5122.
144. Cf. sur l'obligation de communiquer de l'art. 7 LVP: Julen Berthod/Lecouturier, N. 887–891.
145. Message LVP, FF 2014 5121, p. 5164.
146. Cf. MROS, Rapport annuel 2016, p. 55.

La **coexistence** des obligations de communiquer des art. 7 LVP et 9 LBA s'explique par les objectifs très différents que ces deux normes poursuivent. Il s'ensuit qu'une communication en vertu de la LVP est sans effet sur les obligations au sens de la LBA et inversement. Une communication en application de la LVP ne signifie donc pas nécessairement qu'il existe des soupçons fondés au sens de l'art. 9 LBA, ni qu'il faille *a fortiori* effectuer une communication en ce sens auprès du MROS. En revanche, une correspondance avec la liste des personnes visées par une mesure préventive de blocage au sens de la LVP déclenche pour les intermédiaires financiers soumis à la LBA des obligations de clarification selon l'art. 6 LBA.[147] 62

## 5. Blanchiment d'argent (art. 305$^{bis}$ CP)

L'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA et l'infraction de blanchiment d'argent selon l'art. 305$^{bis}$ CP présentent des **liens étroits**, ne serait-ce que parce que l'obligation de communiquer est une norme charnière entre les obligations de la LBA et la poursuite pénale, notamment celle du blanchiment d'argent (cf. *supra* N. 4). 63

Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral s'est notamment fondé sur l'obligation de communiquer pour conclure que les intermédiaires financiers avaient une **position de garant** au sens de l'art. 11 CP. En effet, notre Haute Cour a jugé que "*les intermédiaires financiers se trouvent, depuis l'entrée en vigueur de la LBA, dans une situation juridique particulière qui les oblige notamment à clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une relation d'affaires lorsque des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime et à informer immédiatement le* [MROS] *s'ils savent ou présument, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec un acte de blanchiment ou proviennent d'un crime*".[148] Par conséquent et en l'état actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les personnes soumises à la LBA peuvent être punies pour blanchiment d'argent par omission, notamment s'il est établi, sous l'angle de la causalité hypothétique, que l'accomplissement de l'acte fautivement omis (typiquement, la communication au MROS) aurait évité la survenance du résultat qui s'est produit.[149] Il est toutefois à noter que, 64

147. Message LVP, FF 2014 5121, p. 5164 s; MROS, Rapport annuel 2016, p. 54.
148. ATF 136 IV 188, consid. 6.2.2; crit. BSK-Niggli/Muskens, art. 11 CP N. 47.
149. Arrêt du TF 6B_908/2009 du 3.11.2010, consid. 7.1.2 (non publié aux ATF 136 IV 188).

lorsque l'intermédiaire financier ou le négociant assujettis à la LBA sont organisés sous la forme d'une entreprise (cf. *infra* N. 167 ss), le cercle des auteurs potentiels d'un blanchiment d'argent par omission est strictement délimité par l'**art. 29 CP**,[150] lequel vise les organes, les associés, les collaborateurs disposant d'un pouvoir de décision indépendant et les dirigeants effectifs, à l'exclusion donc notamment des collaborateurs subalternes.[151]

65 Par ailleurs, dans la pratique, on observe une certaine tendance à vouloir considérer le non-respect de l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 LBA comme l'**indice d'une intention** en matière de blanchiment d'argent. Un tel raccourci doit être **rejeté**. En effet, même s'il est théoriquement concevable, dans certains cas particuliers, que l'absence d'une communication au MROS puisse trahir une volonté de l'auteur d'entraver la confiscation de valeurs patrimoniales d'origine illicite, tout automatisme ou présomption en la matière serait non seulement dangereuse, mais également contraire à la *ratio legis* de l'art. 9 LBA.[152] En effet, celui qui enfreint ses obligations administratives, le cas échéant intentionnellement, ne veut pas *ipso facto* entraver la confiscation de valeurs patrimoniales. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral abonde également dans ce sens. En effet, selon un arrêt significatif rendu en septembre 2025, le fait qu'un intermédiaire financier ait violé ses obligations de diligence découlant de la LBA ne permet pas encore de conclure à l'existence d'un dol (éventuel) de blanchir de l'argent au sens de l'art. 305$^{bis}$ CP.[153] En outre, il sied également de rappeler que, dans le contexte de l'art. 37 LBA, l'intention de l'auteur n'a pas à porter sur l'origine criminelle des valeurs patrimoniales, mais (uniquement) sur l'existence d'un

150. En effet, cette disposition s'applique dès lors que la position de garant est fondée sur une qualité particulière (i.e. celle d'intermédiaire financier ou de négociant) que possède en soi l'entreprise; cf. Cassani/Villard, Droit pénal économique, N. 6.88.

151. Cf. arrêt du TF 4A_603/2020 du 16.11.2022, consid. 6.1.

152. Arrêt du TF 6B_1180/2023 du 24.9.2025, consid. 1.4.3.5 et les réf. citées: "*Allerdings weist der Beschwerdegegner in seiner Vernehmlassung zutreffend darauf hin, dass Gegenstand des besagten Urteils nicht der Vorwurf der Geldwäscherei war, sondern Verstösse gegen die Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG, bei denen kein (Eventual-) Vorsatz hinsichtlich der deliktischen Herkunft der Gelder verlangt wird* [...] *Zudem hat das Bundesgericht in besagtem Fall auf die konkreten Umstände abgestellt und nicht festgehalten, bei Verletzung der Abklärungspflicht sei stets Eventualvorsatz zu bejahen*".

153. Arrêt du TF 6B_1180/2023 du 24.9.2025, consid. 1.4.3.5; arrêt du TF 6B_1362/2020 du 20.6.2022, consid. 15.2.4; cf. CR-Cassani/Villard, art. 305$^{bis}$ CP N. 39.

état de fait soumis à communication.[154] Cet élément supplémentaire confirme que tout amalgame entre l'obligation de communiquer et l'incrimination du blanchiment d'argent serait juridiquement erroné.

## 6. Principe *nemo tenetur* (art. 14 par. 3 let. g Pacte ONU II, art. 6 par. 1 CEDH et art. 32 Cst.)

66 La communication aux termes de l'art. 9 LBA est une **forme active de collaboration avec la justice pénale**, à laquelle l'intermédiaire financier ou le négociant se plie sous la contrainte de l'art. 37 LBA.[155] Aussi, on peut se demander si l'intermédiaire financier ou le négociant qui est susceptible de s'auto-incriminer – notamment à l'aune de l'art. 37 LBA, voire de l'art. 305$^{bis}$ ou 305$^{ter}$ CP – dans le cadre d'une communication au MROS peut invoquer le **principe *nemo tenetur* pour s'abstenir de faire la communication**.[156] En effet, selon ce principe, ancré à l'art. 14 par. 3 let. g Pacte ONU II et déduit par la jurisprudence de l'art. 6 par. 1 CEDH et de l'art. 32 Cst., le prévenu dans une procédure pénale n'est pas tenu de déposer ni *a fortiori* de contribuer activement à sa propre incrimination. En outre, l'exercice de ce droit ne saurait lui porter préjudice ni constituer une preuve ou un indice de culpabilité.[157]

67 À ce jour, la **jurisprudence** n'a pas répondu clairement à la question de savoir si l'invocation du principe *nemo tenetur* permet de dispenser la personne concernée de l'obligation de communiquer.[158] La **doctrine** est également partagée, même si la majorité des auteurs semble s'exprimer en faveur de cette possibilité.[159]

68 À notre sens, il n'est pas possible de suivre ceux qui considèrent le principe *nemo tenetur* comme une justification pour ne pas effectuer de communication conformément à l'art. 9 LBA.[160] Le point essentiel est que le

154. Cf. arrêt du TF 6B_503/2015 du 24.5.2016 (non publié à l'ATF 142 IV 276), consid. 2.6.1 et 2.7; jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.2.7; jugement de la CAP-TPF SK.2017.54, 18.12.2017, consid. 2.2.5; BSK-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 47.
155. Cassani/Villard, N. 7.193.
156. CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 58.
157. ATF 149 IV 9, consid. 5.1, et les réf. citées.
158. Cf. p.ex. ATF 140 II 384, consid. 3.1; arrêt TC/FR 502 2012–147 du 17.9.2013, consid. 4e (cité par CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 62).
159. En faveur de l'application du principe: Reinle, N. 1195 ss; Hohler/Schmid, PJA 5/2005 p. 515, p. 523; Lombardini, N. 650; *contra*: Fellmann, p. 35 s.

**principe** *nemo tenetur* **ne s'applique qu'en procédure pénale**. En effet, selon la jurisprudence constante, le principe *nemo tenetur* accorde – dans le cadre d'un procès pénal – le droit de ne pas contribuer activement à sa propre incrimination, ce qui implique que les autorités pénales – et elles seules – ne peuvent recourir à des moyens de preuve obtenus par la pression ou la contrainte, au mépris de la volonté de la personne accusée.[161] Il en résulte que le principe *nemo tenetur* ne peut pas faire obstacle à l'obligation de communiquer relevant uniquement du droit administratif, mais qu'il peut, le cas échéant, néanmoins avoir pour conséquence que les moyens de preuve recueillis sur cette base ne puissent être exploités dans le cadre d'une éventuelle procédure pénale contre l'auteur de la communication.[162]

## II. APERÇU DES DIFFÉRENTS SCÉNARIOS ENVISAGÉS PAR L'ART. 9 LBA

69 L'art. 9 LBA appréhende actuellement quatre scénarios dans lesquels il érige une obligation de communiquer. En outre, le législateur a décidé en septembre 2025 d'étendre l'obligation de communiquer aux conseillers dans le cadre de la révision de la LBA, laquelle entrera en vigueur le 1er octobre 2026 (cf. *supra* N. 18). Ainsi, les scénarios envisagés par l'art. 9 LBA peuvent être résumés schématiquement comme suit:

160. Du même avis, mais sans motivation: OFK Finanzmarktstrafrecht-Fingerhuth, art. 37 LBA N. 24.

161. ATF 142 IV 207, consid. 8.3 et 8.3.1, et la jurisprudence citée.

162. Cf. arrêt du TF 7B_45/2022 du 21.7.2025, consid. 2.4, selon lequel l'absence d'information sur le droit de ne pas s'auto-incriminer dans le cadre d'une procédure administrative assortie d'une obligation de collaborer entraîne l'inexploitabilité des preuves correspondantes dans une procédure pénale ultérieure, pour autant qu'il ne s'agisse pas de preuves dites préexistantes. En lien avec l'obligation de communiquer, voir ég. Fellmann, p. 40; CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 62.

| | **Obligation des intermédiaires financiers en cas de relation d'affaires** | **Obligation des intermédiaires financiers en cas de rupture des négociations** | **Obligation des intermédiaires financiers en cas de correspondance avec une liste terroriste** | **Obligation des négociants** | **Obligation des conseillers (EEV le 1er octobre 2026)** |
|---|---|---|---|---|---|
| **Base légale** | Art. 9 al. 1 let. a LBA | Art. 9 al. 1 let. b LBA | Art. 9 al. 1 let. c LBA | Art. 9 al. 1bis LBA | Art. 9 al. 1ter nLBA |
| **Destinataires** | Intermédiaires financiers | | | Négociants | Conseillers |
| **Objet du soupçon** | Valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires | Valeurs patrimoniales destinées à être impliquées dans une future relation d'affaires | Données concernant un cocontractant, ayant droit économique ou signataire | Espèces utilisées lors d'une opération de négoce | Valeurs patrimoniales impliquées dans l'opération ou la prestation |
| **Contenu du soupçon** | Lien avec certaines infractions | | Correspondance avec une liste terroriste | Lien avec certaines infractions | |
| **Seuil de soupçon** | Savoir ou soupçons fondés | Soupçons fondés | Savoir ou soupçons basés sur clarification | Savoir ou soupçons fondés | |
| **Élément déclencheur** | Atteinte du seuil de soupçon | Rupture des négociations visant à établir une relation d'affaires | Atteinte du seuil de soupçon | | |
| **Conséquence** | Obligation de communiquer au MROS (et certaines obligations connexes) | | | | |

Les différents scénarios sont présentés ci-dessous de manière groupée en fonction de leurs destinataires, à savoir les intermédiaires financiers (cf. *infra* chapitre III), les négociants (cf. *infra* chapitre IV) et les conseillers (cf. *infra* chapitre V). Lorsque les conditions requises sont identiques, il sera renvoyé aux développements topiques déjà présentés. 70

## III. OBLIGATIONS DE COMMUNIQUER DES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS (AL. 1)

### A. Destinataires : Intermédiaires financiers

71 L'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 al. 1 LBA s'adresse aux **intermédiaires financiers** au sens de l'art. 2 al. 1 LBA, terme qui englobe tant les intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle (art. 2 al. 2 LBA) que ceux qui ne le sont pas (art. 2 al. 3 LBA). Pour le surplus, le champ d'application personnel de l'art. 9 LBA a été abordé plus haut (cf. *supra* N. 19 ss).[163]

### B. Conditions

72 Les intermédiaires financiers sont tenus par une obligation de communiquer dans trois scénarios distincts. Le cas de figure "classique", et le plus courant dans la pratique, vise l'hypothèse où l'intermédiaire financier sait ou dispose de soupçons fondés que les valeurs patrimoniales impliquées dans une **relation d'affaires** sont liées à certains crimes ou délits (art. 9 al. 1 let. a LBA). Le deuxième scénario étend l'obligation de communiquer de la let. a en amont de toute relation d'affaires, en cas de **rupture des négociations** visant à établir une telle relation (art. 9 al. 1 let. b LBA).[164] Enfin, le troisième cas de figure s'inscrit dans le cadre de la lutte contre le **financement du terrorisme** en complément de l'art. 9 al. 1 let. a LBA (art. 9 al. 1 let. c LBA).[165] Ce scénario se distingue des autres par le fait qu'il s'attache à l'identité de personnes impliquées dans la relation d'affaires plutôt qu'aux valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ou destinées à l'être.

#### 1. Obligation de communiquer en cas de soupçons relatifs aux valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires (al. 1 let. a)

73 L'obligation de communiquer de l'**art. 9 al. 1 let. a LBA** est déclenchée dès que l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires présentent un lien avec certains crimes ou délits.

---

163. Cf. sur les compétences au sein de l'intermédiaire financier *infra* N. 167 ss.
164. Cf. *supra* N. 31.
165. Cf. art. 1 LBA; cf. Message GAFI, FF 2007 5919, p. 5933 et 5946 s.

### a. Objet du soupçon: Valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires

L'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LBA n'existe qu'en présence de **valeurs patrimoniales impliquées dans une relation d'affaires**.[166] Les valeurs patrimoniales constituent donc l'objet du soupçon. 74

Dans le contexte de la lutte contre le blanchiment d'argent, la notion de **valeur patrimoniale** désigne tout élément du patrimoine ou, autrement dit, tout actif ayant une valeur économique. Selon la jurisprudence, elle doit se comprendre de manière large et englobe notamment la monnaie scripturale, soit les avoirs en compte auprès d'établissements financiers.[167] La notion de valeur patrimoniale de l'art. 9 LBA correspond à celle des art. 70 et 305$^{bis}$ CP et non à l'acception plus étroite des infractions contre le patrimoine (art. 137 ss CP).[168] En revanche, l'avis isolé[169], selon lequel un soupçon portant sur **les personnes impliquées ou leurs actes** déclenche également l'obligation de communiquer, nous apparaît contraire à la lettre univoque de la disposition et à son but. Il doit être clairement rejeté.[170] Cela étant, un tel soupçon peut rendre nécessaire la mise en œuvre de clarifications complémentaires au sens de l'art. 6 al. 2 LBA, lesquelles devront aussi porter sur les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires et liées à la personne concernée.[171] 75

Une **relation d'affaires** au sens de l'art. 9 LBA existe non seulement en cas de relation contractuelle durable, mais également en cas de relation ponctuelle, comme en cas de transaction unique ou d'opération de caisse.[172] En délimitation à l'art. 9 al. 1 let. b LBA, il est avant tout déterminant qu'il existe une relation d'affaires, aussi simple soit-elle, et pas uniquement des négociations aux fins de nouer une telle relation, le critère pertinent étant de 76

166. P.ex. arrêt de la CP-TPF CA.2021.14 du 10.2.2022, consid. 2.2.2.2.
167. Arrêt de la CP-TPF CA.2021.14 du 10.2.2022, consid. 2.2.2.2; arrêt du TF 6B_313/2008 du 25.6.2008, consid. 2.2 (en rapport avec l'art. 305$^{bis}$ CP); jugement de la CAP-TPF SK.2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.3.1; jugement de la CAP-TPF SK.2020.39 du 31.5.2021, consid. 2.4; jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.2.5.2.
168. CR-Villard, art. 9 LBA N. 43.
169. Jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2025, consid. 3.2.2.3 (non définitif), lequel cite MROS, Rapport annuel 2002, p. 41 s.
170. Cf. MROS, Typologies négatives, 2025, typologie 2.
171. Cf. Lombardini, N. 613 s; CR-Villard, art. 9 LBA N. 42.
172. SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 62; CR-Villard, art. 9 LBA N. 44.

savoir s'il existe un accord sur les éléments essentiels de la relation d'affaires (cf. *infra* N. 120 ss).

77 Sont réputées **impliquées** dans la relation d'affaires les valeurs patrimoniales sur lesquelles l'intermédiaire financier a un pouvoir de disposition. Le sont également, compte tenu de l'objectif de l'art. 9 LBA, les valeurs patrimoniales sur lesquelles l'intermédiaire financier a eu un pouvoir de disposition par le passé et qui ont depuis lors quitté sa sphère d'influence.[173] Se pose en revanche la question de savoir si les valeurs patrimoniales **simplement annoncées** peuvent être considérées comme d'ores et déjà impliquées dans la relation aux termes de l'art. 9 al. 1 let. a LBA. La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral y est favorable,[174] alors que les avis doctrinaux sont partagés.[175] L'inclusion de ces valeurs patrimoniales, dont on peut comprendre qu'elle apparaisse souhaitable du point de vue téléologique, nous semble toutefois difficilement conciliable avec une interprétation littérale de la disposition et reviendrait à étendre une obligation déjà très large. En tout état de cause, le principe de légalité (art. 1 CP) s'oppose à notre sens à la répression pénale (art. 37 LBA) de l'intermédiaire financier qui aurait tardé à communiquer ou omis de communiquer des valeurs patrimoniales seulement annoncées, sans avoir jamais été nanti d'un pouvoir de disposition sur celles-ci.[176]

78 Dans une ordonnance de classement récente, laquelle a par la suite été annulée sur recours, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral a considéré que seules les valeurs patrimoniales **confiscables** tombent sous le coup de l'art. 9 LBA, en établissant un parallèle avec la jurisprudence applicable en matière de blanchiment d'argent selon l'art. 305$^{bis}$ CP.[177] À notre

173. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 42 (et note de bas de page 121); CR-Villard, art. 9 LBA N. 46.

174. Décision de la CP-TPF BB.2024.65 du 11.7.2024, consid. 2.1.5.

175. Pour l'inclusion des valeurs patrimoniales avant le fondement du pouvoir de disposition de l'intermédiaire financier: CR-Villard, art. 9 LBA N. 46; cf. ég. MROS, Rapport annuel 2011, p. 85 qui préconise une interprétation systématique selon laquelle il serait contradictoire que des relations d'affaires, sur lesquelles aucune valeur patrimoniale n'a encore été déposée, soient exclues de l'obligation de communiquer en cas de soupçons fondés au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LBA, alors que par ailleurs, une communication doit intervenir lorsque les négociations en vue de nouer une relation d'affaires sont rompues en raison de tels soupçons (art. 9 al. 1 let. b LBA); GAFI, Rapport d'évaluation mutuelle Suisse, 2016, p. 212; *contra*: KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 91; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 9.

176. Du même avis: KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 91.

sens, il n'est pas possible de transposer sans autre la jurisprudence rendue en application de l'art. 305bis CP à l'art. 9 LBA parce que cette dernière disposition vise un objectif plus large que la répression du blanchiment d'argent. Le but de l'art. 9 LBA implique ainsi que les soupçons soient communiqués afin de favoriser la poursuite d'infractions potentielles et, à terme, la confiscation de valeurs patrimoniales illicites (cf. *supra* N. 5).[178] De plus, il n'incombe pas à l'intermédiaire financier de déterminer si les valeurs patrimoniales en cause sont confiscables; la jurisprudence rappelle en effet fréquemment qu'il n'appartient pas à l'intermédiaire financier de résoudre des questions juridiques complexes, à l'instar par exemple de celle de la prescription de l'action pénale ou encore de l'existence d'une plainte pénale valable.[179]

### b. Contenu du soupçon: Lien avec certains crimes ou délits

Le soupçon de l'intermédiaire financier qui déclenche l'obligation de communiquer doit porter sur le **rapport entre les valeurs patrimoniales et certains crimes ou délits**. L'art. 9 al. 1 let. a LBA contient quatre chiffres, avec plusieurs sous-variantes, décrivant quelles infractions entrent en ligne de compte et quel doit être le lien entre les valeurs litigieuses et ces infractions. Il ressort ainsi de la structure de la loi que le soupçon ne peut se rapporter à n'importe quelle infraction pénale voire situation factuelle, mais uniquement à celles explicitement définies.[180] 79

Le **chiffre 1** de l'art. 9 al. 1 let. a LBA concerne le soupçon selon lequel les valeurs patrimoniales ont un rapport avec l'une des infractions contenues aux art. 260ter et 305bis CP, à savoir respectivement la participation ou le soutien à une organisation criminelle ou terroriste et le blanchiment d'argent. Ce chiffre 80

177. Ordonnance de la CAP-TPF SK.2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.3 (annulée sur recours par décision de la CP-TPF BB.2024.65, consid. 3); cf. ATF 145 IV 335, consid. 3.2.
178. Cf. arrêt du TAF B-6815/2013 du 10.6.2014, consid. 4.7.4 insistant sur la nécessité d'interpréter l'art. 9 LBA de manière large afin d'appréhender les situations potentiellement pertinentes.
179. Cf. jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2025, consid. 3.2.1.1 (non définitif); MROS, Rapport annuel 2010, p. 80 s; BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 72 et N. 142; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 19; OFK Finanzmarktstrafrecht-Fingerhuth, art. 37 LBA N. 35 et 38; cf. aussi Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1086; cf. ég. arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023, consid. 9.2.
180. Cf. MROS, Typologies négatives, 2025, typologie 2 sur l'irrecevabilité des communications en lien avec les "*Clients suspects sans lien apparent avec les valeurs patrimoniales incriminées*".

sert de clause générale couvrant les situations qui ne relèvent pas des autres chiffres.[181] Par ailleurs, il n'est guère possible d'exiger de l'intermédiaire financier qu'il procède à une analyse détaillée des conditions des deux infractions, ses soupçons fondés étant en tout cas suffisants.[182]

81 Aussi le "**rapport**" avec les infractions mentionnées ne doit-il pas être interprété de manière restrictive; il vise tout lien suffisamment direct pour que la communication au MROS contribue à la poursuite pénale des infractions susvisées et, le cas échéant, à la confiscation des valeurs patrimoniales concernées.[183]

82 S'agissant de la première variante du chiffre 1, l'art. 260$^{ter}$ CP interdit la participation et le soutien à une **organisation criminelle ou terroriste**. Sont concernées les organisations qui poursuivent le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels (organisations dites criminelles), ou de commettre des actes de violence criminels visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque (organisations dites terroristes).[184] Outre les syndicats du crime de type mafieux, la notion d'organisation criminelle englobe également les groupes terroristes. En revanche, ne sont, en principe, pas considérés comme tels les partis extrémistes, les groupes politiques d'opposition et les organisations qui luttent par des moyens appropriés, non criminels, pour obtenir le pouvoir politique dans leur pays d'origine ou qui mènent une lutte pour la liberté contre des régimes dictatoriaux.[185] La **participation** à une organisation criminelle ou terroriste vise à réprimer les personnes qui sont intégrées de manière fonctionnelle dans l'organisation criminelle et qui exercent des activités en vue de la poursuite de ses objectifs criminels, sans que ces activités ne doivent, prises pour elles-mêmes, être illégales ou constituer elles-mêmes des infractions. À défaut d'une telle intégration, le **soutien** est déjà suffisant; il consiste en une contribution consciente à la promotion des activités criminelles de l'organisation, la preuve d'une

181. P. ex. KV KO II-Hutzler, art. 9 N. 51 s.
182. Cf. jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2025, consid. 3.2.1.1 (non définitif); MROS, Rapport annuel 2010, p. 80 s; BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 72; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 19; cf. aussi Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1086.
183. Cf. sur l'objet de l'art. 9 LBA *supra* N. 5.
184. Cf. la définition jurisprudentielle à l'ATF 132 IV 132, consid. 4.1.1.
185. ATF 146 IV 338, consid. 4.4.1; ATF 145 IV 470, consid. 4.1.

contribution causale à une infraction déterminée n'étant pas nécessaire.[186] Selon la doctrine, la référence à l'art. 260$^{ter}$ CP vise à appréhender les situations dans lesquelles des valeurs patrimoniales ont un lien avec une organisation criminelle ou terroriste, mais qui ne peuvent être rattachées à un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP (hypothèse couverte par le ch. 2; cf. *infra* N. 85 ss), ni ne sont soumises au pouvoir de disposition d'une telle organisation (hypothèse couverte par le ch. 3; cf. *infra* N. 94 ss), ni ne servent au financement du terrorisme (hypothèse couverte par le ch. 4; cf. *infra* N. 97 s).[187]

En ce qui concerne la référence à l'art. 305$^{bis}$ CP, à savoir le **blanchiment d'argent**, cette disposition vise quiconque commet un acte propre à entraver la confiscation de valeurs patrimoniales dont il sait ou doit présumer qu'elles proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié (cf. *supra* N. 63 ss).[188] Constitue un **acte propre à entraver la confiscation** tout comportement qui fait obstacle à l'accès de l'autorité pénale au produit d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, en compliquant l'établissement de l'origine illicite desdites valeurs patrimoniales.[189] Sont ainsi principalement visés les comportements destinés à conférer une apparence licite auxdites valeurs, dans le but de les réintroduire dans l'économie légale et d'éviter leur confiscation par les autorités.[190] Sont notamment considérés comme des actes visant à entraver la confiscation: (i) la dissimulation physique active,[191] (ii) la consommation des valeurs mais non leur destruction,[192] (iii) les opérations de change d'espèces, en particulier dans une autre monnaie,[193] (iv) les transactions qui vont au-delà d'une simple conversion d'espèces en monnaie scripturale ou d'un simple versement bancaire, soit notamment le versement d'argent sur un compte dont le titulaire ne correspond pas à l'ayant droit économique effectif,[194] (v) le retrait en espèces qui rompt le "*paper trail*",[195] (vi) les placements ou les 83

186. ATF 146 IV 338, consid. 4.4.1; ATF 142 IV 175, consid. 5.4.1–5.4.2.
187. Cf. KV KO II-Hutzler, art. 9 N. 51; CR-Villard, art. 9 LBA N. 50; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 11.
188. Cf. ATF 149 IV 248, consid. 6.3; ATF 144 IV 172, consid. 7.2.2.
189. Cf. Niggli/Riedo/Fiolka/Muskens, N. 1987 ss.
190. Cf. ATF 119 IV 242 consid. 1.e; Hohl-Chirazi, N. 2377.
191. ATF 127 IV 20, consid. 3.a.
192. ATF 149 IV 248, consid. 6.4.2.
193. ATF 122 IV 211, consid. 2.c.
194. ATF 119 IV 242, consid. 1.d-1.e.
195. Arrêt du TF 6B_295/2022 du 15.9.2022, consid. 1.4; cf. aussi ATF 142 IV 333, consid. 5.1.

dessaisissements de compte à compte à l'étranger dans la mesure où la transaction est effectivement susceptible d'entraver la confiscation à l'étranger[196] et (vii) l'achat ou la vente d'un bien immobilier.[197] Par contre, ni l'investissement des valeurs patrimoniales concernées dans des biens d'usage[198] ni le simple versement sur un compte bancaire personnel, ouvert au lieu du domicile et qui sert aux paiements privés habituels,[199] ne constituent en tant que tels des actes d'entrave. Il en va de même de la simple possession ou conservation des valeurs patrimoniales contaminées.[200] S'agissant des virements bancaires, nationaux et internationaux, il convient de préciser qu'un simple allongement du "*paper trail*" ne constitue généralement pas un acte de blanchiment d'argent, tant qu'il n'y a pas d'autres actes de dissimulation et que les valeurs patrimoniales sont encore confiscables.[201] En raison de son caractère accessoire, l'infraction de blanchiment d'argent exige, outre la preuve de l'acte d'entrave, la preuve de **l'infraction préalable** ainsi que de la provenance des valeurs patrimoniales de l'infraction préalable.[202]

84 L'art. 9 al. 1 let. a ch. 1 LBA n'a qu'une **portée limitée** en ce qui concerne le blanchiment d'argent au vu du ch. 2, qui englobe toutes les valeurs patrimoniales provenant d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié susceptibles d'être blanchies. Le ch. 1 s'applique donc, en définitive, aux valeurs patrimoniales qui ne proviennent pas d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, mais qui ont quand même un rapport avec le blanchiment d'argent. C'est principalement le cas de la contre-prestation que l'auteur d'un blanchiment d'argent simple, c'est-à-dire non qualifié au sens de l'art. 305$^{bis}$ al. 2 CP, perçoit pour ses actes, dans la mesure où elle ne provient pas de l'infraction préalable.[203]

85 Le **chiffre 2** de l'art. 9 al. 1 let. a LBA est **le plus courant** en pratique. Il vise l'hypothèse où les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305$^{bis}$ ch. 1$^{bis}$ CP. Ceci exclut les délits au sens de l'art. 10 al. 3 CP (à l'exception du délit fiscal

196. ATF 144 IV 172, consid. 7.2.2.
197. Jugement de la CAP-TPF SK.2016.34 du 21.1.2019, consid. 3.2.2.
198. ATF 144 IV 172, consid. 7.2.2
199. ATF 124 IV 274 consid. 4.
200. ATF 127 IV 20, consid. 3.a.
201. ATF 144 IV 172, consid. 7.2.2.
202. ATF 145 IV 335, consid. 3.1.
203. KV KO II-Hutzler, art. 9 N. 52 ss; BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 68 ss.

qualifié), de même que les contraventions au sens de l'art. 103 CP. Sur le fond, les valeurs sujettes à la communication correspondent à celles pouvant être objet de blanchiment d'argent au sens de l'art. 305$^{bis}$ CP.

S'agissant de la notion de **provenance**, le Tribunal fédéral a jugé, certes en lien avec les art. 305$^{bis}$ et 70 CP, mais de manière transposable à l'art. 9 al. 1 let. a ch. 2 LBA, que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime lorsque le rapport de causalité avec ce dernier est naturel et adéquat.[204] Il convient d'apporter deux précisions à ce sujet. 86

Premièrement, "provenir" ne signifie évidemment pas "être destiné". Le rapport de causalité doit donc aller **dans un sens spécifique**. En effet, si les valeurs patrimoniales ont été légalement acquises,[205] elles ne sont pas soumises à l'obligation de communiquer du seul fait qu'elles sont destinées à être ultérieurement utilisées à des fins criminelles,[206] sous réserve des autres hypothèses de l'art. 9 LBA. De même, comme il a été récemment précisé par le MROS dans ses typologies négatives, lorsque le client de l'intermédiaire financier est victime d'activités frauduleuses entraînant des transferts aux fraudeurs, aucune obligation de communiquer n'est déclenchée car les valeurs patrimoniales sont licites et ne deviennent contaminées, d'un point de vue pénal, qu'après leur transfert du compte de la victime vers celui des auteurs de l'infraction considérée.[207] L'absence de provenance criminelle vaut également en cas de pertes sur fonds propres de l'intermédiaire financier, par exemple à 87

204. ATF 151 II 381, consid. 8.1.1; cf. plus détaillé: ATF 144 IV 285, consid. 2.2 et réf. citées.

205. Cf. à ce sujet MROS, Rapport 2009, p. 84, qui précise que les "caisses noires" sont soumises à l'obligation de communiquer du fait que les valeurs impliquées proviennent de la gestion déloyale; cf. ég. OFK Finanzmarktstrafrecht-Fingerhuth, art. 37 LBA N. 35.

206. Arrêt du TF 6B_1120/2015 du 29.9.2016, consid. 1.3.2 ("*Am Tatwerkzeug (instrumentum sceleris) ist Geldwäscherei nicht möglich, zumal dieses nicht aus einem Verbrechen herrührt*."); MROS, Typologies négatives, 2025, typologie 6 ("*Le simple fait de présumer que certains fonds pourraient être utilisés à l'avenir pour exercer une influence indue ne suffit pas à lui seul pour remplir les conditions légales requises pour une communication de soupçons au sens de l'art. 9, al. 1, LBA. Tant que les valeurs patrimoniales concernées proviennent d'une source légale (par ex. une activité comerciale* [sic] *ordinaire) et que l'on ne fait que présumer qu'elles pourraient être utilisées pour commettre une infraction, on ne peut parler d'origine délictueuse au sens de la LBA*."); MROS, Rapport 2008, p. 90; BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 116 ss; KV KO II-Hutzler, art. 9 N. 60; mais cf. aussi la proposition (difficile à concilier avec le libellé de la disposition) de CR-Villard, art. 9 LBA N. 60 s.

207. Cf. MROS, Typologies négatives, 2025, typologie 5.

cause de cyberattaques ou paiements frauduleux, ces valeurs n'ayant par ailleurs jamais été impliquées dans une relation d'affaires.[208]

88 Deuxièmement, un **lien de causalité suffisant** existe sans aucun doute pour les produits directs de l'infraction principale (*producta sceleris*), ainsi que pour la récompense touchée par l'auteur pour la commission de son infraction (*pretium sceleris*; cf. art. 70 al. 1 CP).[209] En outre, il n'est pas nécessaire, selon la jurisprudence relative aux art. 305$^{bis}$ et 70 CP, que les valeurs patrimoniales résultent de manière directe et immédiate de l'infraction, à l'image des valeurs patrimoniales issues d'un contrat dont la conclusion a été favorisée par des actes de corruption.[210] La notion de provenance visée à l'art. 9 LBA, interprétée de manière téléologique, est susceptible d'être plus large encore. En effet, le Tribunal administratif fédéral a retenu que l'art. 9 LBA repose sur un objectif plus large que l'art. 305$^{bis}$ CP, notamment en lien avec la prévention et la réputation de la place financière suisse[211] et que, partant, l'obligation de communiquer doit être interprétée de sorte à couvrir le plus grand nombre possible de valeurs patrimoniales pour lesquelles il existe des soupçons fondés de provenance criminelle.[212] En outre, le Tribunal administratif fédéral souligne que, dans la pratique, l'intermédiaire financier est souvent dans l'impossibilité d'analyser de manière détaillée de quelle infraction proviennent les valeurs patrimoniales et si elle constitue une infraction préalable au blanchiment d'argent.[213] En effet, étant donné que des soupçons fondés sont suffisants sous l'angle de l'art. 9 LBA, l'intermédiaire financier n'est pas tenu d'établir la

208. Cf. MROS, Typologies négatives, 2025, typologie 6, qui nie l'applicabilité de l'art. 9 LBA, car il n'y a pas d'infraction préalable, ce qui est réducteur, car l'escroquerie (art. 146 CP) peut tout à fait constituer une infraction préalable au blanchiment, de sorte qu'un autre intermédiaire financier auquel les valeurs patrimoniales sont transférées peut être soumis à une obligation d'annoncer.

209. Arrêt du TF 6B_565/2022 du 11.9.2024, consid. 1.4.2; cf. ég. CR-Cassani/Villard, art. 305$^{bis}$ CP N. 26.

210. ATF 147 IV 479, consid. 6.3.2; ATF 144 IV 285, consid. 2.8.3; ATF 137 IV 79, consid. 3.2 ("[P]*er essere considerati prodotto di reato, i valori patrimoniali ottenuti da un negozio giuridico conseguito mediante la corruzione devono stare in un rapporto causale naturale ed adeguato con il reato, senza che siano necessariamente la conseguenza diretta ed immediata dello stesso.*").

211. Cf. sur l'objet de l'art. 9 LBA *supra* N. 5.

212. Arrêt du TAF B-6815/2013 du 10.6.2014, consid. 4.7.4; *contra*: ordonnance de la CAP-TPF SK. 2023.3 du 29.4.2024, consid. 3.3 (annulée sur recours).

213. Arrêt du TAF B-6815/2013 du 10.6.2014, consid. 4.7.4.

provenance avec certitude.[214] Toutefois, le soupçon doit concerner un lien aussi concret que possible avec une infraction préalable (au sens non-technique), une communication ne pouvant pas se fonder sur des simples facteurs de risque ou le fait que les clients seraient suspects.[215]

89 L'obligation de communiquer prévue par l'art. 9 al. 1 let. a ch. 2 LBA concerne les valeurs patrimoniales qui proviennent d'un **crime**, c'est-à-dire d'une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 10 al. 2 CP). Dans un contexte international, ce qui n'est pas rare en matière de blanchiment d'argent, la notion de crime est toujours celle du droit suisse,[216] bien qu'il faille que l'acte soit aussi punissable au regard du droit du lieu de commission (cf. art. 305$^{bis}$ ch. 3 CP). Étant donné qu'il sera souvent difficile pour l'intermédiaire financier d'identifier le crime spécifique ou de faire la distinction juridique entre un crime et un délit,[217] la condition du "crime" découlant de l'art. 9 al. 1 let. a ch. 2 LBA ne doit pas être appréciée trop strictement, d'autant plus que l'obligation de communiquer ne suppose pas une certitude, mais des soupçons fondés.[218] Aux termes d'un jugement récent du Tribunal pénal fédéral, "*il n'est pas nécessaire que l'intermédiaire financier sache exactement de quel type de crime proviennent les valeurs patrimoniales, ni que les soupçons fondés soient liés à un crime concret* [...]. *Dans ce cadre, la connaissance ou la présomption d'une grave infraction préalable suffit à déclencher l'obligation de communiquer*".[219] En cas de doute quant à la qualification juridique de l'infraction préalable ou quant à son aptitude à générer des valeurs patrimoniales confiscables,[220] il faut donc procéder à une communication.[221] Il n'est possible de s'en dispenser que s'il est établi avec certitude qu'il n'y a pas d'infraction préalable[222] ou qu'il ne s'agit

214. Cf. TF 6B_503/2015 du 24.5.2016, consid. 2.7 (non publié aux ATF 142 IV 276; "*Le recourant fait valoir qu'aucun crime ou infraction de blanchiment n'a pu être établie. Ce grief n'est pas pertinent, dans la mesure où la violation de l'obligation de communiquer ne suppose pas que les fonds aient eu une origine criminelle*.").
215. MROS, Typologies négatives, 2025, typologies 3 et 4, qui mentionnent également que l'usage de cryptoactifs ou de services y relatives n'est pas en soi suspect.
216. Jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.2.5.3; cf. aussi ATF 136 IV 179, consid. 2.3.6.
217. Cf. arrêt du TAF B-6815/2013 du 10.6.2014, consid. 4.7.4.
218. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 66; KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 57; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 13; OFK Finanzmarktstrafrecht-Fingerhuth, art. 37 LBA N. 35.
219. Cf. jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2024, consid. 3.2.1.1 (non définitif).
220. Cf. arrêt du TAF B-6815/2013 du 10.6.2014, consid. 4.7.4, concernant les infractions dans la faillite.

respectivement pas d'un crime ou (dans un sens non-technique) d'une "infraction grave". Il en va notamment ainsi en présence d'une simple contravention (art. 103 CP). L'approche prudente évoquée ci-dessus est, au demeurant, cohérente avec l'art. 20 al. 2 OBA applicable aux négociants (cf. *infra* chapitre IV), qui prévoit que la communication au MROS doit également intervenir lorsque le négociant ne peut pas rattacher les moyens de paiement au comptant à une infraction spécifique.[223]

90 Outre les crimes, les **délits fiscaux qualifiés** au sens de l'art. 305$^{bis}$ ch. 1$^{bis}$ CP peuvent également déclencher l'obligation de communiquer. La définition légale prévue par cette disposition repose sur deux conditions cumulatives, qui soulèvent des difficultés pratiques indéniables.

91 Premièrement, la définition légale vise les délits d'usage de faux au sens de l'art. 186 LIFD et de **fraude fiscale** au sens de l'art. 59 al. 1 LHID dans le contexte des impôts sur les revenus et la fortune, le bénéfice et le capital, ainsi que les gains immobiliers. Or, il est le plus souvent impossible pour l'intermédiaire financier de détecter l'usage de titres faux, élément constitutif de ces deux infractions fiscales, car il n'a régulièrement pas accès aux documents fiscaux. Au vu de l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA, la question centrale est donc souvent de savoir s'il existe des indices obligeant l'intermédiaire financier à procéder aux clarifications supplémentaires; tel est le cas, notamment, si l'usage d'un faux est caractéristique ou nécessaire pour la fraude fiscale concernée.[224] Si les soupçons ne peuvent pas être dissipés, l'obligation de communiquer entre en ligne de compte.[225] S'agissant des délits fiscaux commis à l'étranger, la qualification pertinente est celle du droit suisse, comme susmentionné pour le crime. Encore faut-il cependant que l'acte soit punissable au regard du droit (étranger) du lieu de commission.[226] À cet égard,

221. Ainsi, la question de savoir si l'on peut réellement attendre des intermédiaires financiers qu'ils soient capables de faire la distinction entre les délits et les crimes peut rester ouverte (mais cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 57).

222. À cet égard, le MROS a par exemple récemment signalé qu'il reçoit régulièrement des communications en lien avec les art. 154 s LIMF qui concernent des actions cotées à l'étranger ou des gains faibles, bien que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux actions cotées en Suisse et si le gain illicite dépasse 1 million francs (MROS, Typologies négatives, 2025, p. 11).

223. Cf. ég. BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 54.

224. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 71 selon qui, en cas de soustraction de l'impôt sur le bénéfice, il faut généralement falsifier le bilan, tandis que la simple dissimulation d'un compte par un particulier ne nécessite aucun faux.

le Message préconise une interprétation large, en admettant que la punissabilité de la soustraction "simple" à l'étranger est déjà suffisante.[227]

Deuxièmement, l'art. 305$^{bis}$ ch. 1$^{bis}$ CP présuppose que les impôts soustraits se montent à **plus de 300 000 francs** par période fiscale. L'application pratique de ce seuil est quelque peu facilitée par l'art. 21 OBA-FINMA, en vertu duquel les intermédiaires financiers peuvent appliquer le taux d'imposition maximal du pays du domicile fiscal du client pour déterminer si les impôts soustraits ont atteint 300 000 francs.[228] 92

Enfin, il convient d'apporter encore une précision sur la notion de **provenance en lien avec les infractions fiscales**: le problème principal ici tient au fait que la fraude fiscale ne génère, en règle générale, pas directement des valeurs patrimoniales, mais une économie d'impôts, c'est-à-dire une absence de dépenses.[229] De telles valeurs ne sont **en soi pas localisables** dans le patrimoine de l'auteur.[230] Le Tribunal fédéral reconnaît néanmoins que de telles économies, réalisées grâce à une infraction fiscale, peuvent être confisquées et partant être objet de blanchiment d'argent en cas d'entrave potentielle à leur confiscation.[231] La doctrine a donc cherché un critère permettant malgré tout de les localiser, par une sorte de fiction. L'une des voies envisagées, mais assez largement rejetée, serait de considérer que 93

225. Cf. Message GAFI, FF 2014 585, p. 649 ("[Le Conseil fédéral] *rappelle toutefois que l'intermédiaire financier ne doit pas prouver l'infraction préalable fiscale, ni calculer au centime près le montant d'impôt soustrait. Il doit uniquement disposer d'indices suffisants justifiant une communication de soupçons*.").
226. Cf. art. 305$^{bis}$ ch. 3 CP.
227. Message GAFI, FF 2014 585, p. 650 ("*Afin que la disposition ne reste pas lettre morte lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, la condition de la double incrimination ne doit pas être interprétée de manière trop stricte. [...] Dans une grande majorité de pays, la soustraction d'impôt est déjà punissable – et également constitutive d'une infraction préalable au blanchiment d'argent –, indépendamment de la manière dont elle a été commise, c'est-à-dire indépendamment de l'usage de titres faux ou de tous autres agissements frauduleux. Souvent, l'usage de titre faux n'est qu'un indice parmi d'autres déclenchant l'obligation de communiquer, mais pas un élément constitutif de l'infraction en tant que tel. Lorsque la soustraction 'simple' est déjà punissable à l'étranger, la condition de la double incrimination doit être considérée comme remplie*.").
228. Cf. arrêt du TF 4A_263/2019 du 2.12.2019, consid. 5.3.1.
229. Cf. arrêt de la CP-TPF BB.2017.129 etc. du 27.12.2017, consid. 10.2 et 10.3; Message GAFI, FF 2014 585, p. 606.
230. Cf. BSK-Baumann, art. 70/71 CP N. 75a; Schauwecker, p. 123.
231. ATF 137 IV 145, consid. 6.3; ATF 120 IV 365, consid. 1/d.

l'ensemble du patrimoine du contribuable est contaminé.[232] D'autres solutions plus mesurées sont également proposées:[233] (i) la contamination limitée aux valeurs non déclarées[234] ou à celles qui servent généralement au paiement des impôts[235]; (ii) la contamination des valeurs non déclarées, proportionnellement à l'économie d'impôts indue réalisée;[236] (iii) la contamination des valeurs non déclarées à hauteur de l'économie d'impôts, en retenant que ce montant est soit le premier (théorie dite du "film d'huile"[237]), soit le dernier (théorie dite des "sédiments"[238]) à être atteint par d'éventuels actes de disposition. À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de clarifier le point de savoir comment il faut, concrètement, localiser les valeurs contaminées dans le patrimoine d'une personne en cas de délit fiscal qualifié. Il existe donc en l'état une **incertitude** d'autant plus regrettable que des sanctions pénales peuvent s'attacher à des actes de disposition portant sur de telles valeurs. Certes, dans le contexte plus général du mélange de valeurs illicites avec des valeurs licites, typiquement sur un compte bancaire, le Tribunal fédéral s'est récemment prononcé en faveur de la variante dite de la sédimentation ou du plancher, tout en réservant le cas où le *modus operandi* correspond à des actes typiques de blanchiment d'argent.[239] Rien n'indique cependant à ce stade que les considérants de cet arrêt

232. Décision de la CP-TPF BB.2017.129 etc. du 27.12.2017, consid. 10.3 (publiée aux TPF 2017 160), et les réf. citées; cf. aussi arrêt du TF 6B_285/2018 du 17.5.2019, consid. 1.4.2; Message GAFI, FF 2014 585, p. 606; voir pourtant Schauwecker, p. 123 s.
233. Cf. pour une analyse détaillée: Delnon/Hubacher, ZStR 3/2016, p. 326, *passim*; Lutz/Kern, SJZ 113/2017 p. 97, 99 ss; cf. ég. Cassani/Villard, Droit pénal économique, N. 6.46 ss; BSK-Baumann, art. 70/71 CP N. 75a.
234. CR-Villard, art. 9 LBA N. 72.
235. Mauron, AJP 2018 p. 1364, 1374; Cassani, ZStR 2018 p. 179, 193.
236. Suter/Remund, ASA 82/2014 p. 589, 608 ("[W] *ird ein Einkommen nicht deklariert und fliess es auf ein*"); Suter/Remund/Lumengo Paka, GesKR 2019 522, p. 532 ss qui différencient à juste titre selon le type d'impôt en question (p.ex.: "*Wird die Dividende auf ein Konto des Aktionärs überwiesen, gilt ein der unrechtmässigen Steuereinsparung entsprechender Anteil der auf dem Konto befindlichen Vermögenswerte als kontaminiert*.").
237. Egger Tanner, p. 110.
238. Lutz/Kern, SJZ 113/2017 p. 97, 99 ss; Delnon/Hubacher, ZStR 3/2016, p. 326, 348, qui apportent une correction à la solution pour le cas où l'auteur du délit dispose volontairement des valeurs provenant de l'infraction; si son action vise à poursuivre l'opération de blanchiment d'argent, les valeurs utilisées à cette fin doivent être considérées comme contaminées.
239. ATF 147 IV 479, consid. 7.5.3 ("*Bodensatz-/Sockeltheorie*"); arrêt du TF 7B_65/2023 du 5.12.2025, consid. 9.3.2.2 (destiné à publication).

soient transposables *mutatis mutandis* au blanchiment d'un délit fiscal qualifié.

Le **chiffre 3** de l'art. 9 al. 1 let. a LBA vise les valeurs patrimoniales qui sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste. Aucune infraction préalable n'est nécessaire, aussi longtemps que les valeurs patrimoniales sont soumises au pouvoir de disposition d'une telle organisation. 94

S'agissant de la notion d'**organisation criminelle ou terroriste**, celle-ci a déjà été discutée sous l'angle du chiffre 1, auquel il est renvoyé (cf. *supra* N. 82). 95

Encore faut-il que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires soient soumises au **pouvoir de disposition** de l'organisation criminelle ou terroriste. Cette notion figure également à l'art. 72 CP sur la confiscation et peut être interprétée de manière analogue. Ainsi, il ne faut pas se fonder sur une approche juridique formelle. Est déterminante, en premier lieu, la conception économique de la qualité d'ayant droit, qui inclut le pouvoir effectif de disposer des valeurs patrimoniales. Cela se justifie avant tout au vu des méthodes typiquement utilisées par le crime organisé pour gérer ses biens, soit le recours à des entreprises fictives ou des hommes de paille, mais aussi à des tiers de bonne foi.[240] Par ailleurs, la notion de pouvoir de disposition s'apparente notamment à celle de "maîtrise",[241] qui joue un rôle essentiel dans les infractions contre la propriété et qui consiste, selon la jurisprudence, en la possibilité et la volonté de posséder les valeurs patrimoniales ("*in der tatsächlichen Sachherrschaft, verbunden mit dem Willen, sie auszuüben*").[242] Par conséquent, l'organisation criminelle exerce sans autre un pouvoir de disposition lorsqu'il s'agit d'une relation d'affaires qui relève d'elle ou lorsque les membres de l'organisation peuvent disposer, dans le cadre de leur appartenance à cette dernière (voire sur ordre de celle-ci), des avoirs déposés auprès d'un intermédiaire financier.[243] Dans ce contexte, il convient de mentionner la deuxième phrase de l'art. 72 CP qui contient une 96

240. Message CP, FF 1993 III 269, p. 309.
241. Message CP, FF 1993 III 269, p. 309.
242. ATF 115 IV 104, consid. 1/c/aa.
243. Cf. SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 55, qui renonce à la précision selon laquelle il faut quand même un lien entre les valeurs patrimoniales et le pouvoir de disposition du membre de l'organisation criminelle.

présomption réfragable, selon laquelle les valeurs patrimoniales appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle ou terroriste sont présumées soumises au pouvoir de disposition de l'organisation. Bien que cette disposition ne soit pas directement applicable dans le contexte de la LBA, la définition légale des soupçons fondés selon l'art. 9 al. 1quater LBA s'en rapproche beaucoup car l'intermédiaire financier est, en principe, tenu d'effectuer des clarifications supplémentaires dès qu'il a un doute sur l'appartenance d'une personne à une telle organisation; ce n'est que s'il arrive à dissiper l'ensemble de ses soupçons en lien avec les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires qu'il peut renoncer à la communication.[244] La question de savoir si une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition lorsque ses membres ne sont que les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales dépend de sa possibilité et de sa volonté effectives d'exercer la maîtrise.[245] Toutefois, même si le pouvoir de disposition de l'organisation fait défaut, l'art. 9 al. 1 let. a ch. 1 LBA est toujours susceptible d'entrer en ligne de compte. Cette disposition présuppose en effet simplement un rapport entre les valeurs patrimoniales et l'infraction de participation ou soutien à une organisation criminelle ou terroriste (cf. *supra* N. 80 ss).

97 Le **chiffre 4** de l'art. 9 al. 1 let. a LBA vise les valeurs patrimoniales qui servent au financement du terrorisme. Cette disposition a été introduite dans le cadre de l'extension de la LBA à la lutte contre le financement du terrorisme, notamment sur recommandations du GAFI. Alors que le blanchiment d'argent consiste à réinjecter dans le circuit économique légal des capitaux illégalement acquis, en matière de financement du terrorisme, ce sont des fonds légaux qui sont en principe utilisés à des fins criminelles.[246] Ces fonds légaux sont l'objet du soupçon selon le chiffre 4. Dans la systématique de l'art. 9 al. 1 let. a LBA, ce chiffre englobe ainsi en premier lieu des fonds qui ne proviennent pas d'une infraction (hypothèse couverte par le ch. 2; cf. *supra* N. 85) et qui ne sont pas soumis au pouvoir de disposition d'une organisation terroriste (hypothèse couverte par le ch. 3; cf. *supra* N. 94 ss).[247] Le champ d'application du ch. 4 semble dès lors ténu, étant donné que la contre-prestation pour le soutien d'une organisation terroriste est réputée provenir

244. Cf. même avant l'introduction de l'art. 9 al. 1quater LBA: BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 73.
245. Cf. SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 55 qui laisse la question ouverte.
246. Message GAFI, FF 2007 5919, p. 5933 et 5947.

d'un crime et que la notion de pouvoir de disposition est interprétée largement.[248]

Dans la pratique, il sera le plus souvent difficile pour l'intermédiaire financier de reconnaître les indices du **financement du terrorisme**. À l'instar de l'art. 260$^{quinquies}$ CP, auquel l'art. 9 LBA fait explicitement référence, le terrorisme consiste en un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, sauf si le premier acte vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un État de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'Homme ou la sauvegarde de ceux-ci.[249] La notion de financement, quant à elle, doit être interprétée de manière large; il suffit que des fonds soient mis à disposition d'une personne en lien avec le terrorisme ou, là aussi à l'instar de l'art. 260$^{quinquies}$ al. 1 CP, qu'ils soient simplement réunis en vue d'une future utilisation à ces fins. 98

### c. Seuil de soupçon et élément déclencheur: Savoir ou soupçons fondés

L'obligation de communiquer de l'art. 9 al. 1 let. a LBA est déclenchée si l'intermédiaire financier **sait ou présume, sur la base de soupçons fondés,** que les valeurs patrimoniales sont liées à l'une ou l'autre des infractions figurant dans les chiffres 1 à 4 susmentionnés. 99

Le terme "**savoir**" signifie que l'intermédiaire financier n'a aucun doute sur l'existence de ce lien.[250] Dans la doctrine, il est souvent décrit comme le degré de soupçon le plus élevé.[251] La portée pratique de ce seuil de soupçon est toutefois limitée, dès lors qu'il est rare qu'un intermédiaire financier ait connaissance avec certitude de l'existence d'un lien entre les valeurs patrimoniales et une infraction pénale.[252] La doctrine évoque l'hypothèse, 100

247. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 51; SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 57; Message GAFI, FF 2007 5919, p. 5947 ("*Mais il se peut que le financement du terrorisme soit effectué non pas seulement en faveur d'organisations terroristes mais aussi d'individus, d'où l'importance de mentionner explicitement, à l'art. 9, al. 1, LBA, la disposition sur le financement du terrorisme*.").
248. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 50.
249. Sur la délimitation entre terroristes présumés et résistants "légitimes" ou parties à la guerre civile: ATF 142 IV 175, consid. 4.7; ATF 131 II 235, consid. 2.12 et 3.3.
250. Jugement de la CAP-TPF SK.2020.39 du 31.5.2021, consid. 2.5.1.
251. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 31; SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 24.

relativement théorique, dans laquelle le motif de la communication serait révélé à l'intermédiaire financier par le cocontractant ou ressortirait d'une décision judiciaire.[253] Encore faut-il cependant, dans ces cas de figure, que la source soit crédible pour qu'on puisse parler de "savoir" chez l'intermédiaire financier.[254] Le terme "savoir" dans le contexte de l'art. 9 LBA ne correspond par ailleurs pas à l'élément intentionnel de l'art. 305$^{bis}$ CP, car l'intention – en relation à du blanchiment d'argent – ne joue en principe aucun rôle dans le cadre de l'art. 9 LBA.[255]

10 Le seuil le plus souvent déterminant en pratique est donc celui de la
1 présomption sur la base de **soupçons fondés**. Cette notion est codifiée depuis janvier 2023 à l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA[256], selon lequel il y a des soupçons fondés lorsque l'intermédiaire financier "*dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'al. 1, let. a, pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires et que les clarifications supplémentaires effectuées en vertu de l'art. 6 ne permettent pas de dissiper les soupçons*". Cette définition légale, calquée sur la jurisprudence récente du Tribunal fédéral[257] et la définition prévue par l'OBA pour les négociants[258], a été adoptée par le Parlement

252. SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 24; KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 31; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 9.
253. Reinle, N. 374; cf. SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 24.
254. SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 24; cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 31.
255. Arrêt de la CA-TPF CA.2021.14 du 10.2.2022, consid. 2.2.2.3; Jugement de la CAP-TPF SK. 2020.39 du 31.5.2021, consid. 2.5.1.
256. Cette disposition sera reportée à l'art. 9 al. 1$^{quinquies}$ LBA dans le cadre de la révision décidée en 2025.
257. ATF 147 IV 274 consid. 2.1.3 ("*Il faut comprendre de cette jurisprudence que si, après un examen concret de la relation d'affaire, le soupçon ne peut être dissipé au cours des clarifications menées au sens de l'art. 6 al. 2 LBA* [...]*, il ne s'avère donc pas infondé et doit être communiqué au MROS*".), cf. aussi consid. 2.3.2 ("*Il n'est pas contesté que la jurisprudence a procédé à une interprétation évolutive du texte de l'art. 9 LBA* [...]*. Cela étant,* [...] *le Message de 1996 exprimait déjà l'idée que les soupçons qui n'étaient pas dissipés à l'issue de la procédure de clarification devaient être communiqués. En outre* [...] *cette approche s'inscrit dans la logique de la LBA au regard notamment des clarifications au sens de l'art. 6 LBA* [...] *et correspond au but de la loi qui vise à permettre la découverte et la confiscation des valeurs concernées*".); mais cf. aussi plus tard, arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5 décembre 2023 consid. 4.2.2 ("*Un simple soupçon non dissipé après les opérations de clarification prévues à l'art. 6 LBA doit être assimilé à un soupçon fondé aux termes de l'art. 9* [...] *LBA*".); cf. ég. arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.4.3 (non définitif).
258. Cf. art. 20 al. 1 OBA.

fédéral peu avant le vote final sur la révision totale de la LBA en 2021.[259] Il découle ainsi de l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA que l'intermédiaire financier, dès l'instant où il nourrit des soupçons, doit poursuivre ses investigations jusqu'à ce qu'il sache ce qu'il en est. Soit la transaction qui paraissait suspecte est régulière, soit ses doutes ne sont pas intégralement dissipés, de sorte que ses soupçons sont réputés fondés et il y a lieu de les communiquer au MROS.[260] D'un point de vue dogmatique, ce processus peut être séparé en deux étapes, à savoir le soupçon initial et les clarifications supplémentaires.

Dans la première étape qui mène vers le seuil déclencheur de l'obligation de communiquer, l'intermédiaire financier doit **disposer d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer** que les critères définis à l'al. 1 let. a pourraient être remplis (art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA, première partie de la phrase). Il n'est pas aisé de déterminer ce que le législateur, et avant lui la jurisprudence et le Conseil fédéral, entendaient par la référence à "*un signe concret*" ou "*plusieurs indices*". Cette formulation exprime avant tout l'idée que le soupçon dépend tant de la qualité que de la quantité des éléments qui le fondent.[261] Ainsi, les circonstances qui peuvent être à l'origine d'un soupçon sont multiples et peuvent provenir de sources très diverses, internes ou externes à l'intermédiaire financier, comme les médias ou les informations des autorités de poursuite pénale.[262] Il est toutefois nécessaire que ces circonstances atteignent un certain seuil minimal de soupçon. En effet, depuis l'adoption de la LBA, la jurisprudence constante souligne qu'il n'appartient, en principe, pas à l'intermédiaire financier de rechercher systématiquement, lors de chaque transaction, un éventuel comportement délictueux, tout en précisant que l'intermédiaire financier est tenu d'agir avec la vigilance requise par les circonstances.[263] Ce seuil minimal correspond en principe à celui prévu par

10 2

259. Cf. BO 2021 CN 20 s; BO 2021 CE 175 s; cf. aussi MROS, Rapport annuel 2021, p. 38.
260. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023 consid. 4.2.2; arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.2.1 (non définitif); déjà Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1083.
261. Cela vaut d'autant plus au regard de la deuxième partie de la définition légale, selon laquelle tout soupçon subsistant après les clarifications supplémentaires déclenche l'obligation de communiquer.
262. Cf. arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023 consid. 4.2.2; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 10; cf. aussi MROS, Rapport annuel 2024, p. 19; MROS, Typologies négatives, 2025, typologie 3, qui précise qu'en principe, une ordonnance de production ou de saisie ou un article de presse n'est pas en soi une base suffisante pour faire une communication, l'intermédiaire financier étant obligé de d'abord procéder à des clarifications.
263. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023 consid. 4.2.2; Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1086.

l'art. 6 LBA, notamment son al. 2, puisque la deuxième partie de la définition légale désormais ancrée à l'art. 9 al. 1quater LBA renvoie expressément aux clarifications supplémentaires au sens de cet article. Ceci semble également cohérent d'un point de vue systématique et téléologique, l'obligation de communiquer servant de charnière entre les obligations de diligence, dont fait partie l'art. 6 LBA, et les mesures prises par les autorités de poursuite pénale.[264] Il reste à mentionner que l'existence de signes ou d'indices de blanchiment d'argent doit être considérée *ex ante*, soit en se replaçant au moment où les faits se sont produits, ce qui est surtout pertinent en lien avec la responsabilité pénale encourue aux termes de l'art. 37 LBA en cas de violation de l'obligation de communiquer.[265]

10 3 Par référence à la doctrine, la jurisprudence mentionne, comme **exemples d'indices de blanchiment**, l'urgence d'une transaction financière, l'impossibilité de contacter le client, le refus de ce dernier de fournir les informations nécessaires pour la clarification de l'arrière-plan économique de la transaction ou de la relation d'affaires ou l'évocation par les médias de l'ouverture d'une procédure pénale concernant un crime contre le client ou l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires.[266] À teneur de la jurisprudence, il convient également de s'inspirer de la liste d'indices de blanchiment d'argent en annexe de l'OBA-FINMA.[267] Certes, celle-ci mentionne expressément que, pris séparément, ces indices ne permettent en règle générale pas de fonder un soupçon suffisant de l'existence d'une opération de blanchiment d'argent et que c'est plutôt le cumul de plusieurs de ces éléments qui peut en indiquer la présence.[268] Néanmoins, il est parfaitement possible, au regard de la systématique légale, sinon du libellé de l'art. 9 al. 1quater LBA, que la présence d'**un seul indice de**

264. Cf. *supra* N. 4; jugement de la CA-TPF CA.2019.7 du 28.5.2020, consid. II.1.1.4.3 ("*L'obligation de communiquer, dont est investie l'intermédiaire financier par l'art. 9 al. 1 LBA* [...], *s'inscrit notamment dans le cadre de ses obligations de diligence particulière déterminées à l'art. 6 LBA*").

265. Cf. *infra* N. 113; arrêt du TF 6B_503/2015 du 24.5.2016, consid. 2.6.1. et 2.7 (non publiés aux ATF 142 IV 276).

266. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023 consid. 4.2.2; arrêt de la CA-TPF CA.2021.14 du 10.2.2022, consid. 2.2.2.3; les deux avec référence à CR-Villard, art. 9 LBA N. 28.

267. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023 consid. 4.2.2; arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.2.2 (non définitif); arrêt de la CA-TPF CA.2021.14 du 10.2.2022, consid. 2.2.2.3.

268. Ch. 1.1–1.2 Annexe OBA-FINMA.

**blanchiment** – s'il ne peut être dissipé par les clarifications supplémentaires – suffise pour déclencher l'obligation de communiquer.[269] Selon les indices généraux contenus dans l'annexe à l'OBA-FINMA, les transactions présentent un risque particulier de blanchiment lorsqu'elles n'ont pas de but économique non reconnaissable ou un but économique absurde, lorsqu'elles impliquent un retrait rapide de valeurs patrimoniales sans justification plausible, ou lorsqu'elles sont incompatibles avec les informations connues de l'intermédiaire financier sur le client ou la relation d'affaires.[270] Est également suspect tout client fournissant des renseignements faux ou fallacieux, ou refusant, sans motif valable, de transmettre les informations requises par l'intermédiaire financier.[271] En outre, des virements réguliers en provenance ou à destination de pays à haut risque, ou proches de zones d'opérations terroristes, peuvent constituer des indices de blanchiment.[272] Outre ces indices généraux, l'Annexe à l'OBA-FINMA contient aussi des indices particuliers pour des opérations spécifiques, telles que les opérations de caisse, de compte ou de dépôt, ainsi que les opérations fiduciaires.[273] Enfin, il y a des indices que l'Annexe considère comme qualifiés. Ils concernent principalement des comportements du client révélant une intention manifeste de dissimulation ou de manipulation des opérations financières, comme par exemple le souhait d'un client de clôturer un compte pour en ouvrir de nouveaux sans laisser de trace documentaire, la demande de quittances fictives ou le fait de vouloir effectuer des virements avec un donneur d'ordre inexact ou de recourir à des comptes internes de l'établissement (tels que les comptes Nostro ou "Divers").[274] Aussi, l'existence de poursuites pénales à l'encontre du client pour corruption, détournement de fonds publics, crime ou délit fiscal qualifié constitue un indice qualifié de blanchiment d'argent.[275]

En présence d'un ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'art. 9 al. 1 let. a LBA pourraient être remplis, la deuxième étape pour atteindre le seuil prévu par l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA – et qui déclenchera 10 4

269. Du même avis: CR-Villard, art. 9 LBA N. 41; OK II-De Capitani, art. 9 LBA N. 5; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 10.
270. Ch. 2.1 Annexe OBA-FINMA.
271. Ch. 2.2 Annexe OBA-FINMA.
272. Ch. 2.3–2.4 Annexe OBA-FINMA.
273. Ch. 3 Annexe OBA-FINMA.
274. Ch. 4.1–4.4 Annexe OBA-FINMA.
275. Ch. 4.6 Annexe OBA-FINMA; cf. arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023 consid. 4.2.4 et 9.2; au sujet des poursuites pénales cf. ég. *infra* N. 112.

effectivement l'obligation de communiquer – suppose que les **clarifications supplémentaires** effectuées par l'intermédiaire financier en vertu de l'art. 6 LBA ne permettent pas de dissiper les soupçons.[276] Il ressort de la définition légale que les soupçons fondés ne doivent pas être compris comme des soupçons qui se sont intensifiés ou qui ont été confirmés à la suite de clarifications, mais comme des soupçons qui n'ont **pas pu être entièrement dissipés** à l'issue des clarifications. La nuance est subtile, mais néanmoins essentielle. En cas de (simple) doute à l'issue des clarifications, il existe une obligation – et non seulement un droit – de communiquer.[277]

10 5 Ceci pose la question des **modalités des clarifications** qui peuvent, respectivement doivent être déployées par l'intermédiaire financier avant que des soupçons ne soient réputés fondés.[278] En règle générale, pour pouvoir trancher, l'intermédiaire financier doit clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une transaction ou de la relation d'affaires (cf. art. 6 al. 2 LBA). Selon la jurisprudence, il convient de toujours contrôler la relation d'affaires dans sa globalité, l'obligation particulière de clarification ne se limitant pas à des transactions isolées.[279] La mise en œuvre concrète des clarifications s'inscrit dans une tension entre l'exigence de rapidité et celle de qualité.

10 6 S'agissant du **moment des clarifications** complémentaires, on peut d'un côté s'inspirer de l'art. 17 OBA-FINMA, qui impose à l'intermédiaire financier d'entreprendre les clarifications complémentaires aussitôt qu'il nourrit les premiers soupçons et de les mener à bien le plus rapidement possible. Cela est par ailleurs cohérent avec l'exigence d'immédiateté découlant de l'art. 9 LBA (cf. *infra* N. 188 ss). D'un autre côté, malgré ces exigences de célérité, la qualité de la communication, et partant l'étendue des clarifications, ne doit pas être négligée, comme l'a souligné à juste titre le MROS dans son Rapport annuel 2024: "[Le système de l'art. 9 LBA] *présuppose que les* [intermédiaires financiers] *puissent prendre le temps nécessaire pour effectuer les clarifications requises dans un degré adéquat. Le temps consacré varie d'un cas à un autre en fonction du risque, des faits et de la complexité de la relation*

276. Cf. arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.2.1 et II.1.3.1.3.3 (non définitif).
277. Jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2025, consid. 3.2.1.6; arrêt de la CA-TPF CA. 2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.2.1 (non définitif).
278. Cf. pour une description pratique des clarifications: Lombardini, N. 591 ss.
279. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023 consid. 4.2.2; cf. déjà Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1083.

*d'affaires. L'*[intermédiaire financier] *a besoin d'une certaine marge de manœuvre pour choisir sa manière de clarifier le cas et le délai requis pour ce faire. Par conséquent, il n'est pas possible de généraliser la durée correcte ou appropriée que nécessitent les clarifications.* [...] *Néanmoins, les clarifications visent à ce que l'*[intermédiaire financier] *examine les faits en profondeur et se forge une opinion fondée. Les communications de soupçons et les clarifications sous-jacentes doivent présenter une certaine qualité matérielle pour que le MROS puisse les traiter judicieusement. Les faits rudimentaires ou non clarifiés rendent l'analyse compliquée voire impossible. De telles communications de soupçons bloquent le système d'information et requièrent des ressources inutiles au MROS. Elles ont un effet néfaste sur l'efficience du traitement des communications et affaiblissent globalement le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent*".[280]

En conséquence, l'une des questions les plus importantes qui se pose à l'aune de l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA est sans doute celle de l'**étendue des clarifications complémentaires** que doit entreprendre l'intermédiaire financier. Lesdites clarifications doivent répondre au but de la loi, qui vise à permettre la confiscation des valeurs patrimoniales d'origine illicite, voire plus généralement à soutenir les efforts en matière de poursuite pénale.[281] Selon la jurisprudence susmentionnée, l'intermédiaire financier doit mener ses investigations sur la relation d'affaires et/ou la transaction litigieuse de manière à savoir ce qu'il en est.[282] Il s'agit cependant de vérifier la **plausibilité**, sans que l'intermédiaire financier ne soit obligé d'obtenir des clarifications jusqu'à faire émerger une certitude absolue.[283] L'étendue des clarifications à accomplir dépendra ainsi des circonstances concrètes du cas particulier.[284] L'intermédiaire financier doit procéder avec diligence et, **dans la mesure du possible et du raisonnable**, effectuer les clarifications qui permettraient de dissiper le soupçon initial. 10 7

Lorsque les clarifications conduisent à une **intensification du soupçon**, il est plus facile de retenir l'existence de soupçons fondés. Ainsi, la jurisprudence 10 8

280. MROS, Rapport annuel 2024, p. 32; cf. ég. MROS, Rapport annuel 2021, p. 39.
281. Cf. *supra* N. 4 s.
282. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023 consid. 4.2.2; arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.2.1 (non définitif); déjà Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1083.
283. Jugement de la CA-TPF CA.2019.7 du 28.5.2020, consid. II.1.1.4.3; cf. Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1083 et 1086.
284. Cf. MROS, Rapport annuel 2024, p. 32; aussi BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 46.

considère que la communication doit être effectuée sans délai, même si des clarifications sont encore en cours, s'il apparaît que le doute, selon toute probabilité, ne pourra de toute façon pas être écarté.[285] Tel peut être le cas si les clients refusent de transmettre les informations demandées,[286] étant précisé que l'absence de réponse pendant une certaine période peut, en soi, susciter des doutes supplémentaires.[287]

109 En revanche, lorsque les clarifications **diminuent le soupçon**, sans toutefois le dissiper totalement, il devrait être admissible, du point de vue de la proportionnalité, de procéder à une nouvelle série de clarifications si l'intermédiaire financier a des raisons suffisantes de penser qu'elles peuvent aboutir et qu'il peut les mener à bien dans un délai raisonnable. Dans chaque cas particulier, il conviendra ainsi de procéder à une mise en balance des intérêts.[288] Cela vaut également dans le cas où les clarifications n'aboutissent pas parce que le cocontractant ne répond pas dans l'immédiat aux sollicitations de l'intermédiaire financier, bien qu'il faille noter que les informations fournies par le cocontractant ne constituent pas la seule source d'information.[289] Si les clarifications effectuées dans le cadre décrit ne permettent pas de dissiper les soupçons, une communication doit impérativement être adressée, même si l'intermédiaire financier ne nourrit, en définitive, qu'un simple doute.[290]

110 La question se pose également de savoir si des clarifications complémentaires doivent être entreprises même en présence d'un **soupçon évident ou d'emblée fondé**. Le libellé de l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA laisse entendre que

285. Arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.3.3 (non définitif); jugement de la CAP-TPF SK.2019 du 28.7.2020, consid. 2.2.5.5.

286. Arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.2.1 ("*Ainsi, si le soupçon n'est pas dissipé par des clarifications – ce qui résultera généralement de ce que les explications du client n'étaient pas satisfaisantes ou que le client a refusé d'en donner –, l'intermédiaire financier doit effectuer une communication au MROS, sans attendre, cas échéant, le prochain signal d'alarme*") et II.1.4.4.1 (non définitif); cf. ég. OFK Finanzmarktstrafrecht-Fingerhuth, art. 37 LBA N. 41.

287. Cf. à cet égard: Ch. 2.2 Annexe OBA-FINMA ("*qui, sans raison plausible, refuse de lui fournir les informations et les documents nécessaires, admis par les usages de l'activité concernée*"); OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 10.

288. Cf. sur la mise en balance: BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 46 qui parle de "*Angemessenheit*".

289. Cf. OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 10 selon qui les clients doivent généralement avoir la possibilité d'expliquer les opérations.

290. Cf. arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.2.1 (non définitif).

l'intermédiaire financier doit, dans tous les cas, mener des clarifications avant que de procéder à une annonce au MROS. C'est également la position exprimée par le MROS, qui est d'avis que les "*intermédiaires financiers devront toujours effectuer des clarifications au sens de l'art. 6, al. 2, LBA avant de procéder à une communication*". Selon le MROS, cette disposition est garante de la qualité des signalements effectués par les intermédiaires financiers et de l'efficience du dispositif suisse anti-blanchiment d'argent. Le MROS rappelle à cet égard que toute communication doit être aussi précise que possible.[291]

Le Message du Conseil fédéral va dans le même sens, mais nuance cette affirmation en précisant qu'"*en principe*", des clarifications supplémentaires sont nécessaires. Il justifie sa position par le fait qu'il faut éviter des **communications dites "défensives"** par les intermédiaires financiers, lesquels pourraient autrement être amenés à communiquer n'importe quelle transaction inhabituelle ou toute alerte relevée par leur système de surveillance.[292] Cette préoccupation du Conseil fédéral apparaît légitime. La pratique des communications défensives est également critiquée par le MROS,[293] même si elle est compréhensible au vu des sanctions notamment pénales encourues par les intermédiaires financiers en cas de violation de l'obligation de communiquer.[294] 11 1

À notre sens, lorsque l'intermédiaire financier sait, c'est-à-dire n'a aucun doute (ou pratiquement aucun doute) sur le fait que les valeurs patrimoniales présentent un lien avec une infraction pénale (cf. *supra* N. 100), il devrait pouvoir **faire l'impasse sur des clarifications complémentaires**, notamment pour des considérations de célérité, aussi longtemps que la qualité du contenu de la communication est garantie.[295] Cela vaut *a fortiori* dans l'hypothèse où la relation d'affaires est active et que des valeurs patrimoniales potentiellement confiscables sont encore disponibles, étant rappelé que l'objectif de l'obligation de communiquer est de détecter les infractions et de permettre le plus rapidement possible de séquestrer des valeurs patrimoniales 11 2

291. MROS, Rapport annuel 2021, p. 38 s.
292. Message LBA, FF 2019 5237, p. 5265.
293. MROS, Typologies négatives, 2025, p. 6.
294. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 16 qui souligne à juste titre qu'il est difficile de combiner, dans le même système, des sanctions pénales si la communication n'est pas immédiate et des exigences élevées au contenu des communications ainsi qu'aux clarifications préalables.

qui y sont liées. L'impasse qui peut devoir être faite sur d'éventuelles clarifications complémentaires est également étayée par la jurisprudence récente. Celle-ci considère en effet que lorsque l'intermédiaire financier apprend qu'une procédure pénale a été engagée à l'encontre de son client pour une infraction grave et que les valeurs patrimoniales concernées pourraient y être liées, il doit en règle générale opter pour une communication immédiate.[296]

11 3 Pour déterminer s'il existe des soupçons fondés, il convient de se placer dans **une perspective** *ex ante*. Au vu du libellé clair de l'art. 9 LBA, sont déterminants les faits connus de l'intermédiaire financier au moment où la communication était requise, sans que les circonstances découvertes ultérieurement ne puissent être prises en compte.[297]

11 4 Par ailleurs, se pose la question de savoir si l'obligation de communiquer n'est déclenchée que lorsque l'intermédiaire financier a effectivement nourri des soupçons fondés ou si elle peut également trouver à s'appliquer lorsqu'il *aurait dû* nourrir de tels soupçons, en faisant preuve de la diligence requise par les circonstances. La pratique du Tribunal pénal fédéral en application de l'art. 37 LBA a opté pour la deuxième hypothèse,[298] ce qui d'une certaine manière revient à sanctionner pénalement la violation de l'obligation de

295. Cf. arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.3.3 ("[Il faut procéder à la communication] *s'il apparaît que le doute ne pourra, selon toute probabilité, de toute façon pas être écarté*") et II.1.3.1.3.4 ("*En présence d'un indice précis, l'intermédiaire financier doit effectuer la communication au MROS immédiatement après en avoir eu connaissance*"; non définitif); cf. ég. principalement pour la situation avant l'introduction de la définition légale: OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 10 ("[E]*s sei denn, der Verdacht sei offensichtlich, dann muss die Meldung sofort erfolgen*".); BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 46; OK II-De Capitani, art. 9 LBA N. 40; *contra*: CR-Villard, art. 9 LBA N. 36.

296. Jugement de la CAP-TPF SK.2024.12 du 23.4.2025, consid. 3.2.1.7 (non définitif); arrêt du TAF B-4827/2017 du 24.2.2020, consid. 4.3; arrêt du TAF B-6815/2013 du 10.6.2014, consid. 4.3.

297. Cf. arrêt du TF 6B_503/2015 du 24.5.2016, consid. 2.7 (non publié aux ATF 142 IV 276; "*Le recourant fait valoir qu'aucun crime ou infraction de blanchiment n'a pu être établie. Ce grief n'est pas pertinent, dans la mesure où la violation de l'obligation de communiquer ne suppose pas que les fonds aient eu une origine criminelle*."); jugement de la CA-TPF CA.2019.7 du 28.5.2020 consid. II.1.1.4.5; jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.4.3.1; dans le même sens: CR-Villard, art. 9 LBA N. 116; CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 46.

298. Jugement de la CAP-TPF SK.2020.39 du 31.5.2021, consid. 2.5.2 et 2.6.2; jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.4.3.1; jugement de la CAP-TPF SK.2018.47 du 26.4.2019, consid. 5.2.2; cf. ég. arrêt du TF 2C_368/2023 du 6.8.2025, consid. 8.2.2.

clarification (art. 6 LBA)[299]. Une telle approche semble peu compatible avec la lettre de l'art. 9 al. 1 let. a LBA, qui s'attache à la connaissance ou à des soupçons (effectivement) nourris par l'intermédiaire financier concerné.[300] Elle se heurte en outre au principe de légalité du droit pénal (art. 1 CP).[301] Cela étant, l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA, introduit au 1$^{er}$ janvier 2023, constitue un premier pas vers l'objectivisation – souhaitable[302] – de l'élément déclencheur de l'obligation de communiquer. En effet, il retient que les soupçons sont fondés dès lors que l'intermédiaire financier "dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères à l'al. 1 let. a pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires". L'objectivisation n'est toutefois pas complète puisque la disposition exige en outre que "les clarifications supplémentaires effectuées en vertu de l'art. 6 ne permettent pas de dissiper les soupçons", ce qui relève à nouveau du for intérieur de l'intermédiaire financier concerné. Ces réflexions mettent en évidence que l'art. 9 LBA comporte des incongruités qui justifieraient sa révision complète.

Finalement, il convient encore de mentionner que, dans de nombreux cas, les soupçons peuvent être dissipés par les clarifications complémentaires. Cette situation est à la base de l'art. 22a al. 2 OBA-FINMA, qui prévoit que les intermédiaires financiers ont une **obligation de documenter**, dans le cadre d'un rapport dit *No-AML*, les raisons pour lesquelles ils n'ont pas effectué de communication après avoir écarté tout soupçon par les clarifications supplémentaires.[303] À notre connaissance, cette obligation est typiquement reprise dans les règlements des OAR pour les intermédiaires non soumis à l'OBA-FINMA. 11 5

299. Macaluso/Garbarski, PJA 10/2016, p. 1325 s.

300. Cf. par comparaison le libellé de l'art. 305$^{bis}$ CP ("*valeurs patrimoniales dont il sait ou doit présumer qu'elles proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié*") qui contient une formulation explicite du caractère objectivé du soupçon.

301. Macaluso/Garbarski, PJA 10/2016, p. 1325 s.

302. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 24 ("*Auch wenn die Verdachtsbildung eine subjektive Angelegenheit darstellt, wird sich der Finanzintermediär im Streitfall einen objektiven Massstab anrechnen lassen müssen – also den Moment als Anknüpfungspunkt für die Unverzüglichkeit, in welchem ein vernünftiger Finanzintermediär den Verdacht als begründet erkannt hätte.*"); Herren, SJ 2019 II p. 107, 128; CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 46.

303. Cf. FINMA, Rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, 8.3.2022, p. 14; FINMA, Commentaires sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, 27.10.2022, p. 14.

## 2. Obligation en cas de rupture des négociations (al. 1 let. b)

116 En vertu de l'**art. 9 al. 1 let. b LBA**, les intermédiaires financiers sont tenus d'effectuer une communication au MROS s'ils rompent des négociations visant à l'établissement d'une relation d'affaires en raison de soupçons fondés que des valeurs patrimoniales destinées à être impliquées dans la relation d'affaires sont en lien avec certains crimes ou délits.

117 Cette disposition concrétise les recommandations du GAFI.[304] Son **objectif** est, d'une part, d'éviter que l'obligation de communiquer ne soit contournée par la rupture des négociations visant à établir une relation d'affaires et, d'autre part, de permettre d'informer les autorités pénales des valeurs patrimoniales illicites afin qu'elles puissent prendre les mesures appropriées. Les statistiques enseignent qu'au cours des dernières années, environ 5 à 8% des communications au MROS sont intervenues à la suite de la rupture des négociations.[305]

### a. Objet du soupçon: Valeurs patrimoniales destinées à être impliquées dans une relation d'affaires en négociation

118 Contrairement à l'art. 9 al. 1 let. a LBA, qui vise les valeurs patrimoniales impliquées dans une relation d'affaires déjà nouée, l'art. 9 al. 1 let. b LBA s'applique avant même l'établissement d'une telle relation, à savoir durant la phase des négociations. Par conséquent, l'objet du soupçon consiste dans des valeurs patrimoniales **destinées à être impliquées** dans une relation d'affaires en cours de négociation.[306]

119 Les notions de "**valeurs patrimoniales**" et de "**relation d'affaires**", ainsi que la condition implicite, postulée à tort par certaines décisions de justice et une partie de la doctrine, selon laquelle ces valeurs doivent être **confiscables**, ont déjà été discutées dans le cadre de l'art. 9 al. 1 let. a LBA. Il peut donc être renvoyé aux développements ci-dessus (cf. *supra* N. 75 ss).

120 La question centrale est de savoir pendant quelle période les valeurs patrimoniales doivent être considérées comme "**destinées à être impliquées dans une relation d'affaires en négociation**" – ou, autrement exprimé,

304. Message GAFI, FF 2007 5919, p. 5936.
305. Cf. MROS, Rapport annuel 2024, p. 17; MROS, Rapport annuel 2023, p. 23.
306. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 89.

quand un simple contact devient une négociation de relation d'affaires et quand ladite négociation aboutit à une relation d'affaires, car l'art. 9 al. 1 let. b LBA ne s'applique que dans cette période intermédiaire des négociations.[307]

S'agissant du **début des négociations**, le Message du Conseil fédéral exclut expressément "*les premiers entretiens pendant la période où l'intermédiaire financier ne possède pas encore suffisamment d'informations*".[308] Il convient dès lors de déterminer si un échange d'informations a déjà eu lieu entre l'intermédiaire financier et le client potentiel. Apparaissent pertinentes dans ce contexte les informations personnalisées, à l'exclusion par exemple de la seule communication des conditions des services financiers par l'intermédiaire financier. Ainsi, le client doit avoir fourni un minimum d'informations sur lui-même et sur les services financiers souhaités pour que l'on puisse retenir que les négociations ont débuté aux termes de l'art. 9 al. 1 let. b LBA.[309] 12 1

S'agissant de la **fin des négociations**, il existe un débat nourri en doctrine et la jurisprudence n'a, à notre connaissance, pas encore tranché la question. La doctrine se réfère tantôt à la conclusion formelle du contrat,[310] tantôt à l'arrivée des fonds,[311] tantôt à la décision d'activation du compte[312] ou encore à la possibilité pour le client d'utiliser les services.[313] Il nous apparaît que l'aboutissement d'un accord sur les éléments essentiels de la relation d'affaires devrait être le critère pertinent (cf. *supra* N. 76). Quoi qu'il en soit, du point de vue téléologique, le moment précis où les négociations se muent en relation d'affaires n'est, selon nous, pas décisif pour l'interprétation de l'art. 9 LBA. En effet, comme le souligne Villard, "*de deux choses l'une: soit l'intermédiaire financier rompt les négociations du fait d'un soupçon et sa communication s'appuiera sur l'art. 9 al. 1 let. b LBA, soit il ne le fait pas et elle devra alors cas échéant se baser sur l'art. 9 al. 1 let. a ou c LBA*".[314] Le plus important est donc qu'une communication au MROS intervienne en présence de soupçons 12 2

307. Message GAFI, FF 2007 5919, p. 5936; cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 86 s.
308. Message GAFI, FF 2007 5919, p. 5936.
309. Schinkelshoek, AJP 2015 p. 481, p. 483.
310. OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 20.
311. OK II-De Capitani, art. 9 LBA N. 40.
312. Schinkelshoek, PJA 3/2015 p. 481, p. 483; KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 89.
313. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 102.
314. CR-Villard, art. 9 LBA N. 102, qui précise qu'il n'y a pas de hiatus entre la let. a et la let. b de l'art. 9 al. 1 LBA.

fondés, peu importe en définitive la base légale qui la sous-tend.[315] Cela étant, le moment correspondant à la fin des négociations est pertinent pour savoir si l'intermédiaire financier peut encore **rompre** le lien avec son client.[316] En effet, alors que la rupture des négociations est possible, y compris dans l'hypothèse où l'intermédiaire financier nourrit des soupçons fondés, l'art. 12*a* al. 1 OBA lui interdit de rompre la relation d'affaires, une fois nouée, lorsque les conditions d'une communication sont remplies, indépendamment d'une communication effective, mais sous réserve des exceptions prévues par l'art. 12*b* OBA (cf. *infra* N. 201 ss). Le fait que les valeurs patrimoniales ne soient pas encore parvenues sous le contrôle de l'intermédiaire financier est d'ailleurs sans importance dans ce contexte.

### b. Contenu du soupçon: Lien avec certains crimes ou délits

12 3 Comme pour l'art. 9 al. 1 let. a LBA, le soupçon au sens de l'art. 9 al. 1 let. b LBA doit porter sur le fait que les valeurs patrimoniales présentent un **lien avec certains crimes ou délits**. L'art. 9 al. 1 let. b LBA renvoie à la let. a, dont les chiffres 1 à 4 sont dès lors directement applicables. Ainsi, l'obligation de communiquer entre en ligne de compte si les valeurs patrimoniales destinées à être impliquées dans la relation d'affaires (1) ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260$^{ter}$ ou 305$^{bis}$ CP, (2) proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, (3) sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste, ou (4) servent au financement du terrorisme (cf. *supra* N. 80 ss).[317]

12 4 En revanche, en l'absence d'un renvoi en ce sens, la **concordance avec une liste terroriste** aux termes de l'art. 9 al. 1 let. c *cum* art. 22*a* al. 2 et 3 LBA ne tombe pas dans le champ d'application de l'art. 9 al. 1 let. b LBA (cf. *infra* N. 138).[318] Cette situation est jugée insatisfaisante par la doctrine, qui relève que la "*seule solution serait que, confronté à un tel soupçon,* [l'intermédiaire financier] *ne mette pas un terme aux négociations mais établisse une relation d'affaires pour pouvoir effectuer la communication*".[319] À notre sens, une

315. Dans le même sens, CR-Villard, art. 9 LBA N. 102.
316. CR-Villard, art. 9 LBA N. 102.
317. Par ailleurs, le MROS précise qu'une tentative d'ouverture en ligne interrompue (p.ex. à cause d'un problème technique) ne suffit pas à elle seule pour une communication, sauf autres indices liés au blanchiment (MROS, Typologies négatives, 2025, typologie 1).
318. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 92.
319. CR-Villard, art. 9 LBA N. 101.

communication pourrait néanmoins être fondée sur l'art. 9 al. 1 let. b *cum* art. 9 al. 1 let. a ch. 3 et/ou 4 LBA dans pareille hypothèse.

L'exigence du lien avec les infractions énoncées ci-dessus est importante, car elle implique que le soupçon de l'intermédiaire financier ne doit pas exclusivement porter sur la personne du client potentiel, mais sur les **valeurs patrimoniales** que ce dernier envisage d'impliquer dans la relation d'affaires.[320] Il peut être renvoyé à cet égard à ce qui a déjà été exposé en lien avec l'art. 9 al. 1 let. a LBA (cf. *supra* N. 75). 125

### c. Seuil de soupçon: soupçons fondés

L'art. 9 al. 1^quater^ LBA, qui définit la notion de "**soupçons fondés**", est également applicable dans le contexte de l'art. 9 al. 1 let. b LBA. Partant, le seuil du soupçon déclencheur de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 al. 1 let. b LBA est, en principe, le même que dans le cadre de l'art. 9 al. 1 let. a LBA, auquel il est renvoyé (cf. *supra* N. 101 ss). Il convient toutefois de tenir compte de trois particularités. 126

Premièrement, l'art. 9 al. 1 let. b LBA ne mentionne pas la variante du "**savoir**", c'est-à-dire qu'à rigueur de texte, la disposition ne vise pas l'hypothèse où l'intermédiaire financier a connaissance du lien entre une infraction pénale et les valeurs patrimoniales pressenties pour la relation d'affaires envisagée. À notre sens, il s'agit là d'une **lacune proprement dite**, car rien n'indique que le législateur avait l'intention de soustraire l'intermédiaire financier à l'obligation de communiquer dans un tel cas, tout en l'assujettissant à une telle obligation en présence de soupçons fondés. Il faut donc en déduire que l'art. 9 al. 1 let. b LBA est applicable, *a fortiori*, dans l'hypothèse où l'intermédiaire financier dispose d'une connaissance proprement dite d'un état de fait soumis à communication (cf. *supra* N. 100).[321] 127

Deuxièmement, il se pose la question de savoir si des **clarifications supplémentaires** sont nécessaires pour que le soupçon soit réputé fondé. Un argument en faveur de cette hypothèse réside dans le libellé de l'art. 9 al. 1^quater^ LBA, qui s'applique également à l'art. 9 al. 1 let. b LBA et requiert la mise en œuvre de clarifications supplémentaires. En revanche, le Message du 128

320. CR-Villard, art. 9 LBA N. 100; KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 85 et 89; voir aussi CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 33.

321. CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 33 et les réf. citées.

Conseil fédéral sur l'extension de l'obligation de communiquer à la phase des négociations est tout aussi clair dans l'autre sens, en prévoyant que "*le fait de demander des informations supplémentaires pourrait éveiller des soupçons chez le client. C'est pourquoi, en cas de rupture des négociations visant à établir une relation d'affaires, l'intermédiaire financier n'est tenu de faire une communication que sur la base des informations dont il dispose au moment de la rupture. L'extension de l'obligation de communiquer n'entraîne pour l'intermédiaire financier aucune obligation supplémentaire de clarification. Ainsi, il n'a aucune obligation de demander des informations additionnelles au 'client' ou de prendre des mesures particulières d'enquête, dans le but d'étayer ses soupçons*".[322] La doctrine se range à l'avis du Conseil fédéral.[323]

12 Toutefois, plusieurs remarques s'imposent. D'une part, la notion de "soupçons
9 fondés" a été codifiée à l'art. 9 al. 1quater LBA des années après la parution de ce Message du Conseil fédéral, dont la pertinence est ainsi sujette à caution. D'autre part, la préoccupation concernant le risque de *tipping-off*, qui sous-tend la position exprimée par le Conseil fédéral, n'est pas spécifique au cas de l'art. 9 al. 1 let. b LBA, mais s'applique évidemment aussi dans le contexte de la let. a. Il faut ainsi, selon nous, plutôt partir du principe, sur la base du libellé de l'art. 9 al. 1quater LBA, que la mise en œuvre de clarifications supplémentaires en amont de l'éventuelle rupture des négociations **demeure une condition**, en principe nécessaire, pour donner lieu à un soupçon fondé et ainsi déclencher l'obligation de communiquer prévue par l'art. 9 al. 1 let. b LBA,[324] l'étendue et la nature des clarifications devant, bien entendu, être adaptées aux circonstances du cas d'espèce.[325] Toutefois, reste réservée la situation des soupçons évidents ou d'emblée fondés; lorsque l'intermédiaire financier sait, ou n'a pratiquement aucun doute sur le fait que les valeurs patrimoniales destinées à être impliquées dans la future relation d'affaires ont un lien avec une infraction pénale, il devrait pouvoir faire l'impasse sur des clarifications complémentaires, notamment pour des considérations de

322. Message GAFI, FF 2007 5919, p. 5949 s.

323. Cf. p.ex. CR-Villard, art. 9 LBA N. 99; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 8.

324. Cf. dans le même sens: MROS, Rapport annuel 2013, p. 13 ("*Pour que l'on puisse parler de soupçon fondé et d'obligation de communiquer, il faut que le soupçon soit sérieux et concret. Il peut être toutefois difficile, pour l'intermédiaire financier, d'obtenir des informations sur un nouveau client potentiel. Un soupçon basé uniquement sur quelques rencontres ne constitue pas un soupçon fondé et n'est pas suffisant pour établir une communication de soupçons*.").

325. Selon les situations, des clarifications complémentaires pourraient ainsi être effectuées sur la base des documents déjà remis par le client potentiel et des sources publiques.

célérité, aussi longtemps que la qualité du contenu de la communication est garantie (cf. *supra* N. 110 ss).

Troisièmement, contrairement à l'art. 9 al. 1 let. a LBA, l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 al. 1 let. b LBA n'est pas encore **déclenchée** par la seule existence de soupçons fondés, mais suppose en plus que l'intermédiaire financier rompe les négociations en raison de ces soupçons fondés (cf. *infra* N. 131). Si, en dépit de soupçons fondés, les négociations ne sont pas rompues et que la relation d'affaires se matérialise, l'intermédiaire financier n'est par ailleurs pas délié de son obligation de communiquer, mais celle-ci devra alors reposer sur l'art. 9 al. 1 let. a LBA. 130

### d. Événement déclencheur: Rupture des négociations en raison de soupçons fondés

L'événement qui déclenche l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 al. 1 let. b LBA est la **rupture des négociations** visant à établir la relation d'affaires, en raison de soupçons fondés. 131

La notion et l'étendue temporelle des **négociations** ont déjà été traitées dans le cadre de l'objet du soupçon (cf. *supra* N. 121 s). 132

Le terme "**rupture**" doit être compris au sens large. Il comprend l'expression, explicite ou implicite, de l'intention de ne plus vouloir négocier ou conclure la relation d'affaires envisagée. Tout rejet par l'intermédiaire financier du client ou de la relation d'affaires envisagée, quelle qu'en soit la nature, doit suffire.[326] 133

Aussi faut-il que la rupture des négociations intervienne **en raison de soupçons fondés**. Si les négociations sont interrompues pour d'autres raisons ou à l'initiative du client, il n'y a pas d'obligation de communiquer. Il en va de même si l'intermédiaire financier ne nourrit des soupçons fondés qu'après la rupture des négociations qui serait intervenue pour d'autres motifs.[327] 134

Une fois la communication effectuée, l'intermédiaire financier ne devrait tirer aucune conclusion en cas de **non-transmission** de celle-ci par le MROS à une autorité de poursuite pénale. En effet, l'absence de transmission ne signifie pas nécessairement que la relation d'affaires envisagée est sans risque et que les négociations devraient reprendre sans autre considération.[328] Par 135

326. Cf. OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 8.
327. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 88.

ailleurs, l'intermédiaire financier n'est en tout cas pas informé par le MROS du sort de sa communication après la rupture de la relation d'affaires (cf. art. 23 al. 5 LBA).

### 3. Obligation en cas de correspondance avec une liste terroriste (al. 1 let. c)

13 6 L'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 al. 1 let. c LBA se distingue des hypothèses envisagées aux let. a et b, en ce qu'elle **ne vise pas des valeurs patrimoniales**, mais la question de savoir si des données concernant un cocontractant, ayant droit économique ou signataire autorisé d'une relation d'affaires ou d'une transaction concordent avec une liste terroriste, le seuil du soupçon résidant dans le savoir de l'intermédiaire financier ou des soupçons nourris sur la base de clarifications complémentaires.

#### a. Objet du soupçon: Données concernant un cocontractant, ayant droit économique ou signataire

13 7 Le soupçon au sens de l'art. 9 al. 1 let. c LBA porte sur les **données** concernant un **cocontractant, un ayant droit économique ou un signataire autorisé d'une relation d'affaires ou d'une transaction**. Un lien avec des valeurs patrimoniales n'est pas nécessaire.[329]

13 8 La notion de "**relation d'affaires**" a déjà été abordée plus haut (cf. *supra* N. 76). Celle de "**transaction**" couvre en principe tout acte juridique dans le cadre d'opérations financières, tel que l'acceptation, la garde en dépôt, le placement ou le transfert de valeurs patrimoniales.[330] Dans la mesure où l'obligation de communiquer en cas de correspondance avec une liste terroriste présuppose une relation d'affaires ou une transaction, elle n'est pas applicable en cas de rupture de négociations en raison de soupçons d'une telle correspondance, étant précisé que l'art. 9 al. 1 let. b LBA n'entre également pas en ligne de compte, vu son renvoi aux motifs seuls de l'art. 9 al. 1 let. a LBA (cf. *supra* N. 124).[331]

13 9 Le **cocontractant** est la contrepartie formelle au contrat, c'est-à-dire la personne avec laquelle l'intermédiaire financier noue la relation d'affaires ou

328. MROS, Rapport annuel 2013, p. 13; BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 93.
329. Cf. SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 70; CR-Villard, art. 9 LBA N. 91.
330. Cf. OFK-Wyss, art. 6 LBA N 2; art. 2 al. 3 LBA.

pour laquelle il exécute la transaction. L'**ayant droit économique** est, selon la jurisprudence, la personne physique ou morale qui a la possibilité de fait de disposer des valeurs patrimoniales et donc celle à qui ces valeurs appartiennent sous l'angle économique.[332] Seule est pertinente une analyse économique, les constructions juridiques formelles n'ayant aucune importance.[333] Toutefois, la notion d'ayant droit économique nécessite une précision dans le cadre d'une transaction: conformément à l'objectif de prévention du financement du terrorisme, elle désigne non seulement la personne qui contrôlait initialement les valeurs patrimoniales d'un point de vue économique, mais aussi celle qui acquiert ce contrôle économique par le biais de la transaction.[334] Enfin, le **signataire autorisé** d'une relation d'affaires est la personne habilitée à engager, en tant qu'organe ou représentant, le cocontractant vis-à-vis de l'intermédiaire financier. En règle générale, ces personnes doivent être connues de l'intermédiaire financier. En effet, la LBA impose à ce dernier de vérifier l'identité du cocontractant et d'identifier l'ayant droit économique avec la diligence requise par les circonstances (art. 3-5 LBA). En outre, l'intermédiaire financier doit établir qui dispose d'une procuration durable sur un compte ou un dépôt (art. 7 al. 1 LBA *cum* art. 22 et art. 39 al. 1 let. c OBA-FINMA).

La question de savoir si l'obligation au sens de l'art. 9 al. 1 let. c LBA s'applique également aux **anciens cocontractants, ayants droit économiques et signataires autorisés**, n'a, à notre connaissance, pas encore été tranchée par les tribunaux. Une interprétation littérale de l'art. 9 al. 1 let. c LBA suggère que la coïncidence avec une liste terroriste doit être actuelle.[335] En outre, la jurisprudence du Tribunal fédéral qui étend l'obligation de communiquer de l'art. 9 al. 1 let. a LBA au-delà de la fin d'une relation d'affaires (cf. *supra* N. 32 ss) ne nous semble pas pertinente dans ce contexte, car elle se focalise sur la subsistance de valeurs patrimoniales confiscables, alors que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ne sont pas déterminantes à l'aune de la let. c de l'art. 9 al. 1 LBA. En effet, l'intermédiaire financier doit effectuer une communication en vertu de l'art. 9 al. 1 let. c LBA

140

331. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 101; KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 92.
332. ATF 136 IV 127, consid. 3.1.1 (par rapport à l'art. 305$^{ter}$ al. 1 CP).
333. ATF 125 IV 139, consid. 3/c (par rapport à l'art. 305$^{ter}$ al. 1 CP).
334. Cf. dans le même sens: SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 73 qui s'inspire de l'art. 10 OBA-FINMA sur les indications lors de virements.
335. Cf. aussi Message GAFI, FF 2014 585, p. 664 s.

indépendamment de tout lien entre les valeurs patrimoniales et des activités terroristes (cf. *supra* N. 137 et *infra* N. 141 ss).[336]

### b. Contenu du soupçon: Concordance avec une liste terroriste

14 1 Le **soupçon** vise la concordance des données concernant les personnes susmentionnées avec les données relatives à des activités terroristes, transmises à l'intermédiaire financier sur la base de l'art. 22*a* al. 2 ou 3 LBA.

14 2 Les **données pertinentes** reposent sur un système de notification international qui est implémenté en droit suisse par l'art. 22*a* LBA. Il s'agit de données "*communiquées et publiées par un autre État concernant des personnes et des organisations qui, conformément à la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies, ont été listées dans cet État comme menant ou soutenant des activités terroristes*" (art. 22*a* al. 1 LBA). Le Département fédéral des finances agit comme destinataire central sur le plan international et transmet ensuite les données, soit les listes reçues des États étrangers, aux autorités de surveillance, c'est-à-dire à la FINMA, la Commission fédérale des maisons de jeu, l'Autorité intercantonale de surveillance des jeux d'argent et le Bureau central du contrôle des métaux précieux, qui les retransmettent à leur tour aux intermédiaires financiers soumis à leur surveillance (art. 22*a* al. 1 et 2 LBA). Pour qu'une liste puisse être transmise, il faut, premièrement, qu'un autre État l'ait remise à la Suisse dans le cadre d'une procédure définie ou de manière informelle, la Confédération suisse ne devant pas rechercher des listes de terroristes et d'organisations terroristes dans le monde.[337] Deuxièmement, seules les listes étrangères ayant déjà été publiées dans leur pays d'origine, doivent être transmises.[338] Troisièmement, les listes de terroristes et d'organisations terroristes remises à la Suisse par l'État étranger ne peuvent être transmises que si elles reposent sur la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies. Adoptée à la suite des attentats du 11 septembre 2001, celle-ci prévoit également des exigences minimales pour la désignation de terroristes ou d'organisations terroristes.[339] Si une liste a été transmise à l'intermédiaire financier en violation de ces règles, il n'y a, en principe, pas d'obligation de communiquer

336. CR-Villard, art. 9 LBA N. 91.
337. Message GAFI, FF 2014 585, p. 669.
338. Message GAFI, FF 2014 585, p. 669.
339. Message GAFI, FF 2014 585, p. 669 s.

au sens de l'art. 9 al. 1 let. c LBA; cela étant, une telle liste peut tout à fait déclencher un soupçon initial au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LBA.[340]

Un cocontractant, un ayant droit économique ou un signataire autorisé **concordent** avec les listes terroristes lorsqu'il s'agit de la même personne, étant rappelé qu'un soupçon de concordance est suffisant (cf. *infra* N. 144). 143

### c. Seuil de soupçon et événement déclencheur: Savoir ou soupçons fondés

L'obligation de communiquer de l'art. 9 al. 1 let. c LBA est **déclenchée** si l'intermédiaire financier "*sait ou présume, sur la base de clarifications effectuées en vertu de l'art. 6 al. 2 let. d [LBA]*" que le cocontractant, ayant droit économique ou signataire autorisé concorde avec une liste terroriste. 144

La notion de "**savoir**" est la même que celle évoquée dans le cadre de l'art. 9 al. 1 let. a LBA. Elle suppose que l'intermédiaire financier n'ait aucun doute sur la concordance (cf. *supra* N. 100). 145

Bien que le libellé de l'art. 9 al. 1 let. c LBA ne parle pas de soupçons fondés, mais uniquement d'une présomption de concordance, la condition du **soupçon** correspond en principe à ce concept.[341] Deux raisons plaident en faveur de cette interprétation: d'une part, la définition légale des soupçons fondés contenue à l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA fait référence – à tout le moins dans la première partie de la phrase – à l'al. 1 dans son intégralité et pas uniquement aux let. a et b de cet alinéa. D'autre part, cette définition légale part du principe qu'il y a des soupçons fondés dès lors que les indices ne peuvent pas être dissipés par des clarifications supplémentaires effectuées en vertu de l'art. 6 LBA – principe qui apparaît aussi à l'art. 9 al. 1 let. c LBA, lequel renvoie à l'art. 6 al. 2 let. d LBA. Par conséquent, il convient de se référer aux explications relatives à la notion de soupçons fondés exposées dans le cadre du commentaire de l'art. 9 al. 1 let. a LBA (cf. *supra* N. 101 ss) sous réserve des précisions suivantes qui concernent, d'un point de vue dogmatique, les indices initiaux et les clarifications supplémentaires. 146

La première étape vers le seuil de soupçon qui déclenche l'obligation de communiquer est que l'intermédiaire financier dispose d'**indices** laissant 147

340. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 88 s.
341. Cf. dans le même sens: OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 21.

supposer une concordance au sens de l'art. 9 al. 1 let. c LBA, l'obligeant à effectuer les clarifications supplémentaires prévues à l'art. 6 al. 2 let. d LBA. Dans ce contexte, se pose la question de savoir si l'intermédiaire financier a une obligation, de par la loi, de systématiquement comparer les listes terroristes transmises avec ses cocontractants, ayants droit économiques et signataires autorisés. Une telle obligation ne découle certes pas expressément de l'art. 9 al. 1 let. c LBA, mais cette disposition serait vidée de sa substance et finalité si l'intermédiaire financier pouvait fermer les yeux sur les listes terroristes. D'un point de vue téléologique, et compte tenu de l'art. 6 al. 2 let. d LBA, il est dès lors nécessaire que l'intermédiaire financier procède régulièrement à une **comparaison systématique**, au moins superficielle entre ses bases de données et les listes en question.[342] Cette comparaison sera le plus souvent à l'origine des indices sur la concordance avec les listes terroristes. Il n'est toutefois pas totalement exclu que les indices de concordance apparaissent d'une autre manière.

14 La communication ne peut se fonder sur n'importe quels indices.[343] Il est, au
8 contraire, requis que l'intermédiaire financier procède d'abord aux **clarifications supplémentaires** prévues à l'art. 6 al. 2 let. d LBA.[344] Selon le Message du Conseil fédéral, cela a pour but de s'assurer que l'intermédiaire financier est en mesure d'expliquer pourquoi il sait ou présume que le cocontractant, l'ayant droit économique ou le signataire autorisé correspond effectivement à une personne ou organisation terroriste listée.[345] Toutefois, toujours selon le Message, la communication doit être effectuée même si l'intermédiaire financier n'est pas absolument certain que la personne concernée correspond vraiment à celle qui est listée, une concordance

342. Du même avis: SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 72 ("*Damit das Bestehen einer solchen Abklärungspflicht beim Finanzintermediär überhaupt erkannt werden kann, ist erforderlich, dass dieser seinen Kundenstamm (Vertragspartner, wirtschaftlich Berechtigte und Zeichnungsberechtigte) sowie die durch ihn auszuführenden Transaktionen mit den Angaben dieser Terrorlisten abgleicht*."); KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 95 ("*Wie bereits dargelegt kommt der Finanzintermediär nicht erst aufgrund der Abklärungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. d GwG zum Schluss, dass die Daten übereinstimmen oder sehr ähnlich sind. Er muss dies schon durch den Abgleich der beiden Datenbanken erkennen. Diese Entsprechung ist erst der Anlass dafür, dass die Abklärungspflichten von Art. 6 Abs. 2 lit. d GwG überhaupt aufleben*."); cf. aussi CR-Villard, art. 9 LBA N. 90.

343. Cf. OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 21.

344. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 95.

345. Message GAFI, FF 2014 585, p. 665.

partielle des données pouvant également engendrer un soupçon fondé.[346] C'est le cas, par exemple, lorsque plusieurs orthographes différentes existent pour un même nom. À l'instar de la définition légale des soupçons fondés selon l'art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA, la communication est ainsi déjà requise lorsque les clarifications complémentaires ne permettent pas de dissiper le soupçon de concordance. Cependant, si le renvoi de l'art. 9 al. 1 let. c LBA à l'art. 6 al. 2 let. d LBA suggère que, conformément à la phrase introductive de cette dernière disposition, l'arrière-plan et le but de la transaction ou relation d'affaires devraient être clarifiés avant la communication, cela ne peut être le sens de la disposition. En effet, l'obligation de communiquer est déclenchée par les soupçons (fondés) de concordance des données à caractère personnel avec les listes terroristes et non par l'arrière-plan ou le but de la transaction ou de la relation d'affaires au sens strict.[347]

### C. Conséquence: Obligation de communiquer et obligations parallèles

Lorsque les conditions de l'obligation de communiquer aux termes de l'art. 9 al. 1 let. a, b ou c LBA sont réunies, l'intermédiaire financier doit **immédiatement procéder à une communication au MROS**. Il sera question plus avant des modalités de cette communication (cf. *infra* chapitre VI), de ses effets, notamment en ce qui concerne les obligations parallèles de l'intermédiaire financier (cf. *infra* chapitre VII), ainsi que des conséquences en cas de non-respect (cf. *infra* chapitre VIII). 149

## IV. OBLIGATION DE COMMUNIQUER DES NÉGOCIANTS (AL. 1$^{BIS}$)

### A. Destinataires: Négociants

L'art. 9 al. 1$^{bis}$ LBA consacre une obligation de communiquer correspondant à celle de l'art. 9 al. 1 let. a LBA, mais s'adressant aux négociants.[348] Cette notion vise les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, **négocient** 150

346. Message GAFI, FF 2014 585, p. 665.
347. Du même avis: CR-Villard, art. 9 LBA N. 91.
348. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 105, qui estime que ne sont pas considérés comme des négociants les intermédiaires financiers qui font également le négoce des biens à titre professionnel, car les dispositions relatives aux négociants s'appliqueraient à titre subsidiaire.

**des biens et reçoivent des espèces en paiement** (art. 2 al. 1 let. b LBA; cf. art. 13 ss OBA). Pour le surplus, le champ d'application personnel de l'art. 9 LBA a été abordé plus haut (cf. *supra* N. 19 ss).[349]

## B. Conditions

### 1. Préalablement: Limitation à des opérations de négoce importantes

15 1 Avant d'aborder les conditions expressément énoncées à l'art. 9 al. 1bis LBA, se pose la question centrale du **champ d'application matériel** de l'obligation de communiquer des négociants. Il s'agit de savoir si cette obligation s'applique à toute opération de négoce ou seulement à des opérations de négoce importantes, soit celles qui portent sur plus de 100 000 francs. Les différentes méthodes d'interprétation permettent de tirer des conclusions en partie différentes, la doctrine est divisée et la jurisprudence n'a pas encore tranché la question.[350]

15 2 Le **libellé clair** de l'art. 9 al. 1bis LBA ne permet pas de déduire une restriction du champ d'application matériel. Le texte de la disposition pose – de manière générale – qu'un négociant doit faire une communication s'il a des soupçons fondés que les espèces utilisées lors d'une opération de négoce présentent un lien avec un crime ou un délit. Il n'est pas question de n'inclure que certaines opérations de négoce. En outre, la définition légale du négociant n'impose aucune restriction en ce sens, car elle vise toute personne qui à titre professionnel négocie des biens et reçoit des espèces en paiement (art. 2 al. 1 let. b LBA). Le terme d'opération de négoce n'est d'ailleurs pas défini par la LBA.

15 3 En présence d'une formulation claire et univoque de la loi, il ne peut en principe y être dérogé que s'il existe des raisons valables de considérer que cette formulation ne reflète pas le sens véritable de la norme.[351] La question se pose si cette règle interprétative doit aussi trouver application dans le contexte de l'obligation de communiquer des négociants. Certes, d'un point

349. Cf. sur les compétences au sein du négociant *infra* N. 167.

350. Favorable à un seuil minimum de 100 000 francs: CR-Chappuis/Burgener, art. 8a LBA N. 20; CR-Villard, art. 9 LBA N. 132; KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 111; Kunz, N. 83; OFK Finanzmarktstrafrecht-Fingerhuth, art. 37 LBA N. 26; contre un tel seuil: OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 9 et 19.

351. ATF 149 IV 183, consid. 3.4, et jurisprudence citée.

de vue **systématique**, il est difficile de concilier le fait que l'obligation de diligence des négociants ne s'applique qu'à des opérations de négoce portant sur plus de 100 000 francs (art. 8a al. 1 LBA), alors que l'obligation de communiquer s'appliquerait à chaque transaction, d'autant plus que les soupçons fondés déclencheurs doivent en principe reposer sur des clarifications complémentaires effectuées en conformité de l'obligation de diligence (cf. art. 20 al. 1 *cum* art. 19 OBA; cf. art. 8*a* al. 2 LBA et art. 9 al. 1$^{sexies}$ nLBA). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le MROS propose d'appliquer le seuil de 100 000 francs[352] à l'art. 9 al. 1$^{bis}$ LBA.[353] Il ne faut toutefois pas oublier qu'il s'agit de deux mécanismes différents: l'obligation de diligence est soumise à un seuil *de minimis*, certes très élevé, qui repose sur un compromis entre, en bref, la lutte contre le blanchiment d'argent et la liberté économique.[354] En revanche, l'obligation de communiquer ne s'applique de toute façon qu'en présence d'indices qui laissent supposer que les moyens de paiement présentent un lien avec certaines infractions et qui exigent, ainsi, des clarifications complémentaires. Dès lors et compte tenu notamment de la *ratio legis*, qui consiste à identifier les actes de blanchiment d'argent, à poursuivre les infractions et à terme à confisquer les valeurs patrimoniales illicites,[355] il est soutenable – lorsqu'il existe effectivement des indices, même en rapport avec des opérations inférieures à 100 000 francs – d'exiger du négociant qu'il procède à des clarifications supplémentaires et, si celles-ci ne permettent pas de dissiper les doutes, qu'il effectue une communication. Le risque de blanchiment d'argent existe aussi en-dessous de ce seuil. Quoi qu'il en soit, l'incertitude demeure et il serait souhaitable que le législateur clarifie rapidement la portée matérielle de cette obligation. En effet, les travaux préparatoires et les documents officiels postérieurs ne permettent pas de dégager une intention claire du législateur.[356] *De lege ferenda*, il serait

352. Cf. sur ce seuil également l'art. 8*a* al. 3 et 4 LBA.

353. MROS, Rapport annuel 2014, p. 56 ("*Le MROS précise que les négociants sont tenus de communiquer s'ils se trouvent face à un soupçon fondé. Or, le soupçon fondé exige un certain niveau de connaissance du client. Cette connaissance peut s'acquérir après avoir effectué les obligations de diligence prévues au nouvel art. 8a LBA. Cette dernière disposition s'applique toutefois seulement si le paiement dépasse les 100 000 francs. Il s'ensuit qu'en tant que conséquence de l'application des obligations de diligence, qui ont laissé subsister un soupçon fondé, les communications de soupçons des négociants ne peuvent concerner des montants de moins de 100 000 francs*").

354. Cf. BO 2014 CE 740; BO 2014 CN 1974 s.

355. Cf. *supra* N. 5.

opportun d'instaurer un seuil minimal également en matière d'obligation de communiquer des négociants, ne serait-ce que pour des raisons pratiques.

### 2. Objet du soupçon: Espèces utilisées lors d'une opération de négoce

15 4 Le soupçon déclenchant l'obligation de communiquer des négociants a pour objet les "**espèces utilisées lors d'une opération de négoce**".

15 5 Cette formulation – relativement claire, notamment lorsqu'elle est lue en combinaison avec l'art. 2 al. 1 let. b LBA – suscite néanmoins deux observations: d'une part, la notion d'**espèces** vise l'argent liquide, quelle que soit la devise, par opposition aux paiements par virement ou par carte.[357] La caractéristique de l'argent liquide est que son transfert ne laisse, de manière générale, aucun *paper trail*, ce qui augmente le risque de blanchiment d'argent. Même si cet objectif plaiderait pour une extension du terme à d'autres moyens de paiement, tels que les cryptomonnaies ou les métaux précieux, le libellé de la disposition ne le permet guère.[358] D'autre part, les espèces doivent constituer la **contre-prestation** que le négociant reçoit dans le cadre de la vente d'un bien mobilier ou immobilier (cf. art. 15 OBA).[359] Par conséquent, le paiement en contrepartie de services n'entre pas dans le champ de l'art. 9 al. 1$^{bis}$ LBA.

### 3. Contenu du soupçon: Lien avec certains crimes ou délits

15 6 Le soupçon du négociant qui déclenche l'obligation de communiquer doit porter sur l'existence d'un lien entre les espèces et certains crimes ou délits – soit de manière simplifiée le **caractère illicite des espèces** utilisées lors de l'opération de négoce. Les conditions alternatives énumérées à l'art. 9 al. 1$^{bis}$ let. a à d LBA correspondent mot pour mot à celles de l'art. 9 al. 1 let. a LBA.[360] Il s'agit des espèces qui ont un rapport avec la participation ou le soutien à

356. Notamment BO CE 2014 740; Message Prévention du Terrorisme, FF 2018 6469, p. 6543; DFF, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI, 11.11.2015, p. 11. Voir toutefois CR-Villard, art. 9 LBA N. 132 qui affirme que "*la conception du législateur n'était clairement pas de soumettre toutes les opérations de négoce en espèces au régime anti-blanchiment*", sans aborder la distinction entre obligation de diligence et obligation de communiquer.

357. Cf. aussi art. 2 let. b de l'Ordonnance du 11 février 2009 sur le contrôle du trafic transfrontière de l'argent liquide (RS 631.052).

358. Cf. à ce sujet CR-Chappuis/Burgener, art. 2 LBA N. 327.

359. Cf. Message GAFI, FF 2014 585, p. 609.

une organisation criminelle ou terroriste ou le blanchiment d'argent, celles qui proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, celles qui sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste et, finalement, les espèces qui servent au financement du terrorisme (cf. *supra* N. 79 ss). L'art. 20 OBA regroupe ces différentes hypothèses alternatives sous la notion d'"*acte délictueux*". Or cette notion ne reflète pas fidèlement la loi et ne saurait avoir de portée propre; elle ne peut en toute hypothèse ni élargir ni restreindre les motifs de communication.[361] L'art. 20 al. 2 OBA précise par ailleurs qu'une communication doit également intervenir lorsque le négociant ne peut pas identifier l'infraction spécifique ("*acte délictueux*") dont proviennent les moyens de paiement au comptant. Cette disposition ne paraît pas non plus revêtir de portée propre, puisqu'il est d'ores et déjà acquis qu'un soupçon n'a pas besoin de se rapporter à un crime déterminé.[362] Le fait qu'il soit attendu du négociant qu'il indique l'infraction qu'il soupçonne à l'appui de sa communication[363] n'y change rien. En définitive, la disposition de l'art. 20 al. 2 OBA ne libère pas le négociant de ses obligations de clarification et ne réduit pas non plus le seuil de soupçon déterminant.

Malgré toutes les similitudes entre les obligations de communiquer des intermédiaires financiers et des négociants, il y a néanmoins certaines différences. D'une part, les négociants ne doivent pas communiquer en cas de **rupture de négociations** ou de concordance avec une **liste terroriste** (hypothèses couvertes par l'art. 9 al. 1 let. b et c LBA). D'autre part, il existe certaines différences contextuelles liées à la nature transactionnelle de l'opération de négoce. Ainsi, il ne saurait être question de savoir si les espèces au sens de l'art. 9 al. 1$^{bis}$ let. c LBA restent sous le **pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste** après la transaction, mais uniquement si tel était le cas en amont de celle-ci. Sinon, la disposition serait vidée de son but, puisque c'est le négociant qui exerce alors le pouvoir de disposition.[364] La portée de l'art. 9 al. 1$^{bis}$ let. d LBA, qui a été adopté après-coup en réaction à une évaluation du GAFI,[365] est moins claire, car si les

15 7

360. Cf. Message Prévention du terrorisme, FF 2018 6469, p. 6544.
361. CR-Villard, art. 9 LBA N. 135; KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 121.
362. CR-Villard, art. 9 LBA N. 136 et les réf. citées.
363. DFF, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI, 11.11.2015, p. 11.
364. CR-Villard, art. 9 LBA N. 137.
365. Message Prévention du terrorisme, FF 2018 6469, p. 6544.

espèces sont destinées à rémunérer le négociant, elles ne servent en principe pas au financement du terrorisme. Pour donner effet à cette disposition, il faudrait l'interpréter en ce sens que les doutes relatifs au **financement du terrorisme** peuvent concerner la transaction de manière générale, ce qui apparaît toutefois contraire à la lettre de la loi.[366]

### 4. Seuil de soupçon et événement déclencheur: Savoir ou soupçons fondés

158 L'obligation de communiquer est déclenchée si le négociant **sait ou présume, sur la base de soupçons fondés,** que les espèces utilisées lors d'une opération de négoce sont liées à l'une ou l'autre des infractions figurant dans les chiffres 1 à 4 susmentionnés. Il peut être renvoyé à cet égard aux développements relatifs à l'art. 9 al. 1 let. a LBA (cf. *supra* N. 99 ss).

159 S'agissant des négociants, la notion de **soupçons fondés** est au surplus définie par l'art. 20 al. 1 OBA. Cette disposition prévoit qu'"[i]*l y a des soupçons fondés déclenchant une obligation de communiquer au sens de l'art. 9 al. 1bis LBA lorsque les soupçons reposent sur un signe concret ou sur plusieurs indices laissant supposer que les moyens de paiement au comptant proviennent d'un acte délictueux et que les clarifications complémentaires visées à l'art. 19* [OBA] *ne permettent pas de les dissiper*". Ce libellé est calqué sur la définition contenue à l'art. 9 al. 1quater LBA applicable aux intermédiaires financiers.[367] Il a déjà été dit que le terme générique d'"acte délictueux" dans cette définition légale n'est pas conforme à l'art. 9 al. 1bis LBA (cf. *supra* N. 156).

160 Dans le cadre de la révision de la LBA adoptée en septembre 2025, le législateur fédéral a d'ailleurs prévu de **déplacer la définition légale** des "soupçons fondés" applicable aux négociants **dans la loi** (cf. art. 9 al. 1sexies nLBA).[368]

161 Tant sous l'empire du droit actuel que du nouveau droit, l'existence de soupçons fondés présuppose **deux étapes** (cf. *supra* N. 101 ss): il doit d'abord exister des indices laissant supposer que les moyens de paiement au comptant

366. Cf. Message Prévention du terrorisme, FF 2018 6469, p. 6544 qui parle de "*cas où le négociant soupçonne un lien avec le financement du terrorisme*".

367. Cf. *supra* N. 101.

368. L'art. 9 al. 1sexies nLBA prévoit ceci: "*La définition de soupçons fondés visée à l'al. 1quinquies* [ex-al. 1quater] *s'applique par analogie aux cas visés aux al. 1bis* [négociants] *et 1ter* [conseillers]."

satisfont une des hypothèses de l'art. 9 al. 1bis let. a à d LBA. De tels indices existent, à teneur de l'art. 19 al. 2 OBA, notamment lorsque la personne paie avec des billets de banque de faible valeur nominale, les opérations portent sur des biens aisément négociables, ou la personne fournit des informations insuffisantes voire fausses. Lorsqu'un négociant est en présence de tels indices, il est tenu de procéder à des clarifications concernant le contexte et le but de l'opération. L'existence d'un indice ne signifie toutefois pas que le négociant doive aussitôt informer le MROS. Une communication ne doit intervenir que lorsque les clarifications supplémentaires ne permettent pas d'écarter le soupçon initial.[369]

### C. Conséquence: Obligation de communiquer et obligations parallèles

Lorsque les conditions de l'une des hypothèses de l'art. 9 al. 1bis let. a à d LBA sont réunies, le négociant doit **immédiatement procéder à une communication au MROS** – tout comme l'intermédiaire financier en vertu de l'art. 9 al. 1 LBA (cf. *supra* N. 149). Il sera question ci-dessous des modalités de cette communication (cf. *infra* chapitre VI), de ses effets, notamment en ce qui concerne les obligations parallèles du négociant (cf. *infra* chapitre VII), ainsi que des conséquences en cas de non-respect (cf. *infra* chapitre VIII). 16 2

## V. OBLIGATIONS DE COMMUNIQUER DES CONSEILLERS (ART. 9 AL. 1TER NLBA)

### A. Destinataires: Conseillers

En septembre 2025, le Parlement fédéral a décidé d'étendre l'obligation de communiquer à la nouvelle catégorie des **conseillers**. Les dispositions y relatives entreront en vigueur le 1er octobre 2026 (cf. supra N. 18). La notion de "conseiller" vise les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, participent pour le compte de tiers à des transactions financières, y compris l'organisation de fonds, en lien avec certaines opérations juridiques spécifiquement énumérées (notamment l'achat ou la vente d'immeubles, la création, la gestion ou l'administration d'entités 16 3

369. Cf. DFF, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur leblanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre desrecommandations du GAFI, 11.11.2015, p. 10.

juridiques non opérationnelles, l'organisation des apports ou distributions d'une telle entité, ainsi que la vente ou l'achat d'entités via des structures non opérationnelles), ainsi qu'aux prestataires qui mettent à disposition une adresse ou des locaux servant de domicile ou de siège (art. 2 al. 1 let. c *cum* al. 3bis et 3ter nLBA). La notion vise également les employés qui, sur la base d'un rapport de droit public, exercent la fonction d'officier public et qui, dans cette fonction, participent à des transactions financières, y compris l'organisation de fonds en relationa vec les opérations juridiques précitées (art. 2 al. 1 let. c cum art. 3quater nLBA). La nOBA contient plusieurs précisions utiles concernant l'interprétation de la notion de conseiller définie par la nLBA (art. 12d ss nOBA). Elle fixe notamment les seuils à partir desquels le conseil est réputé pratiqué à titre professionnel (art. 12f nOBA).

## B. Conditions

16 Les **conditions déclenchant l'obligation de communiquer** des conseillers
4 sont calquées sur celles applicables aux intermédiaires financiers, l'art. 9 al. 1ter let. a à c nLBA reprenant pratiquement textuellement l'art. 9 al. 1 LBA.[370] Ainsi, le conseiller doit procéder à la communication dès qu'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans l'opération ou la prestation de services qu'il prépare ou exécute sont en rapport avec la participation ou le soutien à une organisation criminelle ou terroriste ou le blanchiment d'argent, qu'elles proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, qu'elles sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste, ou qu'elles servent au financement du terrorisme (art. 9 al. 1ter let. a ch. 1 à 4 nLBA). L'obligation vaut également lorsque le conseiller rompt des négociations en raison de tels soupçons (art. 9 al. 1ter let. b nLBA), ainsi que lorsqu'il constate, sur la base des clarifications approfondies effectuées en cas de risque accru, la concordance entre des données relatives à une personne ou organisation listée au sens des mesures antiterroristes et celles d'un client, d'un ayant droit économique ou d'un signataire (art. 9 al. 1ter let. c nLBA). En principe, l'obligation de communiquer des conseillers s'interprète de manière analogue à l'art. 9 al. 1 et 1bis LBA, applicables aux intermédiaires financiers et aux négociants; la jurisprudence topique est dès lors transposable *mutatis mutandis* (cf. *supra* N. 79 ss).[371]

370. Message LTPM, FF 2024 1607, p. 166.

La notion de "**soupçons fondés**" est la même que pour les intermédiaires financiers, l'art. 9 al. 1quater LBA (ou l'art. 9 al. 1quinquies nLBA) étant expressément applicable par le renvoi de l'art. 9 al. 1sexies nLBA.[372] La notion suppose ainsi un ou plusieurs indices fondant le soupçon qui ne peuvent être dissipés par des clarifications (cf. *supra* N. 101 ss). 165

## C. Conséquence: Obligation de communiquer et obligations parallèles

Lorsque les conditions de l'obligation de communiquer aux termes de l'art. 9 al. 1ter let. a à d nLBA sont réunies, le conseiller doit **immédiatement procéder à une communication au MROS** – tout comme l'intermédiaire financier sous l'angle de l'art. 9 al. 1 LBA (cf. *supra* N. 149). 166

# VI. MODALITÉS DE LA COMMUNICATION

## A. Compétences et obligations au sein de l'intermédiaire financier, du négociant ou du conseiller

L'obligation de communiquer incombe, de manière générale, à l'intermédiaire financier, au négociant et au conseiller, tels qu'ils sont (ou seront) définis à l'art. 2 LBA, qu'il s'agisse d'une **personne physique ou morale**. 167

**Au sein d'une société**, l'obligation de communiquer incombe plus spécifiquement aux personnes désignées à cette fonction par la loi ou par les directives internes.[373] 168

S'agissant de la **désignation par la loi**, il faut comprendre cette notion comme une référence à la loi au sens matériel, incluant notamment aussi les ordonnances sur le blanchiment d'argent. 169

Pour les intermédiaires financiers soumis à l'**OBA-FINMA**, celle-ci prévoit que c'est la direction à son plus haut niveau qui décide d'effectuer des communications selon l'art. 9 LBA (ou selon l'art. 305ter al. 2 CP), mais qu'elle 170

371. Message LTPM, FF 2024 1607, p. 166.
372. Message LTPM, FF 2024 1607, p. 166.
373. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023, consid. 5.1; arrêt du TF 6B_1332/2018 du 28.11.2019 consid. 2.3.1; jugement de la CA-TPF CA.2019.7 du 28.5.2020 consid. II.1.1.5; voir aussi CR-Villard, art. 9 LBA N. 6.

peut déléguer cette tâche à un ou plusieurs de ses membres n'ayant pas la responsabilité directe de la relation d'affaires, au service spécialisé de lutte contre le blanchiment ou à un service majoritairement indépendant (art. 25*a* OBA-FINMA). Avant d'aborder le cercle des personnes auxquelles peut être déléguée la compétence décisionnelle en matière de communication, il convient de faire une observation générale par rapport à cette disposition: son but, outre celui d'assigner la compétence en matière de communication à un niveau hiérarchique élevé, est d'**éviter les conflits d'intérêts** lors de la décision de communication ou de non-communication de soupçons, tels qu'ils peuvent par exemple se produire lorsque le membre de la direction gère lui-même des relations clients soumises à communication.[374] Il s'agit là d'une préoccupation importante et légitime, qui soulève la question de savoir si des mesures destinées à éviter les conflits d'intérêts ne devraient pas également être prises au niveau de la direction. Une telle obligation ne peut toutefois être déduite directement de l'art. 25*a* OBA-FINMA, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs.[375]

17 En ce qui concerne les **délégataires de la compétence décisionnelle** en
1 matière de communication, l'art. 25*a* OBA-FINMA prévoit, comme mentionné ci-dessus, que la délégation peut intervenir en faveur d'un ou plusieurs membres de la direction n'ayant pas la responsabilité directe de la relation d'affaires, ou en faveur du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent aux termes des art. 24 et 25 OBA-FINMA. Enfin, la délégation peut aussi être opérée en faveur d'un service majoritairement indépendant, ce qui suppose que ses membres n'exercent pas, en majorité, une activité destinée à générer des profits.[376] Il peut également s'agir d'une personne seule; dans la pratique, on parle généralement du *Money Laundering Reporting Officer* ("**MLRO**"), cette fonction étant souvent

374. FINMA, Rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, 4.9.2017, p. 31.
375. Cf. l'interprétation téléologique, mais incompatible avec le libellé de l'art. 25 OBA-FINMA par Strasser, EF 8/19 p. 607, 609 s, selon lequel non seulement en cas de délégation, mais dans tous les cas où les circonstances le permettent, seules les personnes exerçant des fonctions de contrôle non axées sur le rendement devraient participer à la décision relative à la communication et que les personnes ayant une responsabilité même indirecte de la relation d'affaires n'entrent pas en ligne de compte.
376. FINMA, Rapport sur les résultats de l'audition relative à la révision partielle de l'OBA-FINMA, 20.6.2018, p. 26.

assumée par le *Head of compliance* ou le directeur juridique.[377] Il est même envisageable d'entendre par "service indépendant" des tiers externes.[378]

Il est en outre possible, une fois prise la décision de communiquer, de **déléguer l'exécution de la communication** à un employé moins élevé dans la hiérarchie ou à un tiers externe, dûment formé et supervisé.[379] 172

La répartition précise des compétences dans le cadre de l'art. 25*a* OBA-FINMA, en particulier la délégation de la compétence décisionnelle et de l'exécution d'une communication, doit être réglée dans les **directives internes** de l'intermédiaire financier (cf. art. 26 al. 2 let. g OBA-FINMA).[380] Les principes mentionnés ci-après s'y appliquent *mutatis mutandis* (cf. *infra* N. 175). 173

Par souci d'exhaustivité, il convient encore de mentionner que les art. 49 et 50 al. 2 let. g **OBA-OFDF** contiennent des règles équivalentes applicables au négoce des métaux précieux bancaires, tandis que l'**OBA-DFJP** sur les exploitants de jeux de grande envergure se contente de renvoyer aux directives internes (cf. art. 24 al. 2 let. g OBA-DFJP). L'**OBA-CFMJ** ne se prononce pas explicitement sur les compétences internes. 174

Comme mentionné plus haut, les compétences relatives à l'obligation de communiquer peuvent également découler des **directives ou règlements internes**, ce qui est d'ailleurs très courant dans la pratique. De manière générale, les critères sur lesquels doit se fonder un tel règlement sont les suivants: la priorité absolue est la stricte conformité aux exigences légales, c'est-à-dire l'assurance que les communications sont adressées au MROS de manière complète et en temps utile, dès que les conditions sont réunies. En d'autres termes, le règlement doit assurer la qualité et la rapidité non seulement de la décision de communiquer, mais aussi de l'exécution de la communication. S'agissant de la prise de décision, le règlement interne doit, à l'instar de l'art. 25*a* OBA-FINMA, prévenir les conflits d'intérêts, notamment lorsqu'une personne appelée à se prononcer sur l'opportunité d'une 175

377. Cf. Strasser, EF 8/19 p. 607, 609 s.

378. Cf. p.ex. jugement de la CAP-TPF SK.2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.9.2 ("*la personne externe mandatée à cette fin*"); cf. OK II-De Capitani, art. 9 LBA N. 6 et 29; *contra*: CR-Villard, art. 9 LBA N. 9.

379. Du même avis: CR-Villard, art. 9 LBA N. 8 et 9.

380. Arrêt du TF 2C_192/2019 du 11.3.2020, consid. 4.4.

communication est impliquée dans la relation d'affaires concernée.[381] En outre, si la collégialité peut *a priori* offrir une meilleure garantie de conformité à la loi, lorsque la composition de l'organe collégial est adéquate et que les compétences requises sont réunies, elle comporte intrinsèquement un risque de retard, *a fortiori* selon les règles de quorum ou de vote applicables. Par ailleurs, il peut arriver que les membres de l'organe collégial se reposent sur les autres et partant se sentent moins concernés par le sujet de la communication au MROS, sous-estimant parfois la responsabilité qui peut s'y attacher (cf. *infra* N. 176 s.). Inversement, la décision prise par une seule personne spécifiquement désignée à cette fin au sein de l'entreprise favorise la célérité, mais n'est véritablement efficace que si l'indépendance et l'expertise sont assurées.[382] Dans ce dernier cas notamment, il convient de veiller à ce que la personne prenant la décision occupe une position hiérarchique adéquate au sein de l'entreprise, afin d'être à même de résister aux tentatives de pression ou d'obstruction.[383]

17 6 La question de la compétence décisionnelle en matière de communication au sein de l'entreprise soumise à la LBA est centrale, en particulier du point de vue pénal. Selon un considérant-type du Tribunal pénal fédéral, entrent notamment en ligne de compte dans le **cercle des potentiels auteurs de l'infraction à l'art. 37 LBA**, la personne responsable de procéder à la communication selon la règlementation interne de l'établissement, la personne externe mandatée à cette fin, les organes tenus d'établir les règles en matière d'instruction et de surveillance du service responsable de la communication, ainsi que les organes et collaborateurs chargés d'instruire ce service.[384] Ce cercle est très vaste et souvent critiqué en doctrine pour son caractère abstrait.[385]

17 7 Comme mentionné plus haut, la règle générale est que l'obligation de communiquer incombe aux personnes désignées à cette fonction par la loi ou par un règlement interne.[386] Sous l'angle de l'éventuelle responsabilité pénale

381. Cf. Strasser, EF 8/19 p. 607, 609 s.
382. Strasser, SJZ 118/2022 p. 691, 692.
383. Strasser, EF 8/19 p. 607, 611; voir également à ce sujet l'arrêt du TF 2C_192/2019 du 11.3.2020, consid. 5.4.2.
384. Jugement de la CAP-TPF SK.2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.9.2; jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.2.6; jugement de la CAP-TPF SK.2017.54 du 19.12.2017, consid. 2.2.4.1.
385. Cf. p.ex. CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 19.

encourue, il importe peu que les personnes responsables désignées doivent, conformément aux prescriptions internes, impliquer d'autres organes ou fonctions à titre consultatif avant de décider d'une communication au MROS.[387] En outre, il a déjà été jugé qu'un **conseiller à la clientèle** qui a connaissance d'un état de fait nécessitant une communication, mais qui omet, contrairement aux obligations prévues par le règlement interne, d'en faire état à la personne chargée de décider de la communication au MROS, s'expose également pénalement au titre de l'art. 37 LBA.[388] Selon la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral, il en va de même des **employés ou organes compétents dans le domaine** de la prévention et de la lutte contre le blanchiment d'argent, même s'ils ne sont pas, selon la répartition interne des compétences, eux-mêmes chargés de la communication au MROS.[389] Enfin, lorsque, selon les directives internes, la compétence décisionnelle en matière de communication n'incombe pas à une seule personne (typiquement le MLRO), mais relève d'un **organe collégial**, chaque membre individuel d'un tel organe assume une position de garant dont résulte une obligation indépendante d'œuvrer à une communication, le cas échéant en proposant que cette question soit soumise au vote au sein du collège.[390] Aussi, en cas de communication tardive ou omise, le membre individuel peut être pénalement recherché sur la base de l'art. 37 LBA.[391]

## B. Destinataire de la communication

Il ressort de l'art. 9 LBA que la communication doit être adressée au **MROS** (*Money Laundering Reporting Office Switzerland*), c'est-à-dire au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent au sens de l'art. 23 LBA. 178

386. Arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023, consid. 5.1; arrêt du TF 6B_1332/2018 du 28.11.2019 consid. 2.3.1; jugement de la CA-TPF CA.2019.7 du 28.5.2020 consid. II.1.1.5.
387. Jugement de la CA-TPF CA.2020.10 du 2.8.2021, consid. 3.2.1.
388. Jugement de la CAP-TPF SK.2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.9.3; arrêt de la CAP-TPF SK. 2007.28 et 2008.16 du 18.9.2008 et complément du 18.5.2009, consid. 3.2.5.
389. Jugement de la CAP-TPF SK.2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.9.3.
390. Cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_1332/2018 du 28.11.2019, consid. 2.3.1 (qui se réfère à l'ATF 122 IV 103, consid. IV.2/c/bb, mais qui laisse ouverte la question de la punissabilité d'un membre qui se serait prononcé en faveur de la communication); arrêt de la CA-TPF CA. 2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.3.6.
391. Arrêt du TF 6B_1332/2018 du 28.11.2019, consid. 2.3.1; cf. aussi jugement CAP-TPF SK. 2022.47 du 15.11.2023, consid. 4.9.4 et jugement de la CAP-TPF SK.2020.39 du 31.5.2021, consid. 2.5.1; voir aussi CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 21 s. et les réf. citées.

392 Celui-ci joue un rôle **charnière** entre les personnes soumises à l'obligation de communiquer et les autorités de poursuite pénale: le MROS vérifie et analyse les informations qui lui sont communiquées, requiert, au besoin, des informations supplémentaires et dénonce immédiatement le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente en présence de soupçons fondés (cf. art. 23 al. 2 et 4 LBA; cf. *infra* N. 195 ss). Ainsi, les tâches qui incombent au MROS en tant que cellule nationale de renseignements financiers dans le système de lutte contre le blanchiment d'argent visent à éviter la surcharge des autorités de poursuite pénale par des communications insuffisamment fondées, à assurer un tri et un examen préliminaire spécialisés afin d'identifier les cas réellement douteux, mais aussi à mettre en évidence les liens entre différentes informations qui échapperaient à un traitement décentralisé et à acquérir une vue d'ensemble des méthodes et de l'évolution du blanchiment d'argent, pour fournir des informations de qualité aux intermédiaires financiers, aux organes de surveillance et aux autorités de poursuite pénale.[393]

17 9 L'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA n'est ainsi **pas satisfaite** lorsque le MROS est "court-circuité" et que les soupçons sont directement et exclusivement communiqués aux autorités de poursuite pénale[394], à l'organisme d'autorégulation[395] ou aux autorités étrangères[396]. De tels procédés comportent en outre des risques pénaux concrets, en lien notamment avec la violation du secret bancaire (art. 47 LB) voire, potentiellement en présence d'éléments d'extranéité pouvant justifier la compétence d'autorités pénales étrangères, les infractions contre la souveraineté de l'État (art. 271 et 273 CP notamment).

18 0 Par ailleurs, le MROS ne peut accepter et traiter les communications de soupçons reçues que si celles-ci entrent dans sa compétence en raison du **principe de spécialité**. Ainsi, le MROS n'est pas en mesure d'accepter les communications émanant de personnes physiques ou morales non soumises à la LBA (ou à la LVP), par exemple de simples particuliers. Il en va de même s'agissant des négociants concernant des paiements autres qu'en cash. Ces

392. Cf. dans le même sens: BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 129; SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 89.
393. Message LBA, FF 1996 III 1057, p. 1086 s.
394. BSK-Ivell, art. 9 LBA N. 129; OFK Finanzmarktstrafrecht-Fingerhuth, art. 37 LBA N. 15.
395. CR-Villard, art. 9 LBA N. 118.
396. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 16.

derniers sont tenus de faire part de leurs soupçons directement aux autorités de poursuite pénale.[397]

## C. Forme et contenu de la communication

À la **forme**, l'art. 3a al. 3 OBCBA prévoit que la communication au MROS s'effectue soit par le système d'information **goAML**, soit par le formulaire préétabli par le MROS, disponible sur son site web.[398] GoAML est un système d'information électronique développé par l'ONU et mis en place en 2020 par le MROS, qui permet la saisie numérique des communications de soupçons via un portail sécurisé, la transmission électronique aux autorités compétentes et la standardisation des formats de données.[399] Bien que l'OBCBA ne rende pas (encore) obligatoire l'utilisation du système goAML,[400] Fedpol l'encourage depuis quelques années.[401] Dans cet esprit, le Parlement fédéral a décidé, dans le cadre de la révision de la LBA entérinée en septembre 2025, d'introduire l'art. 23 al. 7 nLBA, selon lequel l'échange d'informations avec le MROS se fera désormais exclusivement au moyen de goAML. La possibilité d'envoyer une communication sur papier sera dès lors supprimée à compter du 1er octobre 2026, date d'entrée en vigueur de la révision de la LBA (cf. supra N. 18).[402] 18 1

Le **contenu** des communications au MROS est défini en détail à l'art. 3 al. 1 et 2 OBCBA, en fonction de leur auteur (cf. aussi art. 3*a* al. 4 OBCBA).[403] S'agissant des intermédiaires financiers, la communication doit mentionner l'identité de l'auteur et fournir un moyen de contact direct avec la personne compétente, ainsi que l'identification de l'autorité de surveillance compétente. Elle doit en outre comprendre les données d'identification du client (au sens de l'art. 3 LBA) et de l'ayant droit économique (au sens de l'art. 18 2

397. MROS, Rapport annuel 2020, p. 44 s.
398. Critique concernant l'obligation d'utiliser le formulaire (et par analogie le système d'information): KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 18; OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 5.
399. Cf. Fedpol, Révision partielle de l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, Commentaires, 24.11.2019, p. 3 ss. Concernant les différentes améliorations techniques apportées ou en cours d'implémentation en lien avec goAML, voir MROS, Rapport annuel 2025, p. 11.
400. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 122.
401. Fedpol, Révision partielle de l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, Commentaires, 24.11.2019, p. 15.
402. Message LTPM, FF 2024 1607, p. 172.
403. Cf. MROS, Rapport annuel 2018, p. 38 s.

4 LBA), l'identification des autres personnes habilitées à signer ou à représenter, l'inventaire des valeurs patrimoniales concernées (y compris l'état actuel du compte) et une description précise de la relation d'affaires, de son objet et de son but, avec les références d'ouverture. Surtout, la communication doit exposer de manière aussi précise que possible les soupçons qui la sous-tendent et documenter ceux-ci par des extraits de compte, pièces justificatives détaillant les transactions suspectes, les éventuels liens avec d'autres relations d'affaires, ainsi que le résultat des clarifications internes effectuées conformément à l'art. 6 LBA.

18 3 En ce qui concerne le niveau de détail, la communication doit être **aussi complète que possible**, afin de permettre au MROS de procéder à l'analyse prévue à l'art. 23 al. 2 et 4 LBA. En outre, l'intermédiaire financier ou le négociant qui effectue une communication incomplète s'expose au risque de ne pas être délié de son obligation de communiquer et, partant, de voir sa responsabilité pénale engagée aux termes de l'art. 37 LBA (cf. *infra* N. 211 s).[404] Au regard notamment de la possibilité dont le MROS dispose en vertu de l'art. 11*a* LBA d'obtenir des informations complémentaires de l'intermédiaire financier à l'origine de la communication, il convient toutefois de faire preuve de **retenue** avant de conclure qu'une communication incomplète est réputée ne pas être intervenue.[405] Il ne devrait en aller ainsi que si la communication n'a, à l'évidence, pas été effectuée avec la diligence requise ou si les informations transmises au MROS sont tellement lacunaires que ce dernier ne peut absolument pas remplir sa mission légale (cf. *infra* N. 195 ss).

18 4 Pour les communications émanant des **négociants**, un noyau d'informations analogue est exigé, adapté toutefois à leur statut (cf. art. 3 al. 2 OBCBA).

18 5 Il en ira en principe de même des conseillers, selon les modifications prévues de l'OBCBA (cf. art. 3 al. 2$^{bis}$ et 2$^{ter}$ nOBCBA) figurant en annexe à la nOTPM[406].

18 6 Si l'OBCBA prévoit quelles informations doivent être contenues dans une communication, le nom des employés de l'intermédiaire financier ou du négociant chargés du dossier peut ne **pas être mentionné**, pour autant que le MROS et l'autorité de poursuite pénale gardent la possibilité de prendre

404. CR-Villard, art. 9 LBA N. 126 et les réf. citées.
405. CR-Villard, art. 9 LBA N. 127; voir aussi CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 N. 44.
406. RO 2026 364.

rapidement contact avec eux (art. 9 al. 1ter LBA). Cette disposition a été introduite par le Parlement afin de protéger les employés d'éventuelles mesures de rétorsion de la part de la personne visée par la communication.[407]

Dans son rapport sur les **typologies dites négatives** publié courant 2025, le MROS se plaint d'une dégradation de la qualité de certaines communications, caractérisées par des dossiers insuffisamment étayés, mal documentés ou sans pertinence réelle pour la lutte contre le blanchiment d'argent. Le MROS observe que, dans de nombreux cas, les faits ne sont que sommairement clarifiés, ou il demeure incertain si les clarifications supplémentaires requises par l'art. 6 LBA ont été effectuées. Cette tendance se double d'un phénomène de communications dites défensives (*defensive reporting*); des intermédiaires financiers procèdent à des annonces prématurées pour se prémunir contre un risque pénal ou administratif, plutôt que de communiquer sur la base de soupçons fondés après clarifications supplémentaires.[408] Aussi justifiées que soient ces remarques et aussi importante que soit la qualité des communications pour servir à la lutte contre le blanchiment d'argent[409], le comportement observé des personnes soumises à la LBA n'est pas moins compréhensible, car elles s'exposent à des sanctions pénales et/ou prudentielles considérables en cas de défaut ou de retard d'annonce. À cela vient s'ajouter le fait que le seuil de soupçon qui déclenche l'obligation de communiquer a été abaissé d'abord par la jurisprudence, puis par le législateur (cf. art. 9 al. 1quater LBA). Dans ce contexte, il ne surprend guère que les personnes soumises à la LBA puissent avoir tendance à faire des communications de manière précipitée. 187

## D. Moment de la communication

L'art. 9 al. 1 et al. 1bis LBA prévoit que la communication doit être effectuée "**immédiatement**", sans autre précision. Il est utile de distinguer deux aspects dans cette notion d'immédiateté, à savoir, d'une part, le moment où l'obligation de communiquer est déclenchée et, d'autre part, le délai imparti pour préparer et transmettre la communication au MROS. 188

S'agissant du **moment qui déclenche l'obligation** de communiquer, celui-ci a déjà été abordé plus haut en lien avec les différentes hypothèses énoncées à 189

407. Cf. BO 2014 CN 1977 s; BO 2014 CE 1183; cf. aussi OFK-Thelesklaf, art. 9 LBA N. 24; SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 85.

l'art. 9 LBA. À l'exception du cas prévu par l'art. 9 al. 1 let. b LBA, où l'obligation est déclenchée par la rupture des négociations visant à établir la relation d'affaires en raison de soupçons fondés (cf. *supra* N. 131), l'obligation de communiquer naît généralement dès que le seuil des soupçons fondés est atteint (cf. *supra* N. 99, 144 et 158). Il convient de rappeler que la définition légale des soupçons fondés prévoit, outre la présence d'indices laissant supposer un lien avec une infraction, que les clarifications supplémentaires effectuées n'aient pas permis de dissiper les soupçons (art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA; cf. *supra* N. 104). Par conséquent, l'obligation de communiquer ne naît pas dès l'apparition des premiers doutes, mais seulement après que les clarifications ont été effectuées dans la mesure raisonnable et nécessaire.[410]

19 0 En principe, les personnes soumises à la LBA doivent entreprendre immédiatement les **clarifications complémentaires** en application de l'art. 6 al. 2 LBA et les mener à bien le plus rapidement possible, dès qu'elles disposent d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'art. 9 LBA pourraient être remplis (cf. art. 9 al. 1$^{quater}$ LBA).[411] L'étendue des clarifications dépend des circonstances concrètes. Comme exposé ci-dessus, l'intermédiaire financier doit procéder avec diligence et effectuer à tout le moins les clarifications qui permettraient de dissiper le soupçon initial. Une fois ces clarifications effectuées, si le ou les soupçons n'ont pas pu être dissipés, il convient de procéder immédiatement à la communication (cf. *supra* N. 106 ss).

19 1 Selon la jurisprudence, un retard dans le processus de clarification n'est pas une raison valable pour surseoir à la communication.[412] En pratique, le Département fédéral des finances (DFF) retient habituellement que

408. MROS, Typologies négatives, 2025, p. 6; cf. aussi *supra* N. 87 et N. 111.

409. MROS, Rapport annuel 2025, p. 12.

410. Jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.2.5.5 ("*Dies bedeutet, die Verdachtsmeldung muss eingereicht werden, sobald Wissen vorliegt bzw. der Verdacht begründet ist, d.h., sobald die Hintergrundabklärungen nach Art. 6 GwG abgeschlossen sind und der Verdacht nicht ausgeräumt werden konnte*"); arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.3.3 (non définitif; "*En règle générale, le moment de la communication coïncidera avec la fin des clarifications au sens de l'art. 6 LBA. Cependant, la communication doit être effectuée sans délai dès que les conditions préalables sont réunies, mêmes si des clarifications sont encore en cours et notamment s'il apparaît que le doute ne pourra, selon toute probabilité, de toute façon pas être écarté*").

411. Cf. ég. art. 17 OBA-FINMA.

412. Jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.2.5.5.

l'intermédiaire financier dispose d'un **délai de 60 jours** pour procéder à des clarifications – c'est-à-dire pour dissiper entièrement les soupçons apparus – sous peine de devoir procéder à la communication. Cette pratique trouve son origine dans une ancienne décision de la Commission fédérale des banques (CFB), qui avait retenu que le fait de clarifier des transactions inhabituelles quelque 60 jours après leur identification par un système informatique de surveillance des transactions, était excessif.[413] La décision de la CFB n'a donc pas la portée qui lui est prêtée par le DFF.[414] En outre, cette décision ne contient aucune motivation explicite justifiant le choix du délai de 60 jours. Il est d'ailleurs observé que cette référence temporelle n'a été reprise ni dans la LBA, ni dans l'OBA-FINMA. En tout état de cause, le délai de 60 jours ne peut, à notre sens, être compris que comme une **limite absolue** du temps disponible pour mener des clarifications approfondies. Il ne saurait en aucun cas être interprété comme un délai "standard" ou automatiquement applicable.[415]

C'est également le lieu de rappeler que lorsque l'intermédiaire financier a connaissance de l'origine criminelle des valeurs patrimoniales ou qu'il dispose d'un **soupçon d'emblée fondé** (par exemple, en apprenant de source fiable que le client fait l'objet d'une procédure pénale en lien avec les valeurs patrimoniales concernées), l'obligation de communiquer doit (exceptionnellement) être mise en œuvre immédiatement, sans procéder préalablement à des clarifications supplémentaires, pour autant que les informations à disposition permettent d'assurer la qualité de la communication (cf. *supra* N. 110 ss).[416] 19 2

Dès que l'obligation de communiquer est déclenchée, la communication doit être mise en œuvre immédiatement. Ce que cela signifie concrètement dépend du cas particulier.[417] Certes, la jurisprudence suggère – non pas de manière générale, mais dans des cas concrets – que la personne soumise à la 19 3

413. CFB-Bulletin 50/2007, p. 73 ss ("*Die Abklärung ungewöhnlicher Transaktionen mehr als 60 Tage nach deren Feststellung durch das Transaktionsüberwachungssystem ist mit der Pflicht gemäss Art. 20 GwV EBK, zusätzliche Abklärungen unverzüglich einzuleiten und so rasch als möglich durchzuführen, nicht vereinbar*").

414. Cf. ég. CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 43.

415. Du même avis: CR-Polli, art. 6 LBA N. 121.

416. Cf. ég. arrêt de la CA-TPF CA.2024.1 du 14.12.2025, consid. II.1.3.1.3.4 (non définitif; "*En présence d'un indice précis, l'intermédiaire financier doit effectuer la communication au MROS immédiatement après en avoir eu connaissance*").

LBA peut être obligée de communiquer le jour même où le soupçon est devenu fondé au sens de l'art. 9 al. 1quater LBA.[418] Cela ne devrait toutefois s'appliquer que dans des cas exceptionnels, car d'un point de vue purement pratique, il convient d'accorder un **délai suffisant pour décider sur le principe de la communication et ensuite préparer et transmettre la communication au MROS**. Si un soupçon fondé existe, mais qu'il n'est communiqué au MROS que de manière incomplète ou imprécise en raison du manque de temps, alors toutes les clarifications supplémentaires n'auront servi à rien et l'objectif de la LBA n'aura pas été atteint. Il convient de rappeler en effet que, selon le MROS, "[l]*es communications de soupçons* [...] *doivent présenter une certaine qualité matérielle pour que le MROS puisse les traiter judicieusement. Les faits rudimentaires ou non clarifiés rendent l'analyse compliquée voire impossible. De telles communications de soupçons bloquent le système d'information et requièrent des ressources inutiles au MROS. Elles ont un effet néfaste sur l'efficience du traitement des communications et affaiblissent globalement le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent*".[419]

19 4 Par conséquent, la notion d'immédiateté doit être interprétée de manière téléologique, comme signifiant que la personne soumise à la LBA dispose, entre le moment où le soupçon fondé apparaît et celui où la communication est transmise au MROS, du temps nécessaire dans le cadre d'une bonne organisation interne et d'une conduite diligente, pour prendre la décision de procéder à une communication, l'établir de manière qualitative, avec toutes les pièces justificatives prévues par le cadre légal, puis la transmettre au MROS par une voie sécurisée et rapide. En règle générale, **quelques jours** suffiront,[420] étant donné que la personne soumise à la LBA peut se fonder directement sur les résultats des clarifications supplémentaires effectuées et

417. Cf. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 24; SHK-Luchsinger, art. 9 LBA N. 99; cf., peu claire, OFK Finanzmarktstrafrecht-Fingerhuth, art. 37 LBA N. 15.

418. Cf. arrêt du TF 6B_1176/2022 du 5.12.2023, consid. 4.2.4 ("*En l'espèce, il est admis et non contesté que C. a pris connaissance en date du 28 janvier 2011 de l'ouverture d'une instruction en Russie contre D.D. pour faillite frauduleuse, que cette instruction en Russie constituait un 'soupçon fondé' et qu'en conséquence, C. aurait dû communiquer la relation de D.D. et ses fils au MROS dès le 28 janvier 2011*".); jugement de la CAP-TPF SK.2019.55 du 28.7.2020, consid. 2.4.1.5 ("[D]*ie Bank D. besass am 12. Januar einen begründeten*[...]. *Die Meldepflicht entstand somit am 12. Januar 2010.*").

419. Cf. MROS, Rapport annuel 2024, p. 32.

420. Cf. CR-Villard, art. 9 LBA N. 116.

que le système d'information goAML permet une transmission électronique immédiate.

## VII. EFFETS DE LA COMMUNICATION ET OBLIGATIONS PARALLÈLES

### A. Procédure du MROS

Une fois le **MROS nanti d'une communication de soupçons**, il vérifie et analyse les informations qui lui sont communiquées, requiert, au besoin, des informations supplémentaires et dénonce immédiatement le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente en présence de soupçons fondés (cf. art. 23 al. 2 et 4 LBA). 195

Dans sa **phase d'analyse**, le MROS examine les communications et procède à des recherches complémentaires (cf. art. 1 al. 2 let. a et b OBCBA). Pour l'accomplissement de ses tâches, il peut obtenir des informations en vertu de la Loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle[421] (art. 6 OBCBA). Il est également habilité à exiger de la part des autorités, offices, organismes de surveillance et d'autorégulation toutes informations pertinentes, notamment pour vérifier l'existence de poursuites pénales ou administratives, la connaissance policière de personnes ou sociétés, la situation de séjour et d'activité en Suisse, ainsi que l'assujettissement effectif de l'intermédiaire à la surveillance compétente (art. 7 OBCBA). Parallèlement, en application de l'art. 11*a* LBA, l'intermédiaire financier auteur de la communication et, le cas échéant, d'autres intermédiaires impliqués dans la transaction ou la relation d'affaires doivent fournir au MROS, sur demande et dans le délai qu'il fixe, toutes les informations disponibles nécessaires à l'évaluation des soupçons. 196

Au terme de l'analyse des informations, le **MROS dénonce immédiatement** le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente lorsque des soupçons fondés permettent de présumer qu'une infraction au sens des art. 260$^{ter}$, 305$^{bis}$ ou 305$^{ter}$ al. 1 CP a été commise ou que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste ou servent au 197

421. Loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres États du 7 octobre 1994 (LOC; RS 360).

financement du terrorisme (art. 23 al. 4 LBA). Il incombe au MROS non seulement de décider si des informations sont transmises, mais aussi lesquelles (art. 1 al. 2 let. c OBCBA). Les informations pertinentes et l'évaluation que le MROS en fait sont adressées aux ministères publics sous forme de rapports électroniques.[422] Ils ne doivent contenir aucune indication relative à l'auteur de la communication ou à la personne ayant communiqué des informations (art. 8 al. 1 OBCBA; cf. aussi art. 9 al. 1$^{ter}$ LBA). En parallèle, le MROS informe l'intermédiaire financier (ou le conseiller) du fait qu'il transmet les informations communiquées en vertu de l'art. 9 al. 1 let. a LBA à une autorité de poursuite pénale (cf. art. 23 al. 5 nLBA et art. 9 al. 1 OBCBA).

198 Par ailleurs, lorsque le MROS constate qu'un intermédiaire financier (ou le conseiller) n'a pas observé ses obligations en cas de soupçons de blanchiment d'argent, il peut en **informer spontanément l'autorité de surveillance** compétente, l'organisme de surveillance compétent ou l'organisme d'autorégulation (art. 10 al. 2 nOBCBA). En théorie, il serait même envisageable que le MROS procède à une dénonciation pénale, en mains du DFF, pour soupçons de violation de l'art. 37 LBA (cf. art. 301 al. 1 CPP). Nous n'avons toutefois pas connaissance que cela se soit déjà produit.

## B. Obligations parallèles

199 La LBA et ses ordonnances contiennent **diverses obligations** parallèles à l'obligation de communiquer, dont l'objectif premier est d'empêcher le "*tipping off*" et de préserver les valeurs patrimoniales en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure. La majorité de ces obligations s'appliquent aux intermédiaires financiers et valent à partir du moment où la communication au MROS est intervenue.

200 En vertu de l'art. 10*a* al. 1 et 5 LBA, l'intermédiaire financier – et le négociant – sont soumis à une **interdiction d'informer** les personnes concernées et les tiers du fait qu'ils ont effectué une communication. La LBA prévoit plusieurs exceptions à cette règle pour les intermédiaires financiers, notamment concernant la communication vis-à-vis de leurs autorités de surveillance, d'autres intermédiaires financiers (si cela est nécessaire au respect des obligations découlant de la LBA), et leur société mère à l'étranger (aux conditions prévues par l'art. 4$^{quinquies}$ LB; cf. art. 10*a* al. 1 à 3$^{bis}$ LBA). En

422. MROS, Rapport annuel 2020, p. 39.

outre, l'interdiction d'informer ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de sauvegarder des intérêts propres dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative (art. 10*a* al. 6 LBA).

L'intermédiaire financier est également soumis à l'**interdiction de rompre la relation d'affaires** lorsque les conditions d'une communication sont remplies (art. 12*a* al. 1 OBA). Cette interdiction s'applique donc déjà avant le moment de la communication au MROS, pendant la (courte) période de préparation de celle-ci. En outre, il résulte de la formulation de l'art. 12*a* al. 1 OBA ("*lorsque les conditions d'une communication sont remplies*") que l'intermédiaire financier ne saurait rompre une relation d'affaires dans le but d'éluder ou retarder une communication au MROS. Autrement dit, l'interdiction s'applique même si l'intermédiaire financier renonce ou tarde à communiquer. 20 1

Cela étant, si le MROS ne notifie pas à l'intermédiaire financier qu'il transmet les informations communiquées à une autorité de poursuite pénale dans un délai de 40 jours ouvrables suivant une communication au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LBA, l'intermédiaire financier **peut rompre** la relation d'affaires (art. 9*b* al. 1 LBA). Tel est aussi le cas dans les hypothèses supplémentaires selon l'art. 12*b* al. 1 OBA. Si l'intermédiaire financier rompt la relation d'affaires après ce délai, cette circonstance ainsi que la date à laquelle la rupture est intervenue doivent être communiquées au MROS (art. 9*b* al. 3 LBA; art. 12*b* al. 3 OBA).[423] En outre, l'intermédiaire financier ne peut autoriser le retrait d'importantes valeurs patrimoniales que sous une forme permettant aux autorités de poursuite pénale d'en suivre la trace (art. 9*b* al. 2 LBA; cf. aussi art. 12*a* al. 2 let. b et 12b al. 2 OBA). L'interdiction d'informer continue par ailleurs à s'appliquer même après la rupture de la relation d'affaires (art. 9*b* al. 4 LBA). 20 2

423. Par souci d'efficacité, le MROS a instauré en 2025 une pratique *de minimis* en matière de notification de la rupture de la relation d'affaires. En bref, selon cette pratique, les intermédiaires financiers peuvent annoncer la rupture prévue d'une relation d'affaires déjà au moment la communication de soupçons, pour autant que les conditions cumulatives suivantes soient remplies: (i) l'avoir total de la relation d'affaires doit être inférieur à CHF 15'000 au moment de la communication, (ii) au moment de la communication de soupçons, l'intermédiaire financier s'engage par écrit à rompre la relation d'affaires après expiration d'un délai de 40 jours ouvrables conformément à l'art. 9b LBA, (iii) la rupture doit être signalée par l'inscription du code "CANC40" dans le champ de la communication. Si la rupture de la relation d'affaires est annoncée à l'avance, il n'est plus nécessaire de faire d'annonce de rupture par la suite. Voir MROS, Rapport annuel 2025, p. 35 s.

20 3 Il est à noter que l'art. 12*a* al. 1 OBA ne s'oppose pas à ce que la relation d'affaires soit rompue **à l'initiative du client**.[424] Cela découle *a contrario* de la formulation "de lui-même" à l'art. 12*a* al. 1 OBA et de la distinction que fait la loi entre l'interdiction de rompre la relation d'affaires et l'obligation de bloquer les fonds.[425]

20 4 Pendant l'analyse effectuée par le MROS, l'intermédiaire financier doit **continuer à exécuter les ordres** des clients portant sur les valeurs patrimoniales communiquées en vertu de l'art. 9 al. 1 let. a LBA (cf. art. 9a al. 1 LBA). Le but de cette disposition est d'éviter que le client ne soit indirectement alerté qu'une communication a été adressée au MROS.[426] L'objectif de discrétion recherché par cette disposition n'est toutefois pas absolu, car l'intermédiaire financier ne peut exécuter les ordres du client qui portent sur d'importantes valeurs patrimoniales que sous une forme permettant aux autorités de poursuite pénale d'en suivre la trace (art. 9*a* al. 2 LBA). Si cette condition n'est pas satisfaite, l'intermédiaire financier n'aura pas d'autre choix que de refuser d'exécuter les instructions du client, ce qui pourrait alerter ce dernier quant à une éventuelle communication intervenue au MROS.

20 5 Sous l'angle du droit de la surveillance, l'intermédiaire financier soumis à l'OBA-FINMA doit en outre **informer la FINMA ou l'organisme de surveillance** des communications effectuées lorsqu'elles concernent des relations d'affaires comportant d'importantes valeurs patrimoniales. Il doit en particulier procéder à une telle information lorsqu'il y a lieu de penser, au vu des circonstances, que l'affaire ayant entraîné la communication aura des conséquences sur la réputation de l'intermédiaire financier ou de la place financière (art. 22*a* al. 1 OBA-FINMA). À noter que certains OAR exigent de leurs membres qu'ils les informent immédiatement de toute communication effectuée.

20 6 Une règle centrale pour assurer à terme la confiscation des valeurs patrimoniales liées à du blanchiment d'argent consiste en le **blocage des**

424. Cf. ég. KV/KO II-Hutzler, art. 9 LBA N. 83, qui distingue sous l'angle temporel comme suit: la demande de rupture de la relation d'affaires doit être refusée pendant la phase des clarifications en vertu de l'art. 6 LBA, et qu'elle doit être exécutée en application de l'art. 9*a* LBA si la communication a déjà été effectuée.

425. *Ibid*.

426. Cf. MROS, Rapport annuel 2015, p. 55.

**avoirs**. En effet, dès que le MROS notifie à l'intermédiaire financier qu'il transmet les informations à une autorité de poursuite pénale, l'intermédiaire financier doit bloquer les valeurs patrimoniales qui lui sont confiées et qui ont un lien avec des informations communiquées en vertu de l'art. 9 al. 1 let. a LBA (art. 10 al. 1 LBA). En revanche, les valeurs patrimoniales qui lui sont confiées et qui ont un lien avec les informations communiquées en vertu de l'art. 9 al. 1 let. c LBA, c'est-à-dire la correspondance avec une liste terroriste, doivent être immédiatement bloquées dès la communication au MROS (art. 10 al. 1$^{bis}$ LBA). Le blocage des avoirs doit être maintenu jusqu'à la réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente, mais durant cinq jours ouvrables au plus à compter du moment où le MROS a notifié à l'intermédiaire financier avoir transmis les informations à une autorité de poursuite pénale dans le cas de l'art. 9 al. 1 let. a LBA ou du moment où l'intermédiaire financier a informé le MROS dans le cas de l'art. 9 al. 1 let. c LBA (art. 10 al. 2 LBA).

En outre, les ordonnances sectorielles obligent les personnes y soumises à **conserver une copie des communications** effectuées (art. 74 al. 1 let. f OBA-FINMA; art. 23 al. 1 let. f OBA-DFJP; art. 45 al. 1 let. f OBA-OFDF; cf. art. 21 al. 2 let. g OBA-CFMJ). 207

Il reste à mentionner l'**obligation de fournir des informations supplémentaires au MROS**. D'un côté, l'art. 11*a* al. 1 LBA prévoit que l'intermédiaire financier auteur de la communication doit fournir au MROS, sur demande et dans le délai fixé par ce dernier, toutes les informations disponibles nécessaires à l'évaluation des soupçons. De l'autre, la question se pose si l'intermédiaire financier (ou toute autre personne soumise à la LBA) est tenu de transmettre spontanément de nouvelles informations au MROS, sans demande préalable. En l'absence d'une base légale claire, il faut y répondre par la négative. Par contre, l'intermédiaire financier est en principe libre d'adresser au MROS des informations en lien avec une communication déjà envoyée. Si la communication initiale a été traitée par le MROS et que ce dernier a déjà informé l'intermédiaire financier de sa décision, le MROS considère que toute information et document transmis constitue une nouvelle communication, pour laquelle l'intermédiaire financier doit effectuer une analyse approfondie et fournir les annexes habituelles, un simple renvoi à la communication initiale ne suffisant pas.[427] En revanche, si le traitement de la 208

communication initiale par le MROS n'est pas encore achevé et que les nouvelles informations concernent exactement les mêmes personnes ainsi que le même état de fait, il ne s'agit pas, selon le MROS, d'une nouvelle communication. Le MROS traite ces informations comme un complément à la communication initiale, un simple renvoi à cette dernière étant alors suffisant.[428] Enfin, si les nouvelles informations ne concernent pas les mêmes faits ou les mêmes personnes, tout en présentant un lien avec la communication initiale, elles doivent faire l'objet d'une nouvelle communication;[429] une référence à la communication précédente semble appropriée dans ce cas.

## C. Exclusion de la responsabilité en cas de communication de bonne foi

20 9 Une communication au MROS entre, fondamentalement, en contradiction avec les obligations de loyauté et de confidentialité que la personne soumise à la LBA doit à son client. Par ailleurs, même si les soupçons communiqués au MROS ne s'avèrent ultérieurement pas fondés, la communication peut nécessiter de la part du client concerné des démarches coûteuses et lui causer des pertes, notamment du fait des transactions financières qu'il n'aura pas pu effectuer ou encore du fait des désagréments subis en raison de la procédure pénale ouverte ensuite de la communication. Cela pose la question d'éventuelles prétentions civiles contre la personne soumise à la LBA. Afin d'éviter que ces risques n'influent sur sa décision au sujet d'une éventuelle communication, l'art. 11 al. 1 LBA prévoit **une exclusion de la responsabilité pénale et civile**. Plus précisément, selon l'art. 11 al. 1 LBA, quiconque fait une communication de bonne foi ne peut être poursuivi pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires, ni être rendu responsable de violation de contrat.

# VIII. CONSÉQUENCES EN CAS DE VIOLATION DE L'OBLIGATION DE COMMUNIQUER

21 0 La **violation de l'obligation de communiquer** entraîne diverses conséquences, sur le plan administratif et/ou pénal.

427. MROS, Rapport annuel 2017, p. 60.
428. MROS, Rapport annuel 2017, p. 61.
429. MROS, Rapport annuel 2017, p. 61.

D'un point de vue théorique, trois principaux cas de figure peuvent relever d'une violation de l'art. 9 LBA. Premièrement, si la communication n'est **pas du tout effectuée**, alors que les conditions requises sont remplies. Deuxièmement, une **communication tardive** peut également constituer un manquement à l'art. 9 LBA, étant rappelé que la communication doit intervenir immédiatement selon le libellé de la disposition.[430] Troisièmement, l'art. 9 LBA est également enfreint en cas de **communication (manifestement) incomplète ou non conforme à la forme prescrite**.[431] Il a déjà été relevé ci-dessus que cette hypothèse ne doit être admise qu'avec retenue (cf. *supra* N. 183). 21 1

Ces trois cas de figure peuvent être sanctionnés tout d'abord sur le plan **pénal**. L'art. 37 LBA menace en effet d'une amende de 500'000 francs au plus celui qui enfreint intentionnellement l'obligation de communiquer et d'une amende de 150'000 francs en cas de violation par négligence. Il s'agit d'un délit propre pur[432], qui ne peut être commis que par une personne soumise à l'art. 9 LBA. En vertu de l'art. 6 DPA, la responsabilité pénale au sein de l'entreprise incombe aux personnes physiques qui ont agi (al. 1), respectivement à leurs supérieurs hiérarchiques (al. 2) (cf. *supra* N. 167 ss). L'entreprise peut être amenée à devoir répondre selon le régime subsidiaire de l'art. 49 de la Loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)[433].[434] 21 2

Sur le plan **administratif ou prudentiel** aussi, plusieurs conséquences peuvent découler du non-respect de l'art. 9 LBA. Par exemple, la FINMA peut ordonner le rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA) ou rendre une décision en constatation d'une violation grave, ainsi que procéder à l'exécution par substitution (art. 32 LFINMA). Si la FINMA constate une violation grave du droit de la surveillance, elle peut interdire à l'auteur d'exercer une fonction dirigeante dans un établissement assujetti (art. 33 LFINMA; cf. art. 9 al. 2 OBA-FINMA),[435] la violation des règles sur la lutte 21 3

430. Cf. arrêt de la CA-TPF CA.2021.14 du 10.2.2022, consid. 2.2.2.4; jugement de la CAP-TPF SK. 2017.54 du 19.12.2017, consid. 2.2.
431. Cf. Message LBA, FF 2019 5237, p. 5265; MROS, Rapport annuel 2018, p. 40; Fedpol, Commentaires sur la révision partielle de l'OBCBA, 24.11.2019, p. 14.
432. CR-Garbarski/Macaluso, art. 37 LBA N. 11.
433. Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RS 956.1.
434. Cf. jugement de la CAP-TPF SK.2018.47 du 26.4.2019, consid. 5.11.
435. Pour une illustration, voir arrêt du TF 2C_368/2023 du 7.8.2025, consid. 7–9; arrêt du TF 2C_368/2023 du 6.8.2025, consid. 10–16.

contre le blanchiment d'argent pouvant remettre en question la garantie d'une activité irréprochable exigée de l'intermédiaire financier (art. 9 al. 1 OBA-FINMA). La FINMA peut aussi interdire à la personne de pratiquer une activité de négoce d'instruments ou de conseil à la clientèle (art. 33a LFINMA). En outre, elle peut recourir au *naming and shaming* (art. 34 LFINMA) et confisquer le gain acquis par un assujetti ou une personne qui exerce une fonction dirigeante en violant gravement le droit de la surveillance (art. 35 LFINMA; cf. art. 9 al. 2 OBA-FINMA). Enfin, elle peut retirer l'autorisation d'exercer, la reconnaissance, l'agrément ou l'enregistrement d'un assujetti, si celui-ci ne remplit plus les conditions requises ou s'il viole gravement le droit de la surveillance (art. 37 LFINMA).

## DOCUMENTS OFFICIELS

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), Circulaire 2011/1, Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA Précisions concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA), Berne 2010

- Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA), Rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, Berne 2017 (cit. Rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA)

- Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA), Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative à la révision partielle de l'OBA-FINMA, qui a eu lieu du 4 septembre au 16 octobre 2017, Berne 2018 (cit. Rapport sur les résultats de l'audition relative à la révision partielle de l'OBA-FINMA)

- Révision partielle de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA), Commentaires, Berne 2022 (cit. Commentaires sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, 27.10.2022)

- Révision partielle de l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA), Rapport explicatif, Berne 2022 (cit. Rapport explicatif sur la révision partielle de l'OBA-FINMA, 8.3.2022)

Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), Rapport annuel 2002, Berne 2003

- Rapport annuel 2007, Berne 2008

- Rapport annuel 2008, Berne 2009

- Rapport annuel 2009, Berne 2010

- Rapport annuel 2010, Berne 2011

- Rapport annuel 2011, Berne 2012

- Rapport annuel 2012, Berne 2013

- Rapport annuel 2013, Berne 2014

- Rapport annuel 2014, Berne 2015

- Rapport annuel 2015, Berne 2016

- Rapport annuel 2016, Berne 2017

- Rapport annuel 2017, Berne 2018

- Rapport annuel 2018, Berne 2019

- Rapport annuel 2020, Berne 2021

- Rapport annuel 2021, Berne 2022

- Rapport annuel 2024, Berne 2025

- Rapport annuel 2025, Berne 2026

- Typologies négatives, Berne 2025

Conseil fédéral, Message concernant la loi sur la transparence des personnes morales, FF 2024 1607

- Message concernant la loi sur la transparence des personnes morales du 22 mai 2024, FF 2024 1607

- Message concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, du 13 décembre 2013, FF 2014 585

- Message concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 16 juin 2019, FF 2019 5237

- Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation

criminelle, droit de communication du financier) du 30 juin 1993, FF 1993 III 269

- Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier du 17 juin 1996, FF 1996 III 1057

- Message relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite du 21 mai 2014, FF 2014 5121

- Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé du 14 septembre 2018, FF 2018 6469

- Message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) du 15 juin 2007, FF 2007 5919

Département fédéral des finances (DFF), Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI, 11 novembre 2015 (cit. Rapport OBA 2015)

Groupe d'action financière (GAFI), 4ème Rapport de suivi renforcé & réévaluation de notations de conformité technique Suisse, 2023

- Les Quarante Recommandations Du Groupe D'action Financière Sur Le Blanchiment De Capitaux, 1990 (cit. Recommandations 1990)

- Les Quarante Recommandations, 1996 (cit. Recommandations 1996)

- Les Quarante Recommandations, 2003 (cit. Recommandations 2003)

- Mandate of the Financial Action Task Force, 2019

- Rapport d'évaluation mutuelle Suisse, 2016

- Rapport d'évaluation mutuelle Suisse, Synthèse, 2005

- Recommandations du GAFI, 2025 (cit. Recommandations 2012)

Office fédéral de la police (Fedpol), Révision partielle de l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, Commentaires, Berne 2019

Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), Consultation relative à la modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le

blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent), Rapport de résultats, 26 juin 2019 (cit. Rapport de résultats de la consultation relative à la modification de la LBA)

- Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, Rapport explicatif destiné à la consultation, 27 février 2013 (cit. Rapport explicatif sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI)

- Modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, Rapport explicatif sur le projet soumis à consultation, 1 juin 2018 (cit. Rapport explicatif sur la modification de la LBA)

## BIBLIOGRAPHIE

Baumann Florian, Commentaire de l'art. 70/71 CP, in: Niggli Marcel/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar Strafrecht, Bâle 2019

Borsodi Benjamin/Goumaz Charles, Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication (art. 305$^{ter}$ CP), in: Mazou Miriam/Jeanneret Yvan (édit.), Le procès pénal, Bâle 2025

Cassani Ursula, Evolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique: blanchiment d'argent et corruption privée, ZStrR 2018 p. 179

Cassani Ursula/Villard Katia, Commentaire de l'art. 305$^{bis}$ CP, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (édit.), Commentaire romand – Code pénal II, 2 éd., Bâle, 2025

Cassani Ursula/Villard Katia, Droit pénal économique. Eléments de droit suisse et transnational, 2$^{e}$ éd., Bâle 2025 (cit. Droit pénal économique)

Chappuis Benoît, Avis de droit à l'intention du Département fédéral des finances sur le projet de loi sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques (LTPM) et les modifications de la LBA sous l'angle du secret professionnel de l'avocat, 23 avril 2024 (cit. Avis de droit)

Chappuis Benoît/Burgener Fabio, Commentaire de l'art. 2 LBA, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (édit.), Commentaire romand – Loi sur le blanchiment d'argent, Bâle 2022

- Commentaire de l'art. 8a LBA, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (édit.), Commentaire romand – Loi sur le blanchiment d'argent, Bâle 2022

Chappuis Benoît/Gurtner Jérôme, La profession d'avocat, Zurich 2021

De Capitani Werner, Kommentar zu Art. 9 GwG, in: Niklaus Schmid (édit.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, t. II, Zurich 2002

Delnon Vera/Hubacher Marc, Geldwäscherei und Teilkontamination, ZStR 3/2016, p. 326

Egger Tanner Christine, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei: ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Zürich 1999

Fellmann Jeremias, Meldepflicht und Schweigerecht, Banken, Art. 9 Abs. 1 GwG und «nemo tenetur», in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2013

Fingerhuth Thomas, Finanzmarktstrafrecht, Zurich 2025 (cit. OFK Finanzmarktstrafrecht)

Garbarski Andrew/Conti Yann, Système de communication MROS: quo vadis?, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Lombardini Carlo/Garbarski Andrew (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise III, Berne 2022

Garbarski Andrew/Macaluso Alain, Commentaire de l'art. 37 LBA, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (édit.), Commentaire romand – Loi sur le blanchiment d'argent, Bâle 2022

Hohl-Chirazi Catherine, Blanchiment d'argent, infraction préalable et *in dubio pro reo*, in: Mazou Miriam/Jeanneret Yvan (édit.), Le procès pénal, Bâle 2025

Hohler Christoph/Schmid Niklaus, Die Stellung der Banken und ihrer Mitarbeiter unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100quater f., PJA 5/2005, p. 515

Hutzler Doris, Kommentar zu Art. 9 GwG, in: Ackermann Jürg-Beat (édit.), Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, 2 tomes, Zurich/Bâle/Genève 2018

Ivell Katrin, Kommentar zu Art. 9 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (édit.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Bâle 2021

Julen Berthod Anne Valérie/Lecouturier Alizée, Droits et obligations des intermédiaires financiers, in: Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020

Kunz Michael, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, Die Geldwäschereiprävention verlässt den Finanzsektor, Jusletter du 23 février 2015

Lombardini Carlo, Banques et blanchiment d'argent, 3 éd., Zurich 2016

Luchsinger Roland, Kommentar zu Art. 9 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (édit.), Geldwäschereigesetz (GwG) – Stämpflis Handkommentar, Berne 2017

Lutz Peter/Kern Martin, Geldwäscherei und das qualifizierte Steuervergehen von Art. 305 bis Ziff. 1 bis StGB, SJZ 113 (2017), p. 97

Macaluso Alain/Garbarski Andrew, Communication de soupçons de blanchiment après la fin de la relation d'affaires, PJA 10 (2016), p. 1318

Mariani Giulia, Buts, effets et limites des recommandations du GAFI. Avec un regard sur le droit suisse et comparé de la lutte contre le blanchiment d'argent, Bâle 2021

Matthias Kuster, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305$^{ter}$ Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: Jusletter vom 6. Juni 2017 (cit. Abgrenzung)

Mauron Benoît, La valeur patrimoniale sujette à confiscation ou à restitution en procédure pénale, État des lieux de la jurisprudence et défis actuels, AJP 2018 p. 1364 ss

Mooser Michel, Droit notarial, Berne 2025

Niggli Marcel/Muskens Louis, Commentaire de l'art. 11 CP, in: Niggli Marcel/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar Strafrecht, Bâle 2019

Niggli Marcel/Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Muskens Louis, Strafrecht BT, Bâle 2023

Polli Natacha, Commentaire de l'art. 6 LBA, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (édit.), Commentaire romand – Loi sur le blanchiment d'argent, Bâle 2022

Reinle Michael, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz – Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden, Zurich/St-Gall 2007

Schauwecker Marc-André, Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei und deren Konsequenzen für Finanzintermediäre, Berne 2016

Schinkelshoek Martin, Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 1 lit. b Geldwäschereigesetz (GwG) – Wann besteht für den Finanzintermediär eine Meldepflicht bei Abbruch von Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung, PJA 3 (2015), p. 481 (cit. PJA 3 (2015), p. 481)

Strasser Othmar, Aufsichts- und verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in der Geldwäschereibekämpfung von Banken, SJZ 118 (2022), p. 691

- Die Verantwortlichkeit in Banken für Meldungen bei Geldwäschereiverdacht, EF 8/19, p. 607

- Verbrecherischer Erlös nach Geldwäschereigesetz – Was heisst "aus einem Verbrechen herrühren" nach Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GwG?, ST 9/10, p. 614

Suter Christoph/Remund Cédric, Neue Vortaten zur Geldwäscherei im Steuerstrafrecht: welche Konsequenzen für Finanzintermediäre?, ASA 82 (2014), p. 589

Suter Christoph/Remund Cédric/Lumengo Paka Nina, Steuervortaten zur Geldwäscherei, GesKR 2019 p. 522

Tanner André/von Rotz Madeleine, Kommentar zu Art. 305$^{ter}$ StGB, in: Lehmkuhl Marianne/Wenk Jan, Onlinekommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Version: 13.8.2024

Thelesklaf Daniel, Kommentar zu Art. 9 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (édit.), GwG Kommentar, 3$^{e}$ éd., Zurich 2019

Villard Katia, Commentaire de l'art. 9 LBA, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (édit.), Commentaire romand – Loi sur le blanchiment d'argent, Bâle 2022

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 11 LBA

Un commentaire de Massimo Chiasera

PROPOSITION DE CITATION

Massimo Chiasera, Commentaire de l'art. Art. 11 LBA, in: Damian K. Graf/ Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Chiasera, art. 11 LBA N. XXX

**Art. 11 Exclusion de la responsabilité pénale et civile**

[1] Quiconque, de bonne foi, communique des informations en vertu de l'art. 9 ou procède à un blocage des avoirs en vertu de l'art. 10 ne peut être poursuivi pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires, ni être rendu responsable de violation de contrat.

[2] L'al. 1 s'applique également:

a. à l'intermédiaire financier qui procède à une communication au sens de l'art. 305$^{ter}$, al. 2, CP;

b. aux entreprises de révision qui procèdent à une communication au sens de l'art. 15, al. 5;

c. aux organismes de surveillance visés à l'art. 43*a* LFINMA qui procèdent à une communication au sens de l'art. 16, al. 1;

d. aux organismes d'autorégulation qui procèdent à une communication au sens de l'art. 27, al. 4.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Fondements et but de la disposition ..... 404
II. Champ d'application matériel de l'exclusion de la responsabilité pénale et civile ..... 405
A. Communication au sens de l'art. 9 LBA ..... 405
B. Blocage des avoirs selon l'art. 10 LBA ..... 405
III. Champ d'application personnel de l'exclusion de la peine et de la responsabilité ..... 406
IV. Exigence de bonne foi ..... 407
V. Conséquences juridiques ..... 408
Bibliographie ..... 409
Matériaux ..... 410

## I. FONDEMENTS ET BUT DE LA DISPOSITION

1 L'exclusion de la peine et de la responsabilité prévue à l'art. 11 LBA figure dans la deuxième section du deuxième chapitre, sous le titre « Obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent ». Malgré son classement systématique, cette disposition ne crée aucune obligation supplémentaire. Il s'agit plutôt d'une **norme de protection ou de décharge** en faveur des personnes, sociétés ou autorités qui sont tenues, dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, de communiquer un soupçon de blanchiment ou de procéder à un blocage de valeurs patrimoniales. Bien que la disposition relative à l'exclusion de la responsabilité se réfère en principe à l'activité de l'intermédiaire financier, l'utilisation du mot « quiconque » permet de conclure que la disposition s'applique non seulement aux intermédiaires financiers eux-mêmes, mais aussi à leurs organes, collaborateurs et auxiliaires.

2 L'art. 11 LBA vise à garantir que les intermédiaires financiers qui remplissent leur obligation de communiquer les avoirs suspects au sens de l'art. 9 LBA ou qui font usage de leur droit de communication au sens de l'art. 305$^{ter}$, al. 2, CP, n'aient **pas à craindre des dommages-intérêts civils et/ou des conséquences pénales**. L'art. 11 LBA met en œuvre la protection exigée par les recommandations du GAFI à l'égard des intermédiaires financiers qui effectuent des communications ou bloquent des avoirs.

3 Selon l'art. 14 CP, la loi ne peut prescrire ou autoriser un comportement et le punir en même temps. Si les conditions d'une communication ou d'un gel des avoirs sont remplies, l'art. 14 CP offre donc en principe **une protection** contre les poursuites pénales à l'intermédiaire financier, car celui-ci remplit une obligation légale ou exerce un droit qui lui est reconnu par la loi en transmettant une communication de soupçon pour blanchiment d'argent. En d'autres termes, compte tenu de l'art. 14 CP, la protection supplémentaire offerte par l'art. 11 LBA n'était pas nécessaire pour exclure tout risque de punissabilité.

4 L'art. 11 LBA a également un certain **effet signal** dans le système normatif, d'autant plus que l'intégration de cette disposition dans la loi sur le blanchiment d'argent constitue un signe important en faveur des intermédiaires financiers et souligne l'engagement du législateur en faveur d'une place financière digne de confiance.

## II. CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DE L'EXCLUSION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE ET CIVILE

### A. Communication au sens de l'art. 9 LBA

Par communication, on entend la transmission de transactions ou de relations d'affaires suspectes au service de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). L'art. 11 al. 1 LBA se réfère aux communications au sens de l'art. 9 LBA, c'est-à-dire aux communications effectuées dans le cadre de l'**obligation légale de communiquer**. L'art. 11 al. 2 LBA précise en outre que la même protection s'applique lorsqu'un intermédiaire financier fait usage de son droit de communication au sens de l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP. 5

Les communications à des **bureaux de communication étrangers** ainsi que la communication d'informations à des tiers sont exclues du champ d'application de l'art. 11 LBA. Le motif justificatif de l'art. 11 LBA se limite en outre à la communication au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). L'art. 11 LBA ne dégage notamment pas l'intermédiaire financier de son obligation supérieure de respecter le secret bancaire. En vertu des obligations générales de secret, l'intermédiaire financier n'est donc pas autorisé à divulguer à des tiers des soupçons ou d'autres détails concernant des relations d'affaires et/ou une éventuelle communication en matière de blanchiment d'argent. Enfin, l'intermédiaire financier est soumis à l'interdiction d'informer prévue à l'art. 10a LBA. 6

### B. Blocage des avoirs selon l'art. 10 LBA

La communication de soupçons constitue le point de départ temporel ou chronologique ainsi que le point de départ systématique du blocage des avoirs. Est visée ici la **blocage immédiat** ordonné par l'intermédiaire financier sur la base de ses propres investigations, qui est prévu dans le contexte d'une communication au sens de l'art. 9 al. 1 let. c LBA et qui est en outre limité à cinq jours ouvrables. Elle couvre également le blocage ultérieur des avoirs, qui prend effet dès que le bureau de communication informe l'intermédiaire financier qu'il transmet les informations communiquées à une autorité de poursuite pénale. Cette réglementation réduit déjà considérablement le risque de responsabilité de l'intermédiaire financier. Il est donc difficilement concevable que l'intermédiaire financier puisse être 7

tenu responsable en raison d'une suspension ordonnée par les autorités de poursuite pénale dans le cadre d'une procédure pénale. Étant donné que l'intermédiaire financier est en principe tenu de se conformer à une telle décision, toute responsabilité civile est d'emblée exclue. Dans ces situations, l'art. 11 LBA constitue donc tout au plus un argument de défense supplémentaire, mais en principe superflu.

## III. CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DE L'EXCLUSION DE LA PEINE ET DE LA RESPONSABILITÉ

8 Selon le libellé de l'art. 11, al. 1, LBA, l'exclusion de la peine et de la responsabilité s'applique aux personnes qui effectuent une communication au sens de l'art. 9 LBA ou procèdent à un blocage de valeurs patrimoniales au sens de l'art. 10 LBA. Le **cercle des destinataires** de cette norme correspond donc à celui des personnes tenues d'agir en vertu des art. 9 et 10 LBA.

9 L'art. 11 LBA englobe toutes les personnes qui sont **impliquées de** quelque manière que ce soit dans l'exécution de la communication ou du gel des avoirs. Cela comprend en particulier les organes, les collaborateurs et les auxiliaires auxquels l'intermédiaire financier a fait appel pour accomplir ses tâches. La protection s'étend donc non seulement à l'intermédiaire financier lui-même, mais aussi à ses organes, à ses collaborateurs et à ses auxiliaires, indépendamment de leur fonction, de leur position ou de leurs tâches respectives. Il est donc judicieux que le champ d'application de la protection englobe toutes les personnes qui sont légalement tenues ou habilitées à effectuer une communication ou à agir pour le compte d'une telle personne.

10 Depuis le 1er février 2009, les **organismes d'autorégulation** qui transmettent des communications en vertu de l'art. 27, al. 4, LBA sont également expressément visés par le champ d'application de l'art. 11 LBA. Depuis le 1er janvier 2016, les intermédiaires financiers qui divulguent de bonne foi des informations en vertu d'une demande de remise légale au sens de l'art. 11a, al. 1, LBA ou de l'art. 11, al. 2, LBA bénéficient également de l'exclusion de la responsabilité pénale et civile prévue à l'art. 11 LBA. Si l'analyse d'informations provenant d'un **bureau de communication étranger** révèle que des intermédiaires financiers soumis à la présente loi sont ou ont été impliqués dans une transaction ou une relation d'affaires en rapport avec ces informations, les intermédiaires financiers concernés sont

tenus, depuis le 1er juillet 2021, en vertu de l'art. 11a al. 2$^{bis}$ LBA, les intermédiaires financiers concernés doivent également communiquer au bureau de communication, sur demande, toutes les informations en leur possession qui ont un lien avec ces informations. En revanche, l'art. 11 LBA ne s'applique pas aux personnes qui ne sont pas soumises à l'obligation de communiquer en vertu de la loi sur le blanchiment d'argent et qui ne peuvent pas exercer le droit de communiquer en vertu de l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP.

## IV. EXIGENCE DE BONNE FOI

L'exclusion de la poursuite et de la responsabilité présuppose que la communication ou le gel des avoirs a été effectué de bonne foi. Les exigences en matière de **bonne foi** ne doivent pas être trop élevées afin de préserver l'objectif préventif de la loi sur le blanchiment d'argent et de ne pas compromettre la crédibilité des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent. Il importe peu que la communication ou les soupçons qui ont incité l'intermédiaire financier à effectuer la communication aient été fondés, que la communication ait été effectivement transmise, qu'une procédure pénale ait été engagée et/ou qu'une condamnation ait finalement été prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ultérieure. En d'autres termes, l'exclusion de la poursuite pénale et de la responsabilité ne s'applique pas seulement dans les cas où toutes les conditions énoncées aux art. 9 ou 10 LBA sont remplies. L'exclusion de la poursuite pénale et de la responsabilité est également justifiée lorsque ce n'était pas le cas. Cela vaut lorsque l'intermédiaire financier, au moment de la communication ou du gel des avoirs, partait du principe ou pouvait légitimement supposer que les conditions étaient remplies. 11

L'art. 11 LBA protège donc également les cas où il s'avère a posteriori que les valeurs patrimoniales ne proviennent pas d'un crime. Sont également protégés les cas où les opinions juridiques sont peu claires ou controversées et où l'intermédiaire financier a appliqué des critères plus stricts que le bureau de communication en matière de blanchiment d'argent ou les autorités de poursuite pénale. Il ne faut toutefois pas poser **des exigences trop élevées** à la bonne foi de l'intermédiaire financier. 12

L'art. 11 LBA n'est pas seulement pertinent pour déterminer si une communication ou un gel pouvait être ordonné, mais aussi pour évaluer comment l'intermédiaire financier a motivé ses soupçons dans le cadre de la 13

suspension de la communication. Dans la mesure où il a clarifié les éléments suspects au mieux de ses connaissances et **avec diligence** et les a consignés dans la communication, l'intermédiaire financier ne peut être reproché si ceux-ci s'avèrent finalement inexacts, si la communication n'a pas été transmise aux autorités de poursuite pénale compétentes ou si la poursuite pénale ultérieure n'aboutit pas.

14 Le Tribunal fédéral évalue le degré d'attention requis en se basant sur une **mesure moyenne d'attention** qu'une personne honnête applique habituellement dans les circonstances données, en tenant également compte des usages dans le secteur concerné. Pour déterminer si l'intermédiaire financier a fait preuve de la diligence requise, il convient de tenir compte non seulement du cadre juridique en vigueur au moment du signalement ou du blocage des avoirs, mais aussi des usages en vigueur dans le secteur financier ou des prescriptions prudentielles.

15 La bonne foi doit exister au **moment de la communication** ou du gel des avoirs. Si la bonne foi disparaît après le dépôt de la communication ou après la levée du gel des avoirs, cela n'a en principe aucune importance. L'exclusion de responsabilité s'applique néanmoins. En relation avec l'art. 11 LBA, le juge doit notamment se mettre dans la situation *ex ante* de l'intermédiaire financier, c'est-à-dire qu'il ne doit tenir compte que des informations dont disposait l'intermédiaire financier au moment de la communication.

## V. CONSÉQUENCES JURIDIQUES

16 L'art. 11 LBA exonère les personnes qui effectuent des communications en vertu de l'art. 9 LBA ou procèdent à des blocages de valeurs patrimoniales en vertu de l'art. 10 LBA de toute **responsabilité civile ou pénale**, car ces personnes « ne peuvent être poursuivies pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires » ni « être rendues responsables d'une violation de contrat ».

17 Il n'est pas encore clairement établi si l'exclusion de la peine prévue à l'art. 11 LBA s'applique également aux art. 173/174 CP (atteintes à l'honneur), l'art. 303 CP (fausse accusation) et l'art. 304 CP (entrave à l'administration de la justice). *Toutefois*, une punissabilité devrait également être exclue à cet égard, pour autant que l'intermédiaire financier fasse preuve de la **diligence requise** lors de la communication et n'inclue pas sciemment dans sa communication des

informations diffamatoires et fausses. Dans ce contexte, l'intermédiaire financier devrait également pouvoir invoquer le motif justificatif de l'art. 14 CP : n'est pas punissable qui accomplit un acte prescrit par une loi fédérale. Une restriction trop stricte de l'applicabilité de l'art. 11 LBA aux obligations de garder le secret serait contraire au but de l'art. 11 LBA. En conséquence, un intermédiaire financier agissant de bonne foi dans l'exercice de son obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA devrait être exempté, en vertu de l'art. 11 LBA, de toute responsabilité pénale pour atteinte à l'honneur, fausse accusation et infractions contre l'administration de la justice.

## BIBLIOGRAPHIE

Herren C. Nicolas, L'obligation de communiquer: Les "soupçons fondés" de l' art. 9 LBA, SJ 2019 II, S. 107 ff.

Hürlimann-Kaup Bettina, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014 bis 2017 (2/2), ZBJV 155 (2029), S. 110 ff.

Hutzler Doris, Art. 11 Straf- und Haftungsausschluss, in: Ackermann, Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentierung zu Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisation – Band II, Zürich 2018 (zit. KV-KO-Hutzler).

Lengauer Daniel/Ruckstuhl Lea, Recht für die Praxis, Compliance, Zürich 2017, S. 301 ff.

Luchsinger Roland J, Kommentierung zu Art. 11 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2017.

Naef Francesco/Calvarese Daniele, I chiarimenti complementari nella lotta antiriciclaggio, NF 9 (2022), S. 488 ff.

Niggli Marcel/Carola Göhlich, Kommentierung zu Art. 14 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, Basel 2021.

Porpiglia Gianni/Kunz Oliver M., Kommentierung zu Art.11 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Porpiglia/Kunz).

Schären Simon, Die Vermögenssperre als Instrument der Geldwäschereibekämpfung, GesKR 2018, S. 322 ff.

Strasser Othmar, Aufsichts- und verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in der Geldwäschereibekämpfung von Banken, SJZ 118 (2022), S. 691 ff.

Strasser Othmar, Die Geldwäscherei-Strafbestimmung von Art. 305$^{bis}$ StGB als Schutznorm für geschädigte Anleger? in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), Liber Amicorum für Andreas Donatsch: Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich 2012, S. 867 ff.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 11 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/Van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG/AMLA, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2019.

## MATÉRIAUX

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 11.7.2025 (zit. Botschaft GwG 1996).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 14 LBA

Un commentaire de Caroline Kindler

PROPOSITION DE CITATION

Caroline Kindler, Commentaire de l'art. 14 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kindler, art. 14 LBA N. XXX

**Art. 14 Affiliation à un organisme d'autorégulation**

[1] Tout intermédiaire financier visé à l'art. 2, al. 3, doit s'affilier à un organisme d'autorégulation.

[2] Un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, a le droit de s'affilier à un organisme d'autorégulation:

a. s'il dispose de prescriptions internes et d'une organisation propres à garantir le respect des obligations découlant de la présente loi;

b. s'il jouit d'une bonne réputation et présente toutes les garanties de respecter les obligations découlant de la présente loi;

c. si les personnes chargées de son administration et de sa gestion satisfont aussi aux conditions énoncées à la let. b, et

d. si les personnes détenant une participation qualifiée dans cet intermédiaire jouissent d'une bonne réputation et garantissent que leur influence ne soit pas exercée au détriment d'une gestion saine et prudente de l'établissement.

[3] Les organismes d'autorégulation peuvent faire dépendre l'affiliation de l'activité exercée dans certains domaines.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Obligation d'affiliation des intermédiaires financiers (al. 1) ..... 414
A. Intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 3 LBA ..... 414
B. Organisme d'autorégulation ..... 414
C. Obligation d'affiliation ..... 414
II. Droit de l'intermédiaire financier à l'affiliation (al. 2), conditions matérielles ..... 415
A. Règles internes et organisation de l'entreprise (let. a) ..... 415
B. Garantie et bonne réputation de l'intermédiaire financier (let. b) ..... 417
C. Garantie et bonne réputation des cadres supérieurs (let. c) ..... 419
D. Garantie des participants qualifiés (let. d) ..... 420
III. Droit de l'intermédiaire financier à l'affiliation (al. 2), conséquence juridique ..... 420
IV. Limitations sectorielles des OAR (al. 3) ..... 421
Bibliographie ..... 422
Matériaux ..... 423

# I. OBLIGATION D'AFFILIATION DES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS (AL. 1)

1 Avec l'entrée en vigueur de la LFIN le 1er janvier 2020, le système de contrôle dual de la LBA en vigueur jusqu'alors, qui offrait le choix entre une surveillance directe de la FINMA et une affiliation à un OAR, a été remplacé par un **système de contrôle** exclusif **des OAR**. L'obligation pour les intermédiaires financiers de s'affilier à un organisme d'autorégulation (OAR), conformément à l'art. 2 al. 3 LBA, a été inscrite à l'art. 14 al. 1 LBA.

## A. Intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 3 LBA

2 Les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA sont des personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. Une énumération exemplative de ces **intermédiaires financiers** figure à l'art. 2 al. 3 let. a-c, f et g. La définition d'un tel intermédiaire financier est précisée dans l'OBA ainsi que dans la Circulaire FINMA 2011/1.

## B. Organisme d'autorégulation

3 Il s'agit ici de l'**organisme d'autorégulation** au sens de l'art. 24 LBA.

## C. Obligation d'affiliation

4 L'art. 14 al. 1 LBA consacre l'**obligation** pour les intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 3 LBA de s'affilier à un organisme d'autorégulation (OAR). Une telle affiliation est une condition préalable : Lors du début d'une activité professionnelle en tant qu'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA, la demande d'affiliation à un OAR doit être déposée dans un délai de deux mois (art. 11 al. 1 let. b OBA). Jusqu'à leur affiliation, il est interdit à ces intermédiaires financiers d'entreprendre des actions qui vont au-delà des mesures impérativement nécessaires au respect des valeurs patrimoniales (art. 11 al. 2 OBA). En cas de sortie ou d'exclusion d'un OAR, une demande d'affiliation à un autre OAR doit également être déposée dans les deux mois (art. 12 al. 1 OBA). Jusqu'à l'affiliation au nouvel OBA, l'activité peut certes être poursuivie, mais uniquement dans le cadre des relations d'affaires existantes (art. 12 al. 2 OBA).

*E contrario*, il est interdit à un intermédiaire financier selon l'art. 2 al. 3 LBA - sous réserve des délais prévus aux art. 11 al. 2 et 12 al. 2 OBA - d'exercer son activité sans être affilié à un OAR. En cas de violation de l'obligation d'affiliation, il s'agit d'une activité illégale en tant qu'intermédiaire financier, qui peut être sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire en cas de faute intentionnelle et d'une amende de 250 000 CHF au plus en cas de négligence (art. 44 LFINMA). En outre, la FINMA peut prendre à l'encontre de l'intermédiaire financier les instruments de surveillance prévus aux art. 29 à 37 LFINMA ou ordonner leur dissolution (art. 20 LBA). 5

Il n'est pas interdit à un **OAR** de s'affilier à des intermédiaires financiers dont il sait ou doit supposer qu'ils ont violé le délai de deux mois prévu à l'art. 11 al. 1 let. b ou à l'art. 12 al. 2 OBA et qu'ils exercent donc déjà une activité illégale. Dans de tels cas, l'OAR est toutefois soumis à une obligation de communication immédiate à la FINMA, qui doit contenir toutes les informations pertinentes dont il a connaissance. 6

## II. DROIT DE L'INTERMÉDIAIRE FINANCIER À L'AFFILIATION (AL. 2), CONDITIONS MATÉRIELLES

L'art. 14 al. 2 LBA définit les conditions auxquelles un intermédiaire financier a droit à l'affiliation auprès d'un OAR. Ces conditions doivent être remplies **de manière cumulative**. 7

### A. Règles internes et organisation de l'entreprise (let. a)

L'art. 14 al. 2 let. a LBA exige des prescriptions internes suffisantes et une organisation d'entreprise appropriée pour garantir le respect des obligations prévues par la LBA. 8

Les exigences auxquelles doivent satisfaire les prescriptions internes et l'organisation de l'entreprise sont déterminées par le **règlement** de l'OAR applicable à l'intermédiaire financier concerné conformément à l'art. 25 LBA, qui concrétise les obligations légales. L'OBA-FINMA n'est pas directement applicable aux intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 3 LBA. Néanmoins, lors de l'approbation des règlements des OAR, la FINMA s'oriente sur les valeurs de référence de l'OBA-FINMA (art. 1 al. 2 OBA-FINMA). Cela signifie que les règlements des OAR peuvent certes contenir des écarts par rapport à 9

l'OBA-FINMA, mais que ces écarts doivent être clairement signalés (art. 1 al. 3 OBA-FINMA).

10 Dans le sens de cette applicabilité « indirecte » de l'OBA-FINMA aux intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 3 LBA, les points énumérés à l'art. 26 al. 2 OBA-FINMA fournissent au moins certaines indications sur ce qui devrait être réglé par les intermédiaires financiers. En conséquence, les points suivants devraient notamment être définis dans le cadre d'une **directive interne** sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme :

a. les critères d'identification des relations d'affaires présentant des risques accrus selon l'art. 13 OBA-FINMA ;

b. les critères d'identification des transactions présentant des risques accrus selon l'art. 14 al. 1 et 2 OBA-FINMA ;

c. les grandes lignes de la surveillance des transactions selon l'art. 20 OBA-FINMA ;

d. les cas dans lesquels le service interne de lutte contre le blanchiment d'argent doit être consulté et l'organe suprême de gestion informé ;

e. les grandes lignes de la formation des collaborateurs ;

f. la politique commerciale en matière de relations avec les personnes politiquement exposées ;

g. la compétence en matière de communication au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent ;

h. les modalités d'identification, de limitation et de surveillance des risques accrus par l'intermédiaire financier ;

i. les limites de montant selon l'art. 13 al. 2 let. e et f et l'art. 14 al. 2 let. a OBA-FINMA ;

j. les critères selon lesquels il peut être fait appel à des tiers conformément à l'art. 28 OBA-FINMA ;

k. la répartition interne des tâches et des compétences entre le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent et les autres unités opérationnelles chargées d'assumer les obligations de diligence ;

l. la mise à jour des justificatifs des clients.

Pour pouvoir faire appliquer ces règles, l'intermédiaire financier doit disposer d'une **organisation opérationnelle** appropriée. Pour interpréter la notion d'organisation d'entreprise, l'art. 8 LBA en relation avec les art. 23 ss. OBA-FINMA - sous réserve du règlement applicable de l'OAR - peuvent être utilisés. En particulier, l'intermédiaire financier doit mettre en place un service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent, composé d'une ou de plusieurs personnes qualifiées (art. 24 al. 1 OBA-FINMA), et assumer les tâches prévues aux art. 24 f. OBA-FINMA. Le règlement de l'OAR peut prévoir que le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent d'un intermédiaire financier ne doit remplir que les tâches mentionnées à l'art. 24 OBA-FINMA (ou dans la disposition correspondante du règlement de l'OAR) si la taille de l'entreprise de l'intermédiaire financier est inférieure ou égale à cinq emplois à plein temps ou si son produit brut annuel est inférieur à 2 millions de francs et s'il poursuit un modèle d'affaires sans risques accrus (*par analogie avec* l'art. 75 al. 1 OBA-FINMA). L'OAR peut dans tous les cas exiger que le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent remplisse également les tâches prévues à l'art. 25 OBA-FINMA (ou selon la disposition correspondante du règlement de l'OAR), si cela est nécessaire pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (*par analogie avec* l'art. 75 al. 2 OBA-FINMA). 11

En ce qui concerne l'étendue formelle de la **documentation** qu'un intermédiaire financier doit remettre à l'OAR dans le cadre de la demande d'affiliation comme preuve du respect des conditions de l'art. 14 al. 2 let. a, il est recommandé à l'OAR de demander, outre une directive LBA, le règlement d'organisation, les statuts, un organigramme ainsi que, le cas échéant, des contrats de délégation de tâches dans le domaine de la LBA. 12

## B. Garantie et bonne réputation de l'intermédiaire financier (let. b)

L'**exigence de garantie d'une activité irréprochable** a été inscrite à l'origine dans la loi sur les banques (art. 3 al. 2 let. c LB) afin de s'assurer qu'une banque « est dirigée par des personnes dont la moralité est fiable et les compétences professionnelles avérées ». Entre-temps, l'obligation de garantie se retrouve dans la plupart des lois sur les marchés financiers. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée. On peut se demander si la pratique 13

développée dans le droit bancaire et boursier peut être utilisée pour l'interprétation, car la notion de garantie d'une activité irréprochable selon l'art. 14 LBA se distingue de celle de la LB : Selon l'art. 14 al. 2 let. b et c LBA, l'intermédiaire financier doit uniquement présenter « la garantie que les obligations découlant de la LBA seront remplies » et non, comme dans le droit bancaire et boursier, « la garantie d'une activité irréprochable » en général. Cette dernière exigence de garantie n'exige pas seulement le respect des lois correspondantes, mais plus généralement le respect de l'ensemble de l'ordre juridique. Au vu du libellé clair de l'art. 14 LBA, on ne peut pas, selon le Tribunal fédéral, partir sans autre du principe que l'exigence de garantie d'une activité irréprochable doit être interprétée de la même manière dans la LBA que dans le droit bancaire et boursier. Un traitement différent se justifierait également en raison des objectifs différents de la loi : La législation sur les banques et les bourses vise en premier lieu à protéger les clients ou les investisseurs, tandis que la LBA sert en premier lieu à lutter contre le blanchiment d'argent. Malgré ces explications relatives, le Tribunal fédéral conclut que l'exigence de garantie d'une activité irréprochable selon l'art. 14 LBA, au sens de « l'aptitude d'une personne à respecter l'ordre juridique », peut être remise en question lorsqu'un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA viole d'autres prescriptions que celles de la LBA. Dans ce contexte, des violations du droit d'une certaine gravité sont toutefois nécessaires pour supposer que la garantie du respect de la LBA n'est plus remplie. Une telle gravité existe notamment lorsque les infractions et le comportement de l'intermédiaire financier dans ce contexte indiquent qu'il « n'a pas la volonté ou la capacité de se conformer aux obligations découlant de la loi sur le blanchiment d'argent ou aux injonctions correspondantes de l'autorité de surveillance ».

14 Le respect de l'obligation de garantie doit être évalué au **cas par cas**, sur la base des tâches et fonctions concrètes ainsi qu'au regard des obligations légales spécifiques de l'intermédiaire financier.

15 Conformément à l'art. 1a de l'ordonnance sur les données de la FINMA, la FINMA enregistre dans un **fichier les** données des personnes dont la garantie d'une activité irréprochable est douteuse ou inexistante (al. 1). Ce fichier, appelé « watchlist », sert à garantir que seules des personnes présentant toutes les garanties d'une activité irréprochable soient chargées d'administrer ou de gérer des assujettis (al. 2 let. a) ou détiennent des participations importantes

dans ces derniers (al. 2 let. b). La liste de surveillance est déclarée auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), mais elle n'est pas accessible au public et est destinée exclusivement à un usage interne. Elle ne peut contenir que des données confirmées et fiables sur une personne, comme par exemple des informations sur des procédures pénales et administratives, des procédures de surveillance et des procédures disciplinaires. Les suppositions, les accusations ou les soupçons non étayés ne doivent pas y figurer.

16 En plus de l'exigence de garantie d'une activité irréprochable, il est supposé que l'intermédiaire financier jouit d'une **bonne réputation**. Contrairement à l'obligation de garantie d'une activité irréprochable, qui s'oriente sur l'ordre juridique en vigueur, l'évaluation de la bonne réputation est liée à des conditions morales : une bonne réputation englobe des qualités telles que la réputation, le respect et la fiabilité, une attention particulière étant accordée à l'intégrité, à la droiture, à la conscience et à un comportement diligent. Néanmoins, les deux notions juridiques se recoupent dans de nombreux domaines.

17 Pour évaluer la garantie et la bonne réputation **, les OAR** demandent en général des extraits du casier judiciaire et du registre des poursuites, ainsi que des confirmations écrites qu'aucune procédure pénale, civile ou administrative n'est en cours. En outre, ils exigent des preuves de diplômes de formation, des certificats de travail et des CV avec références.

## C. Garantie et bonne réputation des cadres supérieurs (let. c)

18 L'obligation de garantie d'une activité irréprochable concerne non seulement la garantie « dépersonnalisée » de l'intermédiaire financier, mais aussi les **plus hauts dirigeants**, c'est-à-dire les personnes chargées de l'administration et de la gestion. Cela ne comprend pas seulement les organes formels, mais en principe toutes les personnes qui ont une influence déterminante sur les décisions stratégiques ou opérationnelles essentielles de l'intermédiaire financier. Ce n'est pas la désignation de la fonction qui importe, mais la fonction effectivement exercée. L'interprétation décrite dans le commentaire relatif à l'art. 14 al. 2 let. b LBA peut par conséquent également être appliquée aux exigences posées aux personnes physiques conformément à l'art. 14 al. 2 let. c LBA.

### D. Garantie des participants qualifiés (let. d)

19 Les **détenteurs de participations qualifiées** dans un intermédiaire financier sont également soumis à une obligation de garantie, qui se limite toutefois à la bonne réputation et à l'influence sur l'activité commerciale. Le seuil d'une participation qualifiée est en général de 10% du capital ou des voix. L'OAR PolyReg fait exception à cette règle en fixant le seuil à 20%. L'OAR Leasingverband exige, en plus de l'indication de tous les actionnaires ou associés détenant une participation de plus de 10%, l'indication des détenteurs du contrôle de l'intermédiaire financier, par analogie avec la définition de l'art. 2a al. 3 LBA.

## III. DROIT DE L'INTERMÉDIAIRE FINANCIER À L'AFFILIATION (AL. 2), CONSÉQUENCE JURIDIQUE

20 L'art. 14 al. 2 LBA stipule que l'intermédiaire financier a un **droit légal** à l'affiliation à un OAR s'il remplit les conditions cumulatives de l'al. 2 let. a à d. Ce droit juridique n'est soumis qu'aux restrictions spécifiques à la branche qui peuvent être fixées par l'OAR conformément à l'art. 14 al. 3 LBA. Si l'intermédiaire financier remplit les conditions d'affiliation, l'OAR est en principe tenu de l'admettre.

21 Selon le Tribunal fédéral, les organismes d'autorégulation assument une tâche étatique dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et sont donc tenus de respecter les **droits fondamentaux** en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst. La procédure d'admission doit donc respecter le principe de l'égalité de droit (art. 8 Cst.) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), tant en ce qui concerne les statuts et les règlements que les décisions concrètes d'admission. Les décisions d'admission qui traitent différemment les intermédiaires financiers désireux de s'affilier malgré des conditions identiques, ou les décisions de refus qui ne sont fondées sur aucun motif objectif, sont inadmissibles. En outre, l'intermédiaire financier désireux de s'affilier doit se voir accorder le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), ce qui implique notamment le droit à une décision motivée.

22 Un intermédiaire financier dont l'affiliation a été refusée peut demander à la FINMA de réexaminer son refus d'affiliation. Comme la FINMA est tenue, en vertu de l'art. 31 LFINMA, de rétablir l'ordre légal en cas de violation de la loi ou d'autres irrégularités, elle devrait, en cas de **refus d'affiliation** illégal de la

part de l'OAR, imposer l'affiliation de l'intermédiaire financier. En vertu de l'art. 53 LFINMA, la FINMA serait en outre habilitée à rendre une décision d'aménagement au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA : Comme l'affiliation à un OAR constitue formellement un acte de droit privé, cette affiliation ne peut pas être ordonnée par décision. Toutefois, la FINMA a la possibilité de rendre une décision en constatation qui constate que le refus d'affiliation était illicite et que seule l'affiliation de l'intermédiaire financier peut rétablir l'ordre légal.

Il convient de noter que la **qualification juridique** de l'affiliation à un OAR en tant qu'acte de droit purement privé a été récemment remise en question par la jurisprudence. Dans son arrêt du 21 novembre 2023, le Tribunal administratif fédéral a considéré la décision de l'OAR VQF de ne pas admettre un requérant comme une décision relevant du droit public. D'une manière générale, l'appréciation des rapports juridiques entre l'OAR et ses membres semble s'orienter vers le droit public, ce qui a notamment été soutenu par l'introduction des organisations de surveillance selon l'art. 43a LFINMA. Dans son arrêt 2C_887/2017 du 23 mars 2021, le Tribunal fédéral a certes confirmé le caractère de droit privé du mécanisme de sanction de l'OAR PolyReg, mais il a souligné qu'en raison de l'évolution de la lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse au cours des dernières décennies - d'une autorégulation purement privée au départ à une tâche publique essentielle - il est possible qu'à l'avenir le Tribunal fédéral qualifie les sanctions relevant du droit du blanchiment d'argent de droit public. 23

## IV. LIMITATIONS SECTORIELLES DES OAR (AL. 3)

L'art. 14 al. 3 LBA permet aux organismes d'autorégulation de faire dépendre leur affiliation de l'activité dans certains domaines. Les OAR sont ainsi autorisés à limiter leur affiliation aux intermédiaires financiers d'une **branche professionnelle** déterminée. Pour satisfaire aux exigences d'une procédure d'affiliation conforme aux droits fondamentaux, la définition de ces domaines doit reposer sur des critères objectifs et matériellement compréhensibles, qui puissent résister à un contrôle judiciaire indépendant. A la date de référence (1er juillet 2024), les OAR suivants étaient autorisés par la FINMA : 24

- AOOS - Société anonyme suisse de surveillance (AOOS) ;
- ASSOCIATION ROMANDE DES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS (ARIF) ;

- Organisme de Surveillance pour Intermédiaires Financiers & Trustees SO-FIT (Supervisory Organisation for Financial Intermediaries & Trustees SO-FIT) ;
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT) ;
- PolyReg Association générale d'autorégulation ;
- Association suisse des sociétés de leasing (SRO SLV) ;
- Organisme d'autorégulation de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires (OAR FSA/FSN) ;
- Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances (OAR-ASA) ;
- Organisme d'autorégulation de l'Association suisse des sociétés d'investissement (OAR ASAI) ;
- OAR-Fiduciaire Suisse ;
- VQF Association pour l'assurance qualité des services financiers (OAR VQF).

Les OAR sectoriels classiques, qui lient leur affiliation à une branche professionnelle spécifique, sont l'OAR ASL, l'OAR FSA/FSN, l'OAR-ASA, l'OAR ASAI et l'OAR Fiduciaire Suisse. Parmi les OAR interprofessionnels figurent l'OAD FCT, l'OAR PolyReg et l'OAR VQF.

25 L'AOOS et la SO-FIT disposent à la fois d'une autorisation en tant qu'OAR et d'une autorisation en tant qu'**organisme de surveillance** au sens de l'art. 43a LFINMA. L'affiliation aux organismes d'autorégulation AOOS et SO-FIT était ouverte aux gestionnaires de fortune et aux trustees jusqu'à l'expiration du délai transitoire prévu à l'art. 74 al. 2 LEFin, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2022. Depuis cette date, les gestionnaires de fortune et les trustees sont tenus, avant de commencer leur activité, de demander une autorisation à la FINMA en tant que gestionnaire de fortune (conformément à l'art. 17 al. 1 LFINMA) et/ou en tant que trustee (conformément à l'art. 17 al. 2 LFINMA) et de se soumettre à la surveillance d'un organisme de surveillance conformément à l'art. 43a LFINMA.

## BIBLIOGRAPHIE

Amadò Flavio/Molo Giovanni, Kommentierung zu Art. 11 FINIG, in: Amadò Flavio/Molo Giovanni (Hrsg.), FIDLEG. Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen, Verhaltens-, Organisations- und Verfahrensnormen des FIDLEG sowie ausgewählter Bestimmungen des FINIG. Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2022.

Blatter Manuel, Rechtsstaatliche Garantien im Enforcementverfahren der FINMA, Ausgewählte Aspekte in der Institutaufsicht und in Unterstellungssachen, Zürich 2019.

Emmenegger Susan, Zulässigkeit eines SRO-Anschlusszwangs für Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG, Rechtsgutachten zuhanden des Eidg. Finanzdepartements, Bern 2013.

Frigo Patrick/Jain Vivien, Kommentierung zu Art. 14 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Vogel Alexander/Heiz Christoph/Luthiger Reto, Kommentierung zu Art. 11 FINIG, in: Vogel Alexander/Heiz Christoph/Luthiger Reto (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen und Bundesgesetz über die Finanzinstitute und weiteren Erlassen, Zürich 2020.

Wyss David, FINMA-Bussenkompetenz – ein wirksames Mittel zur Abschreckung?, GesKR 2024, S. 129 ff.

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 14 GwG, in: Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Geldwäschereigesetz, 3. Aufl., Zürich 2019.

## MATÉRIAUX

Association romande des intermédiaires financiers (ARIF), (nicht datiertes) Selbstregulierungsreglement, abrufbar unter https://arif.ch/IMG/pdf/reglementoar_d.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Selbstregulierungsreglement ARIF).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970, BBl 1970 1144, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1970/1_1144__/de, besucht am 23.8.2024 (zit. Botschaft BankG 1970).

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 23.8.2024 (zit. Botschaft GwG 1996).

Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4.11.2015, BBl 2015 8901, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/2141/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-2141-de-pdf-a.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Botschaft FIDLEG/FINIG 2015).

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Rundschreiben 2008/17 Informationsaustausch zwischen den SRO und der FINMA betreffend Anschlüsse, Ausschlüsse und Austritte von Finanzintermediären vom 20.11.2008, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2008-17.pdf?sc_lang=de&hash=71FFD4758724C36DBC692710A9C8477B, besucht am 23.8.2024.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Rundschreiben 2011/1 Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV) vom 20.10.2010, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2011-01-01-01-2017.pdf?la=de, besucht am 23.8.2024.

Geschäftsbericht 2021 des Bundesgerichts vom 17.2.2022, abrufbar unter https://www.eidgenoessischegerichte.ch/de/files/geschaeftsberichte/GB_2021_d.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Geschäftsbericht 2021 des Bundesgerichts).

Liste der von der FINMA anerkannten Selbstregulierungsorganisationen (SRO), abrufbar unter https://www.finma.ch/de/bewilligung/selbstregulierungsorganisationen-sro/, besucht am 23.8.2024.

Organisme de Surveillance pour Intermédiaires Financiers & Trustees (SO-FIT), Règlement relatif aux obligations des affiliés à l'organisme d'autorégulation du 1.10.2020, abrufbar unter https://so-fit.ch/wp-content/uploads/2021/02/Re%CC%80glement-daffiliation.OAR_.SO-FIT.2021.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement SO-FIT).

Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT), Statuti dell'organismo di autodisciplina dei fiduciari del cantone Ticino del 1.1.2020, abrufbar unter https://oadfct.ch/Regolamenti/, besucht am 23.8.2024 (zit. Statuten OAD FCT).

PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein, Aufnahmegesuch, abrufbar unter https://www.polyreg.ch/uploads/Dokumente/de/Aufnahmegesuch.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Aufnahmegesuch SRO PolyReg).

PolyReg
Allg. Selbstregulierungs-Verein, Statuten vom 1.7.2023, abrufbar unter https://www.polyreg.ch/uploads/Polyreg_Statuten.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Statuten SRO PolyReg).

Schweizer Verband der Investmentgesellschaften (SVIG), Reglement zur SRO-Zugehörigkeit vom 1.1.2016, abrufbar unter https://www.svig.org/sites/default/files/downloads/reglement%201-9%2C%20v01.01.2016.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement SRO-Zugehörigkeit SRO SVIG).

Schweizerische Aktiengesellschaft für Aufsicht (AOOS), Anschlussvertrag an die Selbstregulierungsorganisation nach Geldwäschereigesetz, abrufbar unter https://www.aoos.ch/dataset/file/9018-aoos-sro-anschlussvertrag-pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Anschlussvertrag AOOS).

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizer Notarenverbandes (SRO SAV/SNV), Reglement vom 27.6.2023, abrufbar unter https://sro-sav-snv.ch/rechtliche-grundlagen/regelwerke, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement SRO SAV/SNV).

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV, Anschlussantrag, abrufbar unter https://www.leasingverband.ch/cms/upload/fullsearch_documents/Administrator/Anschlussantrag.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Anschlussantrag SRO/SLV).

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV, Reglement für Anschluss, Austritt und Ausschluss von Finanzintermediären vom 15.12.1999 (Fassung vom 13.1.2016), abrufbar unter https://www.leasingverband.ch/cms/upload/fullsearch_documents/Administrator/Reglement_fuer_Anschluss_Austritt_und_Ausschluss_von_Finanzintermediaeren.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Anschlussreglement SRO/SLV).

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV, Selbstregulierungsreglement SRO/SLV vom 15.12.1999 (Fassung vom 19.1.2023), abrufbar unter https://www.leasingverband.ch/cms/upload/Selbstregulierungsreglement_SRR_12._Fassung_vom_19._Januar_2023_gltig_ab_01.04.2023.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Selbstregulierungsreglement SRO/SLV).

Selbstregulierungsorganisation Schweizerischer Treuhandverband (SRO-Treuhand|Suisse), Statuten vom 1.7.2021, abrufbar unter https://sro-treuhandsuisse.ch/fileadmin/Aktuelles/Finanzintermediaer/Regelwerke_der_SRO/SRO_Statuten_gueltig_ab_01072021.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Statuten SRO-Treuhand|Suisse).

Verein Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO-SVV), Statuten vom 21.8.2020, abrufbar unter https://www.sro-svv.ch/images/pdf/de_regelwerk/Statuten_SRO-SVV.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Statuten SRO-SVV).

VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (SRO VQF), Statuten vom 1.7.2023, abrufbar unter https://www.vqf.ch/de/vqf-downloads, besucht am 23.8.2024 (zit. Statuten SRO VQF).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 15 LBA

Un commentaire de Thomas Nagel

PROPOSITION DE CITATION

Thomas Nagel, Commentaire de l'art. 15 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Nagel, art. 15 LBA N. XXX

**Art. 15 Obligation de contrôler incombant aux négociants**

[1] Les négociants qui doivent remplir les obligations de diligence visées à l'art. 8*a* chargent une entreprise de révision de vérifier qu'ils respectent les obligations définies au chapitre 2.

[2] Les entreprises de révision qui remplissent les conditions visées à l'art. 6 de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision peuvent être mandatées en qualité d'entreprise de révision si elles possèdent les connaissances techniques requises et l'expérience nécessaire.

[3] Les négociants sont tenus de fournir à l'entreprise de révision tous les renseignements et documents nécessaires au contrôle.

[4] L'entreprise de révision vérifie que les obligations fixées par la présente loi sont respectées et établit un rapport à l'intention de l'organe responsable du négociant soumis au contrôle.

[5] Si un négociant ne remplit pas son obligation de communiquer, l'entreprise de révision prévient immédiatement le bureau de communication lorsque des soupçons fondés permettent de présumer:

a. qu'une infraction mentionnée aux art. 260$^{ter}$ ou 305$^{bis}$ CP a été commise;

b. que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305$^{bis}$, ch. 1$^{bis}$, CP,

c. que des valeurs patrimoniales sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste, ou

d. que des valeurs patrimoniales servent au financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$, al. 1, CP).

# TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités ..... 430
II. Champ d'application de l'obligation ..... 430
III. Exigences relatives à l'audit et à l'entreprise de révision ..... 431
IV. Étendue du contrôle et période de contrôle ..... 432
V. Opérations de contrôle ..... 434
VI. Obligation de déclaration de l'entreprise de révision ..... 434
VII. Conséquences juridiques en cas de violation de l'obligation de vérification ..... 435
Bibliographie ..... 436
Matériaux ..... 436

## I. GÉNÉRALITÉS

1 La notion de commerçant englobe les personnes physiques et morales qui **font le commerce de biens à titre professionnel et qui, ce faisant, acceptent des espèces** (art. 2 al. 1 let. b LBA). Contrairement aux intermédiaires financiers, les négociants ne sont pas soumis à la surveillance de l'Etat ni à celle des organismes d'autorégulation. Comme ils ne sont pas des acteurs du marché financier, la surveillance n'est pas rattachée à la FINMA. L'art. 15 LBA vise à garantir ou à vérifier le respect des obligations de la LBA par les négociants en obligeant ces derniers à mandater une entreprise de révision qui contrôle le négociant quant au respect des obligations prévues au chapitre 2 de la LBA. Ce qui prête à confusion, c'est que dans la version initiale de l'art. 15 LBA (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022), le terme « organe de révision » était encore utilisé. En droit des sociétés, l'« organe de révision » désigne un service d'une société doté de droits et d'obligations spécifiques et dont l'objectif principal est de contrôler les comptes annuels statutaires. Sa mission consiste donc essentiellement à contrôler les comptes. Le contrôle du respect des obligations de diligence est toutefois une activité de l'audit prudentiel. Le terme a donc été remplacé par « entreprise de révision » au 1er janvier 2023 et est également utilisé de manière cohérente dans le présent commentaire. L'adaptation a toutefois été oubliée à l'art. 22 OBA, où le terme erroné d'« organe de révision » est toujours utilisé.

## II. CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION

2 L'art. 15 al. 1 LBA se rattache expressément au **champ d'application de l'art. 8a**. Cela signifie que les commerçants qui doivent remplir les obligations prévues à l'art. 8a LBA sont soumis à l'obligation de vérification. En conséquence, seuls les commerçants qui acceptent plus de 100 000 francs dans le cadre d'au moins une opération commerciale doivent charger une entreprise de révision de l'examen prévu à l'art. 15 al. 1 LBA. Il suffit qu'une opération commerciale dépasse le montant susmentionné. En d'autres termes, le champ d'application de l'art. 15 LBA coïncide avec celui de l'art. 8a LBA. Concernant le champ d'application de la notion de commerçant et les obligations, voir les commentaires relatifs à l'art. 2 al. 1 LBA ainsi qu'à l'art. 8a LBA.

## III. EXIGENCES RELATIVES À L'AUDIT ET À L'ENTREPRISE DE RÉVISION

L'obligation selon l'art. 15 LBA de mandater une entreprise de révision existe pour les négociants indépendamment de l'obligation de faire vérifier les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes de groupe (art. 22 al. 1 OBA, cf. pour le contrôle ordinaire et le contrôle restreint, art. 727 et art. *727a* CO). Un commerçant qui fait contrôler à la fois les comptes selon le CO et le respect des obligations LBA par la même entreprise de révision devrait exiger une confirmation de mandat et une déclaration d'intégralité séparées, car le contrôle LBA est un objet de contrôle distinct. Peuvent être mandatées les **entreprises de révision** qui disposent des **connaissances** et de l'**expérience** nécessaires (art. 15 al. 2 LBA). L'entreprise de révision doit évaluer elle-même si elle est compétente pour effectuer le contrôle. Selon l'auteur de l'ordonnance, cette compétence existe lorsque l'entreprise ou la personne qui effectue l'audit (réviseur responsable) dispose de l'agrément de l'Autorité de surveillance en matière de révision (ASR) ou d'un organisme d'autorégulation pour effectuer des audits conformément aux lois sur les marchés financiers ou à la LBA (art. *9a* LSR ou art. 24 al. 1 let. d LBA). 3

Si le négociant ne dispose pas d'une entreprise de révision, l'**organe supérieur de direction ou d'administration** charge une entreprise de révision de procéder à l'audit conformément à l'art. 6 LSR (art. 15 al. 2 LBA en relation avec l'art. 22 al. 2 OBA). Cette obligation peut être déléguée, mais pas la responsabilité qui en découle. L'organe de révision statutaire (indépendamment du fait qu'il procède également ou non à l'audit LBA du négociant), s'il est requis, doit mentionner les résultats de l'audit LBA dans le rapport de révision. L'influence des violations sur les comptes (p. ex. menaces d'amendes qui entraîneraient une future sortie de fonds) doit être prise en compte, par exemple en vérifiant si des provisions correspondantes ont été constituées et si les comptes annuels donnent éventuellement une image faussée. 4

L'entreprise de révision mandatée doit être **agréée par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR)**. Conformément à l'art. 6 LSR, une entreprise de révision est agréée si la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ainsi que de l'organe de gestion disposent de l'agrément correspondant ; si au moins un cinquième des 5

personnes participant à la fourniture de prestations de révision disposent de l'agrément correspondant ; s'il est garanti que toutes les personnes dirigeant des prestations de révision disposent de l'agrément correspondant et que la structure de direction garantit que les différents mandats sont suffisamment surveillés (art. 6 al. 2 LSR). En outre, selon l'art. 6 al. 2 LSR, les contrôles des finances des pouvoirs publics peuvent également être agréés en tant qu'entreprises de révision s'ils remplissent les exigences de l'art. 6 al. 1 LSR. Jusqu'au 31 décembre 2022, il était possible de confier la révision à une personne physique (cf. art. 15 al. 1 et 2 aLBA, art. 5 LSR en relation avec l'art. 4 al. 2 et 3 LSR). Cela a été adapté au 1er janvier 2023, car cela n'est pas habituel dans le domaine de la révision prudentielle ou est contraire au système - une personne physique ne peut fournir de manière indépendante des prestations de révision prescrites par la loi que si elle est inscrite au registre du commerce en tant qu'entreprise individuelle et si elle-même ainsi que son entreprise individuelle sont agréées en conséquence par l'autorité de surveillance (art. 8 OAR).

6 Les commerçants doivent fournir à l'entreprise de révision tous les **renseignements** nécessaires à la vérification et lui **remettre** les **documents** requis (art. 15 al. 3 LBA). L'entreprise de révision a toute latitude pour exiger les documents et renseignements nécessaires à l'exécution du mandat. L'entreprise de révision est soumise de par la loi au secret professionnel, qui est toutefois levé en cas d'obligation de communiquer selon l'art. 15 al. 2 LBA.

## IV. ÉTENDUE DU CONTRÔLE ET PÉRIODE DE CONTRÔLE

7 L'entreprise de révision vérifie le respect des **obligations LBA** applicables au négociant à contrôler et rédige un **rapport** à ce sujet à l'intention de l'organe responsable du négociant contrôlé (art. 15 al. 4 LBA). Cela comprend toutes les obligations de diligence mentionnées à l'art. 8a LBA et applicables aux négociants (identification du cocontractant, identification de l'ayant droit économique, obligation de documentation ainsi qu'obligation particulière de clarification) et l'obligation de communiquer selon l'art. 9 al. $^{1bis}$ LBA. Le respect de l'interdiction d'informer (art. *10a* al. 5 LBA) ne peut pas être vérifié de manière pertinente.

8 L'entreprise de révision vérifie s'il existe des faits qui permettent de conclure que la liste des transactions en espèces n'est pas complète ou que les obligations de diligence applicables dans ce contexte n'ont pas été respectées.

Si la liste est incomplète, elle demande au commerçant de la compléter immédiatement ; si cela n'est pas (plus) possible, ce fait est mentionné dans le rapport. Le point de départ de la vérification par l'entreprise de révision est l'état des lieux établi conformément à l'art. 8a al. 1 let. c en relation avec l'art. 7 LBA. l'art. 7 LBA. Cette documentation doit en effet être conçue de manière à ce que la vérification par l'entreprise de révision soit possible et que toutes les informations contenues dans l'art. 21 al. 1-3 OBA soient visibles. La documentation doit être conservée pendant au moins dix ans (art. 21 al. 4 OBA). Lors de son contrôle, l'entreprise de révision procède en fonction des risques, c'est-à-dire qu'elle doit, à sa discrétion, approfondir certains aspects (p. ex. en cas d'indices de malversations) ou les assouplir (p. ex. en sélectionnant des échantillons pour un grand nombre d'opérations de plus de 100 000 francs) et doit respecter le principe de proportionnalité.

9 D'un point de vue temporel, la période de contrôle du respect des prescriptions de la LBA peut, pour des raisons pratiques, coïncider avec l'exercice comptable. Dans des cas exceptionnels, une **période de contrôle** plus courte ou plus longue peut être choisie par l'organe supérieur de direction ou d'administration du négociant. La loi ne stipule pas que le contrôle des négociants doit être effectué chaque année. Ce qui est clair, c'est que l'obligation de contrôle est en principe déclenchée par la réalisation d'une transaction en espèces de plus de 100 000 francs. Il n'est toutefois pas précisé jusqu'à quand l'obligation de contrôle doit être remplie. Une vérification séparée pour chaque transaction d'achat ne serait pas praticable. En conséquence, il devrait être difficile dans la pratique d'accuser un commerçant d'avoir violé l'art. 15 LBA - à mon avis, il n'est pas clair de savoir quand cette violation commence. Wyss et EXPERTsuisse sont d'avis que la vérification doit avoir lieu au plus tard lorsque le commerçant doit procéder à une révision des comptes annuels, si tant est qu'il doive le faire conformément au CO. Il en résulterait que, dans le cas d'une société anonyme par exemple, la révision devrait avoir lieu dans les six mois suivant la clôture de l'exercice comptable (par analogie avec l'art. 699 al. 2 CO). Même si ce point de vue est à mon avis logique, il manque une base légale claire. C'est précisément lors du prononcé d'une peine en raison d'une violation de cette obligation (*nulla poena sine lege,* art. 1 CP) que cela est à mon avis délicat (cf. à ce sujet OK-Nagel/Parvex, art. 38 LBA n. 7).

10 Tous les paiements en espèces effectués au cours d'une période de contrôle pour des biens d'un montant supérieur à 100 000 francs doivent pouvoir être contrôlés. Le commerçant doit remettre une **déclaration d'intégralité** écrite. Les paiements ayant un lien temporel ou économique entre eux doivent être considérés ensemble (art. 8a al. 3 LBA), ce qui peut être difficile dans la pratique.

## V. OPÉRATIONS DE CONTRÔLE

11 Les opérations de contrôle de l'entreprise de révision se répartissent en **trois étapes de contrôle**: analyse des risques, contrôle de l'exhaustivité de la documentation et contrôle du respect des obligations de diligence et de communication. Les achats-tests ainsi que d'autres formes de surveillance du comportement commercial des commerçants ne sont pas prévus.

## VI. OBLIGATION DE DÉCLARATION DE L'ENTREPRISE DE RÉVISION

12 Conformément à l'art. 9 al. 1$^{bis}$ LBA, l'**obligation de communiquer** incombe **en premier lieu au négociant**. Si un négociant ne respecte pas l'obligation de communiquer selon l'art. 9 al. $^{1bis}$ LBA, l'**entreprise de révision** fait immédiatement une communication au Bureau de communication (MROS) conformément à l'art. 15 al. 4 LBA (**obligation de communiquer subsidiaire**) lorsqu'elle a de bonnes raisons de soupçonner : qu'une infraction au sens des art. 260$^{ter}$ ou 305$^{bis}$ CP a été commise (let. a) ; que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305$^{bis}$, ch. 1$^{bis}$ CP (let. b) ; que des valeurs patrimoniales sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste (let. c) ; ou que des valeurs patrimoniales servent au financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$ al. 1 CP) (let. d). L'entreprise de révision est également soumise à une obligation d'annonce lorsqu'elle découvre de nouveaux faits au cours du contrôle ou qu'elle a elle-même des soupçons fondés, sans que le négociant ne soit lui-même parvenu à cette conclusion. Dans la littérature, on estime que l'entreprise de révision devrait fixer au commerçant qui a omis de faire une déclaration un court délai dans lequel celui-ci peut procéder lui-même à la déclaration. Cette procédure est judicieuse, même si elle n'est pas prévue par la loi, mais doit être annoncée « sans délai » par l'entreprise de révision.

L'obligation de déclarer s'applique également lorsque le négociant retire son mandat à l'entreprise de révision après que celle-ci a eu connaissance d'un fait à déclarer ou lorsque l'entreprise de révision démissionne elle-même de son mandat. Il convient de noter que l'entreprise de révision n'a pas d'obligation autonome de déclarer - elle ne fait que **procéder** à la déclaration au sens d'une **mesure de substitution** pour le commerçant fautif qui a omis de le faire en violation de ses obligations. Une punissabilité de l'entreprise de révision en vertu de l'art. 37 LBA n'entre pas en ligne de compte, mais éventuellement (en cas de manquements graves) une punissabilité pour complicité de blanchiment d'argent au sens de l'art. $^{305bis}$ en relation avec l'art. 25 LBA. art. 25 CP). Même si l'entreprise de révision procède à la communication, une punissabilité du commerçant peut entrer en ligne de compte, notamment si la communication n'a pas été faite « immédiatement » au sens de l'art. 9 al. $1^{bis}$ LBA. 13

Si une entreprise de révision effectue de bonne foi une communication au sens de l'art. 15 al. 5 LBA, elle n'est responsable ni pénalement ni civilement en vertu de l'art. 11 al. 1 et 2 let. b LBA (**exclusion de la responsabilité pénale et civile**). 14
L'interdiction d'informer (« Tipping Off-Verbot ») selon l'art. *10a* al. 5 LBA s'applique également à l'organe de révision.

## VII. CONSÉQUENCES JURIDIQUES EN CAS DE VIOLATION DE L'OBLIGATION DE VÉRIFICATION

Les négociants qui, dans le cadre d'une opération commerciale, acceptent plus de 100 000 francs en espèces sans charger une entreprise de révision de vérifier le respect des obligations de diligence et de communication sont **punissables en vertu de l'art. 38 LBA**. L'infraction commence et est simultanément consommée dès que l'entreprise de révision aurait dû être mandatée au plus tard conformément à l'art. 15 LBA pour garantir un contrôle en bonne et due forme et dans les délais. En ce qui concerne la punissabilité et les autres conséquences possibles d'une violation de l'art. 15 LBA, nous renvoyons au commentaire de l'art. 38 LBA. 15

## BIBLIOGRAPHIE

Burckhardt Peter/Hösli Andreas, Neue strafrechtliche Risiken für Händler bei Barzahlungen über CHF 100‘000, in: Jusletter vom 1.2.2016 (zit. Burckhardt/Hösli, Jusletter 1.2.2016).

Hagi Andreas Lukas/Tschabold Stephan, Kommentierung zu Art. 15, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Hagi/Tschabold, Art. 15 GwG).

Nagel Thomas, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Zürich et al. 2020 (zit. Nagel).

Ramelet Nicolas, Kommentierung zu Art. 15, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Ramelet, Art. 15 GwG).

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 15, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (GwG), 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK-Wyss, Art. 15 GwG).

## MATÉRIAUX

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 31.8.2024 (zit. Botschaft GwG 2019).

Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vom 11.11.2015, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/41723.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. Erläuterungsbericht GwV 2015).

EXPERTsuisse, Ausgewählte Fragen und Antworten zu den Auswirkungen der Anpassungen des Geldwäschereigesetzes auf die Prüfung von Händlerinnen und Händlern, 23.6.2016 (zit. EXPERTsuisse).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 20 LBA

Un commentaire de Marc Mauerhofer / Tabea Oberhänsli

PROPOSITION DE CITATION

Marc Mauerhofer/Tabea Oberhänsli, Commentaire de l'art. 20 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Mauerhofer/Oberhänsli, art. 20 LBA N. XXX.

**Art. 20 Activité sans affiliation à un organisme d'autorégulation**

[1] La FINMA peut recourir aux instruments de surveillance prévus aux art. 29 à 37 LFINMA contre les intermédiaires financiers qui enfreignent l'obligation de s'affilier à un organisme d'autorégulation reconnu prévue à l'art. 14, al. 1.

[2] Elle peut ordonner la dissolution des personnes morales, des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandites et la radiation des raisons individuelles du registre du commerce.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction ..... 439
A. Historique ..... 439
B. But ..... 439
C. Standard international et répartition des tâches en Suisse ..... 440
II. Renvoi aux instruments de surveillance prévus aux art. 29 à 37 LFINMA (al. 1) ..... 441
A. Intermédiaires financiers couverts ..... 441
B. Utilisation des instruments de surveillance contre les personnes non autorisées par la LBA ..... 441
1. Dans le cadre des clarifications (préalables) ..... 441
2. Dans le cadre d'une procédure d'enforcement ..... 442
3. à la suite d'une procédure d'enforcement ..... 445
III Ordonnance de dissolution ou de radiation du registre du commerce (al. 2) ..... 446
A. Liquidation (complète) vs. liquidation partielle ..... 446
B. Liquidation prudentielle vs. faillite ..... 447
C. Renonciation à la liquidation ..... 448
Bibliographie ..... 449
Matériaux ..... 451

# I. INTRODUCTION

## A. Historique

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFIN et de la LFID le 1er janvier 2020, les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA avaient le choix entre s'affilier à un organisme d'autorégulation reconnu ou demander une autorisation à la FINMA pour exercer leur activité (art. 14 aLBA). Les intermédiaires financiers qui optaient pour cette dernière solution étaient directement soumis à la surveillance de la FINMA (intermédiaires financiers directement soumis, dits IFDS). Le statut d'IFDS a été supprimé avec l'**entrée en vigueur** de la LEFin et de la FIDLEG. L'art. 20 aLBA, qui réglait les conséquences du retrait de l'autorisation, a par conséquent également été abrogé. L'ancienne possibilité de choisir entre l'affiliation à un organisme d'autorégulation reconnu et la surveillance directe de la FINMA a été remplacée par l'obligation de s'affilier à un organisme d'autorégulation reconnu (art. 14 al. 1 LBA). 1

Contrairement aux intermédiaires financiers relevant d'autres lois sur les marchés financiers, qui doivent obtenir une autorisation de la FINMA pour exercer leur activité, les intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 3 LBA ne sont pas des assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA. L'art. 20 LBA, en vigueur depuis le 1er janvier 2023, stipule donc expressément que la FINMA peut prendre les **mesures de surveillance** prévues par la LFINMA à l'encontre des intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 3 LBA qui ne respectent pas leur obligation d'adhérer à un organisme d'autorégulation reconnu au sens de l'art. 14 al. 1 LBA. Il est ainsi clairement établi que la FINMA dispose, même après la suppression du statut d'IFDS, de la compétence d'agir contre les intermédiaires financiers qui, bien que n'ayant pas besoin d'une autorisation de la FINMA, exercent leur activité sans être affiliés à un organisme d'autorégulation comme l'exige le droit de la surveillance. 2

## B. But

Les instruments de surveillance applicables en vertu de l'art. 20 LBA complètent l'art. 44 LFINMA, qui réprime l'exercice illicite d'une activité sur les marchés financiers. En permettant à la FINMA de prendre les mesures de surveillance de la LFINMA à l'encontre des intermédiaires financiers au sens 3

de l'art. 2 al. 3 LBA, il s'agit de rétablir l'ordre légal et de garantir l'égalité des conditions sur les marchés financiers. L'art. 20 LBA garantit ainsi que les intermédiaires financiers exerçant une activité illicite puissent être **poursuivis efficacement**, même s'il ne s'agit pas d'assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA.

## C. Standard international et répartition des tâches en Suisse

4 Les **recommandations du GAFI** exigent que les autorités étatiques prennent des mesures contre les prestataires de services de transfert de fonds ou de valeurs (appelés MVTS) qui agissent sans autorisation : « Countries should take action to identify natural or legal persons that carry out MVTS without a license or registration, and to apply appropriate sanctions ». Des compétences correspondantes des ministères des finances ou des autorités de surveillance compétents sont donc répandues au niveau international.

5 La solution choisie par la **Suisse** correspond à la norme internationale. Selon celle-ci, c'est d'une part la FINMA, en tant qu'autorité de surveillance, qui agit en vertu du droit de la surveillance contre les prestataires exerçant une activité illicite, sur la base de l'art. 20 LBA. Cette procédure vise à rétablir l'ordre légal et à prévenir le risque de récidive. Ainsi, les prestataires non autorisés doivent par exemple cesser leur activité (art. 31 LFINMA) ou être liquidés (art. 20 al. 2 LBA) et le public est mis en garde contre les personnes exerçant une activité illicite (art. 34 LFINMA). D'autre part, comme l'activité exercée sans autorisation ou sans affiliation à un organisme d'autorégulation constitue également une infraction au sens de l'art. 44 LFINMA, la FINMA dépose une plainte pénale au terme de son enquête ou de sa procédure (art. 38 al. 3 LFINMA). Dans de tels cas, l'autorité de poursuite pénale est le Département fédéral des finances (DFF) (art. 50 LFINMA). Le DFF mène ensuite une procédure pénale administrative. Ainsi, outre la procédure prudentielle visant à prévenir et à rétablir l'ordre, les personnes responsables de l'activité illicite passée sont également sanctionnées.

# II. RENVOI AUX INSTRUMENTS DE SURVEILLANCE PRÉVUS AUX ART. 29 À 37 LFINMA (AL. 1)

## A. Intermédiaires financiers couverts

La disposition de l'art. 20 LBA s'applique aux **intermédiaires financiers**, qui ne respectent pas l'obligation de s'affilier à un organisme d'autorégulation reconnu au sens de l'art. 14 al. 1 LBA. A cet égard, l'art. 14 al. 1 LBA renvoie en outre à l'art. 2 al. 3 LBA. Cette disposition s'applique donc aux personnes qui, sans être affiliées à un OAR, acceptent ou conservent à titre professionnel des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers ou aident à les placer ou à les transférer. 6

Dans la pratique, les **exemples** typiques sont les prestataires de services de paiement, par exemple les personnes qui effectuent des transferts de fonds pour des tiers, comme les exploitants d'un système de paiement local ou d'un système Hawala, ainsi que les assainisseurs de dettes. De même, les émetteurs de moyens de paiement sont inclus, par exemple les émetteurs de jetons de paiement lors d'une ICO ou les émetteurs de monnaies locales. D'autres exemples pourraient être les prêteurs qui dépassent le seuil de professionnalité, les négociants en matières premières qui agissent pour le compte de tiers ou les changeurs de monnaie. 7

D'autres personnes auxquelles s'applique la loi sur le blanchiment d'argent sont **exclues** du champ d'application de l'art. 20 LBA. Ainsi, l'art. 20 LBA ne s'applique notamment pas aux commerçants visés à l'art. 2 al. 1 let. b LBA. De même, les conseillers éventuellement soumis à l'avenir à une obligation d'affiliation à un OAR seront exclus. Sont également exclus les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 LBA, donc notamment tous les assujettis à la surveillance prudentielle. Pour ces derniers, une disposition analogue s'applique toutefois dans la loi sur les marchés financiers correspondante. 8

## B. Utilisation des instruments de surveillance contre les personnes non autorisées par la LBA

### 1. Dans le cadre des clarifications (préalables)

Selon le libellé de l'art. 31 LFINMA, la FINMA est tenue de rétablir l'ordre légal lorsqu'une personne « viole » les lois sur les marchés financiers, c'est-à- 9

dire exerce par exemple une activité soumise à autorisation sans autorisation correspondante. Tant qu'il n'existe pas d'indices suffisamment concrets à cet égard, la FINMA peut, dans le cadre des principes constitutionnels et administratifs généraux ainsi que du **principe d'opportunité**, utiliser ses ressources en fonction des besoins et des risques. Elle peut ainsi poursuivre l'examen de telles situations suspectes dans le cadre de clarifications (préliminaires).

10 Lors d'une enquête, il s'agit d'une action administrative informelle, c'est-à-dire que les droits et obligations de la loi sur la procédure administrative, notamment le droit de consulter le dossier ou l'obligation de payer des frais, ne s'appliquent pas. Toutefois, l'**obligation de renseigner et d'annoncer** selon l'art. 29 LFINMA s'applique déjà, car la FINMA peut également utiliser les instruments de surveillance à l'égard de personnes dont l'assujettissement est encore contesté. La possibilité d'exiger des renseignements sur leurs activités commerciales de la part de personnes susceptibles d'être soumises à une obligation d'affiliation à un OAR permet à la FINMA de vérifier le soupçon en premier lieu. Celui qui refuse de fournir des renseignements malgré le soupçon d'une activité illicite risque d'être inscrit sur la liste d'alerte publique de la FINMA en vertu de l'art. 22 al. 2 LFINMA.

11 Si les soupçons se confirment, mais que le **rétablissement** de l'ordre légal au sens de l'art. 31 LFINMA est déjà obtenu dans le cadre des investigations, la FINMA peut renoncer à ouvrir une procédure. Dans la pratique, ces cas sont de loin les plus fréquents, tout en supposant la coopération de la personne concernée : L'état conforme peut par exemple être rétabli si l'intermédiaire financier s'affilie à un organisme d'autorégulation ou met fin de manière durable et crédible à son activité assujettie. Ce rétablissement de l'ordre légal ne change toutefois rien au fait que l'activité antérieure a été exercée sans autorisation ou sans affiliation à un organisme d'autorégulation, ce qui est passible d'une peine en vertu de l'art. 44 LFINMA.

### 2. Dans le cadre d'une procédure d'enforcement

12 En vertu de l'art. 30 LFINMA, la FINMA est habilitée à **ouvrir** une procédure formelle lorsque des indices laissent supposer que des dispositions du droit de la surveillance ont été violées. Elle en fera usage si les clarifications ne permettent pas de rétablir l'ordre légal ou en présence d'une infraction grave

(notamment avec des valeurs patrimoniales importantes impliquées ou avec de nombreux clients).

Le rétablissement de l'ordre légal au sens de l'art. 31 LFINMA peut aussi n'intervenir que dans le cadre de la procédure d'enforcement, au lieu des clarifications (cf. ci-dessus N. 9 ss.). Ainsi, la FINMA peut ordonner la cessation de l'activité. Elle le fait en général à l'égard des personnes physiques impliquées ou responsables, alors qu'une telle injonction à l'égard d'une personne morale n'a de sens que si elle n'est pas liquidée en même temps (cf. infra N. 18). Cette **injonction de ne pas faire** est souvent combinée avec une menace de peine au sens de l'art. 48 LFINMA. 13

Enfin, il est également envisageable que la partie rétablisse elle-même l'état conforme pendant la procédure, par exemple en ne cessant durablement et de manière crédible son activité qu'à ce stade. Dans de telles situations, la FINMA peut rendre une **décision en constatation** au sens de l'art. 32 LFINMA. De simples décisions en constatation sont toutefois rares après une activité exercée sans autorisation, car une injonction de s'abstenir (cf . ci-dessus N. 13) s'impose pratiquement toujours pour prévenir les récidives. 14

En cas de violation grave des dispositions du droit de la surveillance, ce qui est en principe le cas lorsqu'une activité a été exercée sans autorisation, la FINMA peut publier sa décision conformément à l'art. 34 LFINMA. Selon le texte de la loi, la **publication** a lieu après l'entrée en force (c'est-à-dire que le retrait de l'effet suspensif n'est pas autorisé), elle peut contenir des données personnelles et elle doit être ordonnée dans la décision elle-même. Dans la pratique, l'instrument de la publication est presque exclusivement utilisé pour les procédures contre des personnes physiques qui ont elles-mêmes exercé une activité illicite ou qui portent la responsabilité de l'activité illicite d'une personne morale. Dans ce cas, ce n'est pas l'intégralité de la décision qui est publiée, mais uniquement le chiffre du dispositif de l'injonction (cf. N. 13 ci-dessus), la publication étant limitée dans le temps. Le but de la publication est de mettre en garde contre cette personne. Ainsi, les partenaires contractuels, comme par exemple les banques lors de l'ouverture d'un compte, doivent notamment pouvoir reconnaître que cette personne a déjà exercé une activité illicite. Une telle publication doit être distinguée des publications au sens de l'art. 22 LFINMA : S'il existe des motifs au sens de l'art. 22 LFINMA, c'est-à-dire notamment un intérêt public, la FINMA peut informer le public en dehors d'une décision. La publication selon l'art. 34 LFINMA et la publication 15

selon l'art. 22 LFINMA interviennent à des moments différents : Alors que la publication au sens de l'art. 34 LFINMA ne peut avoir lieu qu'après l'entrée en force de la décision, la publication au sens de l'art. 22 LFINMA n'est liée à aucun moment particulier et a lieu en général rapidement après la clôture d'une procédure. Dans certains cas, la FINMA a combiné la publication et la diffusion, ce qui est admissible si les exigences des deux dispositions sont remplies.

16 En vertu de l'art. 35 LFINMA, la FINMA peut **confisquer** le **bénéfice** qu'un assujetti ou une personne exerçant une fonction dirigeante a réalisé en violant gravement le droit de la surveillance. Cette disposition peut en principe être utilisée dans le cadre de procédures d'enforcement contre des personnes exerçant une activité illicite. Dans la mesure où une personne non autorisée par la LBA aurait été en mesure d'obtenir une affiliation à un OAR, seule l'économie (minime) réalisée pour l'affiliation à un OAR constitue un gain découlant de manière causale de la violation du droit de surveillance. Toutefois, si la personne non autorisée par la LBA ne peut pas obtenir d'autorisation, par exemple parce qu'elle a participé à un montage similaire à une fraude, les bénéfices de l'activité commerciale peuvent également être confisqués. Une possibilité pour les personnes morales est donc d'ordonner la liquidation prudentielle (voir N. 18) et de confisquer les bénéfices en cas d'excédent de liquidation et à hauteur de celui-ci. Pour les personnes responsables occupant un poste de direction, la confiscation peut être effectuée jusqu'à concurrence des salaires ou autres rémunérations versées. Dans ce cas également, il convient toutefois de vérifier si seules les économies réalisées pour l'affiliation à l'OAR constituent le bénéfice illicite. Enfin, la confiscation des gains doit rester proportionnée, ce qui pourrait être le cas, selon le message du Conseil fédéral, si elle conduisait à une faillite (privée). Dans la pratique publiée, la confiscation des bénéfices des personnes exerçant une activité illicite est jusqu'à présent plutôt l'exception.

17 En raison du renvoi général aux mesures de surveillance de la LFINMA à l'art. 20 LBA, **des interdictions d'exercer une profession ou une activité** au sens des art. 33 et *33a* LFINMA sont également possibles à l'encontre de personnes responsables d'une activité illicite. Aucun cas de ce type n'est toutefois visible dans la pratique publiée. Cela s'explique sans doute par le fait que les personnes exerçant une activité illicite n'ont souvent que peu de chances de retrouver un emploi dans le domaine autorisé. Celles-ci sont

encore amoindries après une éventuelle publication selon l'art. 34 LFINMA (supra N. 15).

Enfin, le renvoi de l'art. 20 al. 1 LBA englobe également la disposition de l'art. 37 LFINMA. La FINMA peut ainsi ordonner la **liquidation** prudentielle d'acteurs exerçant une activité illicite. L'al. 2 de l'art. 20 LBA le précise encore une fois (voir le commentaire y relatif ci-dessous N. 22 ss). 18

Les mesures décrites ici peuvent en principe être **combinées**. Il convient toutefois de toujours vérifier si la proportionnalité est globalement respectée. 19

Dans le cadre de la procédure, la FINMA peut désigner un **chargé d'enquête** . En vertu de l'art. 36 LFINMA, elle peut décider que le chargé d'enquête agit à la place des organes d'une société. La mise en place d'un chargé d'enquête est donc un instrument efficace, notamment pour les acteurs agissant sans autorisation, qui permet de prendre le contrôle d'une activité commerciale malgré l'absence de mesures de contrainte dans une procédure administrative. La disposition peut également être appliquée par analogie dans le cas d'une entreprise individuelle. La FINMA fera surtout usage de l'instrument du chargé d'enquête lorsque des investigations approfondies sur les faits sont nécessaires pour juger d'une éventuelle activité illicite ou lorsque des fonds disponibles doivent être préservés grâce au statut d'organe du chargé d'enquête. La mise en place du chargé d'enquête constitue une mesure préventive qui est souvent superprovisoire, c'est-à-dire qu'elle intervient sans audition de la partie concernée. Si, au cours de son activité, le chargé d'enquête constate que la société est surendettée et qu'il a été désigné comme organe, il dépose l'avis de surendettement auprès du tribunal civil compétent, conformément à l'art. *725b* al. 3 CO. Après l'entrée en faillite, la procédure d'enforcement se poursuit, la faillite ayant la priorité sur une liquidation prudentielle par la LFINMA conformément à l'art. 37 LFINMA. 20

### 3. à la suite d'une procédure d'enforcement

Après la clôture définitive de la procédure d'enforcement, la FINMA **exécute** les mesures ordonnées conformément à l'art. 32 al. 2 LFINMA en relation avec l'art. l'art. 39 PA. Pour les mesures typiques concernant des acteurs exerçant une activité illicite, elle peut procéder directement aux actes d'exécution : Par exemple, elle publie des extraits pertinents de la décision ou elle commence à mettre en œuvre la liquidation (cf N. 25 ci-après). 21

L'exécution de la confiscation des bénéfices se fait, si nécessaire, par la voie de la LP. Enfin, une injonction de ne pas faire (supra n. 13) ne peut pas être exécutée à proprement parler : Si elle est violée et qu'elle a eu lieu sous la menace d'une peine au sens de l'art. 48 LFINMA, la FINMA dépose une plainte pénale auprès du DFF et elle peut ouvrir une nouvelle procédure d'enforcement (et, le cas échéant, ordonner des mesures plus sévères que dans la première procédure).

## III ORDONNANCE DE DISSOLUTION OU DE RADIATION DU REGISTRE DU COMMERCE (AL. 2)

### A. Liquidation (complète) vs. liquidation partielle

22 L'art. 20 al. 2 LBA prévoit que la FINMA peut ordonner la dissolution des personnes morales ainsi que des sociétés en nom collectif et en commandite, et la radiation du registre du commerce des entreprises individuelles. L'art. 20 al. 2 LBA a créé une base légale explicite pour la **mesure la plus grave** que la FINMA peut prendre en cas de violation de l'obligation d'affiliation selon l'art. 14 al. 1 LBA. Avant d'ordonner la dissolution ou la radiation du registre du commerce, la FINMA doit examiner, en application du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.), si le rétablissement de l'ordre légal peut être obtenu par des mesures moins incisives (cf. ci-dessus N. 9 ss.). La dissolution ou la radiation du registre du commerce constitue l'ultima ratio.

23 Si le rétablissement de l'ordre légal n'est pas possible, par exemple parce que l'intermédiaire financier exerçant une activité illicite ne cesse pas son activité de manière durable et crédible, qu'il ne se montre pas coopératif et refuse de s'affilier à un organisme d'autorégulation reconnu ou qu'il ne peut même pas obtenir d'affiliation parce qu'il ne remplit pas les conditions de l'art. 14 al. 2 LBA, la FINMA ordonne la **dissolution** ou la radiation du registre du commerce. La FINMA ne doit notamment pas donner à l'intermédiaire financier exerçant une activité illicite la possibilité de transformer cette activité en une activité non problématique au regard du droit des marchés financiers afin d'éviter la liquidation.

24 Si la liquidation est établie comme conséquence de la violation de l'obligation d'affiliation, la FINMA doit régler l'**étendue** de la liquidation par voie de décision. Le principe de proportionnalité exige que l'ampleur de la liquidation

ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour rétablir l'ordre légal. Cela signifie que dans les cas où l'intermédiaire financier exerce, en plus de l'activité illicite, une activité qui ne pose pas de problème au regard du droit des marchés financiers, seule la partie concernant l'activité illicite doit être liquidée. Une liquidation partielle n'est toutefois envisageable qu'aux conditions suivantes : la liquidation partielle doit d'une part être techniquement possible. D'autre part, l'activité qui ne pose pas de problème du point de vue du droit des marchés financiers doit pouvoir être exercée de manière autonome. En outre, aucun moyen financier non délimitable sur le plan comptable, qui a été généré sur la base de l'activité illicite, ne doit avoir été versé dans l'activité non problématique du point de vue du droit des marchés financiers. Enfin, il doit être possible de supposer qu'il n'y aura pas de risque pertinent à l'avenir pour que l'activité illicite soit à nouveau exercée. Si aucun pronostic positif ne peut être établi, ce qui est généralement le cas dans la pratique pour les modèles commerciaux peu sérieux, la liquidation complète est inévitable.

## B. Liquidation prudentielle vs. faillite

La FINMA procède elle-même à la liquidation prudentielle éventuellement ordonnée ou, ce qui est plus courant dans la pratique, elle désigne un **liquidateur** à cet effet. S'il existe déjà une situation de surendettement pendant la procédure, le chargé d'enquête désigné par la FINMA en tant qu'organe peut déposer un avis de surendettement auprès du tribunal civil compétent (cf. ci-dessus N. 20). Toutefois, si aucune ouverture de faillite n'intervient pendant la procédure et que la FINMA ordonne ensuite la liquidation prudentielle, il est concevable qu'une situation de surendettement se révèle après l'ouverture de la liquidation. Dans ce cas, le liquidateur désigné par la FINMA peut déposer l'avis de surendettement auprès du tribunal civil compétent, qui est chargé de l'ouverture et de la liquidation de la faillite des acteurs du marché financier exerçant une activité illicite (art. *173b* al. 2 LP). Si l'intermédiaire financier exerçant une activité illicite est une entreprise individuelle, la FINMA peut ordonner sa radiation du registre du commerce en vertu de l'art. 20 al. 2 LBA. Cette décision entraîne également la liquidation prudentielle. Elle ne peut toutefois pas conduire à elle seule à une faillite (privée). 25

## C. Renonciation à la liquidation

26 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 37 al. 2 et 3 LFINMA en relation avec la loi sur les marchés financiers applicable (p. ex. art. 23quinquies al. 1 LB), la liquidation est en principe la **conséquence juridique obligatoire et unique** d'une activité exercée de manière illicite sur les marchés financiers. En tant qu'autorité d'application du droit, la FINMA n'a donc aucun pouvoir d'appréciation dans le choix de la conséquence juridique. Elle doit toutefois appliquer le principe de proportionnalité et régler l'étendue de la liquidation par voie de décision (cf. supra N. 24) ou, le cas échéant, renoncer à la liquidation (cf. supra N. 27 s.).

27 Le libellé de certaines dispositions des lois sur les marchés financiers indique déjà que la FINMA dispose d'un pouvoir d'appréciation pour décider si une liquidation doit être effectuée. Ainsi, dans le domaine des placements collectifs de capitaux, la disposition de l'art. 134 LPCC est conçue comme une disposition « potestative ». En revanche, l'art. 23quinquies al. 1 LB, l'art. 52 LSA, l'art. 66 al. 1 LEFin et l'art. 87 al. 2 LIMF, qui règlent également les conséquences du retrait de l'autorisation, ne sont pas formulés comme des dispositions « potestatives ». Toutefois, le Tribunal fédéral a déjà réduit téléologiquement l'art. 20 aLBA, qui prévoyait la dissolution ou la radiation du registre du commerce comme conséquence du retrait de l'autorisation de l'IFDS par la FINMA, en ce sens qu'**aucune liquidation** n'est effectuée lorsque la société ou l'entreprise individuelle n'exerce aucune activité d'intermédiation financière ou n'en exerce qu'une minime. Cette interprétation correspond à la version initiale de cette disposition datant de 1998, qui prévoyait expressément que la conséquence juridique de la liquidation ne s'applique que si la société ou l'entreprise individuelle « exerce principalement une activité d'intermédiaire financier ». L'idée derrière cette réserve était de tenir compte du principe de proportionnalité. Le Tribunal fédéral a justifié la réduction téléologique de l'art. 20 aLBA par le fait que rien n'indiquait dans les matériaux pourquoi cette réserve avait été supprimée et qu'il ne fallait pas supposer à la légère que la nouvelle formulation de cette disposition visait à supplanter le principe de proportionnalité en tant que principe marquant de l'ordre constitutionnel suisse.

28 Comme
l'art. 134 LPCC, l'art. 20 al. 2 LBA est aujourd'hui formulé comme une **disposition « potestative »**. La violation de l'obligation d'adhérer à un

organisme d'autorégulation reconnu ne doit donc pas obligatoirement entraîner la dissolution ou la radiation du registre du commerce et la liquidation, même en vertu de la loi. Au contraire, le libellé de l'art. 20 al. 2 LBA laisse expressément la place à des considérations de proportionnalité. La FINMA peut donc renoncer à la liquidation dans des cas particuliers. Selon la jurisprudence relative à l'art. 20 aLBA (cf. ci-dessus N. 27), il est possible de renoncer à la liquidation pour des raisons de proportionnalité lorsque la société ou l'entreprise individuelle n'a exercé qu'une activité d'intermédiaire financier secondaire. Toutefois, dans la pratique, les cas où l'on renonce à une liquidation pour des raisons de proportionnalité sont rares.

*Dans cet article, l'auteur exprime uniquement son point de vue personnel.*

## BIBLIOGRAPHIE

Amez-Droz Laura, Finanzmarktenforcement und Kommunikation: Zum Kommunikationsverhalten der FINMA hinsichtlich einzelner Enforcementverfahren, SZW 2024, S. 188–207.

Ammann Fritz, Verwaltungsstrafverfahren des Finanzdepartements, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, S. 625–674.

Bertschinger Urs, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2015 bis ins vierte Quartal 2016, SZW 2016, S. 620–639 (zit. Bertschinger, Finanzmarktaufsichtsrecht).

Bertschinger Urs, Zur Abwicklung unbewilligter Finanzaktivitäten, SZW 2013, S. 519–528 (zit. Bertschinger, Abwicklung).

Brunnhofer Michaela/Leimgruber Dominik, Kommentierung zu Art. 20 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz, Bern 2017.

Emmenegger Susan, Zulässigkeit eines SRO-Anschlusszwangs für Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG, Rechtsgutachten zuhanden des Eidg. Finanzdepartements, Bern 2013.

Eymann Patric, Eröffnung des Verfahrens und Kriterien dazu, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, S. 105–107.

Friedmann Oliver/Kuhn Christoph/Schönknecht Florian, Enforcement, in: Sester Peter/Brändli Beat/Bartholet Oliver/Schiltknecht Reto (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich et al. 2018, S. 469–510.

Frigo Patrick/Jain Vivien, Kommentierung zu Art. 14 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Grodecki Stéphane, Kommentierung zu Art. 20 GwG, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le blanchiment d'argent, Basel 2022.

Hsu Peter Ch./Bahar Rashid/Flühmann Daniel, Kommentierung zu Art. 34 FINMAG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Kuhn Christoph, Massnahmen der FINMA, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, S. 351–420.

Maurenbrecher Benedikt/Terlinden André, Kommentierung zu Art. 36 FINMAG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Meyer Patrick K./Ryhner Samuel, Kommentierung zu Art. 134 KAG, in: Bösch René/Rayroux François/Winzeler Christoph/Stupp Eric (Hrsg.), Basler Kommentar, Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2016.

Roth Pellanda Katja/Kopp Lara, Kommentierung zu Art. 31 und 37 FINMAG, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Schönknecht Florian, Vorabklärungen im FINMA-Enforcement, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, S. 65–92.

Truffer Roland, Kommentierung zu Art. 29 FINMAG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

## MATÉRIAUX

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1.2.2006, BBl 2006 2829 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/303/de, besucht am 22.12.2024 (zit. Botschaft FINMAG 2006).

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 22.12.2024 (zit. Botschaft GwG 2019).

FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, FATF 2012, letztmals aktualisiert im November 2023, www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Fatf-recommendations.html, besucht am 22.12.2024.

Jahresbericht 2019, FINMA 2019, https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/20200402_finma_jahresbericht_2019.pdf, besucht am 22.12.2024 (zit. FINMA, Jahresbericht 2019).

Leitlinien zum Enforcement, FINMA 2014, https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/3durchsetzung/leitlinien-zum-enforcement.pdf, besucht am 22.12.2024.

Mutual Evaluation Report Singapore, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, FATF 2016, https://www.fatf-gafi.org/en/publications/mutualevaluations/documents/mer-singapore-2016.html, besucht am 22.12.2024.

Mutual Evaluation Report Switzerland, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, FATF 2016, www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-switzerland-2016.html, besucht am 22.12.2024.

Mutual Evaluation Report United Kingdom, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, FATF 2018, https://www.fatf-gafi.org/en/publications/mutualevaluations/documents/mer-united-kingdom-2018.html, besucht am 22.12.2024.

Mutual Evaluation Report United States, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, FATF 2016, https://www.fatf-gafi.org/en/

publications/mutualevaluations/documents/mer-united-states-2016.html, besucht am 22.12.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 23 LBA

Un commentaire de Anton Brönnimann

PROPOSITION DE CITATION

Anton Brönnimann, Commentaire de l'art. 23 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Brönnimann, art. 23 LBA N. XXX.

**Section 4 Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent**

**Art. 23**

[1] L'Office fédéral de la police gère le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent.

[2] Le bureau de communication vérifie et analyse les informations qui lui sont communiquées. Au besoin, il requiert des informations supplémentaires en vertu de l'art. 11*a*.

[3] Il gère son propre système d'information pour la lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment d'argent, la criminalité organisée et le financement du terrorisme.

[4] Le bureau de communication dénonce immédiatement le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente lorsque des soupçons fondés permettent de présumer:

a. qu'une infraction au sens des art. 260$^{ter}$, 305$^{bis}$ ou 305$^{ter}$, al. 1, CP a été commise;

b. que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305$^{bis}$, ch. 1$^{bis}$, CP;

c. que des valeurs patrimoniales sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste, ou

d. que des valeurs patrimoniales servent au financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$, al. 1, CP).

[5] Il informe l'intermédiaire financier s'il transmet les informations communiquées en vertu de l'art. 9, al. 1, let. a, de la présente loi ou de l'art. 305$^{ter}$, al. 2, CP à une autorité de poursuite pénale, dans la mesure où l'intermédiaire financier n'a pas rompu la relation d'affaires en vertu de l'art. 9*b*.

[6] ...

# TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction ..... 456
II. Influence des prescriptions internationales ..... 457
A. Généralités ..... 457
B. Recommandation 29 du GAFI - Cellule de renseignement financier (CRF) ..... 458
C. Affiliation au Groupe Egmont et respect des principes d'Egmont ..... 459
D. Relation entre la soft law et le droit national ..... 460
III. Contenu de la réglementation ..... 462
A. Organisation - Le bureau de communication en tant que partie de fedpol (al. 1) ..... 462
1. Intégration du bureau de communication dans fedpol ..... 462
2. Mise en œuvre des directives internationales dans le droit national ..... 465
B. L'analyse des déclarations de soupçons - « intelligence » (al. 2) ..... 465
1. Principe ..... 465
2. Instruments d'analyse - « boîte à outils » du bureau de communication ..... 468
a. Informations des intermédiaires financiers ..... 468
b. Accès aux banques de données de la police et de la justice ..... 469
c. Informations provenant de l'assistance administrative internationale ..... 470
d. Informations issues de l'assistance administrative nationale ..... 471
e. OSINT et autres sources d'information ..... 472
3. Approche basée sur les risques ..... 472
C. Système d'information (al. 3) ..... 473
1. Utilisation de l'application logicielle « goAML » ..... 473
2. Principes de traitement ..... 474
D. Dénonciation aux autorités de poursuite pénale (al. 4) ..... 475
E. Communication à l'intermédiaire financier (al. 5) ..... 477
Bibliographie ..... 479
Matériaux ..... 480

# I. INTRODUCTION

1 Le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS (ci-après : « Bureau de communication » ou « MROS ») est le bureau central de communication pour les cas suspects de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse et assume les tâches d'une **Financial Intelligence Unit (FIU)**. FIU est le terme international utilisé pour désigner les services gouvernementaux chargés des enquêtes sur les transactions financières dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le bureau de communication a une fonction essentielle dans la lutte contre la criminalité - il détecte les valeurs patrimoniales incriminées et suit le principe « follow the money ». Il contribue ainsi de manière déterminante à la crédibilité du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et protège ainsi également la réputation de la place financière suisse.

2 Les **tâches et les compétences** du Bureau de communication découlent de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), de l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA), du règlement interne fedpol/MROS ainsi que des recommandations internationales du Groupe d'action financière (GAFI) et des obligations envers le Groupe Egmont. Les tâches principales du MROS sont donc les suivantes : (1) **« Intelligence »**: le Bureau de communication reçoit les communications de soupçons qui, en vertu de la loi sur le blanchiment d'argent et du code pénal, lui sont adressées par les intermédiaires financiers et les autres assujettis à la LBA. Elle les enrichit d'informations supplémentaires et procède à ses propres analyses. Elle décide ensuite au cas par cas si les informations obtenues doivent être transmises ou non à une autorité de poursuite pénale sous la forme d'une dénonciation. (2) **« Coopération » :** le bureau de communication échange des informations opérationnelles et stratégiques avec d'autres autorités nationales ainsi qu'avec des CRF étrangères par le biais de l'entraide administrative. (3) **« Prévention »**: le bureau de communication contribue à l'évaluation des risques nationaux de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Il procède à une analyse stratégique (identification de modèles et de tendances) et partage les connaissances acquises avec les autorités, l'industrie financière et le public.

L'art. 23 LBA constitue la **base légale** du bureau de communication. Il s'exprime en principe sur l'organisation, l'analyse des communications de soupçons ainsi que sur les conditions de la dénonciation et de la transmission d'informations aux autorités de poursuite pénale. L'art. 23 ne doit toutefois pas être considéré isolément - il est en étroite relation avec les art. 9, 11a, 29 à 32, 35 et 35a LBA ainsi qu'avec les recommandations internationales du GAFI et les principes du Groupe Egmont. L'art. 23 LBA n'a pas été révisé au cours des 25 dernières années, du moins pas dans son essence - les développements internationaux mais aussi techniques ont en partie rendu son libellé obsolète. La pratique vécue par le bureau de communication et l'interprétation de l'art. 23 LBA à l'époque de son application revêtent donc une importance capitale. 3

## II. INFLUENCE DES PRESCRIPTIONS INTERNATIONALES

### A. Généralités

Le dispositif national de lutte contre le blanchiment d'argent est durablement influencé par les **normes internationales** . La Suisse est membre du Groupe d'action financière (GAFI), fondé en 1989. Le GAFI est le principal organisme international de lutte et de prévention contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et le financement de la prolifération. Il établit des normes dans ce domaine - des règles de conduite et des critères uniformes ont été définis dans 40 recommandations au total, qui s'appliquent à l'ensemble du secteur financier ainsi qu'à toutes les personnes et catégories professionnelles concernées. Le GAFI adopte régulièrement différents principes d'interprétation, notamment des documents de « guidance » et de « best practice ». Le GAFI encourage la diffusion de ces normes à l'échelle mondiale et vérifie leur mise en œuvre dans ses États membres. 4

La Banque mondiale, le Fonds monétaire international et le Conseil de sécurité de l'ONU ont reconnu les recommandations du GAFI comme des normes internationales, bien qu'elles ne constituent pas un droit directement contraignant et qu'elles n'aient donc qu'un statut de soft law. Plus de 180 pays dans le monde se sont engagés à adopter les recommandations du GAFI. 5

Afin de s'adapter aux changements de la norme, la LBA a été adaptée à plusieurs reprises et en profondeur au cours des 25 dernières années. Le MROS a lui aussi été largement touché par ces **changements**, d'autant plus que diverses recommandations, principalement la recommandation 29, mais 6

aussi les recommandations 1 (évaluation des risques), 2 (coopération et coordination nationales), 20 et 23 (déclarations de soupçons), 31 (autorités de poursuite pénale et d'enquête), 33 (tenue de statistiques) et 40 (coopération internationale) traitent du rôle et des activités des CRF ou y font directement ou indirectement référence.

## B. Recommandation 29 du GAFI - Cellule de renseignement financier (CRF)

7 La recommandation 29 du GAFI traite exclusivement de la **fonction de la CRF** et se prononce, dans la note interprétative, sur l'organisation et l'étendue des tâches et de leur exécution. La norme du GAFI exige que chaque pays dispose d'une cellule de renseignement financier (CRF) pour les déclarations de soupçons. Cette dernière est responsable, au niveau national, de la réception et de l'analyse des déclarations de soupçons concernant le blanchiment d'argent, ses infractions sous-jacentes et le financement du terrorisme. Elle transmet ses conclusions d'analyse aux autorités compétentes, spontanément ou sur demande.

8 Pour **accomplir ses tâches**, une CRF doit être en mesure d'obtenir des informations supplémentaires de la part des personnes soumises à déclaration. Elle doit en outre disposer d'un accès aussi direct et complet que possible aux informations pertinentes des autorités (ministère public, police, surveillance, autres autorités administratives, etc.) et avoir accès à des sources publiques et, le cas échéant, à des bases de données proposées sur le marché.

9 Une CRF doit en outre être **autonome** sur le plan opérationnel, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir agir de manière indépendante et sans recevoir d'instructions dans ses activités principales - réception des communications, hiérarchisation et triage, collecte d'informations, mode et méthodes d'analyse, gestion des données, transmission et échange d'informations et coopération avec d'autres autorités. Une caractéristique essentielle de l'autonomie est que la CRF doit être dotée de ressources financières, humaines et techniques adéquates pour pouvoir accomplir ses tâches. L'indépendance opérationnelle ne signifie pas qu'une CRF doit nécessairement être une autorité autonome. Elle peut faire partie d'une autorité existante, mais dans ce cas, il faut veiller à ce que les tâches principales de la CRF soient séparées de celles de l'autre autorité. Il en va de même pour le traitement des données. La CRF doit veiller à ce que la sécurité des données reçues soit garantie et que seuls les

collaborateurs de la CRF aient accès aux systèmes de traitement des données et aux applications informatiques correspondants.

Enfin, la recommandation 29 du GAFI exige également que la CRF applique les principes du Groupe Egmont en matière d'échange international d'informations. De facto, la norme du GAFI exige de la CRF une **adhésion permanente** au Groupe Egmont. 10

## C. Affiliation au Groupe Egmont et respect des principes d'Egmont

Depuis 1998, le bureau de communication est membre du Groupe Egmont, fondé en 1995, qui réunit actuellement 177 CRF dans le monde. Cette organisation permet un **échange** international, sécurisé, rapide et légalement autorisé **d'informations** dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent. L'adhésion au Groupe Egmont est centrale et sans alternative pour une place financière de la taille et de l'importance de la Suisse. L'admission et le maintien sont liés à des critères de qualification stricts. L'affiliation confère à une CRF une sorte de label de qualité et est le garant d'un échange d'informations sûr et standardisé au niveau international. L'adhésion fait désormais également partie des normes du GAFI. Certaines CRF ne sont en outre prêtes à échanger des informations que via le « Egmont Secure Web » - un système d'information électronique sécurisé -, ce qui suppose l'adhésion au Groupe Egmont. 11

En ce qui concerne l'**indépendance opérationnelle**, le Groupe Egmont a publié en 2018 un document intitulé *« Understanding FIU Operational Independence and Autonomy »*. Le chapitre 6 décrit les caractéristiques d'une CRF indépendante. Sur le fond, les exigences du Groupe Egmont en matière d'autonomie opérationnelle vont plus loin que la Recommandation 29 du GAFI. La norme Egmont exige notamment la séparation physique de la CRF des autres autorités publiques. La nomination du personnel, la compétence budgétaire et la possibilité d'entreprendre des missions sont également réglées de manière plus restrictive et doivent être décidées de manière définitive au niveau de la CRF. De même, la nomination et la révocation du chef de la CRF sont soumises à des critères particuliers qui ne correspondent pas nécessairement aux prescriptions du droit du personnel de la juridiction concernée. Pour l'auto-évaluation de l'indépendance et de l'autonomie 12

opérationnelles, le Groupe Egmont met à disposition une liste de contrôle avec les critères pertinents.

13 Les CRF qui ne se conforment plus suffisamment aux principes du Groupe Egmont, en constante évolution, et/ou qui les enfreignent sont soumises, pour non-respect des principes, à une **procédure** dite **de non-conformité** qui prévoit, si les déficits constatés ne sont pas comblés, des avertissements, des suspensions et, en dernier recours, l'exclusion du Groupe Egmont.

## D. Relation entre la soft law et le droit national

14 La soft law se caractérise par le fait qu'elle ne provient pas de l'une des sources formelles de droit international citées à l'article 38 du Statut de la CIJ et n'est donc pas juridiquement contraignante. Il s'agit plutôt d'un **soutien ou d'un complément au droit**. Le caractère non contraignant de la soft law a pour conséquence que son non-respect n'engage pas la responsabilité de l'Etat concerné au regard du droit international et que les représailles ne sont pas autorisées par le droit international. Cependant, les rétorsions ou les listings restent autorisés. Les formes de soft law peuvent être par exemple des résolutions, des déclarations, des recommandations et des codes de conduite d'organisations internationales, des standards, des bonnes pratiques, des principes ainsi que des accords juridiquement non contraignants (par exemple des mémorandums d'entente). L'existence d'une procédure de contrôle (dite procédure de suivi) sur le respect des prescriptions contenues dans la réglementation concernée est un indice essentiel de l'existence d'une soft law.

15 Le GAFI n'est pas une organisation internationale au sens du droit international public, mais un organe purement politique, raison pour laquelle ses recommandations et ses publications n'ont pas d'effet directement contraignant pour les États concernés et ne constituent donc que de la « soft law ». Le GAFI et ses États membres ont toutefois l'ambition claire que leurs recommandations soient suivies. Le GAFI s'assure que ses recommandations sont prises au sérieux et respectées par le biais d'auto-évaluations annuelles des pays membres et d'évaluations périodiques par des évaluateurs d'autres pays membres (« mutual evaluations »). Trois fois par an, le **GAFI** publie **des listes** de pays qui présentent des déficits stratégiques dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ou qui ne respectent pas les recommandations : Sur la « liste noire » figurent toutes les juridictions qui représentent un risque pour le système financier international et qui

entravent ou empêchent les efforts internationaux de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. En revanche, la liste grise regroupe toutes les juridictions qui n'ont pas fait de progrès suffisants pour combler leurs lacunes ou qui ne se sont pas engagées à mettre en œuvre un plan d'action élaboré en collaboration avec le GAFI.

Le fait de figurer sur la liste noire n'a pas de conséquences directes pour le pays concerné - le GAFI ne peut pas imposer de mesures directement sévères. Il invite toutefois ses Etats membres ainsi que d'autres juridictions à **prendre des contre-mesures** à l'encontre de ces pays afin de préserver le système financier international des risques de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. En ce qui concerne les pays figurant sur la liste grise, le GAFI appelle ses Etats membres à prendre en compte les risques liés aux déficits identifiés. Ces demandes sont ancrées dans la Recommandation 19 du GAFI et font donc également partie des normes du GAFI et sont donc couvertes par l'examen régulier du GAFI. Par le biais d'une recommandation autonome, le GAFI dispose ainsi d'un moyen de pression puissant pour contraindre les pays membres à adopter un comportement conforme. 16

Le « système de sanctions » du GAFI repose ainsi sur le principe **du « naming and shaming »**. Celui qui ne respecte pas les recommandations du GAFI est cloué au pilori et doit s'attendre à des contre-mesures ou à des tracasseries de la part des autres Etats membres. Il en va de même pour le Groupe Egmont. Le non-respect des principes d'Egmont peut conduire à l'exclusion du Groupe Egmont, ce qui affecte également la recommandation 29 du GAFI ou constitue une violation des normes du GAFI. 17

La Suisse est l'une des principales places financières du monde. Le secteur financier représente un septième de la valeur ajoutée brute de la Suisse. Environ dix pour cent de tous les emplois en Suisse dépendent directement ou indirectement du secteur financier. La place financière suisse constitue un pilier important de l'économie suisse. L'attractivité de la place financière suisse repose sur une offre de services financiers qui fonctionne sans accroc et sur une réputation irréprochable. D'éventuelles contre-mesures prises par d'autres Etats ont des répercussions négatives sur la place financière suisse et donc sur l'économie suisse. Il convient donc d'éviter toute violation des normes du GAFI et des principes d'Egmont. Dans l'intérêt d'une place financière fonctionnelle et crédible, la Suisse est donc **de facto contrainte** 18

**de** transformer la soft law dans le domaine de la réglementation des marchés financiers en droit national.

## III. CONTENU DE LA RÉGLEMENTATION

### A. Organisation - Le bureau de communication en tant que partie de fedpol (al. 1)

#### 1. Intégration du bureau de communication dans fedpol

19 Sur la base de ses tâches et de ses compétences, le bureau de communication est une **autorité administrative** dotée de tâches particulières, mais qui ne dispose pas de compétences policières, notamment en matière de mesures de contrainte. Ses compétences consistent à analyser et à évaluer les informations communiquées et obtenues. Le bureau de communication n'est ni une autorité policière ni une autorité judiciaire, mais il est rattaché à fedpol.

20 Selon l'al. 1, l'Office fédéral de la police gère fedpol, le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent. Dans la traduction française de la loi, il s'agit de « gérer », ce qui a plutôt le sens de « administrer ». La loi et l'ordonnance ne précisent pas ce que l'on entend par **"gérer** " ou **"administrer** ». La question de la subordination et donc du degré d'indépendance du bureau de communication est pertinente. Il s'agit essentiellement du fait qu'une CRF doit être indépendante dans ses processus opérationnels clés et décider de manière autonome, lors de ses analyses de cas, si elle doit transmettre des informations aux poursuites pénales ainsi qu'à d'autres autorités nationales et internationales, et si oui, lesquelles. De même, la protection des sources des personnes communiquant doit être garantie à tout moment. Une séparation ou une émancipation correspondante de fedpol et du reste de l'administration centrale est donc nécessaire.

21 Dans son rapport du 20 décembre 2021, le CDF précise à ce sujet que la question de l'indépendance ne doit **pas** être interprétée **de manière trop absolue**. Enfin, il serait judicieux que le bureau de communication et les autres secteurs de fedpol collaborent étroitement dans la lutte contre le blanchiment d'argent. C'est ainsi que le législateur l'a vu lorsqu'il a rattaché le bureau de communication à l'ancien OFP (Office fédéral de la police,

aujourd'hui fedpol). Le bureau de communication pourrait profiter de l'infrastructure de fedpol. Ce modèle est plus avantageux que l'entretien d'une unité administrativement indépendante. Le bureau de communication reçoit de fedpol les moyens financiers et en personnel dont il a besoin pour l'exécution de ses processus centraux. Le CDF a toutefois recommandé à fedpol et au bureau de communication d'élaborer un règlement interne similaire à celui de la révision interne des départements et des offices, et de répondre de manière définitive à la question de savoir ce que recouvre la « gestion » du MROS par fedpol au sens de l'art. 23, al. 1, LBA.

22 fedpol et le bureau de communication ont mis en œuvre la recommandation du CDF en 2022 et édicté un **règlement interne**. Le rapport annuel du Bureau de communication pour l'année 2022 précise à ce sujet : *"Le défi consistait à montrer de la manière la plus déterminée possible la délimitation des tâches entre fedpol et le MROS, afin de répondre au mieux aux exigences du GAFI et du Groupe Egmont. En contrepartie, l'organisation administrative générale, respectivement l'intégration organisationnelle et hiérarchique du MROS dans fedpol, clairement ancrée dans la loi, ne devait pas être mise à mal par un règlement. En d'autres termes, un règlement interne/réglementaire doit trouver sa place dans le corset de l'organisation administrative générale ».* Le règlement intérieur qui entrera en vigueur le 1er novembre 2022 s'appuie sur quatre piliers centraux :

23 Chiffre 1 - **Organisation**: Le bureau de communication est rattaché en tant que service à l'Unité de direction Prévention de la criminalité et droit (DDPJ) sur le plan organisationnel et hiérarchique. Le chef du bureau de communication exerce la direction ainsi que le contrôle et la surveillance de la gestion opérationnelle du MROS. En tant que partie intégrante de fedpol, le bureau de communication est soumis à toutes les dispositions et directives de l'administration fédérale générale, du DFJP et de fedpol en matière d'organisation, de personnel et de droit administratif.

24 Chiffre 2 - **Tâches opérationnelles du bureau de communication**: La tâche principale est la communication - la réception des communications de soupçons, l'analyse et la transmission des informations aux autorités de poursuite pénale compétentes ainsi que l'entraide administrative nationale et internationale. En outre, le bureau de communication est membre du Groupe Egmont, assume les droits et les obligations qui y sont liés, c'est-à-dire qu'il participe aux réunions nécessaires ainsi qu'aux groupes de travail et aux

panels d'experts, entretient des relations actives avec les CRF à l'étranger et est habilité à conclure de manière autonome des protocoles d'accord (MoU) avec les services partenaires à l'étranger. En outre, le bureau de communication fait office de service spécialisé dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et se consacre à une série de tâches préventives (sensibilisation des intermédiaires financiers, participation à des groupes d'experts, organisation de formations et de perfectionnements, etc.) Il procède à une analyse stratégique et partage et publie ses conclusions avec d'autres autorités, le secteur financier et des tiers. Le bureau de communication gère son propre système de traitement des données.

25 Chiffre 3 - **Indépendance opérationnelle** du bureau de communication : Le bureau de communication décide de manière autonome de la manière d'accomplir les tâches définies au chiffre 2 et de leur donner la priorité. Il décide de l'utilisation des ressources en personnel mises à sa disposition. De même, il fixe de manière autonome des priorités thématiques (triage, priorisation, etc.). En ce qui concerne la thématique des ressources financières et humaines, le règlement intérieur indique que fedpol les met à disposition pour les tâches à accomplir par le bureau de communication, tout en respectant les directives de l'administration fédérale en matière d'organisation et de budget. D'autres points de ce règlement concernent les thèmes de l'engagement des collaborateurs, de la protection des informations et des déplacements.

26 Chiffre 4 - **Contrôle de l'indépendance opérationnelle**: Enfin, le règlement intérieur contient des dispositions relatives au contrôle et à l'escalade. Ainsi, l'Inspection des finances du Secrétariat général du Département de justice et police (FISP) vérifie périodiquement l'indépendance opérationnelle du bureau de communication, rédige un rapport à ce sujet et émet des recommandations le cas échéant. En outre, la FISP est également l'instance d'évaluation en cas d'ambiguïté sur les questions d'indépendance.

27 Grâce au règlement intérieur, le bureau de communication et fedpol disposent désormais de **critères de délimitation clairs** concernant l'activité du bureau de communication. L'adoption du règlement intérieur a été jugée positive lors d'un audit du Groupe Egmont qui a eu lieu en 2022.

### 2. Mise en œuvre des directives internationales dans le droit national

Le GAFI a examiné la Suisse pour la quatrième fois en 2016 et a effectué un suivi en 2020. Dans les deux rapports, le GAFI a constaté que le bureau de communication était **conforme** à la recommandation 29 sur l'indépendance opérationnelle. Dans son rapport, le CDF est également parvenu à une conclusion similaire : *"Le bureau de communication est intégré de manière adéquate dans les structures et les processus de fedpol. Le CDF n'a identifié aucune situation où fedpol aurait violé l'indépendance opérationnelle requise du MROS ».* 28

Seul le Groupe Egmont a émis une **certaine critique** concernant l'indépendance dans le cadre de sa révision sur site effectuée en 2022. Certes, il est lui aussi parvenu à la conclusion que le bureau de communication était « conforme » aux principes Egmont correspondants. Toutefois, elle a également indiqué que l'absence de compétence budgétaire du bureau de communication, l'absence d'attribution claire de ressources en personnel en faveur du bureau de communication ainsi que l'absence de règles concrètes pour la nomination et la révocation du chef du bureau de communication devaient être considérées comme problématiques du point de vue de l'indépendance d'une CRF. Il s'agit là d'un potentiel de conflit notoire entre le bureau de communication et fedpol. 29

La question de l'indépendance sera à nouveau abordée dans le cadre du 5e examen national du GAFI, qui se déroulera de fin 2026 à 2028. Contrairement au dernier examen national de 2016, l'accent ne sera pas mis uniquement sur la mise en œuvre technique de la recommandation 29 dans le droit national, mais plutôt sur l'**efficacité**. L'indépendance opérationnelle sera donc mesurée à l'aune des activités du bureau de communication, notamment de sa libre interaction avec les autres autorités nationales, les organismes partenaires étrangers et l'industrie financière. 30

## B. L'analyse des déclarations de soupçons - « intelligence » (al. 2)

### 1. Principe

La tâche principale du bureau de communication est l'**analyse** des communications de soupçons reçues. Sont soumis à l'obligation de communiquer et/ou autorisés à le faire les intermédiaires financiers au sens 31

de l'art. 2 LBA, les autorités de surveillance (FINMA, CFMJ, OFAC, GESPA) et les instances de surveillance paraétatiques (OAR et organisations de surveillance) chargées de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ainsi que les négociants au sens de l'art. 2 al. 1 let. b en relation avec l'art. 8a LBA et leurs organes de révision (cf. art. 1 al. 2 let. a OBCBA). Le cercle des personnes qui font une communication est donc limité. Il n'existe pas de possibilité de communication pour des tiers (p. ex. citoyens inquiets, entreprises, médias, etc.) - le bureau de communication n'est pas habilité à recevoir des dénonciations de ces derniers et à en traiter le contenu.

32 La Suisse a un **système de communication qualitatif**, c'est-à-dire qu'une communication de soupçons repose sur un soupçon fondé et non sur des seuils quantitatifs dont le dépassement déclenche une transmission automatique au bureau de communication. Les intermédiaires financiers et les autres personnes soumises à l'obligation de communiquer font partie intégrante du système de déclaration de soupçons dans la mesure où ils examinent, évaluent et préparent le contenu des transactions potentiellement suspectes avant de les transmettre au bureau de communication. Le bureau de communication ne doit pas être submergé de déclarations de soupçons insuffisamment motivées. On peut donc supposer que les déclarants respectent les exigences formelles minimales selon les art. 3 et 3a OBCBA et que les faits transmis présentent une certaine consistance quant à leur contenu (cf. art. 3 al. 1 let. h OBCBA). Le Bureau de communication rejette les communications de soupçons formellement erronées et infondées pour les améliorer. Il n'accuse réception d'une communication de soupçons qu'après avoir reçu toutes les informations et tous les documents conformément aux art. 3 et 3a OBCBA - une communication de soupçons n'est donc considérée comme déposée qu'une fois l'accusé de réception délivré par le MROS.

33 L'objectif premier de l'activité d'analyse du bureau de communication est de déterminer si le soupçon qui a conduit à la communication est confirmé ou non. Il s'agit également de soutenir et de décharger les autorités de poursuite pénale en aval en leur fournissant des rapports d'analyse concis, c'est-à-dire de générer **des plus-values** - Financial Intelligence. Cette analyse dite opérationnelle utilise des informations disponibles et pouvant être obtenues pour identifier des cibles spécifiques (par exemple des personnes, des actifs, des réseaux et des organisations criminels), suivre les traces de certaines

activités ou transactions et établir des liens entre ces cibles et d'éventuels produits du crime, du blanchiment d'argent, d'infractions préalables ou du financement du terrorisme. Le point de départ est toujours une communication de soupçons d'un intermédiaire financier ou une dénonciation (information spontanée ou demande) d'un service partenaire international (CRF étrangère). Une **information de déclenchement** est donc nécessaire. Le bureau de communication n'a pas la compétence d'agir de sa propre initiative - par exemple sur la base d'informations diffusées par les médias.

Dans la mesure où il existe une information de déclenchement, le bureau de communication peut reprendre le **"fil rouge** », utiliser les informations disponibles dans son propre système de traitement des données goAML et mettre en œuvre les instruments permettant de recueillir d'autres informations. Les possibilités offertes par l'art. 11a LBA de demander des informations supplémentaires à l'intermédiaire financier auteur de la communication et aux établissements tiers présumés impliqués sont ici centrales. Il existe également d'autres instruments de collecte d'informations, tels que l'entraide administrative nationale, la recherche d'informations dans les banques de données judiciaires et policières, la collecte d'informations via le réseau Egmont et OSINT (cf. ch. III.B.2 ci-après). 34

La norme du GAFI exige que le MROS procède à **une analyse stratégique** en plus de l'**analyse** opérationnelle. L'analyse stratégique consiste à utiliser les informations disponibles et pouvant être obtenues, y compris les données pouvant être fournies par d'autres autorités, afin d'identifier les tendances, les méthodes et les modèles liés au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme. Ces informations sont ensuite utilisées pour identifier les menaces et les points faibles du dispositif de défense et pour déclencher des contre-mesures. L'utilité ne se limite pas au MROS - les informations obtenues doivent servir tout autant aux autres autorités qu'à l'industrie financière. 35

L'analyse stratégique est ancrée à l'art. 1 al. 2 let. f OBCBA. Jusqu'à l'adaptation de l'OBCBA le 1er janvier 2016, ni la LBA ni l'OBCBA ne contenaient de référence explicite à l'analyse stratégique. Aujourd'hui, le MROS effectue l'analyse stratégique principalement dans le domaine de l'élaboration des **analyses de risques sectorielles et nationales**. Par ailleurs, des phénomènes ponctuels sont également traités. Citons par exemple l'« alerte » dans le domaine du financement du terrorisme, que le MROS a adressée au 36

secteur financier à la fin de l'automne et en hiver 2023. A partir de janvier 2025, le MROS prévoit de mettre à la disposition du secteur financier des constellations de cas anonymes au moyen d'une banque de données typologiques publique et basée sur le web. Un autre domaine d'activité pour l'analyse stratégique est le partenariat public-privé (PPP), qui a commencé à fonctionner en novembre 2024 sous la désignation « Swiss FIPPP ». Ce dernier est axé sur l'échange d'informations dans le domaine des tendances, des méthodes et des typologies.

### 2. Instruments d'analyse - « boîte à outils » du bureau de communication

37 Pour que le MROS puisse, dans le cadre de ses analyses des communications de soupçons, **présenter des images** aussi **holistiques** que possible des transactions présumées incriminées et des réseaux impliqués, il a besoin, outre la communication de soupçons qui l'a déclenchée, d'un maximum de **sources d'informations supplémentaires**. Le MROS a accès à certaines informations supplémentaires de deux manières différentes. Premièrement, il a accès à plusieurs banques de données. Deuxièmement, il peut, à certaines conditions, demander des informations aux intermédiaires financiers et aux autorités suisses et étrangères.

#### a. Informations des intermédiaires financiers

38 Outre l'information initiale - la communication de soupçons -, les autres **informations financières** que le Bureau de communication peut demander à l'intermédiaire financier qui a fait la communication et à des intermédiaires tiers en vertu de l'art. 11a LBA sont des éléments essentiels d'une analyse des transactions. Les réseaux criminels sont aujourd'hui présents à l'échelle internationale avec des structures imbriquées et à travers les institutions. Afin de pouvoir produire une image (la plus) complète possible, il est indispensable pour le bureau de communication d'obtenir les informations complètes disponibles auprès des intermédiaires financiers et d'en tenir compte dans son analyse. Le bureau de communication peut aujourd'hui obtenir des informations auprès des intermédiaires financiers dans **trois constellations**:

39 L'art. 11a al. 1 LBA donne au bureau de communication la possibilité de demander des informations supplémentaires à l'**établissement qui a fait la communication** . L'obligation de fournir des informations s'étend à toutes les

informations dont le bureau de communication a besoin pour son analyse et qui sont disponibles auprès de l '**intermédiaire financier**. Sont considérées comme informations disponibles celles qui sont présentes dans les entités d'une entreprise - soumises à la juridiction suisse - ou qui peuvent être obtenues. Selon l'opinion défendue ici, le droit de communication du bureau de communication va au-delà de la simple demande d'informations complémentaires provenant de communications de soupçons incomplètes. Cela découle déjà du libellé clair de la disposition légale et de la recommandation 29 du GAFI, qui parle d'« additional information from reporting entities ». En outre, le bureau de communication doit pouvoir demander des informations supplémentaires à l'établissement déclarant sur la base d'une analyse qu'il a initiée et qui comprend également des informations provenant d'autres sources et pas seulement de la déclaration de soupçons. Une autre interprétation irait à l'encontre de la mission du bureau de communication, qui est de procéder à des analyses approfondies.

L'art. 11a al. 2 LBA prévoit que le bureau de communication peut également demander des informations à l'**intermédiaire tiers** s'il apparaît, sur la base de l'analyse, que celui-ci est ou a été impliqué d'une manière ou d'une autre dans la transaction ou la relation d'affaires examinée. La condition est que l'indice permettant de penser que l'intermédiaire tiers est concerné provienne d'une communication de soupçons reçue par le MROS. L'étendue de l'obligation de remise de l'al. 2 se recoupe avec celle de l'al. 1. 40

L'art. 11a al. $^{2bis}$ LBA prévoit enfin que le bureau de communication peut également demander des informations aux intermédiaires financiers sur la base d'informations fournies par ses **autorités partenaires à l'étranger**. Le fait que les informations de la CRF étrangère soient une demande ou une information spontanée ne joue aucun rôle. Il est également sans importance que, dans le même contexte, le bureau de communication ait déjà reçu une communication de soupçons d'une personne soumise à l'obligation de communiquer. A l'al. $^{2bis}$ également, l'étendue de l'obligation de fournir des informations est identique à celle des al. 1 et 2. 41

### b. Accès aux banques de données de la police et de la justice

Pour l'analyse opérationnelle des communications de soupçons, le bureau de communication s'appuie en premier lieu sur sa propre application de données goAML, c'est-à-dire qu'il recherche dans ses propres données des liens et 42

d'autres indices qui conduisent ensuite à d'autres étapes d'analyse et à des interrogations. En outre, le bureau de communication dispose également de droits d'accès à différentes **bases de données des autorités** afin de vérifier si les personnes physiques et morales mentionnées dans les informations reçues sont déjà connues des autorités.

43 L'art. 35a, al. 1, LBA autorise le bureau de communication à accéder **en ligne** aux banques de données policières et judiciaires suivantes et à vérifier si les personnes en question y sont répertoriées (« hit/no hit ») : (1) Index national de police ; (2) Système central d'information sur les migrations (SYMIC) ; (3) Casier judiciaire automatisé (VOSTRA) ; (4) Système d'information relatif à la protection de l'État (ISIS - transféré dans IASA INDEX [SRC]) ; (5) Système de gestion des personnes, des dossiers et des affaires dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale (TROVA).

44 L'art. 35, al. 2, LBA permet au bureau de communication **d'accéder** à des systèmes d'information **plus étendus que** ceux mentionnés à l'al. 1, pour autant que les dispositions applicables au système d'information concerné le prévoient. Ainsi, le bureau de communication peut par exemple accéder à toutes les informations contenues dans l'index de police. Pour SYMIC et VOSTRA, IASA INDEX (SRC) et TROVA, les droits de consultation sont spécifiques ou différents, c'est-à-dire qu'il n'est possible d'accéder qu'à une partie des données.

45 En outre, le bureau de communication peut accéder à d'autres systèmes d'information en vertu **de bases légales spéciales** (p. ex. RUMACA). Actuellement, il existe des droits d'accès, à des degrés divers, à 15 bases de données policières et judiciaires.

### c. Informations provenant de l'assistance administrative internationale

46 Les services partenaires étrangers (CRF) constituent une source d'information essentielle pour les analyses opérationnelles du Bureau de communication. Une grande partie des communications de soupçons ont un lien international. Le Bureau de communication peut alors **adresser des demandes aux CRF étrangères**. Il profite également des informations spontanées et des demandes qui lui parviennent et qui contiennent souvent des indices et des indications précieuses, ce qui peut faire avancer une analyse déjà en cours. L'échange d'informations entre le bureau de communication et ses

homologues étrangers est régi par l'art. 30 LBA et les principes Egmont. Lors de l'échange d'informations, les principes de spécialité (uniquement à des fins d'analyse), de réciprocité et de confidentialité doivent être respectés dans tous les cas. En outre, les informations reçues sont soumises à une réserve de dissémination, c'est-à-dire que l'autorité étrangère détermine à qui les informations peuvent être transmises.

### d. Informations issues de l'assistance administrative nationale

Les informations provenant de l'entraide administrative nationale peuvent également compléter le tableau d'une analyse ou permettre une telle analyse. Le Bureau de communication enregistre ici une augmentation constante des informations depuis 2020. En principe, un **échange** est possible **avec toute autorité suisse**, pour autant que les conditions prévues aux art. 29, 29a et 29b LBA soient remplies. 47

Les art. 29 al. 1 et 29b LBA règlent l'entraide administrative nationale entre le bureau de communication et les différentes **autorités et instances de surveillance**. Les autorités mentionnées dans la loi peuvent se communiquer « tous les renseignements » dont elles ont besoin pour « l'application de la LBA ». Il s'agit d'une **disposition potestative**. L'autorité concernée par la demande du bureau de communication décide de manière autonome si elle met à disposition les informations demandées. 48

L'art. 29 al. 2 LBA prévoit que le bureau de communication peut obtenir auprès de **toutes les autorités suisses** les informations dont il a besoin pour les analyses dans le contexte du blanchiment d'argent, de ses infractions préalables, du crime organisé ou du financement du terrorisme. En font partie, outre les informations financières, les informations relatives aux procédures pénales, pénales administratives et administratives, y compris celles issues de procédures en cours. Contrairement à l'al. 1, il existe ici une **obligation de remise** à la charge des autorités requises. Dans la pratique, les autorités cantonales et communales sont toutefois très réticentes à fournir des informations. L'art. 29 al. 2 LBA leur est peu familier. 49

L'art. 29a LBA exige enfin que les autorités pénales notifient au bureau de communication toutes les décisions rendues suite à une dénonciation fondée sur l'art. 23 al. 4 LBA. Cette disposition exige en outre que le bureau de communication soit informé des procédures en cours et qu'il reçoive **les** 50

**jugements et les ordonnances de non-lieu** avec leurs motifs, dans la mesure où il existe un lien avec le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé ou le financement du terrorisme.

### e. OSINT et autres sources d'information

51 Dans le cadre de la disponibilité globale et sans cesse croissante des données et de leur mise en réseau, l'Open Source Intelligence (OSINT) prend de plus en plus d'importance dans les analyses de transactions et de réseaux. Par OSINT, on entend la collecte, l'analyse et la diffusion d'informations provenant de **sources accessibles au public**, en vue d'une question ou d'une analyse spécifique. Les sources OSINT sont : Les médias classiques, les médias sociaux, les sites web, le dark web, les bases de données proposées à titre commercial, les registres des autorités, les archives, les statistiques publiées par les autorités et les particuliers, etc. Aujourd'hui, le bureau de communication utilise également de manière ciblée les informations OSINT. En principe, le bureau de communication peut utiliser toutes les informations et données disponibles publiquement. Les directives et restrictions en matière de protection des données qui s'appliquent au bureau de communication sont également applicables à OSINT.

## 3. Approche basée sur les risques

52 La méthode de travail du bureau de communication a fortement évolué au cours des dernières années. En raison de l'augmentation drastique des communications de soupçons et du volume des rapports, le bureau de communication n'est plus en mesure d'analyser et de traiter toutes les informations avec le même degré de détail. Le bureau de communication **fixe des priorités et des points forts**. Depuis l'introduction de l'application de données goAML au 1er janvier 2020, le Bureau de communication applique une **« approche basée sur les risques »** lors de la réception et du traitement des communications de soupçons : les communications de soupçons entrantes sont classées par catégorie de risque au moyen d'une **"matrice de triage** », classées par ordre de priorité, puis analysées sur la base de cette classification avec différents degrés d'importance. Le bureau de communication se concentre sur la lutte contre la grande criminalité - l'accent est mis sur le crime organisé, le financement du terrorisme et certaines formes de criminalité économique. Ce faisant, le Bureau de communication s'oriente également sur les stratégies des autorités de poursuite pénale, opère en

fonction des résultats et tient compte des risques potentiels de réputation pour la place financière suisse.

En 2023, une communication sur cinq a été **analysée en profondeur**. Les 80 % restants des communications de soupçons ont été traités de manière échelonnée ou à l'aide de méthodes d'analyse globales (p. ex. méthodes de clustering). Une partie des communications a été triée dès leur réception, c'est-à-dire « filtrée ». Cela signifie que la déclaration et les informations qu'elle contient ne sont plus suivies, mais qu'elles sont disponibles pour une utilisation ultérieure dans l'application de données goAML. Dans son rapport annuel 2023, le Bureau de communication explique que ses analyses ont tendance à contenir plus d'informations qu'auparavant, c'est-à-dire qu'elles se composent de différentes communications de soupçons et d'informations supplémentaires obtenues, ce qui a également augmenté la complexité. De même, les déclarations de soupçon qui avaient déjà été filtrées auparavant ont pu être réactivées sur la base d'informations ajoutées ultérieurement. Grâce à la vente basée sur les risques, le bureau de communication s'éloigne de l'approche de traitement traditionnelle « 1 communication égale 1 avis aux autorités de poursuite pénale » pour se tourner vers une **"intelligence** » active et la mise en réseau des informations disponibles. Ce n'est plus la communication de soupçons en tant que telle, mais son contenu informatif qui est au centre de l'analyse. 53

## C. Système d'information (al. 3)

### 1. Utilisation de l'application logicielle « goAML »

Pour accomplir ses tâches, le bureau de communication est tenu d'exploiter son propre système de traitement des données. Depuis le 1.1.2020, l'**application logicielle goAML**, développée par l'UNODC, est en service et a remplacé le système précédent GEWA. L'application goAML est une solution logicielle entièrement intégrée, spécialement conçue pour être utilisée par les CRF et qui est aujourd'hui utilisée dans plus de 60 pays à travers le monde. L'application est continuellement développée par l'ONUDC en collaboration avec les CRF et dotée de nouvelles fonctionnalités. Le bureau de communication est passé à la version 5.2 en 2023 ; une période de transition court actuellement pour les intermédiaires financiers jusqu'à fin 54

2024 au plus tard, afin de procéder aux adaptations nécessaires de leurs interfaces et de leurs processus.

55 goAML permet la **réception électronique des déclarations de soupçons**. Les intermédiaires financiers disposent à cet égard de trois voies de transmission différentes : (1) la transmission entièrement automatique via un fichier XML, (2) une solution semi-automatique dans laquelle seuls les comptes et les transactions sont transmis via un fichier XML et les autres informations sont saisies via une interface web, et (3) la saisie entièrement manuelle des données via l'interface web. Environ 60% des déclarations sont transmises de manière entièrement basée sur XML. Par rapport aux autres, ce mode de transmission est moins sujet aux erreurs. 75% des communications de soupçons refusées par le bureau de communication à la réception concernent des erreurs de saisie manuelle. Les demandes au sens de l'art. 11a LBA peuvent également être entièrement traitées via goAML. Du côté des autorités, le bureau de communication peut également communiquer via goAML. Toutes les dénonciations selon l'art. 23 al. 4 LBA, y compris la transmission des rapports d'analyse aux autorités de poursuite pénale, ainsi qu'une grande partie des informations spontanées sortantes selon l'art. 29 LBA sont aujourd'hui transmises via le canal goAML.

## 2. Principes de traitement

56 L'utilisation d'un système d'information n'est **pas une fin en soi**, mais s'oriente en fonction du catalogue des tâches et des compétences du bureau de communication et doit lui permettre et lui faciliter l'accomplissement de ses tâches. En conséquence, le système d'information peut être utilisé pour les trois tâches principales que sont le renseignement, la coopération (entraide administrative nationale et internationale) et la prévention (art. 14 OBCBA). Les données enregistrées dans le système d'information proviennent des sources d'information auxquelles le bureau de communication a accès. Il s'agit principalement des communications de soupçons et des informations issues des demandes fondées sur l'art. 11a LBA. Elles contiennent également toutes les informations issues de l'entraide administrative nationale et internationale, ainsi que les clarifications et les analyses du Bureau de communication en tant que tel (art. 15 OBCBA).

57 Le MROS traite **des données sensibles** au sens de l'art. 3 LPD. Sont ainsi traitées des données personnelles en relation avec des transactions suspectes

ainsi que des personnes physiques et morales faisant l'objet de soupçons de blanchiment d'argent, de leurs infractions préalables, de criminalité organisée ou de financement du terrorisme (art. 16 al. OBCBA). En outre, des informations concernant des tiers peuvent également être inscrites dans le système d'information, pour autant qu'elles soient utiles aux fins du bureau de communication (art. 16 al. 2 OBCBA).

L'accès au système d'information est exclusivement réservé **aux collaborateurs du bureau de communication** ainsi que, en raison du système, au personnel de maintenance (art. 20 OBCBA). Cela correspond à la mise en œuvre systématique de l'exigence d'indépendance selon le GAFI et le Groupe Egmont. 58

Les données enregistrées dans le système d'information sont conservées au maximum 10 ans à compter de la date de leur saisie par le bureau de communication et sont ensuite effacées individuellement (art. 28 al. 1 OBCBA). Il en va de même pour les clarifications et les analyses effectuées par le MROS. 59

## D. Dénonciation aux autorités de poursuite pénale (al. 4)

Si, sur la base de son analyse, le bureau de communication parvient à la conclusion qu'il existe un soupçon de blanchiment d'argent, de ses infractions préalables, de crime organisé, de financement du terrorisme ou de manque de vigilance en matière d'opérations financières, il est tenu de dénoncer immédiatement le cas aux **autorités de poursuite pénale compétentes**. 60

Sont qualifiées d'autorités de poursuite pénale les autorités au sens de l'art. 12 CPP. Ainsi, les dénonciations peuvent en principe être adressées au **ministère public, mais aussi à la police**. En règle générale, le Bureau de communication adresse ses dénonciations aux ministères publics, car seuls ces derniers disposent de la compétence de prolonger le blocage légal selon l'art. 10 LBA. Les autorités policières sont ici tributaires de la collaboration des ministères publics. Compte tenu du court délai de décision de cinq jours seulement, les autorités de police ne sont guère en mesure de décider à temps du maintien du blocage des avoirs. 61

La **compétence matérielle** est régie par les art. 22 ss. CPP. La juridiction cantonale constitue la règle, la juridiction fédérale l'exception. Les infractions relevant de la juridiction fédérale sont énumérées sous forme de catalogue à 62

l'art. 23 al. 1 CPP et à l'art. 24 CPP. En font partie les délits classiques de protection de l'État, c'est-à-dire les infractions qui sont principalement dirigées contre la Confédération ou qui touchent fortement à ses intérêts. En font également partie les cas complexes de criminalité organisée intercantonale ou internationale - y compris le terrorisme et son financement, le blanchiment d'argent et la corruption. Dans le cadre d'une compétence fédérale facultative, les délits dans le domaine de la criminalité économique ayant une dimension nationale ou internationale sont également couverts par la compétence fédérale.

63 Le Bureau de communication détermine **de manière autonome et définitive** à quelle autorité de poursuite pénale il transmet ses rapports d'analyse ou sa dénonciation. La pratique de longue date du MROS consiste à se baser sur le lieu de la relation d'affaires pour des raisons de praticabilité, puisque c'est le lieu de commission de l'acte relevant du blanchiment d'argent qui est au premier plan. En outre, les informations provenant de différentes communications de soupçons concernant les mêmes faits sont traitées dans un rapport d'analyse et transmises au même ministère public. Cela lui permet d'avoir une meilleure vue d'ensemble de l'état de fait élargi, qui peut servir de base d'évaluation en vue d'une éventuelle ouverture de procédure.

64 Le bureau de communication ne retire **pas les dénonciations transmises ou des parties de celles-ci**. Cette manière de procéder pourrait notamment entraîner des problèmes pratiques en relation avec le blocage des avoirs selon l'art. 10 al. 1 LBA, respectivement avec les communications aux intermédiaires financiers selon l'art. 23 al. 5 LBA. Si une autorité de poursuite pénale s'estime incompétente pour traiter une dénonciation du MROS, elle est renvoyée, en application de l'art. 39 al. 1 CPP, à l'ouverture d'une procédure d'élection de for avec le ministère public qu'elle estime compétent.

65 La procédure de dénonciation au sens de l'art. 23 al. 4 LBA est en principe **unique et unilatérale**. Dès qu'une dénonciation a été faite, tout échange ultérieur avec les autorités de poursuite pénale sur la même affaire se fonde sur l'art. 29 LBA. Notamment, il ne peut alors être répondu aux demandes du ministère public que selon les principes de l'entraide administrative nationale. Le MROS peut s'entretenir oralement avec les autorités de poursuite pénale avant de déposer une dénonciation, afin de clarifier d'éventuelles questions de compétence et de modalités de transmission ou d'évaluer si une transmission a un sens.

En ce qui concerne l'étendue de la communication aux autorités de poursuite pénale, l'art. 8 al. 1 OBCBA précise que les informations transmises par le MROS ne doivent pas contenir d'indications sur la personne qui a fait la communication ou fourni les renseignements. Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 2020 dans le cadre de la révision partielle de l'OBCBA, après que la dernière évaluation par pays a critiqué le fait que la **protection des sources** de la part du MROS était insuffisante. La conséquence de cette restriction est que, depuis lors, le MROS ne s'exprime plus explicitement sur le degré d'implication de l'intermédiaire financier lors d'une transmission aux autorités de poursuite pénale, mais se contente de mentionner les comptes et transactions concernés dans ses rapports d'analyse. Certes, cela ne permet pas d'éviter de tirer des conclusions sur la personne qui a fait la communication ou qui a fourni les informations - les autorités de poursuite pénale ont toutefois besoin d'un contexte minimal pour pouvoir entamer leurs investigations et prendre les mesures nécessaires, notamment le blocage des comptes. La protection des sources ne doit donc pas être comprise de manière absolue, mais se limite au fait que le MROS doit divulguer les informations nécessaires à l'autorité de poursuite pénale compétente pour que celle-ci puisse commencer son activité. 66

## E. Communication à l'intermédiaire financier (al. 5)

L'al. 5 prévoit que le bureau de communication informe l'intermédiaire financier auteur de la communication lorsqu'il transmet les informations qu'il a communiquées à une autorité de poursuite pénale. Cela vaut aussi bien pour les communications fondées sur l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) que pour celles fondées sur le droit de communiquer (art. 305$^{ter}$, al. 2, CP). Conformément à l'art. 10, al. 1, LBA, cette information à l'intermédiaire financier déclenche dans les deux cas un **blocage légal** des valeurs patrimoniales communiquées pendant cinq jours ouvrables, auquel l'intermédiaire financier doit procéder. 67

L'al. 5 dans sa forme actuelle est entré en vigueur le 1er janvier 2023. Auparavant, l'al. 5 était couplé à un délai de traitement de 20 jours dans lequel le bureau de communication devait annoncer à l'intermédiaire financier ayant fait la communication en vertu de l'art. 9 al. 1 let. a LBA (obligation de communiquer) s'il transmettait ou non la communication à une autorité de poursuite pénale. Le MROS devait donc **informer** l'intermédiaire financier 68

du **sort de sa communication**. La mise à jour de l'art. 5 s'imposait pour plusieurs raisons :

69 En raison du nombre croissant de communications de soupçons, le Bureau de communication n'était **plus en mesure,** depuis plusieurs années déjà **, de respecter le délai de traitement de 20 jours**. Ce temps était particulièrement insuffisant pour les communications de soupçons qui nécessitent une analyse approfondie et entraînent des demandes de renseignements à des CRF étrangères ou des demandes d'informations à d'autres intermédiaires financiers conformément à l'art. 11a al. 2 LBA.

70 Par ailleurs, le respect du délai de traitement n'était plus adapté à l'approche de renseignement appliquée par le MROS. Ce n'est que lorsque le délai de traitement a été supprimé que le Bureau de communication a disposé de la **marge de manœuvre** nécessaire pour trier, prioriser ou différer les communications de soupçons et les traiter avec une profondeur et une concentration différentes.

71 En fin de compte, l'information systématique indiquant si l'information a été transmise ou non aux autorités de poursuite pénale n'était pas non plus d'une grande utilité, car elle pouvait être mal interprétée et amener l'intermédiaire financier à **tirer des conclusions erronées**. Un intermédiaire financier pourrait par exemple déduire de la non-transmission que sa communication de soupçons était infondée ou que les valeurs patrimoniales communiquées sont d'origine licite. De même, une telle communication pourrait éventuellement jouer un rôle dans la décision de l'intermédiaire financier de maintenir ou non la relation d'affaires communiquée. Il est toutefois faux de tirer certaines conclusions de la renonciation du bureau de communication à transmettre des informations issues d'une communication de soupçons à une autorité de poursuite pénale. Il n'est pas rare que le bureau de communication transmette des informations à un bureau de communication étranger. Dans ces cas, il n'y a pas forcément transmission à une autorité de poursuite pénale suisse. En outre, une information communiquée peut aussi n'éveiller des soupçons que plus tard, en combinaison avec d'autres informations, et justifier ainsi une transmission à une autorité de poursuite pénale. Selon l'approche de renseignement suivie par le Bureau de communication, ce n'est pas la communication de soupçons en tant que telle qui est déterminante, mais les informations qu'elle contient. Les intermédiaires financiers ne devraient donc pas tirer de conclusions erronées d'une non-transmission, que ce soit sur

l'adéquation de leur communication ou sur l'origine licite des valeurs patrimoniales communiquées.

La **mise à jour** de l'al. 5 s'est accompagnée de la suppression de l'aAs. 6. L'obligation d'information du bureau de communication à l'égard des intermédiaires financiers a ainsi été uniformisée, respectivement les communications selon l'art. 9 LBA et l'art. 305$^{ter}$, al. 2, CP ont été mises sur un pied d'égalité. 72

## BIBLIOGRAPHIE

Ackermann Jürg-Beat/Zehnder Stephanie, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung, Kriminelle Organisationen, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Band II, Zürich/Basel/Genf 2018 (zitiert KV-KO-Ackermann/Zehnder).

BAK Economics, Volkswirtschaftliche Bedeutung des Schweizer Finanzsektors – Studie im Auftrag der Schweizerischen Bankiervereinigung SBVg und des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV, Ergebnisse 2024, abrufbar unter https://www.svv.ch/sites/default/files/202411/BAK_Economics_Bedeutungsstudie_Finanzsektor_2024.pdf (zitiert BAK Economics).

Berger Corinne, Kommentierung zu Art. 23 GwG, in: Hsu Ch. Peter/Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz (GwG), Basel 2021.

Beuret Arnaud, Kommentierung zu Art. 29 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

Derungs Corsin/Gmünder Eliane, Kommentierung zu Art. 23 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

Gaul Caroline/Isler Michael/Vasella David, Kommentierung zu Art. 35a GwG, in: Hsu Ch. Peter/Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz (GwG), Basel 2021.

Hutzler Doris, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung, Kriminelle

Organisationen, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Band II, Zürich/Basel/Genf 2018 (zitiert KV-KO-Hutzler).

International Monetary Fund & World Bank, Financial Intelligence Units – An Overview, Washington D.C. 2004, abrufbar unter https://doi.org/10.5089/9781589063495.069 (zitiert IMF/WB, FIUs – An Overview).

Luchsinger Roland J., Kommentierung zu Art.11a GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

Naef Franceso, Soft Law und Gewaltenteilung – Über die Kunst der Legiferierung durch die Katzenklappe, AJP 2015, S. 1109–1121.

Naegeli Vera, Kommentierung zu Art. 11a GwG, in: Hsu Ch. Peter/Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz (GwG), Basel 2021.

Naegeli Vera, Kommentierung zu Art. 29 GwG, in: Hsu Ch. Peter/Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz (GwG), Basel 2021.

Ordolli Stiliano, § 34 Die Schweizerische Meldestelle für Geldwäscherei und ihre Tätigkeit, in: Sester Peter/Brändli Beat/Bartholet Olivier/Schildknecht Reto (Hrsg.) Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen: St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Zürich 2017.

Taube Tamara, Die Schwarze Liste der FATF – was droht der Schweiz wirklich?», recht 2014, S. 210–217.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 11a GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell-Füssli-Kommentar GwG/AMLA, 3. Aufl., Zürich 2019.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 23 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell-Füssli-Kommentar GwG/AMLA, 3. Aufl., Zürich 2019.

Thürer Daniel, «Soft Law» – eine neue Form von Völkerrecht?, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 104 I, S. 429–453.

## MATÉRIAUX

Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle: Prüfung der Aufgabenerfüllung der Meldestelle für Geldwäscherei, 20.12.2021, abrufbar unter https://

www.efk.admin.ch/wpcontent/uploads/publikationen/berichte/sicherheit_und_umwelt/justiz_und_polizei/20146/20146be-endgueltige-fassung-v04.pdf, besucht am 30.11.2024 (zitiert Bericht EFK).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen vom 21.5.2014, BBl 2014 5265 ff. abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/1134/de, besucht am 30.11.2024 (zitiert Botschaft SRVG 2014).

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 30.11.2024 (zitiert Botschaft GwG 1996).

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 30.11.2024 (zitiert Botschaft GwG 2019).

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27.6.2012, BBl 2012 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1031/de, besucht am 30.11.2024 (zitiert Botschaft GwG 2012).

Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität vom 14.9.2018, BBl 2018 6427 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2301/de, besucht am 30.11.2024 (zitiert Botschaft Verhütung Terrorismus 2018).

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financère (GAFI) vom 13.12.2013, BBl 2014 605 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/100/de, besucht 30.11.2024 (zitiert Botschaft GwG 2014).

Egmont Group of Financial Intelligence Units Charter, 2013 (revised 2023), abrufbar unter https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/Egmont-Group-Charter-Revised-July-2023-Abu-Dhabi-UAE.pdf, besucht am 30.11.2024 (zitiert Egmont Charter).

Egmont Group of Financial Intelligence Units, Support and Compliance Process, 2014, abrufbar unter https://egmontgroup.org/wpcontent/uploads/2021/09/Egmont_Group_of_Financial_Intelligence_Units_Support_and_Compliance_Process.pdf, besucht am 30.11.2024 (zitiert Egmont Compliance Process).

Egmont Group of Financial Intelligence Units: Understanding FIU Operational Independence and Autonomy, Toronto (CAN) 2018, abrufbar unter https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2018_Understanding_FIU_Operational_Independence_and_Autonomy.pdf, besucht am 30.11.2024 (zitiert Understanding FIU Operational Independence and Autonomy).

Egmont Group, Principles for information exchange between financial intelligence units, October 2013 (revised April 2023), abrufbar unter https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2022/07/2.-Principles-Information-Exchange-With-Glossary_April2023.pdf, besucht am 30.11.2024 (zitiert Egmont Principles Exchange).

Erläuterungen zur Teilrevision der MGwV, 27.11.2019, abrufbar unter https://www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/vo-anpassung/erlaeuterungen-mgwv-d.pdf.download.pdf/erlaeuterungen-mgwv-d.pdf, besucht am 30.11.2024 (zitiert Erläuterungen Teilrevision MGwV 2019).

Fourth Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and counter-terrorist financing measures, Switzerland, December 2016, abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/images/mer/mer-switzerland-2016.pdf, besucht am 30.11.2024 (zitiert MER 2016).

Geschäftsordnung fedpol/MROS vom 1.11.2022, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/geschaeftsordnung-mros.pdf.download.pdf/geschaeftsordnung-mros-d.pdf, besucht am 30.11.2024.

International Standards on Combating Money laundering ans the Financing of Terrorism and Proliferation – The FATF Recommendations, Paris 2012 (revised November 2023), abrufbar unter fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF Recommendations 2012.pdf.coredownload.inline.pdf, besucht am 30.11.2024 (zitiert FATF-Empfehlung[en]).

Jahresberichte der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/publikationen.html, besucht am 30.11.2024 (zitiert Jahresbericht MROS, jeweiliges Jahr)

Strategie MROS 2024–2027, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/strategie-mros.pdf.download.pdf/strategie-mros-d.pdf, besucht am 30.11.2024.

Third Enhanced Follow-up Report & Technical Compliance Re-Rating, January 2020, abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Mutualevaluations/Fur3-switzerland-2020.html, besucht am 30.11.2024 (zitiert FUR 2020).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 24 LBA

Un commentaire de Caroline Kindler

PROPOSITION DE CITATION

Caroline Kindler, Commentaire de l'art. 24 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kindler, Art. 24 LBA N. XXX

**Section 5 Organismes d'autorégulation**

**Art. 24 Reconnaissance**

[1] Les organismes d'autorégulation doivent satisfaire aux exigences suivantes pour être reconnus comme tels:

a. disposer d'un règlement au sens de l'art. 25;

b. veiller à ce que les intermédiaires financiers qui leur sont affiliés respectent les obligations définies au chap. 2;

c. présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable et s'assurer que les personnes et les sociétés d'audit chargées du contrôle:

disposent des connaissances professionnelles requises,
présentent toutes garanties quant à une activité de contrôle irréprochable,

sont indépendantes de la direction et de l'administration des intermédiaires financiers qu'ils doivent contrôler;

d. garantir que les sociétés d'audit chargées du contrôle ainsi que les auditeurs responsables remplissent les conditions énoncées à l'art. 24*a*.

[2] Les organismes d'autorégulation des entreprises de transport concessionnaires au sens de la loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs doivent être indépendants de la direction.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Organisme d'autorégulation ..... 488
A. Notion d'autorégulation ..... 488
B. Importance de l'autorégulation dans la LBA ..... 488
C. Organisation ..... 489
II. Reconnaissance : notion et nature juridique ..... 489
III. Conditions (al. 1) ..... 489
A. Règlement selon l'art. 25 LBA (let. a) ..... 489
B. Surveillance des intermédiaires financiers affiliés (let. b) ..... 490
C. Garantie, connaissances professionnelles et indépendance (let. c) ..... 490
1. Garantie ..... 491
2. Connaissances professionnelles ..... 492
3. Indépendance ..... 493
D. Garantie du respect de l'art. 24a LBA (let. d) ..... 494
IV. OAR des entreprises de transport concessionnaires (al. 2) ..... 494
Bibliographie ..... 494
Matériaux ..... 495

# I. ORGANISME D'AUTORÉGULATION

## A. Notion d'autorégulation

1 L'**autorégulation** désigne la création et la mise en œuvre directe ou indirecte de droits, d'obligations et de compétences par des personnes privées dans l'exercice d'un domaine d'autonomie qui leur est juridiquement reconnu. On distingue l'autorégulation volontaire (authentique) et l'autorégulation dirigée par l'État (non authentique) : Il y a autorégulation volontaire (authentique) lorsque des particuliers, dans l'exercice de leur liberté économique et sur la base de l'autonomie privée, édictent pour eux-mêmes des statuts, comme par exemple des règles déontologiques, ou concluent des contrats. En revanche, dans le cas de l'autorégulation dirigée par l'État (fausse), l'État fixe les bases de l'autorégulation privée dans un acte législatif. L'autorégulation volontaire ou authentique est généralement considérée comme un accord (sectoriel) autonome privé. En revanche, l'autorégulation dirigée par l'Etat (imparfaite) soulève des questions de délimitation, notamment en ce qui concerne sa classification en tant qu'accord de droit privé ou en tant qu'acte législatif proprement dit de droit public ou privé, fondé sur des pouvoirs législatifs délégués.

## B. Importance de l'autorégulation dans la LBA

2 Le concept d'autorégulation dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent provient à l'origine du secteur bancaire : la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), qui existe depuis 1977, est régulièrement citée comme exemple d'autorégulation volontaire (authentique). Lors de l'élaboration de la loi sur le blanchiment d'argent, le législateur s'est « fortement inspiré » de la CDB, qui a fait ses preuves. Dans le message relatif à la loi sur le blanchiment d'argent, il est indiqué que la loi « [...] se fonde sur le principe de l'autorégulation » et « [...] est marquée par l'idée d'autorégulation ». Néanmoins, le concept introduit par le législateur pour contrôler le respect par les intermédiaires financiers des obligations prévues au chapitre 2 de la loi sur le blanchiment d'argent est un cas d'application de l'**autorégulation dirigée par l'État (fausse)**: la FINMA accorde et retire de par la loi la reconnaissance aux organismes d'autorégulation (OAR), les surveille et approuve les règlements

d'autorégulation. En outre, la FINMA veille à ce que les OAR fassent effectivement respecter les prescriptions légales et réglementaires aux intermédiaires financiers qui leur sont affiliés. Etant donné que la mission publique de l'autorégulation et l'intérêt public lié à la lutte contre le blanchiment d'argent n'ont cessé de gagner en importance au cours des dernières décennies, la lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse a évolué de sa forme initiale d'autorégulation relevant uniquement du droit privé vers une mission publique essentielle.

### C. Organisation

La loi ne prescrit aucune **forme juridique** particulière pour les OAR : Elle n'exige même pas une personnalité juridique propre. Au 1er juillet 2024 (date de référence), onze OAR étaient autorisés par la FINMA, soit sous la forme d'une association au sens des art. 60 ss. CC ou forment une unité organisationnelle au sein d'une association professionnelle. 3

## II. RECONNAISSANCE : NOTION ET NATURE JURIDIQUE

Habituellement, l'autorisation accordée par la FINMA d'exercer une activité est appelée « autorisation ». Le législateur utilise toutefois ici le terme de « reconnaissance », probablement parce qu'il ne s'agit pas seulement de l'autorisation d'exercer une activité opérationnelle, mais aussi de la délégation de compétences de surveillance. Néanmoins, la « reconnaissance » est sans conteste une **autorisation de police**, c'est-à-dire une décision au sens de l'art. 5 PA. Dans la mesure où les conditions de l'art. 24 sont remplies, l'OAR a donc droit à la reconnaissance. La décision correspondante de la FINMA peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 44 PA). 4

## III. CONDITIONS (AL. 1)

Un droit à la reconnaissance d'un OAR existe lorsque les conditions mentionnées à l'al. 1 let. a-d sont remplies **de manière cumulative**. 5

### A. Règlement selon l'art. 25 LBA (let. a)

L'art. 24 al. 1 let. a LBA présuppose qu'un OAR dispose d'un **règlement** au sens de l'art. 25 LBA : Ce règlement doit concrétiser les obligations de diligence des intermédiaires financiers affiliés conformément aux art. 3 à 11a 6

LBA et déterminer comment ces obligations doivent être remplies (art. 25 al. 2 LBA). En outre, le règlement doit définir (a) les conditions d'affiliation et d'exclusion des intermédiaires financiers, (b) les modalités de contrôle du respect des obligations prévues aux art. 3 à 11a LBA et (c) les sanctions appropriées (art. 25 al. 3 LBA). Dans le cadre de la procédure de reconnaissance, la FINMA est donc tenue de vérifier, question par question, le respect des conditions de l'art. 25 LBA et d'approuver le règlement.

## B. Surveillance des intermédiaires financiers affiliés (let. b)

7 Sur la base de l'art. 24 al. 1 let. b LBA, un OAR doit prouver, dans le cadre de la procédure de reconnaissance, qu'il est en mesure de veiller à ce que les intermédiaires financiers affiliés respectent leurs obligations au sens des art. 3 à 11a LBA. La reconnaissance de l'OAR par la FINMA étant constitutive, un OAR ne peut pas commencer une activité de surveillance avant d'avoir été reconnu. L'examen de la garantie de la surveillance se fait donc d'abord de manière hypothétique dans le cadre de la procédure de reconnaissance. Ce n'est qu'à partir du moment de la reconnaissance que le respect des conditions est vérifié dans la pratique. Du point de vue de la doctrine, la **garantie de la surveillance** comprend une organisation suffisante, un personnel suffisant ainsi que des moyens financiers suffisants.

## C. Garantie, connaissances professionnelles et indépendance (let. c)

8 L'art. 24 al. 1 let. c LBA exige qu'aussi bien l'OAR que les personnes et les sociétés d'audit chargées du contrôle présentent **la garantie** d'une activité commerciale ou d'une activité de contrôle irréprochable. Les personnes et les sociétés d'audit chargées du contrôle doivent en outre disposer des connaissances techniques nécessaires et être indépendantes.

9 S'agissant des **destinataires** de ces exigences, la disposition actuelle précise que l'OAR lui-même doit également offrir la garantie d'une activité irréprochable. La doctrine part du principe que cela découlait déjà implicitement de la formulation actuelle, de sorte que la formulation adaptée ne constitue qu'une clarification. Par « sociétés d'audit », on entend celles visées par l'art. 24a LBA. La notion de « personnes chargées du contrôle » englobe toutes les personnes qui sont formellement ou matériellement chargées du contrôle. Il s'agit notamment de celles qui vérifient l'admission

des assujettis, qui donnent le mandat de vérification, qui approuvent les rapports de vérification ou qui peuvent ordonner et exécuter des procédures de mesures et/ou de sanctions, ainsi que de celles qui peuvent prononcer des sanctions allant jusqu'à l'exclusion. Les personnes qui n'exercent qu'une activité purement administrative ne sont pas incluses. Il ne faut donc pas partir d'une définition large des « personnes chargées du contrôle ».

## 1. Garantie

L'art. 24 al. 1 let. c LBA présuppose que l'OAR lui-même présente « la garantie d'une activité irréprochable » et que les personnes chargées du contrôle et les sociétés d'audit présentent « la garantie d'une activité de contrôle irréprochable ». A l'origine, l'**exigence de garantie d'une activité irréprochable** a été inscrite dans la loi sur les banques (art. 3 al. 2 let. c LB) afin de s'assurer qu'une banque est « dirigée par des personnes dignes de confiance sur le plan du caractère et capables sur le plan professionnel ». Entre-temps, l'obligation de garantie se retrouve dans la plupart des lois sur les marchés financiers. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée. On peut se demander si la pratique développée dans le droit bancaire et boursier peut être utilisée pour l'interpréter : le libellé de l'art. 24 al. 1 let. c LBA exige certes que l'OAR présente de manière générale « la garantie d'une activité irréprochable », contrairement à l'art. 14 al. 2 let. b et c LBA qui n'exige des intermédiaires financiers que la « garantie de l'exécution des obligations découlant de la LBA ». Toutefois, étant donné qu'un OAR n'exerce pas d'« activité commerciale » au sens d'une industrie gérée en la forme commerciale, mais qu'il assume une activité de surveillance souveraine, l'étendue de l'obligation de garantie de l'OAR se limite à la « garantie du respect des obligations légales ». Cette disposition était déjà prévue dans le message relatif à la LBA. En conséquence, l'exigence de garantie d'une activité irréprochable imposée aux OAR doit être interprétée par analogie avec l'art. 14 LBA : Selon le Tribunal fédéral, l'exigence de garantie au sens de « l'aptitude d'une personne à respecter l'ordre juridique » peut être remise en question si d'autres prescriptions que celles de la LBA sont violées. Il faut toutefois que les infractions au droit soient d'une certaine gravité pour que l'on puisse supposer que la garantie du respect de la LBA n'est plus remplie. Contrairement à l'exigence de garantie d'une activité irréprochable imposée aux OAR, l'exigence de garantie d'une activité irréprochable imposée aux personnes chargées du contrôle et aux sociétés d'audit se limite à « une

10

activité d'audit irréprochable ». Le champ d'application de cette exigence doit donc être interprété de manière restrictive et se rapporte exclusivement au domaine de l'audit. La doctrine est d'avis que les personnes chargées de l'activité de contrôle, notamment les auditeurs responsables, doivent satisfaire à des exigences juridiques et éthiques accrues. Toutefois, à la différence de l'obligation de garantie d'une activité irréprochable imposée aux OAR, les « violations du droit d'une certaine gravité » ne peuvent remettre en question la garantie de ces personnes que s'il existe un lien entre ces violations et leur activité professionnelle, c'est-à-dire l'activité de contrôle LBA.

### 2. Connaissances professionnelles

11 Les personnes et les sociétés d'audit chargées du contrôle doivent disposer des **connaissances techniques** nécessaires. Selon le message, il n'est pas possible de répondre de manière générale à la question de savoir quelles exigences doivent être posées à cet égard. Du point de vue de la doctrine, les personnes chargées du contrôle doivent disposer de connaissances du droit suisse des marchés financiers, en particulier dans le domaine de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), ainsi que de connaissances approfondies de la branche. Les OAR sectoriels, en particulier, requièrent des connaissances et un savoir-faire spécifiques à la branche concernée, tandis que les OAR intersectoriels nécessitent une couverture technique aussi large que possible.

12 Les compétences professionnelles nécessaires et **la proximité avec la branche** sont cependant parfois en contradiction avec l'indépendance exigée. Comme les connaissances spécifiques à une branche ne peuvent généralement être acquises que par des activités dans la branche concernée, il en résulte inévitablement une certaine proximité avec la branche. Le législateur a certes établi que le recrutement de personnes liées à des intermédiaires financiers affiliés n'est pas fondamentalement interdit ; il faut toutefois s'assurer que les obligations habituelles de récusation sont respectées. En cas de doute, la FINMA accorde toutefois régulièrement plus d'importance à l'indépendance qu'aux connaissances spécifiques à la branche. Les exigences relatives aux connaissances professionnelles requises des sociétés d'audit sont précisées à l'art. 24a LBA.

## 3. Indépendance

Les personnes et les sociétés d'audit chargées du contrôle doivent être **indépendantes** de la direction et de l'administration des intermédiaires financiers à contrôler. Cela doit garantir que les personnes chargées du contrôle agissent autant que possible sans être influencées par les intérêts des intermédiaires financiers soumis à la surveillance et qu'elles puissent se concentrer sur les aspects de la surveillance. Il convient donc d'éviter toute constellation qui limiterait la liberté de décision. Selon la doctrine, l'exigence d'indépendance englobe les aspects juridiques, personnels et économiques. L'indépendance interdit par exemple aux personnes chargées du contrôle d'accepter des mandats d'intermédiaires financiers soumis à la surveillance ou de détenir des participations directes ou indirectes importantes dans de tels intermédiaires financiers. Cette exigence d'indépendance n'existe toutefois qu'à l'égard des « intermédiaires financiers à contrôler » ; il n'existe aucune restriction à l'égard des intermédiaires financiers surveillés par un autre OAR. 13

Une indépendance complète et illimitée - tant formelle que matérielle - des personnes chargées du contrôle n'est toutefois pas toujours possible. Le **lien d'intérêt** des membres du comité de l'OAR, qui peuvent être révoqués ou ne pas être réélus par les intermédiaires financiers soumis à la surveillance, est inévitable. Même si, comme le propose Neese, les membres du conseil d'administration se retiraient des activités opérationnelles et nommaient un directeur, une influence résiduelle inévitable subsisterait sur les personnes de contrôle employées, en raison du lien de subordination et de l'obligation de donner des instructions. En outre, il est conforme à la volonté du législateur de ne pas exiger une indépendance absolue : Le message « n'exige pas dans tous les cas le recrutement de personnes qui ne sont liées à aucun des intermédiaires financiers affiliés. Il faut simplement s'assurer que les obligations habituelles de récusation sont respectées ». Si l'on peut comprendre les exigences croissantes d'indépendance dans la pratique de surveillance de la FINMA sous l'angle de la gouvernance d'entreprise, le risque existe que ces exigences l'emportent sur les compétences professionnelles et l'expérience de la branche, qui devraient en fait être garanties par le système d'autorégulation. 14

## D. Garantie du respect de l'art. 24a LBA (let. d)

15 L'art. 24 al. 1 let. d LBA exige, pour la reconnaissance de l'OAR, que les sociétés d'audit qu'il charge du contrôle ainsi que les auditeurs responsables remplissent les conditions de l'art. 24a LBA. Cela signifie que l'OAR n'est pas seulement responsable de la vérification du respect des conditions d'agrément au moment de l'agrément, mais qu'il doit également assurer la **surveillance permanente** des sociétés d'audit et des auditeurs responsables quant au respect permanent de ces conditions.

## IV. OAR DES ENTREPRISES DE TRANSPORT CONCESSIONNAIRES (AL. 2)

16 Sur la base de l'art. 24 al. 2 LBA, la reconnaissance des OAR d'**entreprises de transport concessionnaires** selon la loi sur le transport de voyageurs du 20 mars 2009 est soumise à la condition que l'OAR soit indépendant, sur le plan de l'organisation et du personnel, « de la direction » de ces entreprises. Deux OAR étaient concernés par cette réglementation : l'« OAR Poste » ainsi que l'« OAR CFF ». PostFinance SA, une filiale à 100 % de la Poste Suisse SA, a obtenu l'autorisation bancaire en 2013 et est depuis lors sous la surveillance directe de la FINMA. L'« OAR CFF » a été remplacé par l'« OAR TP » (Union des transports publics), et a cessé son activité de surveillance en 2018. Les membres soumis à la LBA ont soit été repris par d'autres OAR, soit se sont soumis à la surveillance directe de la FINMA. Comme aucun des OAR concernés n'existe donc plus, cette disposition est actuellement sans objet.

## BIBLIOGRAPHIE

Basse-Simonsohn Detlev Michael, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierung durch Selbstregulierung, Bern 2002.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. Zürich/St. Gallen 2020.

Neese Martin, Kommentierung zu Art. 24 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Stadler Stephan, Die gelenkte Selbstregulierung im Bereich der Geldwäscherei, LeGes 2006/3, S. 49-58.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 24 GwG, in: Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Geldwäschereigesetz, 3. Aufl., Zürich 2019.

Zysset Pascal, Kommentierung zu Art. 24 GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

Zysset Pascal, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht, Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen, in: Dieter Zobl/Rolf H. Weber/Rolf Sethe, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Band 124, Zürich 2017 (zit.: Zysset, Selbstregulierung).

## MATÉRIAUX

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 23.8.2024 (zit. Botschaft GwG 1996).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13.5.1970, BBl 1970 1144, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1970/1_1144__/de, besucht am 23.8.2024 (zit. Botschaft BankG 1970).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 24a LBA

Un commentaire de Caroline Kindler

PROPOSITION DE CITATION

Caroline Kindler, Commentaire de l'art. 24a LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kindler, art. 24a LBA N. XXX

**Art. 24a Agrément des sociétés d'audit et des auditeurs responsables**

[1] L'organisme d'autorégulation accorde l'agrément requis aux sociétés d'audit et aux auditeurs responsables et surveille leur activité.

[2] Une société d'audit obtient l'agrément lorsqu'elle:

a. est agréée en qualité de réviseur par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, conformément à l'art. 6 de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision;

b. présente une organisation suffisante pour cet audit, et

c. n'exerce aucune autre activité soumise à autorisation en vertu des lois sur les marchés financiers au sens de l'art. 1, al. 1 LFINMA.

[3] Les auditeurs responsables obtiennent un agrément pour conduire des audits au sens de l'al. 1 lorsqu'ils:

a. sont agréés en qualité de réviseurs par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, conformément à l'art. 5 de la loi sur la surveillance de la révision;

b. disposent des connaissances spécialisées et de l'expérience professionnelle requises pour l'audit au sens de l'al. 1.

[4] L'art. 17 de la loi sur la surveillance de la révision s'applique par analogie au retrait de l'agrément et aux avertissements prononcés par l'organisme d'autorégulation.

[5] Les organismes d'autorégulation peuvent prévoir des critères supplémentaires pour l'agrément des sociétés d'audits et des auditeurs responsables.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Agrément : notion et nature juridique ..... 500
II. Conditions préalables ..... 501
III. Conditions pour la société d'audit (al. 2) ..... 501
A. Agrément en tant que réviseur selon l'art. 6 LSR par l'ASR (let. a) ..... 501
B. Organisation suffisante (let. b) ..... 501
C. Pas d'exercice d'une autre activité soumise à autorisation (let. c) ..... 502
IV. Conditions pour les auditeurs responsables (al. 3) ..... 502
A. Agrément en tant que réviseur(e) selon l'art. 5 LSR par l'ASR (let. a) ..... 502
B. Connaissances professionnelles et expérience pratique (let. b) ..... 503
V. Retrait de l'agrément / octroi d'un blâme par l'OAR (al. 4) ..... 503
Bibliographie ..... 504

## I. AGRÉMENT : NOTION ET NATURE JURIDIQUE

1 En tant que **prolongement de** l'organisme d'autorégulation (OAR), les sociétés d'audit et les auditeurs responsables effectuent des audits auprès des intermédiaires financiers surveillés par l'OAR. Les sociétés d'audit et les auditeurs responsables doivent donc remplir des conditions d'agrément lorsqu'ils effectuent des audits sur mandat d'un OAR.

2 L'OAR **est compétent** pour délivrer l'agrément aux sociétés d'audit et aux auditeurs responsables.

3 La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir s'il existe un **droit** à l'agrément par l'OAR lorsque les conditions d'agrément sont remplies : Zysset estime qu'il existe un « droit conditionnel » à l'agrément, de sorte que la situation de départ est comparable à celle d'une autorisation de police ; selon Neese, cela n'est pas généralement vrai en raison de la nature de droit privé du rapport juridique entre l'OAR et la société d'audit ainsi que sur la base du principe de la liberté contractuelle ; Zufferey, en revanche, est d'avis qu'en raison de l'exercice d'une tâche de droit public, la décision d'agrément devrait être considérée comme une décision sujette à recours.

4 Du point de vue de la jurisprudence, les OAR sont liés aux **droits fondamentaux** en raison de l'exercice de tâches étatiques sur la base de l'art. 35 al. 2 Cst. et doivent respecter les principes de l'activité étatique selon l'art. 5 al. 2 Cst. Selon le point de vue défendu ici, la procédure d'agrément des sociétés d'audit et des auditeurs responsables est liée au moins au principe de l'égalité de droit (art. 8 Cst.) et à l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) : Ainsi, les décisions d'agrément qui traitent différemment les sociétés d'audit et les auditeurs responsables malgré des conditions identiques, ou les décisions de refus qui ne reposent sur aucun motif objectif, ne sont pas admissibles ; en outre, la société d'audit et les auditeurs responsables doivent bénéficier du droit d'être entendus (art. 29 al. 2 Cst.), ce qui implique notamment le droit à une décision motivée. Il en va de même pour le retrait de l'agrément ou l'octroi d'un blâme par l'OAR, conformément à l'art. 24a al. 4 LBA en relation avec l'art. 24a al. 3 LBA. l'art. 17 LSR.

## II. CONDITIONS PRÉALABLES

L'agrément des sociétés d'audit et des auditeurs responsables est soumis au système du « **double agrément** » ou de l'« examen d'agrément à double voie » : l'agrément des sociétés d'audit et des auditeurs responsables présuppose l'existence d'un « agrément de base » délivré par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR). L'OAR ne vérifie pas à nouveau cet agrément de base, mais se contente de le présupposer. L'« agrément en vertu d'une loi spéciale » est ensuite délivré par l'OAR. 5

## III. CONDITIONS POUR LA SOCIÉTÉ D'AUDIT (AL. 2)

Pour l'agrément de la société d'audit, l'art. 24a al. 2 LBA présuppose que celle-ci, cumulativement, (1) est agréée par l'ASR, (2) est suffisamment organisée et (3) n'exerce aucune autre activité soumise à autorisation en vertu des lois sur les marchés financiers. L'art. 24a al. 5 LBA autoriserait les OAR à prévoir d'autres critères d'admission ; force est de constater qu'aucun OAR n'a fait usage de cette possibilité à ce jour. 6

### A. Agrément en tant que réviseur selon l'art. 6 LSR par l'ASR (let. a)

L'art. 24a al. 2 let. a LBA renvoie expressément à l'art. 6 LSR et donc au fait que les organes (en majorité), les collaborateurs (pour au moins un cinquième) et les réviseurs responsables (dans leur ensemble) doivent être agréés en tant que **réviseurs:in selon l'art. 5 LSR.** Sont agréés en tant que réviseurs les personnes dont la réputation est irréprochable, qui ont suivi une formation au sens de l'art. 4 al. 2 LSR et qui justifient d'une pratique professionnelle d'au moins un an (art. 5 al. 1 LSR). 7

Seule l'existence d'un agrément formel de la société d'audit en tant que **réviseur au sens de l'art. 6 LSR** est déterminante pour l'agrément de la société d'audit par l'OAR : l'OAR n'est pas compétent pour le contrôle matériel des conditions d'agrément au sens de l'art. 6 LSR. 8

### B. Organisation suffisante (let. b)

Conformément à l'art. 24a al. 2 let. b LBA, la société d'audit doit être **suffisamment organisée** pour cet audit. Conformément à l'art. 22a al. 1 OBA, 9

cette condition est remplie lorsque la société d'audit cumule (1) au moins deux auditeurs responsables au sens de l'art. 24a al. 3 LBA, (2) au plus tard trois ans après l'octroi de l'agrément, au moins deux mandats d'audit dans le domaine de la LBA et (3) le respect des prescriptions relatives à la documentation et à la conservation des documents selon l'art. 730c CO.

### C. Pas d'exercice d'une autre activité soumise à autorisation (let. c)

10 L'art. 24a al. 2 let. c LBA **interdit** à la société d'audit active dans le domaine de la LBA d'exercer toute activité soumise à autorisation en vertu des lois sur les marchés financiers. L'art. 22a al. 2 OBA étend cette interdiction aux personnes suivantes : Les sociétés qui sont placées sous une direction unique avec la société d'audit (let. a) ; les personnes physiques qui détiennent directement ou indirectement au moins 10 % du capital ou des voix d'une société selon la let. a ou qui peuvent d'une autre manière influencer de manière déterminante son activité commerciale (let. b) ; ainsi que les auditeurs responsables (let. c).

## IV. CONDITIONS POUR LES AUDITEURS RESPONSABLES (AL. 3)

11 Pour l'agrément de l'auditeur responsable, l'art. 24a al. 3 LBA exige qu'il soit cumulativement agréé par l'ASR (let. a) et qu'il dispose des connaissances spécialisées et de l'expérience pratique nécessaires à l'audit (let. b).

### A. Agrément en tant que réviseur(e) selon l'art. 5 LSR par l'ASR (let. a)

12 L'art. 24a al. 3 let. a LBA renvoie expressément à l **'art. 5 LSR**, qui exige à l'al. 1, outre une réputation irréprochable, une formation selon l'art. 4 al. 2 LSR ainsi qu'une pratique professionnelle d'au moins un an, la pratique professionnelle étant précisée à l'al. 2.

13 Comme pour l'agrément de la société d'audit, seule l'existence d'un **agrément** formel de l'auditeur responsable en tant que réviseur au sens de l'art. 5 LSR est déterminante pour l'agrément des auditeurs responsables par l'OAR :

l'OAR n'est pas compétent pour le contrôle matériel des conditions d'agrément au sens de l'art. 5 LSR.

## B. Connaissances professionnelles et expérience pratique (let. b)

L'art. 24a al. 3 let. b LBA exige des auditeurs responsables qu'ils disposent **des connaissances spécialisées** et de l'**expérience pratique nécessaires** pour l'examen. L'art. 22b OBA fixe les exigences minimales : (1) lors de l'agrément : expérience professionnelle de cinq ans dans la fourniture de prestations d'audit dans le domaine de la LBA, 200 heures d'audit dans le domaine de la LBA, quatre heures de formation continue dans le domaine de la LBA au cours de l'année précédant le dépôt de la demande d'agrément (al. 1) ; (2) après l'agrément : 100 heures d'audit dans le domaine de la LBA au cours des quatre dernières années, quatre heures de formation continue par an dans le domaine de la LBA (al. 2). 14

L'art. 22d OBA précise les exigences posées à la **formation continue**: Les cours de formation continue externes et internes doivent porter sur le domaine de la LBA et durer au moins une heure. Les formations continues internes doivent être suivies par au moins trois personnes. L'étude personnelle n'est pas considérée comme une formation continue. La durée effective de la manifestation de formation continue est prise en compte, sauf si un exposé ou un enseignement spécialisé est donné, auquel cas le double de la durée de l'exposé ou de l'enseignement est pris en compte. 15

# V. RETRAIT DE L'AGRÉMENT / OCTROI D'UN BLÂME PAR L'OAR (AL. 4)

L'art. 24a al. 4 LBA stipule que l'art. 17 LSR s'applique par analogie au retrait de 16
l'agrément et à l'octroi d'un blâme par l'OAR. Comme indiqué ci-dessus, les **droits fondamentaux**, concrètement le principe de l'égalité de droit (art. 8 Cst.), l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) ainsi que le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) doivent être respectés non seulement dans le cadre de la procédure d'agrément, mais également lors du retrait de l'agrément ou de l'octroi d'un renvoi.

## BIBLIOGRAPHIE

Neese Martin, Kommentierung zu Art. 24a GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Zufferey Jean-Baptiste, Kommentierung zu Art. 24a GwG, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le blanchiment d'argent, Basel 2022.

Zysset Pascal, Kommentierung zu Art. 24a GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 25 LBA

Un commentaire de Caroline Kindler

PROPOSITION DE CITATION

Caroline Kindler, Commentaire de l'art. 25 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kindler, art. 25 LBA N. XXX

**Art. 25 Règlement**

[1] Les organismes d'autorégulation édictent un règlement.

[2] Dans ce règlement, ils précisent à l'intention des intermédiaires financiers qui leur sont affiliés les obligations de diligence définies au chap. 2 et règlent les modalités d'application.

[3] Ils définissent en outre dans ce règlement:

a. les conditions relatives à l'affiliation et à l'exclusion d'intermédiaires financiers;

b. la manière de contrôler si les obligations définies au chap. 2 sont respectées;

c. des sanctions appropriées.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Adoption d'un règlement par l'organisme d'autorégulation (al. 1) ..... 507
A. Généralités ..... 507
B. Autonomie limitée de l'OAR dans l'élaboration de son règlement ..... 507
II. Contenu du règlement (al. 2 et 3) ..... 508
A. Concrétisation des obligations de diligence selon le chapitre 2 (al. 2) ..... 508
B. Conditions d'affiliation et d'exclusion des intermédiaires financiers (al. 3 let. a) ..... 509
C. Contrôle du respect des obligations prévues au chapitre 2 (al. 3 let. b) ..... 511
D. Sanctions appropriées (al. 3 let. c) ..... 513
Bibliographie ..... 514
Matériaux ..... 515

# I. ADOPTION D'UN RÈGLEMENT PAR L'ORGANISME D'AUTORÉGULATION (AL. 1)

## A. Généralités

L'art. 25 al. 1 stipule que les organismes d'autorégulation (OAR) doivent édicter un **règlement** . Cette disposition n'a pas d'importance en soi, car le règlement de l'OAR constitue déjà, sur la base de l'art. 24 al. 1 let. a, une condition de reconnaissance de l'OAR. 1

## B. Autonomie limitée de l'OAR dans l'élaboration de son règlement

Selon le message, la loi sur le blanchiment d'argent est marquée par l'idée d'autorégulation. Ainsi, le législateur a voulu créer une loi-cadre qui règle les obligations imposées aux intermédiaires financiers avec une retenue appropriée et de manière peu détaillée, afin de laisser aux organismes d'autorégulation la fonction de concrétisation. Cette **autonomie** des OAR, formulée par le législateur, de déterminer librement le contenu de leurs règlements dans le respect des dispositions légales, est toutefois limitée : Lors de l'approbation des règlements des OAR, la FINMA s'appuie sur les valeurs de référence de l'OBA-FINMA (art. 1 al. 2 OBA-FINMA). 2

**Des dérogations** à l'OBA-FINMA sont certes possibles, mais elles doivent être signalées dans le règlement de l'OAR (art. 1 al. 3 OBA-FINMA). Dans l'esprit du législateur, qui souhaite une pratique aussi uniforme que possible dans l'application de la loi, le Tribunal fédéral part du principe que les réglementations OAR divergentes doivent être limitées à des particularités objectivement justifiées et spécifiques à la branche : Cela doit permettre d'éviter que les différentes règles OAR divergentes ne mettent en péril le système global de prévention du blanchiment d'argent par ce que l'on appelle un « arbitrage de surveillance » ou une « race to the bottom ». En conséquence, la FINMA devrait faire preuve de retenue lorsque des règles OAR divergentes, qui constituent des allégements par rapport à l'OBA-FINMA, reposent sur des particularités spécifiques à la branche ; en revanche, des durcissements dans les règlements OAR devraient toujours être autorisés par rapport aux dispositions de la LBA et de l'OBA-FINMA. 3

4 En fin de compte, les prescriptions des règlements OAR qui concrétisent les obligations de diligence **se recoupent** largement avec les prescriptions de l'OBA-FINMA .

5 Si la FINMA intervient dans le contenu des règlements des OAR au-delà des prescriptions de la LBA, la question du respect du **principe de légalité** se pose : une réglementation édictée conformément aux compétences au sens matériel - c'est-à-dire une ordonnance fixant ou exécutant des règles de droit comme l'OBA-FINMA - suffit lorsqu'il s'agit de normes techniques subordonnées ; mais si de nouvelles obligations fondamentales devaient être créées, il faudrait une base légale, c'est-à-dire une adaptation de la LBA. Dans ce contexte, la limite entre les prescriptions autorisées de la FINMA et celles qui ne sont plus couvertes par la loi est floue. Dans l'ATF 143 II 162, le Tribunal fédéral a largement soutenu la FINMA lorsque celle-ci a mis en œuvre les recommandations du GAFI - sans adaptation préalable de la LBA - sur la base de l'OBA-FINMA et a ensuite demandé aux OAR d'adapter leurs règlements en conséquence. En fait, le Tribunal fédéral a considéré les recommandations du GAFI/FAFI comme des « précisions techniques visant à garantir un “standard minimal” reconnu au niveau national ou international », dont la FINMA peut imposer la mise en œuvre sur la base de l'OBA-FINMA.

## II. CONTENU DU RÈGLEMENT (AL. 2 ET 3)

### A. Concrétisation des obligations de diligence selon le chapitre 2 (al. 2)

6 Sur la base de l'art. 25 al. 2 LBA, le règlement OAR doit (1) concrétiser les obligations de diligence des intermédiaires financiers selon le deuxième chapitre et (2) déterminer comment ces obligations doivent être remplies. Etant donné que la « **concrétisation** » des obligations de diligence comprend par nature la « détermination de la manière de les remplir », la deuxième expression n'a pas de signification propre.

7 On peut se demander quelles dispositions relèvent des « obligations de diligence des intermédiaires financiers selon le chapitre 2 ». Sont clairement exclues les dispositions du chapitre 2 qui se rapportent aux négociants, car les négociants ne sont pas soumis à la surveillance de l'OAR et ne sont donc pas destinataires des règlements de l'OAR. L'interprétation grammaticale aboutit à

une limitation du **champ d'application** de l'art. 25 al. 2 LBA à la section 1 du chapitre 2, intitulée « Obligations de diligence des intermédiaires financiers », qui comprend les art. 3 à 8 LBA. On parvient au même résultat par l'interprétation systématique en relation avec l'art. 25 al. 3 let. b LBA, qui renvoie plus largement à l'ensemble du deuxième chapitre intitulé « Obligations ». Du point de vue du contenu, les art. 9 à 11a LBA correspondent moins aux dispositions d'une loi-cadre en raison de leur degré de détail élevé et nécessitent donc moins de concrétisation que les art. 3 à 8 LBA. La FINMA semble également défendre ce point de vue, puisque les règlements des OAR qu'elle a approuvés soit reprennent tel quel le libellé des art. 9 à 11a LBA, soit se limitent à renvoyer aux dispositions légales correspondantes.

Comme indiqué ci-dessus, les prescriptions des règlements des OAR qui concrétisent les obligations de diligence concordent pour l'essentiel avec les prescriptions de l'OBA-FINMA. C'est d'autant plus vrai pour les organismes qui, outre leur reconnaissance en tant qu'organisme d'autorégulation, disposent de l'autorisation en tant qu'**organisme de surveillance** selon l'art. 43a LFINMA : Leurs règlements OAR renvoient directement à l'OBA-FINMA. 8

## B. Conditions d'affiliation et d'exclusion des intermédiaires financiers (al. 3 let. a)

Selon l'art. 25 al. 3 let. a LBA, le règlement de l'OAR doit régler les conditions d'affiliation et d'exclusion des intermédiaires financiers. L'art. 25 LBA parle certes d'« un seul règlement » ; il est toutefois possible de régler les contenus selon l'art. 25 al. 2 et 3 LBA dans **plusieurs règlements** ou dans les statuts de l'OAR ; dans ce cas, tous ces ensembles de règles doivent être soumis à la FINMA pour approbation conformément à l'art. 18 al. 1 let. c LBA. 9

En ce qui concerne les conditions d'**affiliation** à un OAR, il convient de respecter l'art. 14 al. 2 et 3 LBA : Selon l'art. 14 al. 2 LBA, un intermédiaire financier a le droit de s'affilier à un OAR si (a) il assure, par ses prescriptions internes et son organisation d'entreprise, le respect des obligations découlant de la LBA, (b) il jouit d'une bonne réputation et offre toute garantie quant au respect des obligations découlant de la LBA, (c) les personnes chargées de son administration et de sa gestion remplissent également les conditions de la let. b, et (d) les personnes qualifiées qui y participent jouissent d'une bonne réputation et garantissent que leur influence ne s'exerce pas au détriment d'une activité commerciale prudente et saine. Conformément à l'art. 14 al. 3 10

LBA, l'OAR peut en outre faire dépendre l'affiliation de l'activité dans certains domaines. Le règlement de l'OAR ne peut pas prévoir de conditions d'affiliation allant au-delà de celles expressément mentionnées à l'art. 14 al. 2 et 3 LBA, car il s'agit de « conditions maximales ».

11 Les conditions d'**exclusion** des intermédiaires financiers découlent aussi bien du droit de la surveillance que du droit privé : une exclusion, c'est-à-dire la perte involontaire de la qualité de membre, peut reposer soit sur des infractions à la législation sur le blanchiment d'argent (y compris des dispositions pénales), soit sur la violation de pures obligations de membre, comme le non-paiement de la cotisation de membre. Alors qu'une exclusion au sens de la législation sur le blanchiment d'argent constitue la sanction *ultime* en cas d'infraction à la loi, elle représente - pour la (plupart) des OAR constitués en association au sens des art. 60 ss. du Code civil suisse - le seul moyen d'échapper à la sanction. CC - constitue en même temps la principale sanction de l'association. Le droit des associations (art. 72 CC) stipule qu'une exclusion nécessite un motif d'exclusion. En l'absence d'une disposition spécifique sur les motifs d'exclusion, l'exclusion n'est autorisée que pour de justes motifs (art. 72 al. 3 CC).

12 Si l'affiliation résulte d'un droit juridique, de sorte qu'il existe un **droit d'admission** - comme c'est le cas, sur la base de l'art. 14 al. 2 LBA, pour les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 3 LBA, une exclusion n'est admissible qu'en présence de justes motifs. Même si le législateur a laissé cette disposition inchangée malgré l'introduction du droit d'admission selon l'art. 14 LBA, on ne peut pas en conclure sans autre que des conditions d'exclusion peuvent être définies en dehors du domaine des motifs importants. Avant même l'introduction du droit d'admission selon l'art. 14 al. 2 LBA, lorsque l'intermédiaire financier pouvait encore choisir entre l'affiliation à un OAR et la surveillance directe par la FINMA, la doctrine dominante affirmait déjà que les intermédiaires financiers étaient contraints de s'affilier, de sorte que le droit d'exclusion des OAR était déjà limité à l'époque et ne pouvait être exercé que pour des motifs importants. Dans son ATF 123 III 193, le Tribunal fédéral a lui aussi estimé que si « [...] une association se présente au public, aux autorités, aux clients potentiels de ses membres, etc. comme une organisation déterminante de la profession ou de la branche économique concernée », l'exclusion doit impérativement reposer sur un motif important : Sans cela, l'interdiction (de fait) d'exercer une activité qui accompagne l'exclusion ne

peut pas être justifiée au regard du droit de la personnalité à l'épanouissement économique (art. 28 CC). Christen/Kuert partent du principe que, conformément à cette pratique du Tribunal fédéral, il ne doit y avoir de motif important pour une exclusion que si celle-ci a pour conséquence que l'intermédiaire financier ne peut plus exercer son activité d'intermédiaire financier en Suisse. Cela vaut surtout pour les intermédiaires financiers pour lesquels il n'existe qu'un seul OAR sectoriel, mais moins pour ceux qui ont la possibilité de s'affilier à un autre OAR.

Certes, un OAR ne peut pas prévoir dans son règlement « l'absence d'exclusion d'un OAR » comme condition (supplémentaire) d'affiliation, car l'art. 14 al. 2 et 3 LBA a un caractère exhaustif. Toutefois, l'exclusion ou les faits qui ont conduit à l'exclusion peuvent avoir des conséquences négatives lors de l'examen de la bonne réputation et de la **garantie de** l'intermédiaire financier et/ou de ses organes selon l'art. 14 al. 2 let. b et c LBA. C'est pourquoi, selon le point de vue défendu ici, il convient de faire preuve de retenue dans la définition des conditions d'exclusion en dehors du domaine des motifs importants : Les éventuelles conditions d'exclusion définies en dehors du domaine des motifs importants doivent donc reposer sur des infractions à la législation sur le blanchiment d'argent (y compris les dispositions pénales) et satisfaire aux exigences posées aux sanctions prudentielles selon l'art. 25 al. 3 let. c LBA, c'est-à-dire qu'elles doivent être « appropriées » (art. 25 al. 3 let. c LBA) ou « proportionnées ». 13

## C. Contrôle du respect des obligations prévues au chapitre 2 (al. 3 let. b)

Selon l'art. 25 al. 3 let. b LBA, le règlement doit en outre préciser « comment le respect des obligations prévues au chapitre 2 est **contrôlé** ». Le libellé de cette disposition va donc plus loin que celui de l'art. 25 al. 2 LBA, qui mentionne « les obligations de diligence prévues au chapitre 2 » : il englobe « les obligations prévues au chapitre 2 », donc non seulement les art. 3 à 8 LBA, mais aussi les art. 9 à 11a LBA, à l'exclusion des dispositions du chapitre 2 concernant les négociants. Les OAR doivent donc contrôler le respect non seulement des obligations de diligence - concrétisées dans le règlement de l'OAR - selon les art. 3 à 8 LBA, mais aussi des art. 9 à 11a LBA. En ce qui concerne ces dernières dispositions, les OAR doivent uniquement contrôler le respect des dispositions légales, car les art. 9 à 11a LBA n'entrent pas dans le 14

champ d'application de l'art. 25 al. 2 LBA et ne doivent ou ne peuvent donc pas être concrétisés par l'OAR.

15 Le fait qu'un OAR doive être en mesure de veiller à ce que les intermédiaires financiers affiliés respectent leurs obligations au sens du chapitre 2 constitue déjà une **condition de reconnaissance de l'OAR** (art. 24 al. 1 let. b LBA). Du point de vue de la doctrine, celle-ci comprend une organisation suffisante, un personnel suffisant ainsi que des moyens financiers suffisants.

16 L'art. 25 al. 3 let. b LBA exige en outre que la **manière** (« comment ») de contrôler le respect des obligations prévues aux art. 3 à 11a LBA soit réglée dans le règlement de l'OAR. Selon le législateur, cela doit se faire « au moyen de normes de procédure appropriées ». Pour le reste, le législateur laisse aux OAR le soin de définir les modalités de contrôle. Du point de vue de la doctrine, le règlement d'un OAR doit contenir un concept de contrôle et répondre ainsi à une liste minimale de questions, telles que le fait de savoir si le contrôle LBA est effectué par des réviseurs internes ou externes, si le contrôle LBA est effectué de manière annoncée ou non et sous quelle forme un rapport est remis à l'OAR.

17 L'analyse des règlements des OAR montre que les réponses des OAR à ces questions varient. Il existe quelques **différences**, dont le rythme de contrôle et la méthode d'échantillonnage sont des exemples mis en évidence ci-après. D'une part, le contrôle ordinaire a généralement lieu chaque année. Selon l'OAR et la catégorie de risque, le rythme de contrôle peut toutefois être porté à deux ou trois ans maximum en fonction des risques. Alors que pour certains OAR, l'augmentation de la fréquence de contrôle est accordée par l'OAR de sa propre initiative dans le cadre de l'analyse des risques, pour d'autres OAR, cela n'est possible que sur demande de l'intermédiaire financier. D'autre part, il existe des différences dans la méthode d'échantillonnage. Leur sélection et leur étendue sont déterminées par une approche basée sur les risques, parfois combinée à des directives sous forme de tableaux qui déterminent numériquement la taille de l'échantillon de mandats ou à l'obligation de contrôler toutes les relations d'affaires présentant des risques accrus. Il s'ensuit que la FINMA, en tant qu'autorité d'approbation des règlements des OAR, semble soutenir l'autonomie des OAR dans l'organisation de leurs modalités de contrôle.

## D. Sanctions appropriées (al. 3 let. c)

Sur la base de l'art. 25 al. 3 let. c LBA, le règlement doit fixer des « sanctions appropriées ». La systématique de l'art. 25 LBA permet de déterminer pour quels manquements aux obligations le règlement doit prévoir des « sanctions appropriées » : Etant donné que le règlement doit, sur la base de l'art. 25 al. 3 let. b LBA, régler le contrôle du respect de toutes les obligations du chapitre 2, c'est-à-dire des art. 3 à 11a LBA (à l'exclusion des obligations concernant uniquement les commerçants), on peut partir du principe que, par conséquent, l'art. 25 al. 3 let. c LBA exige des sanctions pour les violations de toutes les **obligations du chapitre 2**. 18

Du point de vue de la doctrine, une sanction est « appropriée » lorsqu'elle est « **proportionnée** », le critère des sanctions de la FINMA selon les art. 31 ss. LFINMA peut être appliqué par analogie. Ainsi, le contrôle de la proportionnalité impose, outre l'examen de la violation objective des obligations, c'est-à-dire de la violation d'une obligation réglementaire ou légale par un acte ou une omission, la prise en compte de la faute de la personne concernée. En ce sens, la présente disposition n'exige pas seulement que le principe de proportionnalité soit respecté dans le cas concret (au niveau de l'« application du droit »), mais déjà au niveau de la « législation », c'est-à-dire dans le cadre de la définition des dispositions générales et abstraites du règlement. Certes, cette conception de la proportionnalité ne peut être prise en compte que de manière limitée dans le cadre de la « législation », mais elle impose tout de même une cascade de sanctions bien pensée comme base d'une sanction appropriée dans le cadre de l'« application du droit ». Dans ce contexte, les règlements prévoient en principe les types de sanctions suivants, par ordre croissant de gravité de la violation : l'avertissement, l'amende et l'exclusion de l'OAR. 19

Selon le législateur, la jurisprudence et la doctrine, les sanctions de l'OAR **relèvent du droit privé.** En conséquence, les amendes sont des peines conventionnelles au sens de l'art. 160 al. 1 CO. 20

Il convient de noter que lors de l'appréciation du rapport juridique entre l'OAR et les affiliés, il semble y avoir une **pondération** générale en direction du droit public, ce qui a notamment été renforcé par l'introduction des organisations de surveillance selon l'art. 43a LFINMA. Dans son arrêt 2C_887/2017 du 23 mars 2021, le Tribunal fédéral a certes confirmé le 21

caractère de droit privé du mécanisme de sanction de l'OAR PolyReg ; il a toutefois souligné qu'en raison de l'évolution de la lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse au cours des dernières décennies - de sa forme initiale d'autorégulation purement privée à une tâche publique essentielle - le Tribunal fédéral n'exclut pas de qualifier à l'avenir les sanctions relevant du droit du blanchiment d'argent comme relevant du droit public.

22 Selon l'opinion défendue ici, les OAR sont en tout cas liés aux **droits fondamentaux** en raison de l'exercice de tâches étatiques sur la base de l'art. 35 al. 2 Cst. et doivent respecter les principes de l'action étatique selon l'art. 5 al. 2 Cst. La procédure de sanction est donc liée au principe de l'égalité de droit (art. 8 Cst.) et à l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), aussi bien « en fixant des règles de droit », c'est-à-dire en ce qui concerne les dispositions du règlement relatives aux sanctions, qu'« en appliquant des règles de droit », c'est-à-dire en ce qui concerne les décisions concrètes de sanction. Dans le cadre de la procédure de sanction, l'intermédiaire financier doit en outre bénéficier du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), ce qui implique notamment le droit à une décision motivée.

## BIBLIOGRAPHIE

Basse-Simonsohn Detlev Michael, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierung durch Selbstregulierung, Bern 2002.

de Capitani Werner, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

Christen Marquard/Kuert Matthias, Kommentierung zu Art. 25 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Graber Christoph K./Oberholzer Dominik, Das neue GwG, 3. Aufl., Zürich 2009.

Kunz Michael, Aktuelle Entwicklungen bei der Bekämpfung der Geldwäscherei, Teil II: Änderungen 2020, in: Jusletter 9. März 2020.

Kuster Matthias, Zur Rechtsnatur der Sanktionsentscheide von Selbstregulierungsorganisationen und der Schweizer Börse, in: AJP 2005, S. 1502 ff.

Heierli Christian Marcus, Das Konzept der Selbstregulierung im GwG, in: GesKR 2010, S. 38 ff.

Hsu Peter/Bahar Rashid/Flühmann Daniel, Kommentierung zu Art. 33 FINMAG, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Neese Martin, Kommentierung zu Art. 24 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Ramelet Nicolas, Sorgfaltspflichten für «Händler» – Auslegeordnung einer Kompromisslösung, in: AJP 2015, S. 1160 ff.

Riemer Hans Michael, Kommentierung zu Art. 72 ZGB, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Vereine, Art. 60-79 ZGB Art. 712m Abs. 2 ZGB (Stockwerkeigentümergemeinschaft), 2. Aufl., Bern 2023.

Schott Ansgar/Kessler Martina A., Kommentierung zu Art. 8a GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 25 GwG, in: Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Geldwäschereigesetz, 3. Aufl., Zürich 2019.

Wyss David, FINMA-Bussenkompetenz – ein wirksames Mittel zur Abschreckung?, GesKR 2024, S. 129 ff.

Zysset Pascal, Kommentierung zu Art. 25 GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

## MATÉRIAUX

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 23.8.2024.

Geschäftsbericht 2021 des Bundesgerichts vom 17.2.2022, abrufbar unter https://www.eidgenoessischegerichte.ch/de/files/geschaeftsberichte/GB_2021_d.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Geschäftsbericht 2021 des Bundesgerichts).

Organisme de Surveillance pour Intermédiaires Financiers & Trustees (SO-FIT), Règlement relatif aux obligations des affiliés à l'organisme d'autorégulation du 1.10.2020, abrufbar unter https://so-fit.ch/wp-content/uploads/2021/02/Re%CC%80glement-daffiliation.OAR_.SO-FIT.2021.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement SO-FIT).

PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein, Reglement vom 1.3.2023, abrufbar unter https://www.polyreg.ch/uploads/20230216.reglement.final.de.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement SRO PolyReg).

Schweizer Verband der Investmentgesellschaften (SVIG), Prüfungsreglement vom 1.4.2023, abrufbar unter https://www.svig.org/sites/default/files/downloads/sro-pruefungsreglement_v.01.01.2023.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Prüfungsreglement SRO SVIG).

Schweizerische Aktiengesellschaft für Aufsicht (AOOS), Reglement der Selbstregulierungsorganisation nach Geldwäschereigesetz, abrufbar unter https://www.aoos.ch/dataset/file/3131-20230306-aoos-sro-reglement-pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement AOOS).

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizer Notarenverbandes (SRO SAV/SNV), Reglement vom 27.6.2023, abrufbar unter https://sro-sav-snv.ch/rechtliche-grundlagen/regelwerke, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement SRO SAV/SNV).

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV, Reglement Kontrollverfahren vom 23.8.2006 (Fassung vom 10.11.2023), abrufbar unter https://www.leasingverband.ch/de/downloadFileContent?id=17326710-4035-418D-961F-14ECFEC7C80F, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement Kontrollverfahren SRO/SLV).

Selbstregulierungsorganisation Schweizerischer Treuhandverband (SRO-Treuhand|Suisse), Prüfgrundsätze vom 1.1.2023, abrufbar unter https://sro-treuhandsuisse.ch/fileadmin/Pruefer/Pruefgrundsaetze/Pruefgrundsaetze_2023_def.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. Prüfgrundsätze SRO-Treuhand|Suisse).

Verein Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO-SVV), Kontroll-, Prüf- und Sanktionsreglement, abrufbar unter https://www.sro-svv.ch/images/pdf/de_regelwerk/KPS_SRO-SVV.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit. KPS-Reglement SRO-SVV).

VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (SRO VQF), Aufsichtskonzept der Selbstregulierungsorganisation nach Geldwäschereigesetz des VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen in Sachen Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vom 21. September 2023, abrufbar unter https://www.vqf.ch/de/vqf-downloads, besucht am 23.8.2024 (zit. Aufsichtskonzept SRO VQF).

VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (SRO VQF), Reglement der Selbstregulierungsorganisation nach Geldwäschereigesetz des VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen in Sachen Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vom 30.1.2023, abrufbar unter https://www.vqf.ch/de/vqf-downloads, besucht am 23.8.2024 (zit. Reglement SRO VQF).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 26 LBA

Un commentaire de Caroline Kindler

PROPOSITION DE CITATION

Caroline Kindler, Commentaire de l'art. 26 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kindler, art. 26 LBA N. XXX

**Art. 26 Listes**

[1] Les organismes d'autorégulation tiennent la liste des intermédiaires financiers affiliés et celle des personnes auxquelles ils refusent l'affiliation.

[2] Ils communiquent ces listes et toutes les modifications qui y sont apportées à la FINMA.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Obligation de tenir des listes (al. 1) ..... 521
A. But des listes ..... 521
B. Publication ..... 521
C. Nature juridique ..... 522
II. Obligation de transmission (al. 2) ..... 522
A. Destinataires ..... 522
B. Fréquence ..... 523
1. Principe ..... 523
2. Obligation d'annoncer sans délai les changements d'effectif ..... 523
a. En cas de nouvelles admissions ..... 523
b. En cas de sortie ..... 523
c. En cas d'exclusion ..... 524
3. Obligation de communiquer sans délai concernant les requérants dont la demande a été rejetée ..... 524
C. Formulaire ..... 524
Bibliographie ..... 524
Matériaux ..... 525

# I. OBLIGATION DE TENIR DES LISTES (AL. 1)

En vertu de l'art. 26 al. 1 LBA, les organismes d'autorégulation (OAR) doivent tenir des listes des intermédiaires financiers affiliés ainsi que des personnes dont l'affiliation a été refusée. 1

## A. But des listes

En exigeant que des listes complètes et actuelles soient tenues à l'attention de la FINMA, le législateur vise à garantir un **contrôle** sans faille des relations de surveillance. 2

Ces listes sont d'une importance capitale pour la FINMA, compte tenu de son **mandat** légal **de surveillance** dans le domaine de la loi sur le blanchiment d'argent (art. 1 let. f LFINMA) : en comparant ces listes, la FINMA peut vérifier si un intermédiaire financier a respecté son obligation d'affiliation au sens de l'art. 14 al. 1 LBA ou s'il existe des indices d'une activité illégale au sens de la loi sur le blanchiment d'argent. Dans ce dernier cas, la FINMA dispose, en vertu de l'art. 20 al. 1 LBA, des instruments de surveillance prévus aux art. 29 à 37 LFINMA ; elle a en outre la possibilité, en vertu de l'art. 20 al. 2 LBA, d'ordonner la dissolution de l'intermédiaire financier. 3

En outre, la FINMA a besoin de ces listes pour remplir l'obligation qui lui incombe en vertu de **l'art. 18a al. 1 LBA**. En vertu de cette disposition, la FINMA tient une liste des intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 3 LBA qui sont affiliés à un organisme d'autorégulation. L'art. 18a al. 1 LBA complète l'art. 23 al. 2 LFINMA, qui prévoit que la FINMA tient un registre public de tous les assujettis : Les intermédiaires financiers affiliés à un OAR n'étant pas considérés comme des assujettis au sens de la LFINMA, l'art. 18a al. 1 LBA a été introduit afin de garantir l'exhaustivité de la liste de la FINMA. 4

## B. Publication

L'OAR n'est pas tenu de publier les listes. Cette obligation incombe exclusivement à la FINMA, et ce uniquement en ce qui concerne les intermédiaires financiers affiliés à un OAR (art. 23 al. 2 LFINMA en relation avec l'art. 18a al. 1 LBA). Il n'est toutefois pas interdit à l'OAR de prévoir dans ses statuts ou ses règlements la publication de la liste de ses membres ou d'autoriser cette publication avec le consentement exprès de l'affilié 5

concerné. Une telle liste de membres ne peut toutefois comprendre que les intermédiaires financiers soumis à la surveillance. La publication de listes de requérants refusés serait dépourvue de tout fondement juridique, ne serait-ce que parce que les statuts ne s'appliquent qu'aux membres et ne déploient aucun effet juridique à l'égard des requérants refusés.

### C. Nature juridique

6 Malgré leur importance juridique, les listes tenues par les OAR sur la base de la présente disposition ont un **effet** purement **déclaratif**. Ce sont les décisions d'affiliation ou d'exclusion de l'OAR qui sont déterminantes, car elles sont constitutives. L'affiliation à l'OAR commence ou se termine donc à la date de la décision définitive de l'OAR. Cela signifie qu'en cas de listes incomplètes ou erronées, les intermédiaires financiers dûment affiliés ne sont pas empêchés d'exercer légalement leur activité. Inversement, un intermédiaire financier exclu ne peut pas faire valoir qu'il figure toujours sur une liste.

## II. OBLIGATION DE TRANSMISSION (AL. 2)

7 Outre l'obligation de tenir des listes conformément à l'art. 26 al. 1 LBA, les OAR sont tenus, en vertu de l'art. 26 al. 2 LBA, de communiquer ces listes ainsi que toute modification de celles-ci à la FINMA.

### A. Destinataires

8 La loi prévoit que les destinataires de cette disposition sont exclusivement **les OAR**. Si un intermédiaire financier nouvellement admis par un OAR ou un requérant dont la demande a été rejetée devait informer la FINMA de son statut, cela resterait sans effet, car la FINMA ne peut pas tenir compte de telles communications de personnes qui ne sont pas soumises à sa surveillance.

## B. Fréquence

### 1. Principe

Les listes des intermédiaires financiers affiliés ainsi que des requérants dont la demande a été rejetée sont transmises **trimestriellement** à la FINMA sous forme agrégée. 9

En outre, en vertu de l'art. 26 et de l'art. 27 al. 2 LBA ainsi que de la circulaire FINMA 2008/17 (anciennement circulaire de l'Autorité de contrôle LBA 2006/1), l'OAR a le droit ou l'obligation de communiquer **sans délai** à la FINMA d'autres informations concernant l'effectif des intermédiaires financiers affiliés (2.) ou les requérants dont la demande a été rejetée (3.). Les exceptions sont exposées ci-après. 10

### 2. Obligation d'annoncer sans délai les changements d'effectif

#### a. En cas de nouvelles admissions

En plus de la communication trimestrielle ordinaire, l'OAR est autorisé à annoncer à la FINMA l'**admission** d'un intermédiaire financier à tout moment, pour autant que cela soit dans l'intérêt de l'intermédiaire financier. En outre, l'OAR est tenu d'informer la FINMA immédiatement après l'affiliation s'il sait ou doit présumer, au vu des circonstances, que l'intermédiaire financier affilié a enfreint les obligations de l'art. 11 al. 1 let. b OBA. C'est le cas lorsque l'intermédiaire financier a omis de déposer sa demande d'affiliation auprès d'un OAR dans les deux mois suivant le début de son activité professionnelle. 11

#### b. En cas de sortie

En plus de l'annonce trimestrielle ordinaire, l'OAR est tenu d'annoncer la **résiliation** à la FINMA immédiatement après la fin de l'affiliation, dans la mesure où l'OAR sait ou doit présumer que l'affilié qui a résilié continue d'exercer une activité à titre professionnel. La lettre de résiliation doit être jointe à la communication. 12

### c. En cas d'exclusion

13 L'OAR annonce sans délai à la FINMA **les décisions d'exclusion** dès que la décision de première instance a été rendue, pour autant que l'effet suspensif d'un éventuel recours ait été retiré, ou après l'entrée en force de la décision de première instance ou de la sentence arbitrale dans tous les autres cas. La notification doit être accompagnée des motifs, s'il y en a.

### 3. Obligation de communiquer sans délai concernant les requérants dont la demande a été rejetée

14 **Si** l'OAR **refuse** l'affiliation d'un requérant, il le signale à la FINMA immédiatement après le prononcé de la décision de première instance et y joint les motifs, pour autant qu'il y en ait. Si l'OAR sait ou doit supposer qu'un intermédiaire financier auquel l'affiliation a été refusée opère ou a opéré en violation de l'art. 11 al. 1 let. b OBA, il le signale à la FINMA dans le cadre de la communication mentionnée à la phrase précédente, en indiquant toutes les informations pertinentes dont l'OAR a connaissance.

## C. Formulaire

15 L'échange électronique entre la FINMA et les OAR ne fait actuellement l'objet d'aucune réglementation spécifique. Toutefois, les **plates-formes numériques de la FINMA**, qui n'ont cessé de se développer ces dernières années, ont considérablement facilité et encouragé la transmission électronique des données.

## BIBLIOGRAPHIE

de Capitani Werner, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

Jain Vivien/Frigo Patrick, Kommentierung zu Art. 18a GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Neese Martin, Kommentierung zu Art. 26 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Ramelet Nicolas, Kommentierung zu Art. 26 GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

Zufferey Jean-Baptiste, Kommentierung zu Art. 26 GwG, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le blanchiment d'argent, Basel 2022.

## MATÉRIAUX

Association romande des intermédiaires financiers (ARIF), Liste des membres, abrufbar unter https://arif.ch/membres/liste-des-membres-2/, besucht am 23.8.2024.

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1101, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 23.8.2024.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Rundschreiben 2008/17 Informationsaustausch zwischen den SRO und der FINMA betreffend Anschlüsse, Ausschlüsse und Austritte von Finanzintermediären vom 20.11.2008, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2008-17.pdf?sc_lang=de&hash=71FFD4758724C36DBC692710A9C8477B, besucht am 23.8.2024.

Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV), Kontrollstelle GwG, Rundschreiben 2006/1 Informationsaustausch zwischen den SRO und der Kontrollstelle betreffend Anschlüsse, Ausschlüsse und Austritte von Finanzintermediären vom 10.4.2006, abrufbar unter https://www.finma.ch/finmaarchiv/gwg/d/dokumentationen/gesetze_und_regulierung/rundschreiben/index.php, besucht am 23.8.2024.

Schweizerische Aktiengesellschaft für Aufsicht (AOOS), Liste der angeschlossenen Finanzintermediäre, abrufbar unter https://www.aoos.ch/de/angeschlossene-sro, besucht am 23.8.2024.

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV, Liste der Mitglieder, abrufbar unter https://www.leasingverband.ch/de/

schweizerischer-leasingverband-slv/ueber-uns/mitglieder/index.html, besucht am 23.8.2024.

Selbstregulierungsorganisation Schweizerischer Treuhandverband (SRO-Treuhand|Suisse), Mitgliederliste 2024, abrufbar unter https://sro-treuhandsuisse.ch/de/sro-treuhandsuisse/mitgliederliste-der-sro-treuhandsuisse, besucht am 23.8.2024.

Verein Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO-SVV), Mitgliederliste, abrufbar unter https://www.sro-svv.ch/de/ueber-uns/mitglieder, besucht am 23.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 26a LBA

Un commentaire de Caroline Kindler

PROPOSITION DE CITATION

Caroline Kindler, Commentaire de l'art. 26a LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kindler, art. 26a LBA N. XXX

**Art. 26a Sociétés de groupe suisses**

[1] Pour les intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3, qui sont une société suisse du groupe d'un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 2, let. a à d$^{quater}$, la FINMA peut prévoir que le rapport d'audit du groupe atteste du respect des obligations définies au chapitre 2.

[2] La FINMA publie une liste des sociétés de groupe au sens de l'al. 1.

# TABLE DES MATIÈRES

I. But de la norme et contexte ..... 529
II. Conditions préalables ..... 530
A. Intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 3 LBA ..... 530
B. Intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a-dquater LBA ..... 530
C. Société suisse du groupe ..... 531
1. Société du groupe ..... 531
2. Société du groupe « suisse » ..... 531
III. Conséquence juridique ..... 532
A. « Disposition potestative » ..... 532
B. Objet du contrôle ..... 533
C. Consignes de contrôle ..... 533
IV. Liste de la FINMA ..... 533
Bibliographie ..... 533
Matériaux ..... 534

# I. BUT DE LA NORME ET CONTEXTE

Un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA est en principe soumis à une surveillance individuelle. Celle-ci se concentre sur l'établissement individuel, ce qui peut toutefois avoir pour conséquence l'absence d'une **compréhension globale des risques de blanchiment d'argent au sein de l'ensemble du groupe**. Pour combler cette lacune, l'art. 26a LBA permet une surveillance LBA consolidée. Celle-ci doit compléter la surveillance individuelle en ce qui concerne l'unité économique du groupe d'entreprises. La surveillance consolidée permet ainsi une double observation continue - tant au niveau de l'établissement individuel qu'au niveau du groupe. 1

La compétence de la FINMA de soumettre les groupes d'entreprises à la surveillance LBA consolidée remonte à l'origine à l'**art. 4 aOBA-FINMA**. Cette réglementation s'appliquait aussi bien aux « IFDS » (intermédiaires financiers directement soumis à la FINMA selon l'art. 2 al. 3 LBA) qu'aux titulaires d'une « autorisation Fintech » (personnes visées à l'art. 1b LB). Avec l'entrée en vigueur de la LEFin le 1er janvier 2020, l'art. 4 aOA-FINMA a été transféré au niveau de la loi à l'art. 26a LBA. Parallèlement, le cercle des destinataires a été précisé : Compte tenu de la suppression du statut d'IFDS au 1er janvier 2020, celui-ci comprend désormais tous les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA qui font partie d'un groupe financier. Les personnes visées à l'art. 1b LB, c'est-à-dire les titulaires d'une autorisation Fintech, n'ont toutefois pas été reprises dans le cercle des destinataires de l'art. 26a LBA. Par conséquent, la possibilité d'une surveillance LBA consolidée disparaît pour ces personnes, puisque les dispositions de la loi sur les banques relatives à la surveillance consolidée ne leur sont pas applicables. Les raisons de leur suppression du cercle des destinataires ne ressortent pas des documents, car l'art. 26a LBA ne faisait pas l'objet du message relatif à la LIDE/FINFin, mais n'a été introduit que dans le cadre des délibérations parlementaires. Dans la pratique, cette question n'a toutefois que peu d'importance - du moins pour l'instant - car à la date de référence du 1er juillet 2024, aucun des (cinq) titulaires d'une autorisation Fintech ne fait partie d'un groupe. 2

## II. CONDITIONS PRÉALABLES

3 L'art. 26a LBA s'applique aux « intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 » qui sont considérés comme une « société suisse du groupe » d'un « intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 let. a-d$^{quater}$ ». Ces concepts sont exposés ci-après.

### A. Intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 3 LBA

4 Les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA sont des personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers. L'art. 2 al. 3 let. a-c, f et g LBA contient une énumération exemplative de ces intermédiaires financiers. La définition d'un tel intermédiaire financier est précisée dans l'OBA ainsi que dans la Circulaire FINMA 2011/1.

### B. Intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a-d$^{quater}$ LBA

5 La réglementation de l'art. 26a LBA se réfère aux sociétés de groupe suisses d'intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a-d$^{quater}$ LBA. Sont ainsi visés les intermédiaires financiers suivants selon l'art. 2 al. 2 LBA (**de manière exhaustive**) :

- Les banques selon l'art. 1a LB et les personnes selon l'art. 1b LB (let. a) ;
- les gestionnaires de fortune et les trustees selon l'art. 2 al. 1 let. a et b LEFin (let. a$^{bis}$) ;
- directions de fonds selon l'art. 2 al. 1 let. d LEFin (let. b) ;
- titulaires d'une autorisation selon l'art. 13 al. 2 let. b-d LPCC et gestionnaires de fortune collective selon l'art. 2 al. 1 let. c LEFin (let. $^{bbis}$) ;
- les institutions d'assurance selon la LSA qui pratiquent l'assurance directe sur la vie ou qui proposent ou distribuent des parts d'un placement collectif de capitaux (let. c) ;
- les entreprises d'investissement au sens de l'art. 2 al. 1 let. e LEFin (let. d) ;
- les contreparties centrales et les dépositaires centraux de titres au sens de la LIMF (let. d$^{bis}$) ;

- les systèmes de paiement, dans la mesure où ils nécessitent une autorisation de la FINMA en vertu de l'art. 4 al. 2 LIMF (let. d$^{ter}$) ;
- les systèmes de négociation d'effets DLT au sens de l'art. 73a LIMF (systèmes de négociation DLT ; let. d$^{quater}$).

## C. Société suisse du groupe

### 1. Société du groupe

Les notions de groupe(s) d'entreprises et de groupe(s) sont utilisées comme synonymes. Dans le droit suisse des groupes de sociétés, il n'existe toutefois pas de notion uniforme ou généralement valable de groupe. Ce qui caractérise un groupe d'entreprises est défini individuellement dans les différents domaines juridiques. Par conséquent, les hypothèses de base et les critères légaux relatifs à l'existence ou à l'inexistence d'un groupe peuvent varier considérablement d'un domaine juridique à l'autre. Néanmoins, toutes les notions de groupe en droit suisse se fondent sur trois caractéristiques constitutives : premièrement, les différentes sociétés du groupe sont des entreprises juridiquement indépendantes, dont la forme juridique peut varier selon le niveau hiérarchique. Deuxièmement, un groupe nécessite au moins deux entreprises - une société supérieure et au moins une société inférieure. Troisièmement, le lien entre les sociétés, la « colle » en quelque sorte, consiste en une direction unique (appelée « direction du groupe »). Dans le contexte de la LBA, le groupe est considéré comme **une unité économique** lorsqu'une entreprise détient, directement ou indirectement, plus de la moitié des voix ou du capital d'une autre entreprise ou la domine d'une autre manière. Les participations peuvent être détenues directement ou indirectement - c'est-à-dire par l'intermédiaire d'autres sociétés du groupe. Il en résulte des filiales aussi bien directes qu'indirectes sur plusieurs niveaux hiérarchiques. 6

### 2. Société du groupe « suisse »

Comme pour l'art. 2 al. 3 LBA, le champ d'application territorial de l'art. 26a LBA se limite aux intermédiaires financiers qui **exercent leur activité en Suisse ou à partir de la Suisse**, conformément à l'art. 2 al. 1 let. a OBA. L'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA ou la société suisse du groupe doit donc avoir son siège en Suisse et employer des personnes qui effectuent durablement des opérations d'intermédiation financière en Suisse 7

ou à partir de la Suisse. En revanche, une filiale ou une succursale d'un groupe financier étranger ne remplit pas les conditions, car l'entreprise dominante doit être titulaire d'une autorisation au sens de l'art. 2 al. 2 let. a-dquater LBA et doit donc également être considérée comme une société suisse du groupe.

## III. CONSÉQUENCE JURIDIQUE

### A. « Disposition potestative »

8 L'art. 26a LBA est une « **disposition potestative** » : si les conditions sont remplies, c'est-à-dire si un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA est une société suisse du groupe d'un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 2 let. a-dquater LBA, la FINMA « peut » exiger un rapport d'audit LBA consolidé. Cela signifie que la FINMA peut ordonner un tel rapport sans collaboration préalable ou sans demande de l'intermédiaire financier. A l'inverse, il est possible qu'une société suisse du groupe ou un intermédiaire financier surveillé par la FINMA demande à la FINMA un rapport de surveillance LBA consolidé en vertu de l'art. 2 al. 2 let. a-dquater LBA. Certes, la FINMA indique sur son site Internet que le contenu et la portée de la surveillance consolidée des groupes sont déterminés par elle au cas par cas. Elle précise à cet égard qu'elle examine notamment si le groupe financier :

- est organisé de manière adéquate ;
- dispose d'un système de contrôle interne adéquat ;
- identifie, limite et contrôle de manière appropriée les risques liés à ses activités ;
- est dirigé par des personnes qui offrent la garantie d'une activité commerciale irréprochable ;
- respecte la séparation des personnes entre la direction, la haute direction, la surveillance et le contrôle ;
- respecte les prescriptions en matière de fonds propres et de répartition des risques ;
- dispose de liquidités appropriées ;
- applique correctement les règles de présentation des comptes ;
- dispose d'une société d'audit reconnue, indépendante et compétente.

Il faut donc partir du principe qu'une demande d'une société de groupe visant à ordonner un rapport d'audit de groupe dans le domaine de la LBA doit contenir la preuve des points mentionnés.

## B. Objet du contrôle

L'art. 26a al. 1 LBA prévoit que le rapport d'audit du groupe démontre le respect des « obligations prévues au chapitre 2 ». Le libellé de cette disposition va donc plus loin que, par exemple, celui de l'art. 25 al. 2 LBA, qui ne mentionne que les « obligations de diligence » prévues au chapitre 2. L'art. 26a LBA englobe en revanche toutes les « obligations prévues au chapitre 2 » et donc non seulement les **art. 3 à 8 LBA**, mais aussi les **art. 9 à 11a** LBA , à l'exclusion des dispositions du chapitre 2 concernant les négociants. Par conséquent, le rapport d'audit du groupe doit documenter le respect tant des obligations de diligence prévues aux art. 3 à 8 LBA que des obligations prévues aux art. 9 à 11a LBA. 9

## C. Consignes de contrôle

L'exécution de l'audit est définie aux **art. 24 ss. LFINMA** en relation avec l'ordonnance sur les audits des marchés financiers (OA-FINMA). L'OA-FINMA concrétise notamment l'agrément des sociétés d'audit ainsi que l'audit des assujettis selon la LFINMA. D'autres instructions d'audit sont contenues dans la circulaire FINMA 2013/3, sur la base de laquelle des directives spécifiques relatives aux audits prudentiels sont également publiées sur le site Internet de la FINMA. Il convient de souligner que, malgré le rapport d'audit consolidé du groupe, le rapport sur l'établissement individuel et celui sur le groupe doivent en principe être établis séparément. 10

# IV. LISTE DE LA FINMA

Conformément à l'art. 26a al. 2 LBA, la FINMA publie la liste des sociétés du groupe selon l'art. 26a al. 1 LBA. A la date de référence du 1er juillet 2024, une telle liste n'était **pas**(encore) **publiée**. On peut donc en déduire qu'aucune décision au sens de l'art. 26a LBA n'a été prise jusqu'à cette date. 11

# BIBLIOGRAPHIE

Kunz Peter V., Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019.

Nobel Peter, Bank- und Finanzkonglomerate – eine aufsichtsrechtliche Auslegeordnung, Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Band 8/1999, Bern 2000, S. 171 ff.

## MATÉRIAUX

Amtliche Sammlung Nr. 155 vom 8.12.2020 zur Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsverordnung-FINMA, FINIV-FINMA), abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/922/de, besucht am 23.8.2024 (zit.: AS 2020 5327).

Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4.11.2015, BBl 2015 8901, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/2141/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-2141-de-pdf-a.pdf, besucht am 23.8.2024.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Rundschreiben 2011/1 Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung vom 4.11.2020, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2011-01-01-01-2017.pdf?la=de, besucht am 23.8.2024.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen vom 7.12.2022, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2013-03-20221207.pdf, besucht am 23.8.2024.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Spezifische Anforderungen der FINMA an das Prüfwesen bei aufsichtsrechtlichen Prüfungen, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/ueberwachung/branchenuebergreifende-themen/pruefwesen/, besucht am 23.8.2024.

Geschäft des Bundesrates Nr. 15.073 Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG), Fahne Herbstsession 2017 Nationalrat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2015/20150073/N2%20D.pdf, besucht am 23.8.2024 (zit.: BR-Geschäft Nr. 15.073, Fahne Herbstsession 2017 NR).

Liste der von der FINMA bewilligten und beaufsichtigten Vermögensverwaltern sowie Trustees (inländische Gruppengesellschaften nach FINIG), abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/bewilligungstraeger/pdf/grfinig.pdf?la=de&hash=75FEFE0A120F46AC945E8E4A20CF128C, besucht am 23.8.2024.

Liste der von der FINMA bewilligten Personen nach Art. 1b BankG (Fintech-Bewilligung), abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/bewilligungstraeger/pdf/fintech.pdf?sc_lang=de&hash=6C56E843908149147A3CC22EAB7DE1C6, besucht am 23.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 27 LBA

Un commentaire de Caroline Kindler

PROPOSITION DE CITATION

OK-Caroline Kindler, Commentaire de l'art. 27 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: Kindler, art. 27 LBA N. XXX

**Art. 27 Échange d'informations et obligation de communiquer**

[1] Les organismes d'autorégulation et la FINMA peuvent échanger tous les renseignements et documents nécessaires à l'exercice de leur tâche.

[2] Les organismes d'autorégulation signalent sans délai à la FINMA:

a. la démission de membres;

b. les décisions visant à refuser une affiliation;

c. les décisions d'exclusion ainsi que leur motif;

d. l'ouverture de procédures de sanction susceptibles d'aboutir à l'exclusion.

[3] Ils remettent à la FINMA au moins une fois par année un rapport sur l'activité qu'ils exercent dans le cadre de la présente loi et lui

communiquent une liste des décisions de sanction rendues pendant la période faisant l'objet du rapport.

[4] Ils préviennent immédiatement le bureau de communication lorsque des soupçons fondés permettent de présumer:

a. qu'une infraction au sens des art. 260$^{ter}$ ou 305$^{bis}$ CP a été commise;

b. que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305$^{bis}$, ch. 1$^{bis}$, CP;

c. que des valeurs patrimoniales sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste, ou

d. que des valeurs patrimoniales servent au financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$, al. 1, CP).

[5] Les organismes d'autorégulation sont dispensés de l'obligation d'informer au sens de l'al. 4 si un intermédiaire financier qui leur est affilié y a déjà satisfait.

# TABLE DES MATIÈRES

I. But et structure ..... 540
II. Echange d'informations entre les OAR et la FINMA en général (al. 1) ..... 540
III. Obligation d'information immédiate de l'OAR à la FINMA (al. 2) ..... 542
IV. Obligation de l'OAR de présenter des rapports périodiques à la FINMA (al. 3) .... 544
V. Obligation de communiquer des OAR au MROS (al. 4 et 5) ..... 544
1. Obligation de communiquer (al. 4) ..... 544
2. Subsidiarité (al. 5) ..... 546
Bibliographie ..... 547
Matériaux ..... 548

## I. BUT ET STRUCTURE

1 L'art. 27 LBA régit l'**échange d'informations** entre les responsables (de la surveillance) officiels et non officiels dans le cadre de la loi sur le blanchiment d'argent. Cette disposition est nécessaire pour garantir une structure de surveillance efficace, car l'entraide administrative nationale selon l'art. 29 LBA ne s'applique qu'aux autorités. Il convient de noter que les organisations de surveillance qui exploitent un OAR en réseau entrent également dans le champ d'application personnel de l'art. 27 LBA.

2 al. 1 pose le **principe** de l'échange d'informations entre la FINMA et l'OAR ainsi qu'entre les OAR eux-mêmes : « Les organismes d'autorégulation et la FINMA peuvent échanger entre eux tous les renseignements et documents nécessaires à l'accomplissement de leur tâche ».

3 al. 2 concrétise l'art. 26 al. 2 LBA en ce qui concerne les **obligations de communication immédiate des OAR** à la FINMA en cas de modification de l'effectif des membres et règle en outre d'autres événements qui déclenchent une obligation de communication immédiate à la FINMA. Ces obligations de communiquer ont été précisées en détail dans la Circulaire FINMA 2008/17 (anciennement Circulaire de l'Autorité de contrôle LBA 2006/1).

4 al. 3 impose à l'OAR une **obligation de rapport périodique** à l'égard de la FINMA, en ce sens que l'OAR doit, au moins une fois par an, « rendre compte à la FINMA de son activité dans le cadre de la présente loi » et « lui transmettre un relevé des décisions de sanction prises au cours de la période sous revue ».

5 L'al. 4 oblige l'OAR à communiquer au **Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)** les faits qu'un intermédiaire financier soumis à sa surveillance aurait dû communiquer ; l'al. 5 établit le caractère subsidiaire de cette obligation de communication, celle-ci tombant si l'intermédiaire financier a déjà fait lui-même la communication.

## II. ECHANGE D'INFORMATIONS ENTRE LES OAR ET LA FINMA EN GÉNÉRAL (AL. 1)

6 Les dispositions initialement prévues aux aArt. 19 et aArt. 27 LBA, l'obligation unilatérale de renseigner de l'OAR envers l'Autorité de contrôle a été

remplacée par le principe de l'échange d'informations lors de la révision entrée en vigueur le 1er janvier 2009. Cet échange a lieu aussi bien entre la FINMA et les OAR qu'entre les OAR eux-mêmes. Le législateur a reconnu qu'un **échange d'informations réciproque** entre tous les responsables (de la surveillance) répondait mieux aux besoins pratiques.

Le législateur crée ainsi la **base légale** nécessaire à l'échange d'informations non accessibles au public entre la FINMA et les OAR, ainsi qu'entre les OAR eux-mêmes. L'art. 27 al. 1 LBA ne complète donc pas seulement l'entraide administrative nationale selon l'art. 29 LBA pour les titulaires de fonctions (de surveillance) qui ne sont pas des autorités, mais s'adresse aussi aux obstacles juridiques qui s'opposent à la transmission ou au traitement d'informations, comme par exemple dans le droit pénal ou le droit de la protection des données. 7

La FINMA et les OAR peuvent être aussi bien des destinataires que des transmetteurs d'« informations » ou de « renseignements et documents ». L'art. 27 al. 1 LBA ne définit pas plus précisément la notion d'« informations » ou de « renseignements et documents ». Selon le point de vue défendu ici, il convient toutefois de partir d'une **définition large**, qui inclut aussi bien les renseignements oraux que les renseignements écrits ainsi que la remise de documents, de dossiers et d'autres pièces de toute nature. 8

Les restrictions ne découlent donc pas de la définition spécifique de ces termes, mais plutôt du lien nécessaire avec l'accomplissement des tâches (**principe de finalité**) : L'échange d'informations n'est autorisé que si les informations sont pertinentes dans le cas particulier pour l'accomplissement des tâches de la FINMA et de l'OAR. En raison de l'étendue des tâches et des compétences tant de l'OAR que de la FINMA, une transmission très large d'informations sera probablement autorisée. 9

L'art. 27 al. 1 LBA est conçu comme une **disposition potestative**, contrairement aux obligations d'information unilatérales de l'OAR vis-à-vis de la FINMA définies aux al. 2 et 3. Cela signifie qu'il existe un droit à l'échange d'informations, mais pas d'obligation ou d'exigence de coordination plus poussée de l'activité de surveillance. Il peut toutefois en résulter une obligation générale d'informer dans le sens où la rétention d'informations essentielles pourrait aller à l'encontre des objectifs de la surveillance des marchés financiers selon l'art. 4 LFINMA. Il faut en outre tenir compte du fait 10

que les OAR sont considérés comme des « assujettis » au sens de l'art. 3 let. a LFINMA et sont donc soumis aux obligations de remise et de communication vis-à-vis de la FINMA en vertu de l'art. 29 LFINMA. Ces obligations s'appliquent toutefois exclusivement dans les relations avec la FINMA et non dans les relations avec d'autres OAR.

## III. OBLIGATION D'INFORMATION IMMÉDIATE DE L'OAR À LA FINMA (AL. 2)

11 L'art. 27 al. 2 LBA énumère les événements qu'un OAR doit annoncer immédiatement à la FINMA : les résiliations d'affiliation (let. a), les décisions de refus d'affiliation (let. b), les décisions d'exclusion avec leur motivation (let. c) ainsi que l'ouverture de procédures de sanction pouvant aboutir à l'exclusion (let. d). Cette énumération est présentée comme exhaustive. Du point de vue du législateur, il est nécessaire que l'AUFIN soit informée sans délai des processus mentionnés à l'al. 2 afin de rester au courant des décisions et procédures importantes de l'OAR et de pouvoir intervenir à temps si nécessaire.

12 Sur la base de l'art. 26 LBA, les OAR sont tenus de tenir des listes des intermédiaires financiers affiliés ainsi que des personnes dont l'affiliation a été refusée et de les communiquer à la FINMA, y compris toutes les modifications. La circulaire FINMA 2008/17 (anciennement circulaire de l'Autorité de contrôle LBA 2006/1) concrétise cette disposition et prévoit que ces listes doivent être remises à la FINMA tous les trimestres sous forme agrégée. En outre, les modifications individuelles de l'effectif ainsi que les requérants dont la demande a été rejetée doivent être communiqués sans délai. L'art. 27 al. 2 LBA crée ainsi la **base légale** pour les obligations de communication immédiates de l'OAR à la FINMA en cas de modifications d'effectifs sous forme de démissions et d'exclusions ainsi qu'en cas de refus d'affiliation et concrétise ainsi l'obligation de transmission selon l'art. 26 al. 2 LBA.

13 En conséquence, la **résiliation** doit être communiquée immédiatement après la fin de l'affiliation, dans la mesure où l'OAR sait ou doit présumer que l'affilié qui résilie continue d'exercer une activité professionnelle. La lettre de résiliation doit être jointe à la communication. L'OAR communique à la FINMA**les décisions d'exclusion** dès que la décision de première instance a

été rendue, pour autant que l'effet suspensif d'un éventuel recours ait été retiré, ou après l'entrée en force de la décision de première instance ou du jugement du tribunal arbitral dans tous les autres cas. La communication doit être accompagnée de la motivation, s'il y en a une. **Si** l'OAR**refuse** l'affiliation d'un requérant, il le signale à la FINMA immédiatement après le prononcé de la décision de première instance et y joint les motifs, pour autant qu'il y en ait. Si l'OAR sait ou doit supposer qu'un intermédiaire financier auquel l'affiliation a été refusée agit ou a agi en violation de l'art. 11 al. 1 let. b OBA, il le signale à la FINMA dans le cadre de la communication mentionnée à la phrase précédente, en indiquant toutes les informations pertinentes dont l'OAR a connaissance.

Les modifications de portefeuille sous forme de **nouvelles admissions** doivent également être annoncées sans délai à la FINMA dans certains cas, conformément à la circulaire FINMA 2008/17. L'OAR est tenu d'informer la FINMA immédiatement après l'affiliation d'un nouvel intermédiaire financier s'il sait ou doit présumer, au vu des circonstances, que celui-ci a enfreint les obligations prévues à l'art. 11 al. 1 let. b OBA. On est en présence d'une telle infraction lorsque l'intermédiaire financier a omis de déposer une demande d'affiliation auprès d'un OAR dans les deux mois suivant le début de son activité professionnelle. Comme cette constellation n'entre pas dans le catalogue des obligations de communiquer sans délai selon l'art. 27 al. 2 LBA, la base légale à cet égard découle de l'obligation générale de renseigner et de communiquer de l'OAR à la FINMA selon l'art. 29 LFINMA. 14

L'obligation de communiquer sans délai en cas **de retrait de la demande d'affiliation** est également réglée par la circulaire FINMA 2008/17. La base légale ne se trouve pas non plus à l'art. 27 al. 2 LBA, mais à l'art. 29 LFINMA. Dans de tels cas, les motifs de retrait indiqués à l'OAR doivent être transmis à la FINMA. Si l'OAR apprend ou a des raisons de penser qu'un intermédiaire financier qui a retiré sa demande d'affiliation enfreint ou a enfreint l'art. 11 al. 1 let. b OBA, il doit le faire savoir dans le cadre d'une communication à la FINMA et indiquer toutes les informations pertinentes dont il a connaissance. 15

La circulaire FINMA 2008/17 ne contient aucune disposition relative à l'obligation d'annonce immédiate de l'OAR en cas d '**ouverture d'une procédure de sanction**, qui pourrait se solder par une exclusion ; cette obligation est toutefois expressément prévue à l'art. 27 al. 2 let. d LBA. Cette disposition n'a toutefois qu'une portée pratique limitée, puisque 16

l'intermédiaire financier reste affilié à l'OAR et soumis à sa surveillance jusqu'à la décision de sanction entrée en force et une éventuelle exclusion.

## IV. OBLIGATION DE L'OAR DE PRÉSENTER DES RAPPORTS PÉRIODIQUES À LA FINMA (AL. 3)

17 Conformément à l'art. 27 al. 3 LBA, les OAR sont tenus de transmettre à la FINMA, au moins une fois par an, un **rapport** sur leur activité dans le domaine de la loi sur le blanchiment d'argent ainsi qu'un relevé des décisions de sanction rendues durant la période sous revue. Ce rapport est un instrument permettant à la FINMA d'assumer ses obligations de surveillance à l'égard des OAR conformément à l'art. 18 al. 1 LBA et de vérifier le respect permanent des conditions de reconnaissance des OAR conformément à l'art. 24 al. 1 LBA.

18 La **structure et la forme** du rapport sont prescrites par la FINMA. Ces dernières années, les plateformes numériques de la FINMA, qui n'ont cessé de se développer, ont considérablement facilité et encouragé la transmission électronique des données. C'est pourquoi le modèle datant de l'époque de la surveillance par l'Autorité de contrôle a été remplacé par un formulaire sur la plateforme de transmission électronique de la FINMA.

19 Outre cette obligation de rapport formalisée, d'autres mesures de surveillance de la FINMA sur les OAR se sont établies dans la **pratique**: Selon la classification interne des risques des OAR par la FINMA, ceux-ci sont contrôlés une fois par an, tous les deux ou trois ans dans le cadre de contrôles sur place. En outre, des entretiens de surveillance ont lieu régulièrement avec les OAR. D'autres échanges entre la FINMA et les OAR ont lieu dans le cadre du colloque annuel sur la LBA organisé par la FINMA ainsi que dans le cadre du Forum-OAR.

## V. OBLIGATION DE COMMUNIQUER DES OAR AU MROS (AL. 4 ET 5)

### 1. Obligation de communiquer (al. 4)

20 L'OAR est également soumis à une **obligation de communiquer** au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). En vertu de l'art. 27 al. 4 LBA, il est tenu d'informer immédiatement le MROS s'il a des

raisons de soupçonner l'existence de l'un des faits suivants : une infraction au sens de l'art. 260ter ch. 1 ou 305bis CP (let. a), des valeurs patrimoniales provenant d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305bis, ch. 1bis CP (let. b), les valeurs patrimoniales sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste (let. c) ou les valeurs patrimoniales servent au financement du terrorisme (art. 260quinquies al. 1 CP) (let. d).

21 Les éléments constitutifs de l'obligation de communiquer selon l'art. 27 al. 4 LBA correspondent pour l'essentiel au **libellé de l'art. 9 al. 1 LBA**, avec toutefois quelques différences qui seront exposées ci-après. Ces différences permettent néanmoins de se référer par analogie au commentaire de l'art. 9 al. 1 LBA pour l'interprétation. Contrairement à l'art. 9 al. 1 LBA, l'OAR n'est soumis à une obligation de communiquer en vertu de l'art. 27 al. 4 LBA que s'il existe des soupçons fondés. L'obligation n'existe toutefois pas expressément lorsque l'OAR sait ou a connaissance certaine de l'existence d'une présomption. Il semble toutefois douteux que cela ait été réellement voulu ou qu'il s'agisse simplement d'une inattention du législateur, car il est difficilement imaginable que le législateur ait délibérément voulu s'écarter du concept réglementaire de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA. En outre, le soupçon pertinent pour l'obligation de communiquer se rapporte, selon l'art. 27 al. 4 let. b-d LBA, aux valeurs patrimoniales elles-mêmes et non, comme dans l'art. 9 al. 1 LBA, aux « valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ». Si l'on veut y voir une intention et non pas également une négligence législative, cela pourrait s'expliquer par le fait que les autorités de surveillance, contrairement aux intermédiaires financiers, n'ont pas d'obligation de clarification au sens de l'art. 6 LBA et qu'elles disposent donc de connaissances moins concrètes. Enfin, contrairement à une violation de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA, une infraction à l'art. 27 al. 4 LBA n'est pas sanctionnée en vertu de l'art. 37 LBA.

22 L'équivalent de l'art. 27 al. 4 LBA est l'art. 16 LBA pour les organisations de surveillance, à la différence près que les OAR ne sont pas tenus de dénoncer les infractions au sens de l'**art. 305ter al. 1 CP** commises par leurs intermédiaires financiers affiliés : Selon l'art. 305ter al. 1 CP, un intermédiaire financier est punissable s'il omet d'établir, avec toute la diligence requise par les circonstances, l'identité de l'ayant droit économique. Le législateur a justifié cette différence par le fait que les OAR, contrairement aux autorités de surveillance instituées par des lois spéciales et à la FINMA, ont un caractère

de droit privé. Toutefois, comme un OAR doit réagir de manière appropriée à de telles infractions dans le cadre de son activité de surveillance, les faits peuvent tout de même être portés à la connaissance du MROS. Cela se fait indirectement, dans la mesure où l'OAR communique la procédure de sanction selon l'art. 27 al. 2 let. d LBA à la FINMA qui, à son tour, fait une communication au MROS sur la base de l'art. 16 LBA.

23 Selon l'art. 11 al. 2 LBA, l'**exclusion de la peine et de la responsabilité** prévue à l'art. 11 al. 1 LBA s'applique expressément aussi aux OAR qui font une communication en vertu de l'art. 27 al. 4 LBA. L'art. 11 al. 1 LBA stipule que la personne qui fait une communication, si elle agit de bonne foi, « ne peut être poursuivie pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires, ni être tenue pour responsable de la violation d'un contrat ». Cette disposition garantit qu'un OAR qui respecte son obligation de communiquer en relation avec des valeurs patrimoniales suspectes conformément à l'art. 27 al. 4 LBA ne doit pas craindre de conséquences civiles ou pénales. L'art. 11 LBA clarifie ainsi le conflit entre des droits et des obligations contradictoires. Le principe juridique général sous-jacent repose sur l'évidence que le droit ne peut pas, d'une part, prescrire ou autoriser le même comportement à une personne et, d'autre part, le punir. En droit pénal, ce principe est expressément inscrit à l'article 14 du CP. Les mêmes considérations s'appliquent à l'exclusion de la responsabilité civile : une responsabilité civile pour le dépôt du signalement est donc exclue, cette exclusion intervenant déjà au niveau des faits et non pas seulement au niveau de l'examen de la faute. Ainsi, l'hypothèse de l'illicéité au sens de l'art. 41 CO ne s'applique pas.

### 2. Subsidiarité (al. 5)

24 L'obligation de communiquer de l'OAR au sens de l'art. 27 al. 4 LBA est **subsidiaire**, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique que si l'intermédiaire financier n'a pas lui-même fait de communication au MROS (art. 27 al. 5). Inversement, cela signifie que l'OAR est dispensé de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 27 al. 4 LBA si l'intermédiaire financier affilié a déjà fait une communication correspondante. En revanche, l'obligation de communiquer de l'OAR est primaire lorsque la dénonciation concerne directement l'intermédiaire financier, en se basant sur l'hypothèse qu'un intermédiaire

financier n'a pas tendance à annoncer des valeurs patrimoniales suspectes dans sa propre entreprise.

## BIBLIOGRAPHIE

Benninger Nora/Wyss David, 65. Zusammenarbeit mit anderen inländischen Behörden, S. 300 ff., in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2002.

Beuret Arnaud, Kommentierung zu Art. 16 GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

de Capitani Werner, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

Ivell Katrin, Kommentierung zu Art. 16 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Kuster Matthias, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305$^{ter}$ Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: Jusletter vom 26. Juni 2017.

Neese Martin, Kommentierung zu Art. 27 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Niggli Marcel Alexander/Göhlich Carola, Kommentierung zu Art. 14 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, Jugendstrafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

Porpiglia Gianni/Kunz Oliver M., Kommentierung zu Art. 11 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Ramelet Nicolas, Kommentierung zu Art. 27 GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

Schwob Renate/Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 39 FINMAG, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basler Kommentar,

Finanzmarktaufsichtsgesetz / Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FINMAG/FinfraG), 3. Aufl., Basel 2019.

Stadler Stephan, Die gelenkte Selbstregulierung im Bereich der Geldwäscherei, LeGes 2006/3, S. 49-58.

Vollenweider Marino/Parigi Gianluca, Kommentierung zu Art. 88 FIDLEG, in: Sethe Rolf/Bösch René/Favre Olivier/Kramer Stefan/Schott Ansgar (Hrsg.), Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, Zürich/Basel/Genf 2021.

Zufferey Jean-Baptiste, Kommentierung zu Art. 27 GwG, in: Cassani Ursula/Bovet Christian/Villard Katia (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le blanchiment d'argent, Basel 2022.

## MATÉRIAUX

Amtliche Sammlung des Bundesrechts, Nr. 11, 24.3.1998, Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG), S. 892 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/30002712.pdf?id=30002712, besucht am 23.8.2024.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1.2.2006, BBl 2006 2829, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/303/de, besucht am 23.8.2024.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Rundschreiben 2008/17 Informationsaustausch zwischen den SRO und der FINMA betreffend Anschlüsse, Ausschlüsse und Austritte von Finanzintermediären vom 20.11.2008, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2008-17.pdf?sc_lang=de&hash=71FFD4758724C36DBC692710A9C8477B, besucht am 23.8.2024.

Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV), Kontrollstelle GwG, Rundschreiben 2006/1 Informationsaustausch zwischen den SRO und der Kontrollstelle betreffend Anschlüsse, Ausschlüsse und Austritte von Finanzintermediären vom 10.4.2006, abrufbar unter https://www.finma.ch/finmaarchiv/gwg/d/dokumentationen/gesetze_und_regulierung/rundschreiben/index.php, besucht am 23.8.2024.

Forum Schweizer Selbstregulierungsorganisationen (Forum-SRO), Statuten vom 30.9.2009, abrufbar unter https://www.forum-sro.ch/_files/ugd/f269ef_75384def8a2144b9814c2d42076907d9.pdf, besucht am 23.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 28 LBA

Un commentaire de Caroline Kindler

PROPOSITION DE CITATION

Caroline Kindler, Commentaire de l'art. 28 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kindler, art. 28 LBA N. XXX

**Art. 28** Retrait de la reconnaissance

[1] La FINMA ne retire la reconnaissance d'un organisme d'autorégulation en vertu de l'art. 37 LFINMA qu'après sommation préalable.

[2] Lorsque la reconnaissance est retirée à un organisme d'autorégulation, les intermédiaires financiers qui lui sont affiliés ont deux mois pour demander leur affiliation à un autre organisme.

[3] et [4] ...

# TABLE DES MATIÈRES

I. Retrait de la reconnaissance (al. 1) ..... 553
A. Base légale ..... 553
B. Conditions prévues à l'art. 37 LFINMA : motifs de retrait ..... 553
1. Suppression des conditions d'activité ..... 553
2. Violation grave des règles prudentielles ..... 554
C. Subsidiarité ..... 555
D. Conséquences juridiques du retrait pour l'OAR ..... 556
II. Conséquences pour les intermédiaires financiers affiliés (al. 2) ..... 557
Bibliographie ..... 557
Matériaux ..... 558

# I. RETRAIT DE LA RECONNAISSANCE (AL. 1)

## A. Base légale

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFINMA le 1er janvier 2009, les conditions de retrait de la reconnaissance d'un organisme d'autorégulation (OAR) étaient exclusivement régies par l'art. 28 al. 1 LBA. Avec l'introduction de la LFINMA en tant que loi faîtière pour les différents domaines surveillés par la FINMA, les instruments de surveillance régis jusqu'alors par des lois spéciales, notamment le retrait d'autorisations, de reconnaissances ou d'agréments, ont été unifiés et harmonisés à l'art. 37 LFINMA. Depuis lors, l'art. 28 LBA ne contient plus les conditions du retrait de la reconnaissance d'un OAR, mais renvoie pour cela à l'art. 37 LFINMA à l'al. 1, tandis que l'al. 2 règle exclusivement les conséquences d'un retrait de reconnaissance pour l'intermédiaire financier assujetti. Seule l'exigence d'une menace préalable de retrait de la reconnaissance a été conservée de la version initiale de l'art. 28 al. 1 LBA. 1

## B. Conditions prévues à l'art. 37 LFINMA : motifs de retrait

La FINMA prononce le retrait de la reconnaissance au sens de l'art. 37 al. 1 LFINMA lorsque l'OAR soit (1) « ne remplit plus les conditions d'activité », soit (2) « viole gravement des dispositions du droit de la surveillance ». Les motifs de retrait de la reconnaissance sont **alternatifs**, c'est-à-dire qu'il suffit que l'OAR ne remplisse plus les conditions de reconnaissance ou qu'il ait gravement violé des dispositions du droit de la surveillance. 2

### 1. Suppression des conditions d'activité

Par conditions d'activité, on entend les **conditions de reconnaissance** d'un OAR au sens de l'art. 24 LBA : (1) l'OAR doit disposer d'un règlement au sens de l'art. 25 LBA ; (2) il doit prouver qu'il est en mesure de veiller à ce que les intermédiaires financiers affiliés respectent leurs obligations conformément aux art. 3-11a LBA ; (3) l'OAR lui-même ainsi que les personnes et les sociétés d'audit chargées du contrôle doivent offrir la garantie d'une activité commerciale ou d'une activité de contrôle irréprochable ; et (4) les sociétés d'audit et les auditeurs responsables chargés du contrôle par l'OAR doivent remplir les conditions de l'art. 24a LBA. 3

4 Ces conditions de reconnaissance de l'ancrage doivent être **respectées** non seulement au moment de la reconnaissance, mais aussi **en permanence**. Si, par exemple, un OAR refuse d'adapter son règlement initialement approuvé dans le cadre de la reconnaissance aux prescriptions adaptées de la FINMA (OBA-FINMA), les conditions de la reconnaissance ne sont plus remplies. Si certaines conditions n'étaient pas remplies au moment de l'octroi de la reconnaissance et que l'acte administratif de reconnaissance était donc vicié dès le départ, l'octroi de la reconnaissance ne permet pas de remédier ultérieurement à ce vice. Dans un tel cas, la reconnaissance initialement accordée peut être retirée à tout moment.

5 En outre, les conditions de reconnaissance doivent être remplies **de manière cumulative**, de sorte que la suppression d'une seule condition suffirait en principe à remettre en cause la reconnaissance. Selon la doctrine, il doit toutefois s'agir d'une condition essentielle ; la suppression d'une condition subordonnée peut être corrigée d'une autre manière du point de vue du droit de la surveillance.

### 2. Violation grave des règles prudentielles

6 Comme alternative à la suppression des conditions de reconnaissance, une violation grave des dispositions du droit de la surveillance peut également justifier le retrait de la reconnaissance. A cet égard, il convient de partir d'une **définition large** des dispositions prudentielles, qui englobe, outre la LFINMA et les ordonnances y afférentes, la LBA ainsi que les ordonnances et circulaires édictées par la FINMA.

7 La « **gravité** » d'une violation des dispositions prudentielles est une notion juridique indéterminée, pour l'interprétation de laquelle la FINMA dispose d'une certaine marge d'appréciation technique. Il découle du principe de proportionnalité que les exigences pour qualifier une violation de « grave » sont d'autant plus élevées que la mesure ordonnée est grave. Comme le retrait de la reconnaissance selon l'art. 37 LFINMA constitue l'*ultima ratio* en matière de surveillance, la décision dépend en grande partie de la gravité de la violation et de l'importance de la disposition violée : Une violation légère d'une disposition essentielle ne justifie pas plus le retrait qu'une violation grave d'une obligation subordonnée. La gravité de la violation doit toujours être évaluée au cas par cas, en tenant compte des circonstances concrètes.

## C. Subsidiarité

L'art. 28 al. 1 LBA prescrit que le retrait de la reconnaissance au sens de l'art. 37 LFINMA « ne peut avoir lieu sans menace préalable ». Cette menace préalable obligatoire de retrait de la reconnaissance va au-delà de la formulation de l'art. 37 LFINMA. On peut se demander si cette condition supplémentaire, et donc l'art. 28 al. 1 LBA dans son ensemble, a une signification autonome, car, comme nous le verrons ci-après, la **subsidiarité du retrait de la reconnaissance** découle déjà de l'art. 31 LFINMA ainsi que des principes fondamentaux du droit administratif qui doivent être respectés en cas de retrait de la reconnaissance. Parmi ces principes fondamentaux figure notamment le principe de proportionnalité ancré dans la Constitution (art. 5 al. 2 Cst.), qui garantit que les interventions de l'Etat ne sont autorisées que si elles sont appropriées, nécessaires et proportionnées au sens strict. 8

Le législateur considère le retrait de la reconnaissance selon l'art. 37 LFINMA comme l'*ultima ratio* du système de surveillance. En vertu du **principe de proportionnalité**, celui-ci ne peut être ordonné que s'il n'existe pas de mesure moins contraignante appropriée. Le contrôle de proportionnalité exige donc que le retrait de la reconnaissance ne soit justifié que s'il apparaît comme approprié, nécessaire et proportionné au regard de l'objectif poursuivi. Cela signifie qu'une mesure moins sévère, tout aussi apte à préserver les intérêts publics, doit prévaloir. Le retrait de la reconnaissance étant la mesure la plus grave du système de surveillance, la FINMA doit d'abord prendre les décisions nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités en intervenant sur le plan prudentiel conformément à l'art. 31 LFINMA. La menace préalable du retrait devrait être assortie d'une invitation à remédier à l'état non conforme à la loi, la menace impliquant également un délai approprié pour rétablir l'état conforme à la loi conformément à l'art. 31 LFINMA. Une mesure possible pourrait par exemple consister à exiger d'une personne morale dont les organes ont enfreint des exigences légales ou des dispositions du droit de la surveillance la révocation des organes responsables. 9

Du point de vue du droit administratif, le retrait de la reconnaissance doit être compris comme la **révocation** d'une autorisation (de police) initialement délivrée, au sens **d'une décision selon l'art. 5 PA** . Cette révocation constitue à son tour une nouvelle décision soumise aux exigences d'une procédure administrative correcte. La procédure de retrait de l'autorisation 10

est alors régie par les dispositions de la PA. Outre les principes formels de la procédure, tels qu'ils sont définis aux art. 7 ss. PA, les principes fondamentaux du droit administratif doivent notamment être respectés, dont le principe de proportionnalité, l'interdiction de l'arbitraire et le droit d'être entendu.

11 Lors de la révocation d'une décision, il convient de procéder à une **pesée des intérêts** lorsqu'il n'existe pas de disposition légale claire ou qu'il existe une marge d'interprétation. Dans ce contexte, l'intérêt à l'application correcte du droit objectif et l'intérêt à la sécurité juridique ou à la protection de la confiance doivent être mis en balance. Dans des cas tels que le retrait de la reconnaissance d'un OAR, il y a d'un côté les intérêts publics de la protection du marché financier, par exemple la garantie de l'intégrité du marché. De l'autre côté, il y a les intérêts privés de l'OAR, dont l'activité est totalement interrompue sans reconnaissance. Alors que le contrôle de proportionnalité examine l'adéquation et la nécessité de la mesure, la pesée des intérêts garantit que l'intérêt public pèse plus lourd que l'intérêt privé et que des mesures moins sévères ne seraient pas suffisantes. Toute décision doit donc être fondée sur une évaluation minutieuse des circonstances concrètes.

## D. Conséquences juridiques du retrait pour l'OAR

12 En vertu de l'art. 37 al. 2 LFINMA, le retrait de la reconnaissance prive l'OAR du droit de poursuivre son activité conformément à l'art. 24 LBA. Pour les autres conséquences du retrait, l'art. 37 al. 2 LFINMA renvoie aux lois sur les marchés financiers correspondantes, qui s'appliquent dans le cas concret. Il convient de noter que l'art. 28 LBA ne prévoit pas de conséquences juridiques supplémentaires en cas de retrait de la reconnaissance, contrairement à d'autres lois sur les marchés financiers qui exigent en règle générale la dissolution de l'entreprise autorisée. Même si le but de l'association comprend exclusivement l'exercice de l'activité d'OAR, l'impossibilité de remplir ce but ne constitue pas un motif impératif de dissolution. Les membres de l'OAR restent donc liés par leur affiliation tant que l'association continue d'exister. Ils sont toutefois libres de se retirer de l'association ou de décider de sa dissolution lors d'une assemblée générale extraordinaire éventuellement convoquée. La situation est différente pour les OAR qui ne sont pas des personnes morales à part entière, mais qui font partie d'une association sectorielle. Dans de tels cas, l'association professionnelle continue d'exister, mais n'exploite plus d'OAR.

## II. CONSÉQUENCES POUR LES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS AFFILIÉS (AL. 2)

L'art. 28 al. 2 LBA prescrit que tous les intermédiaires financiers doivent déposer une **demande d'affiliation auprès d'un autre OAR** dans un délai de deux mois si la reconnaissance de leur OAR actuel a été retirée. 13

Avec l'entrée en vigueur de la LEFin le 1er janvier 2020, la possibilité de choisir entre une surveillance directe de la FINMA et l'affiliation à un OAR a disparu. Dans ce contexte, le législateur a simplement prévu que les intermédiaires financiers dont la reconnaissance de l'OAR a été retirée doivent s'affilier à un autre OAR. Les questions pratiques qui découlent de la fin de l'activité d'un OAR - notamment le traitement de la lacune de surveillance entre le moment du retrait de la reconnaissance et l'affiliation des intermédiaires financiers à un nouvel OAR - ne sont toutefois pas réglées par la loi. 14

## BIBLIOGRAPHIE

Arpagaus Reto, Kommentierung zu Art. 23$^{quinquies}$ BankG, in: Zobl Dieter/Schwob Renate/Winzeler Christoph/Kaufmann Christine/Weber Rolf H./Kramer Stefan (Hrsg.), Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2015 (zit.: B/K/L-Arpagaus)

de Capitani Werner, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

Neese Martin, Kommentierung zu Art. 28 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Poledna Tomas, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994.

Poledna Tomas/Jermini Davide, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Bauer Thomas/Winzeler Christoph (Hrsg.), Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013.

Ramelet Nicolas, Kommentierung zu Art. 28 GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern/Zürich 2017.

Roth Pellanda Katja/Kopp Lara, Kommentierung zu Art. 37 FINMAG, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 25 GwG, in: Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Geldwäschereigesetz, 3. Aufl., Zürich 2019.

Zulauf Urs/Wyss David/Tanner Kathrin/Kähr Michel/Fritsche Claudia M./Eymann Patric/Ammann Fritz, Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022 (zit.: Zulauf et al.).

## MATÉRIAUX

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13.5.1970, BBl 1970 1144, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1970/1_1144__/de, besucht am 23.8.2024.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1.2.2006, BBl 2006 2829, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/303/de, besucht am 23.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 29 LBA

Un commentaire de Tina Triller

PROPOSITION DE CITATION

Tina Triller, Commentaire de l'art. 29 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Triller, art. 29 LBA N. XXX

**Chapitre 4 Entraide administrative**

**Section 1 Collaboration entre les autorités suisses**

**Art. 29 Échange d'informations entre les autorités**

[1] La FINMA, la CFMJ, l'autorité intercantonale, le bureau central et le bureau de communication peuvent échanger tous les renseignements nécessaires à l'application de la présente loi.

[2] Si le bureau de communication ou les offices centraux de police criminelle de la Confédération en font la demande, les autorités fédérales, cantonales et communales leur transmettent toutes les données dont ils ont besoin pour effectuer les analyses en relation avec la lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment d'argent, la criminalité organisée ou le financement du terrorisme. Ces données comprennent notamment des informations

financières ainsi que d'autres données sensibles collectées dans des procédures pénales, pénales administratives ou administratives, y compris dans des procédures pendantes.

[2bis] Le bureau de communication peut, au cas par cas, donner des renseignements aux autorités visées à l'al. 2, pour autant qu'ils soient utilisés exclusivement aux fins de la lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment d'argent, la criminalité organisée ou le financement du terrorisme. L'art. 30, al. 2 à 5, est applicable par analogie.

[2ter] Le bureau de communication ne peut transmettre aux autorités visées aux al. 1 et 2 des informations provenant d'un homologue étranger qu'aux fins mentionnées à l'al. 2[bis] et avec l'autorisation expresse de ce dernier.

[3] Le bureau de communication informe la FINMA, la CFMJ, l'autorité intercantonale et le bureau central des décisions rendues par les autorités cantonales de poursuite pénale.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction ..... 562
II. Conditions de l'entraide administrative nationale selon l'art. 29 al. 1 LBA ..... 563
A. Définition des autorités selon l'art. 29 al. 1 LBA ..... 563
B. «Disposition potestative» ..... 564
C. La limitation de l'échange d'informations à des fins spécifiques ..... 564
D. Contenu de l'échange d'informations ..... 564
E. Forme et nature des renseignements ..... 565
III. Conditions de l'entraide administrative nationale selon l'art. 29 al. 2 LBA ..... 566
A. Autorités concernées ..... 566
B. Obligation de divulgation sur demande ..... 566
C. Contenu de l'échange d'informations ..... 566
IV. Conditions de l'entraide administrative nationale selon l'art. 29 al. 2bis de la LBA ..... 567
A. Définition des autorités selon l'art. 29, al. 2 LBA ..... 567
B. «Disposition potestative» ..... 568
C. La limitation de l'échange d'informations à des fins spécifiques ..... 569
D. Restrictions selon l'art. 30 al. 2 à 5 LBA ..... 570
1. Contenu de l'échange d'informations selon l'art. 30 al. 2 LBA ..... 570
2. Forme selon l'art. 30 al. 3 LBA ..... 571
3. Conditions de transmission d'informations à des autorités tierces selon l'art. 30 al. 4 et 5 LBA ..... 572
V. Informations provenant de bureaux de communication étrangers selon l'art. 29 al. 2ter de la LBA ..... 573
VI. Information des autorités de surveillance conformément à l'art. 29 al. 3 LBA ..... 574
Bibliographie ..... 575
Matériaux ..... 575

# I. INTRODUCTION

1 L'échange d'informations entre les autorités nationales et le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) est régi par la première section du quatrième chapitre de la loi sur le blanchiment d'argent. Le MROS est au cœur de ces dispositions relatives à l'entraide administrative.

2 Le mandat légal du MROS peut être divisé en trois grands domaines de responsabilité : Renseignement (analyse des déclarations de soupçon et transmission aux autorités de poursuite pénale), prévention (analyse stratégique, identification des risques, méthodes et tendances, sensibilisation) et coopération (entraide administrative).

3 La coopération, c'est-à-dire l'échange d'informations financières, est d'une importance capitale et constitue la pierre angulaire des efforts internationaux de lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et les infractions préalables qui y sont liées. Le MROS agit comme **la cheville ouvrière** de ce système. Grâce à cette fonction, il peut contribuer de manière substantielle à la transmission d'une image globale dans des situations où les informations ne sont disponibles que de manière fragmentaire, et transmettre les informations (consolidées) aux autorités.

4 L'objectif de l'entraide administrative nationale doit être d'assurer un **flux d'informations efficace**, de coordonner les enquêtes, d'accroître la transparence et de soutenir les poursuites pénales. Il s'agit d'un élément central pour protéger l'intégrité de la place financière et du système financier et lutter efficacement contre les activités illégales. Le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ne peuvent être combattus que si les informations peuvent être transmises rapidement et dans leur intégralité. Pour accomplir efficacement cette tâche, le MROS a besoin de dispositions d'assistance administrative appropriées qui réduisent au maximum les obstacles à l'échange d'informations. Dans ce contexte, il convient également de rationaliser la charge administrative liée à la transmission d'informations, qui a en fin de compte une influence significative sur les ressources en personnel, dans la mesure où les exigences nationales et internationales le permettent.

5 L'échange d'informations entre les autorités de poursuite pénale et le bureau de communication conformément aux dispositions relatives à l'entraide

administrative (art. 29, al. 2$^{bis,}$ LBA) doit être **distingué de** la dénonciation aux autorités de poursuite pénale conformément à l'art. 23, al. 4, LBA. Si, sur la base de son analyse, le bureau de communication parvient à la conclusion qu'il existe un soupçon de blanchiment d'argent, de ses infractions préalables, de criminalité organisée, de financement du terrorisme ou de défaut de vigilance en matière d'opérations financières, il est tenu, conformément à l'art. 23 al. 4 LBA, de déposer une plainte auprès de l'autorité de poursuite pénale compétente. Contrairement à une plainte, l'échange d'informations au sens de l'art. 29 al. 2$^{bis\ de}$ la LBA est soumis aux restrictions d'utilisation prévues par l'art. 29 al. 2$^{bis\ de}$ la LBA en relation avec art. 30 al. 2-5 LBA, qui définissent d'une part le contenu et la forme de la transmission des informations, mais prévoient également des restrictions quant à l'utilisation et à la transmission de ces informations (cf. à ce sujet OK-Triller, art. 29 LBA, N. 34 ci-dessous). La distinction entre une dénonciation au sens de l'art. 23 al. 4 LBA et un échange d'informations dans le cadre de l'entraide administrative est donc d'une importance capitale lorsqu'il s'agit de savoir si les autorités de poursuite pénale peuvent utiliser les informations reçues.

## II. CONDITIONS DE L'ENTRAIDE ADMINISTRATIVE NATIONALE SELON L'ART. 29 AL. 1 LBA

L'art. 29 al. 1 LBA régit l'entraide administrative nationale entre le MROS et **les autorités de surveillance**. Les autorités mentionnées dans la loi peuvent se communiquer toutes les informations dont elles ont besoin pour l'application de la LBA. 6

### A. Définition des autorités selon l'art. 29 al. 1 LBA

La formulation de l'art. 29 al. 1 LBA inclut l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ), l'autorité intercantonale (autorité intercantonale de surveillance et d'exécution selon l'art. 105 de la loi sur les jeux d'argent), l'office central (pour le contrôle des métaux précieux) ainsi que le MROS, cette liste étant **exhaustive.** 7

L'art. 29b LBA constitue une base légale distincte pour l'échange d'informations avec les organismes d'autorégulation et de surveillance. Le 8

contenu de la réglementation est pratiquement identique à celui de l'art. 29 al. 1 LBA.

## B. «Disposition potestative»

9 L'art. 29 al. 1 LBA est une «**disposition potestative**». La décision d'accorder l'entraide administrative est donc laissée à l'appréciation des autorités de surveillance et du MROS.

10 Selon la pratique du MROS, l'entraide administrative est la **règle générale**. Le MROS ne refuse l'entraide administrative que dans des cas exceptionnels justifiés ou si les conditions de l'art. 29 al. 1 LBA ne sont pas remplies.

## C. La limitation de l'échange d'informations à des fins spécifiques

11 L'échange d'informations entre le MROS et les autorités de surveillance est limité à «l'**application de la loi sur le blanchiment d'argent**». Cette limitation précise les informations que les autorités peuvent échanger entre elles.

12 L'article de la LBA relatif à l'objet de la loi stipule que celle-ci régit la lutte contre le blanchiment d'argent, la lutte contre le financement du terrorisme et la garantie de la diligence requise dans les opérations financières. Ce dernier point couvre également les obligations de diligence des intermédiaires financiers, les obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent et l'obligation de fournir des informations. Ainsi, conformément à l'art. 29 al. 1 LBA, les informations qui donnent des indications sur une infraction **au droit de la surveillance** en matière de blanchiment d'argent (violation des obligations de diligence, violation de l'obligation de communiquer, etc.) peuvent faire l'objet d'un échange avec les autorités. En revanche, l'art. 29 al. 1 LBA ne constitue pas une base légale pour la transmission d'informations qui concernent par exemple exclusivement une autre loi spéciale (sur les marchés financiers) et qui n'ont donc aucun rapport avec l'application de la loi sur le blanchiment d'argent.

## D. Contenu de l'échange d'informations

13 Les autorités de surveillance et le MROS peuvent se fournir mutuellement « **tous les renseignements** » nécessaires à l'application de la LBA. Cela comprend toutes les informations contenues dans le système d'information

interne goAML ainsi que les autres informations dont dispose le MROS. Ces informations peuvent inclure des données personnelles, des données personnelles sensibles et des informations financières. Cela comprend, par exemple, des informations sur : la date de réception de la déclaration, le contenu de la déclaration de soupçon (transactions), le partenaire contractuel, les ayants droit économiques, la date de transmission à l'autorité de poursuite pénale.

En cas de demande d'assistance administrative, les renseignements doivent se limiter à l'**objet de la demande** (principe du besoin d'en connaître / proportionnalité). Aucune information supplémentaire ne doit être fournie. Cependant, le MROS peut, sur demande, fournir des renseignements spontanés si les conditions sont réunies. 14

## E. Forme et nature des renseignements

Les autorités mentionnées à l'art. 29 al. 1 LBA peuvent se fournir mutuellement tous les « renseignements » dont elles ont besoin pour appliquer la loi. Toutefois, le libellé de la loi ne précise pas si les renseignements comprennent l'échange de documents ou seulement des résumés. 15

La transmission de «documents» a été supprimée du texte de l'art. 29 al. 1 LBA lors de la révision de la loi sur le blanchiment d'argent le 1er janvier 2023. Cela signifie qu'aucun document (original) ne peut être échangé. La raison invoquée est que le MROS, en tant qu'autorité administrative, produit des «renseignements financiers» et ne peut donc pas échanger de documents susceptibles d'être utilisés dans le cadre d'une procédure administrative ou pénale. 16

Cette argumentation doit être remise en question d'un point de vue actuel. Il est incontestable que les autorités mentionnées à l'art. 29 al. 1 LBA peuvent se fournir mutuellement toutes les informations dont elles ont besoin pour appliquer la LBA. De même, il n'existe aucune restriction concernant les informations nationales, qui ne peuvent pas être incluses dans les dossiers de procédure. Le fait qu'aucun document (original) ne soit échangé implique que les informations doivent être transmises sous forme de **rapports.** Cela entraîne une charge de travail administrative et un investissement en temps considérables pour toutes les autorités concernées. 17

18 L'échange d'informations peut se faire oralement, par voie électronique ou sur papier. Par conséquent, la décision sur le **mode de** communication des informations est laissée au MROS et aux différentes autorités de surveillance, bien qu'un échange écrit soit préférable (notamment pour des raisons de traçabilité et de respect du secret professionnel).

## III. CONDITIONS DE L'ENTRAIDE ADMINISTRATIVE NATIONALE SELON L'ART. 29 AL. 2 LBA

19 L'art. 29 al. 2 LBA régit la transmission d'informations par des autorités tierces au bureau de communication. Sur demande, le bureau de communication peut obtenir des autorités fédérales, cantonales et communales toutes les données nécessaires à l'analyse en vue de lutter contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé ou le financement du terrorisme.

### A. Autorités concernées

20 L'art. 29 al. 2 LBA s'applique à toutes les autorités de la Confédération, des cantons et des communes qui disposent d'informations pertinentes pouvant être utiles aux analyses du bureau de communication ou des offices centraux de police criminelle de la Confédération. Selon le message, cela inclut également les autorités fiscales, les autorités douanières, les offices du registre foncier et les contrôles des habitants.

### B. Obligation de divulgation sur demande

21 Si les conditions de l'art. 29 al. 2 LBA sont remplies, les autorités transmettent au MROS et aux offices centraux de police criminelle de la Confédération, à leur demande, les informations, à condition que les lois spéciales applicables par les autorités requises ne prévoient pas d'autres restrictions s'opposant à la divulgation.

### C. Contenu de l'échange d'informations

22 Le MROS peut en principe exiger des autorités **toutes les informations** dont il a besoin pour ses activités d'analyse opérationnelle (lutte contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme). Cela comprend notamment les informations

financières ainsi que d'autres données personnelles sensibles obtenues dans le cadre de procédures pénales, administratives et administratives pénales, y compris celles provenant de procédures en cours. L'art. 7 OBCBA précise le contenu des informations.

## IV. CONDITIONS DE L'ENTRAIDE ADMINISTRATIVE NATIONALE SELON L'ART. 29 AL. 2BIS DE LA LBA

L'art. 29 al. 2bis de la LBA régit, en contrepartie de l'al. 2, la transmission d'informations par le MROS à des autorités tierces. La norme légale pose des difficultés d'application, notamment en raison de sa **complexité normative**. 23

### A. Définition des autorités selon l'art. 29, al. 2 LBA

L'art. 29, al. 2bis, LBA renvoie à l'al. 2 de la disposition susmentionnée pour déterminer les « **autorités publiques** » auxquelles le MROS peut fournir une assistance administrative. Il s'agit des autorités fédérales, cantonales et communales. Cependant, le champ d'application est limité, en vertu de l'art. 29, al. 2bis, LBA, aux autorités qui luttent contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé ou le financement du terrorisme. 24

Les **autorités de poursuite pénale** sont également incluses dans le champ d'application. Cela s'applique en particulier aux informations spontanées ou aux demandes d'assistance administrative sans notification formelle préalable par le MROS conformément à l'art. 23 al. 4 LBA. Si une plainte a été déposée, il convient de vérifier si de nouvelles informations peuvent être transmises pour compléter la plainte. Si ce n'est pas le cas, la seule solution est de recourir à l'entraide administrative. Les conditions d'échange d'informations sont les mêmes que pour les autres autorités. Par conséquent, les autorités de poursuite pénale ne reçoivent les informations que sous forme de rapport et celles-ci sont soumises à des restrictions d'utilisation (art. 29 al. 2bis de la LBA en relation avec l'art. 30 al. 2-5 de la LBA). 25

Pour déterminer quelles autorités sont actives dans la lutte contre le blanchiment d'argent, il faut d'abord définir ce qui relève de la notion de blanchiment d'argent. La LBA ne donne aucune définition à cet égard. 26

Le **blanchiment d'argent** au sens de l'art. 305bis, ch. 1, CP décrit un acte qui rend généralement difficile l'identification de l'origine, la découverte ou la 27

confiscation de valeurs patrimoniales. Cela couvre un large éventail d'actes, allant de la simple dissimulation à l'omission de l'obligation de déclaration au MROS. Cela permet l'échange d'informations avec les autorités qui luttent contre de tels comportements et contribuent ainsi à empêcher que les biens acquis de manière délictueuse ne puissent être confisqués. L'infraction de blanchiment d'argent est une infraction consécutive et nécessite une **infraction préalable**, c'est-à-dire une infraction en amont. Les infractions préalables sont des crimes au sens de l'art. 10 al. 2 CP ou des délits fiscaux qualifiés. Sont considérés comme tels les infractions pénales de la partie spéciale du CP ainsi que du droit pénal accessoire, pour lesquelles la peine encourue est une peine privative de liberté de plus de trois ans. Si une autorité est compétente pour poursuivre des crimes, le MROS peut en principe lui apporter son aide.

28 En outre, la LBA ne définit pas les termes «criminalité organisée» et «financement du terrorisme». La **criminalité organisée** n'est pas explicitement couverte par l'objet de la LBA. L'art. 29 al. 2 LBA stipule toutefois expressément qu'un échange d'informations est également possible avec les autorités qui utilisent les informations pour lutter contre la criminalité organisée. Par analogie, on peut donc se référer à l'infraction pénale correspondante d'organisation criminelle et terroriste selon l'art. 260$^{ter}$ $^{du}$ CP.

29 Est punissable pour **financement du terrorisme** (art. 260 $^{quinquies}$, al. 1 CP) quiconque finance un crime violent visant à intimider la population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, recueille ou met à disposition des valeurs patrimoniales. Le financement du terrorisme n'exige toutefois pas d'infraction préalable. En outre, il n'existe pas de définition uniforme du «terrorisme».

## B. «Disposition potestative»

30 Comme pour l'art. 29, al. 1 LBA, l'art. 29, al. 2$^{bis\ de}$ la LBA est une «disposition potestative», complétée par l'expression «au cas par cas». Cela signifie qu'**aucun échange automatique de données** ne peut avoir lieu entre le MROS et les autres autorités de la communauté. Le bureau de communication doit toujours procéder à une évaluation de la proportionnalité et décider, au vu de la situation concrète, s'il apparaît juridiquement admissible, approprié et proportionné de partager des informations avec

d'autres autorités. Le MROS peut notamment décider, au stade de l'analyse, de ne pas encore fournir d'informations tant qu'il n'est pas établi si elles seront transmises
ou non aux autorités de poursuite pénale. Cela permet d'éviter une **action préventive** et surtout de contourner l'art. 30 al. 5 LBA.

## C. La limitation de l'échange d'informations à des fins spécifiques

Le bureau de communication peut fournir des renseignements aux autorités susmentionnées à condition que celles-ci utilisent les informations exclusivement pour lutter contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme. L'assistance administrative de la part du MROS n'est donc autorisée que dans la mesure où l'autorité requérante démontre ou s'il apparaît clairement, sur la base du domaine de compétence de l'autorité tel que défini par la loi, que celle-ci utilise les informations aux fins susmentionnées. Conformément à l'art. 29 al. 2 LBA, le MROS ne met les informations à la disposition des autorités qu'à la condition que celles-ci « utilisent » les informations dans le domaine d'application susmentionné. Cette restriction reflète à son tour le **principe de finalité ou de spécialité**. 31

Par conséquent, l'usage prévu doit être vérifié pour chaque demande d'assistance administrative ou pour chaque information spontanée. Dans le cas d'un échange d'informations sur demande, la **justification fournie** par l'autorité requérante est particulièrement déterminante. Il incombe à l'autorité requérante d'expliquer l'usage qu'elle compte faire des informations. En règle générale, il faut déjà, dans un premier temps, évaluer avec l'autorité concernée si elle est active dans les domaines spécifiques à la LBA pour déterminer si l'échange d'informations est admissible. Pour l'évaluation, on peut notamment se référer aux descriptions des compétences dans les bases juridiques de l'autorité concernée ou aux dispositions pénales des normes pertinentes. Conformément au sens et à l'objectif de l'échange d'informations, à savoir la promotion d'une procédure en aval, le principe de finalité ou de spécialité doit être interprété au sens large dans le cadre donné. 32

En résumé, il en résulte que le MROS doit respecter le principe de finalité ou de spécialité lors de l'échange d'informations, mais qu'**aucune identité absolue de finalité** ne peut être exigée dans le cadre de l'assistance administrative. Cela laisse au MROS une certaine marge de manœuvre, dont il 33

doit faire usage. L'entraide administrative doit être accordée aux autorités qui luttent contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme, et qui utilisent les informations également à ces fins.

## D. Restrictions selon l'art. 30 al. 2 à 5 LBA

34 L'entraide administrative nationale ne peut être accordée, conformément au renvoi de l'art. 29, al. 2$^{bis,}$ LBA, que si l'art. 30, al. 2 à 5, LBA est respecté par analogie. Cela garantit que les autorités nationales sont **traitées de la même manière** que les autorités étrangères qui reçoivent des informations via le canal FIU en ce qui concerne l'échange d'informations avec le MROS.

35 L'art. 30, al. 2 LBA définit le contenu des informations et l'al. 3 la forme de l'échange d'informations. Les al. 4 et 5 de l'art. 30 LBA régissent les conditions dans lesquelles les CRF étrangères peuvent transmettre à des autorités tierces des informations qu'elles ont reçues du MROS. En appliquant cette disposition par analogie à l'entraide administrative nationale, on peut y voir les restrictions que le MROS doit respecter ou garantir aussi bien lors de la transmission d'informations de CRF étrangères à des autorités nationales (contrepartie de l'art. 29 al. 2$^{ter}$ de la LBA) que dans le cas de la transmission prévue du destinataire de l'information à une autorité tierce nationale (relation tripartite).

### 1. Contenu de l'échange d'informations selon l'art. 30 al. 2 LBA

36 Outre des informations financières, l'échange d'informations peut également inclure d'autres données personnelles particulièrement sensibles. Le bureau de communication peut notamment obtenir des informations sur le nom de l'intermédiaire financier ou du négociant (dans la mesure où l'anonymat de la personne [physique] concernée est préservé), qui a fait une déclaration ou qui s'est acquitté d'une obligation d'information conformément à la LBA (let. a) ; au titulaire du compte, aux numéros de compte et aux soldes de compte (let. b) ; à l'ayant droit économique (let. c) ; ainsi qu'aux transactions (let. d).

37 Le texte de l'art. 29 al. 2$^{bis}$ de la LBA ne fait pas référence à l'art. 30 al. 1 de la LBA, qui consacre le **principe de disponibilité**. Celui-ci stipule que les CRF étrangères peuvent échanger des données qui sont directement ou indirectement disponibles auprès du MROS. Dans ce cas, l'échange

d'informations s'étend également aux données que le MROS peut obtenir auprès de propriétaires de données publics ou privés sur la base des dispositions légales. En réponse à une demande d'assistance administrative d'une CRF étrangère, une analyse approfondie est effectuée, qui comprend notamment des recherches dans les bases de données du système de police.

En l'absence de référence correspondante, seules les informations qui sont **directement disponibles** auprès du MROS doivent être mises à disposition dans le cadre de l'entraide administrative nationale. Les informations contenues dans le système d'information «goAML» sont considérées comme directement disponibles. Par conséquent, si une autorité présente une demande d'entraide administrative, seul «goAML» est consulté. Les informations qui y figurent proviennent notamment de communications de soupçons, de demandes d'entraide administrative et judiciaire (y compris l'entraide administrative internationale) ou encore de communications d'autorités pénales au sens de l'art. 29a LBA. Si cette recherche ne donne aucun résultat pertinent pour la demande d'entraide administrative concrètement justifiée, celle-ci reçoit une réponse négative. En revanche, il n'y a pas d'analyse à proprement parler, comme c'est le cas dans le cadre de la coopération avec les bureaux de communication étrangers. 38

En outre, il n'est pas permis de demander la transmission d'informations en vertu de l'art. 11a LBA sur la base d'informations provenant d'une demande d'entraide administrative nationale. Une telle demande n'est possible que si une déclaration de soupçon a déjà été reçue et que la demande est basée sur cette déclaration ou s'il ressort de l'analyse des informations d'une CRF étrangère qu'un intermédiaire financier soumis à la loi est ou a été impliqué dans une transaction ou une relation d'affaires en rapport avec cette information. 39

## 2. Forme selon l'art. 30 al. 3 LBA

L'application par analogie de l'art. 30 al. 3 LBA à l'entraide administrative nationale détermine la forme de l'échange d'informations. Le bureau de communication fournit ses renseignements aux autorités nationales selon l'art. 29 al. 2$^{bis}$ de la LBA sous «**forme de rapport**», comme c'est déjà le cas dans les relations avec les bureaux de communication étrangers. Cela vaut aussi bien pour l'entraide administrative sur demande que pour l'information 40

spontanée. La transmission de documents à l'autorité requérante n'est pas autorisée.

### 3. Conditions de transmission d'informations à des autorités tierces selon l'art. 30 al. 4 et 5 LBA

41 La référence à l'art. 29, al. 2$^{bis,}$ LBA, qui prévoit l'application par analogie de l'art. 30, al. 4 et 5, LBA, signifie que la transmission d'informations par les autorités suisses à d'autres unités administratives (autorités tierces) nécessite l'accord préalable exprès du MROS (al. 4). Si une procédure pénale est déjà en cours, le MROS doit également obtenir l'autorisation de l'autorité de poursuite pénale compétente avant de donner son consentement à la transmission (al. 5). Il convient de noter que l'application par analogie de l'art. 30 al. 4 et al. 5 LBA en matière d'entraide administrative nationale concerne principalement les cas où le destinataire des informations du MROS a l'intention de mettre ces **informations à la disposition d'une autorité tierce**. L'objectif principal de cette autorisation de dissémination à une autorité tierce est de garantir le contrôle de la transmission (notamment le respect de la finalité) (cf. art. 30 al. 4 LBA) et de ne pas compromettre les enquêtes pénales (cf. art. 30 al. 5 LBA).

42 En revanche, si le MROS transmet des informations dont il dispose et qui ne proviennent pas d'une CRF étrangère, il **n'est pas** tenu d'obtenir **l'accord préalable** de l'autorité nationale pour la diffusion de ces informations. Une exception est prévue si l'autorité dont proviennent les informations prévoit également des restrictions d'utilisation.

43 L'application par analogie de l'art. 30 al. 4 LBA stipule que le MROS ne peut autoriser la transmission d'informations à une autorité tierce que si celle-ci utilise les informations exclusivement (1.) à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et ses infractions préalables, la criminalité organisée ou le financement du terrorisme, ou (2.) pour l'ouverture d'une procédure pénale pour blanchiment d'argent et ses infractions préalables, la criminalité organisée ou le financement du terrorisme, ou pour étayer une demande d'entraide judiciaire dans le cadre d'une telle procédure pénale (let. a) ; qu'il n'utilise pas les informations comme preuves (let. c) et qu'il respecte le secret professionnel ou le secret de fonction (let. d). Un examen de la double incrimination au sens de la let. b n'est pas nécessaire

dans le cadre de l'entraide administrative nationale, car l'application du droit se réfère à la même juridiction.

Il convient de noter que la transmission d'informations par une autorité nationale à une autorité tierce est soumise à des **conditions plus restrictives** que l'entraide administrative directe du MROS à une autorité au sens de l'art. 29 al. 2$^{bis}$ de la LBA. Cela vaut en particulier pour l'utilisation des informations comme moyen de preuve. 44

Une autre condition de l'art. 29 al. 2$^{bis}$ en relation avec l'art. 30 al. 5 LBA est l'autorisation préalable du ministère public compétent, dans la mesure où la demande de transmission à une autorité tierce concerne des faits faisant l'objet d'une procédure pénale. S'il ressort de la consultation de la base de données qu'une procédure est en cours, il convient de contacter le parquet compétent. Si le parquet en charge de la procédure refuse de donner son accord pour la transmission d'informations, la condition préalable à la diffusion n'est pas remplie, et la transmission des informations à l'autorité (tierce) doit donc être suspendue. Cette procédure permet d'éviter toute entrave à l'enquête. 45

En résumé, le MROS est habilité à fournir une assistance administrative aux autorités nationales conformément à l'art. 29 al. 2 LBA, à condition que les informations soient transmises à une autorité active dans la lutte contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le financement du terrorisme ou la criminalité organisée et que cette dernière utilise à son tour les informations à ces fins (art. 29 al. 2$^{bis}$ de la LBA). Si le destinataire de l'information a l'intention de la transmettre à une autorité tierce, le MROS doit donner son accord à la diffusion dans le respect des conditions correspondantes (art. 29 al. 2$^{bis}$ de la LBA en relation avec l'art. 30 al. 4 et 5 de la LBA et l'art. 29 al. 2$^{ter}$ de la LBA). 46

## V. INFORMATIONS PROVENANT DE BUREAUX DE COMMUNICATION ÉTRANGERS SELON L'ART. 29 AL. 2$^{TER}$ $^{DE}$ LA LBA

Alors que le MROS peut transmettre des informations provenant de sources nationales (par exemple des informations issues de déclarations de soupçons) sans le consentement des sources respectives, les informations provenant de bureaux de communication étrangers sont soumises à des dispositions plus 47

restrictives. L'art. 29 al. 2$^{ter}$ de la LBA stipule que le MROS ne peut transmettre des informations provenant de bureaux de communication étrangers aux autorités de surveillance visées à l'art. 29 al. 1 de la LBA et aux autorités visées à l'art. 29 al. 2 de la LBA qu'avec leur **consentement exprès**.

48 En outre, la transmission d'informations par des bureaux de communication étrangers n'est autorisée qu'aux fins mentionnées à l'art. 29, al. 2$^{bis,}$ LBA. En raison des obligations internationales, cet ajout doit être étendu de manière logique afin que l'ensemble des **restrictions prévues** à l'art. 29, al. 2$^{bis,}$ LBA soient également respectées. Ce dernier renvoie à son tour à l'application par analogie de l'art. 30, al. 2 à 5, LBA. Contrairement aux informations nationales que le MROS se procure en Suisse, l'art. 29, al. 2$^{ter,}$ LBA prévoit les mêmes restrictions que l'entraide administrative aux autres autorités conformément à l'art. 29, al. 2$^{bis,}$ LBA. En ce qui concerne les informations étrangères, le «type» d'autorités auxquelles elles sont transmises n'a pas d'importance.

49 Dans ces cas, il est également obligatoire de respecter les **restrictions d'utilisation** (disclaimer) de la CRF étrangère. Les restrictions correspondantes concernant l'utilisation des informations doivent également être transmises dans le cadre de l'entraide administrative nationale conformément à l'art. 29 LBA.

## VI. INFORMATION DES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE CONFORMÉMENT À L'ART. 29 AL. 3 LBA

50 L'idée de base de l'art. 29 al. 3 LBA est que les informations issues des analyses de jugements du bureau de communication soient transmises aux intermédiaires financiers par l'intermédiaire des autorités de surveillance. L'objectif est de sensibiliser les intermédiaires financiers aux exigences des autorités de poursuite pénale. L'art. 29, al. 3 LBA sert ainsi de lien avec l'art. 29a, al. 1 et 2 LBA, qui garantit le **mécanisme de retour d'information** des autorités cantonales de poursuite pénale.

51 Ce dispositif légal de transmission d'informations du bureau de communication au secteur financier via les autorités de surveillance s'est avéré peu efficace ; dans la pratique quotidienne, une communication **en direct** s'est plutôt établie entre le bureau de communication et les intermédiaires financiers pour ce qui est des connaissances acquises en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, la

criminalité organisée et le financement du terrorisme. Le bureau de communication échange régulièrement avec le secteur financier et les intermédiaires financiers, ce qui lui permet également de remplir sa mission de sensibilisation (art. 1 al. 1 let. c OBCBA).

## BIBLIOGRAPHIE

Ackermann Jürg-Beat (éd.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2e éd., Berne 2021.

Beuret Arnaud, commentaire de l'art. 29 LBA, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (éd.), SHK – Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (LBA), Berne et al. 2017.

Derungs Corsin/Dobrauz Günther (éd.), Tafeln zum Finanzmarktrecht – Geldwäschereigesetz (LBA), Zurich 2020.

Fiolka Gerhard, commentaire de l'art. 260 quinquies CP, in Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans, Strafrecht, Basler Kommentar, 4e éd., Bâle 2019.

Isenring Bernhard, commentaire de l'art. 305bis du CP, dans: Andreas Donatsch (éd.), OFK - Orell Füssli Kommentar, StGB/JStG, 21e éd., Zurich 2022.

Kilgus Sabine/Losinger Paolo, commentaire de l'art. 1 LBA, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel, Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Zurich 2021.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3e éd., Zurich 2021.

Nägeli Vera, commentaire de l'art. 29 LBA, in : Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel, Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Zurich 2021.

Nägeli Vera, commentaire de l'art. 29a LBA, in : Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel, Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Zurich 2021.

## MATÉRIAUX

Message concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 27.6.2012, FF 2012, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/1031/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2012-1031-de-pdf-a.pdf, consulté le 1.7.2024 (cité message LBA 2013).

Message du 26 juin 2019 concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2019, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2019-1932-de-pdf-a.pdf, consulté le 1.7.2024 (cité message LBA 2019).

Message du 13 décembre 2013 concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2013, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2014/100/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2014-100-de-pdf-a.pdf, consulté le 1.7. 2024 (cité message LBA 2012).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 29a LBA

Un commentaire de Marcel Scholl / Marion Wyss

PROPOSITION DE CITATION

Marcel Scholl/Marion Wyss, Commentaire de l'art. 29a LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Scholl/Wyss, art. 29a LBA N. XXX.

**Art. 29*a*** Autorités pénales

[1] Les autorités pénales annoncent sans délai au bureau de communication toutes les procédures pendantes en rapport avec les art. 260$^{ter}$, 260$^{quinquies}$, al. 1, 305$^{bis}$ et 305$^{ter}$, al. 1, CP. Elles lui font parvenir sans délai les jugements et les décisions de non-lieu correspondants, y compris leur motivation.

[2] De plus, elles annoncent sans délai au bureau de communication les décisions qu'elles ont prises sur les dénonciations qu'il leur a adressées.

[2bis] Elles utilisent les informations transmises par le bureau de communication selon les conditions définies par ce dernier au cas par cas, en conformité avec l'art. 29, al. 2$^{ter}$.

[3] Elles peuvent donner à la FINMA, à la CFMJ, à l'autorité intercantonale et au bureau central les renseignements et les documents

nécessaires à l'accomplissement de leur tâche, dans la mesure où la procédure pénale n'est pas entravée.

[4] La FINMA, la CFMJ, l'autorité intercantonale et le bureau central coordonnent les interventions éventuelles à l'encontre d'un intermédiaire financier avec les autorités de poursuite pénale compétentes. Ils consultent les autorités de poursuite pénale compétentes avant une transmission éventuelle des renseignements et des documents qu'ils ont reçus.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Historique ..... 580
II. Notion d'autorités pénales ..... 584
III. Obligations des autorités pénales envers le bureau de communication ..... 587
A. Obligations d'information (al. 1 et 2) ..... 587
B. Respect des restrictions d'utilisation (al. 2bis) ..... 592
IV. Collaboration des autorités pénales avec les autorités de surveillance ..... 601
A. Autorité pénale : remise d'informations et de documents aux autorités de surveillance (al. 3) ..... 601
B. Autorités de surveillance : coordination des procédures avec les autorités de poursuite pénale (al. 4) ..... 603
Bibliographie ..... 604
Matériaux ..... 604

# I. HISTORIQUE

1 Dans les années 1990, le GAFI recommandait déjà aux États membres, dans sa **recommandation n° 32**, de vérifier en permanence l'efficacité du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent. À cette fin, il convenait de collecter des données statistiques non seulement sur les communications de soupçons reçues et transmises, mais aussi sur les procédures pénales et les condamnations en matière de blanchiment d'argent, les valeurs patrimoniales saisies et confisquées et l'entraide judiciaire internationale dans le domaine du blanchiment d'argent. Dans ce contexte, la version initiale de la loi sur le blanchiment d'argent, entrée en vigueur en 1998, obligeait déjà les autorités pénales cantonales, en vertu de l'**art. 29, al. 2, aLBA**, à communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS, ci-après « bureau de communication ») toutes les procédures en cours en rapport avec une organisation criminelle (art. 260$^{ter}$ CP), de blanchiment d'argent (art. 305$^{bis}$ CP) et de manque de diligence dans les opérations financières (art. 305$^{ter}$ CP). Au-delà des exigences de la recommandation n° 32 du GAFI, le législateur suisse avait également pour objectif que ces informations aident le bureau de communication à améliorer en permanence ses propres pratiques d'analyse et de transmission et à former les intermédiaires financiers.

2 Dans la pratique, il est apparu après quelques années seulement que le bureau de communication ne recevait pas suffisamment d'informations pour accomplir ses tâches. Cela s'expliquait d'une part par des lacunes dans la réglementation existante de l'art. 29, al. 2, LBA (ancienne version) et, d'autre part, par la mise en œuvre insuffisante des obligations de communication qui y sont prévues par les autorités cantonales de poursuite pénale. Les **lacunes dans la collecte de données** statistiques ont en outre été critiquées par le GAFI dans son rapport d'examen des pays de 2005. Dans le cadre de la révision de la loi sur le blanchiment d'argent de 2007, le Conseil fédéral a notamment proposé **des modifications de la réglementation relative à l'échange d'informations** entre les autorités pénales et les autres autorités suisses participant à la mise en œuvre de la loi sur le blanchiment d'argent. Le Parlement n'y a apporté que des modifications cosmétiques, de sorte que les

nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er février 2009. Celles-ci comprenaient les nouveautés essentielles suivantes :

- remplacement de l'ancien art. 29, al. 2, LBA par le nouvel art. 29a LBA,
- extension de l'obligation de communiquer à toutes les autorités pénales, désormais également aux autorités fédérales et à tous les tribunaux,
- obligation de notifier les décisions, y compris leur motivation,
- réglementation explicite des obligations de communication dans les procédures déclenchées par des communications du bureau de communication en matière de blanchiment d'argent,
- création d'une base légale pour la communication d'informations par les autorités pénales aux autorités de surveillance chargées de la mise en œuvre de la LBA,
- obligation pour les autorités de surveillance de coordonner leurs procédures avec les autorités de poursuite pénale.

Avec l'entrée en vigueur de la loi sur les jeux d'argent le 1er janvier 2019, les organisateurs de jeux de grande envergure ont été définis, en plus des maisons de jeu, comme des intermédiaires financiers au sens de la LBA (art. 2, al. 2, let. f, LBA). Étant donné que **la surveillance des jeux de grande envergure** relève de la compétence des cantons (art. 106, al. 3, Cst.), la loi sur les jeux d'argent oblige les cantons à charger une autorité intercantonale de la surveillance des jeux de grande envergure. Cette autorité complète la Commission fédérale des maisons de jeu et, comme celle-ci, a notamment pour tâche de surveiller le respect des obligations en matière de prévention du blanchiment d'argent (art. 107, al. 1, let. a, ch. 2, LJAr) . Afin de permettre à cette autorité intercantonale, la Surveillance intercantonale des jeux d'argent (Gespa), de remplir sa mission dans le domaine du blanchiment d'argent, l'art. 29a LBA a été complété de manière à ce que les autorités pénales puissent désormais transmettre des informations et des documents non seulement à la CFMJ, mais aussi à l'autorité intercantonale. 3

L'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur le terrorisme du 25 septembre 2020 contenait les **deux modifications cosmétiques suivantes de l'art. 29a, al. 1, LBA,** qui sont entrées en vigueur le 1er juillet 2021 : 4

- remplacement du mot « rapidement » par le mot « immédiatement » ;

- suppression du «chiffre 1» après «article 260$^{ter}$».

5 La **raison du remplacement de «rapidement» par «immédiatement»** n'est pas mentionnée dans les documents. Naegeli suppose que cela visait à corriger la double utilisation stylistiquement peu élégante de «rapidement» dans le même paragraphe.

6 La **raison de la suppression de « chiffre 1 »** est plus difficile à comprendre : dans la version en vigueur jusqu'en 2021, l'infraction pénale de participation à une organisation criminelle était prévue au chiffre 1 de l'art. 260$^{ter}$ CP. Dans la version entrée en vigueur le 1er juillet 2021, l'infraction pénale est prévue à l'alinéa 1. Il aurait donc été logique de remplacer « chiffre 1 » par « alinéa 1 » à l'art. 29a LBA, d'autant plus que les renvois aux art. 260$^{quinquies}$ et 305$^{ter}$ contenus dans l'art. 29a LBA précisent également « alinéa 1 ». La suppression du « ch. 1 » ne devient compréhensible que si l'on tient compte de la genèse de l'art. 260$^{ter}$ CP révisé : cet article contenait l'infraction pénale en deux alinéas tant dans le projet mis en consultation que dans le projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre le terrorisme (paragraphe 1 concernant l'organisation criminelle et paragraphe 2 concernant le terrorisme). La proposition de supprimer le « chiffre 1 » de l'art. 29a LBA était donc justifiée. Il aurait été possible de remplacer « chiffre 1 » par « paragraphes 1 et 2 ». Lors des délibérations parlementaires, les alinéas 1 et 2 de l'art. 260$^{ter}$ CP proposés par le Conseil fédéral ont toutefois été regroupés dans un alinéa 1 reformulé. Il aurait donc fallu remplacer dans l'art. 29a LBA la référence à l'art. 260$^{ter}$ « ch. 1 » par « alinéa 1 ». Cela a probablement été tout simplement oublié.

7 **En conséquence, l'art. 29a LBA dans sa version** actuelle **est formulé de manière incohérente**, dans la mesure où il renvoie à l'al. 1 en ce qui concerne les art. 260$^{quinquies}$ et 305$^{ter}$ CP, mais pas à l'art. 260$^{ter}$ CP, alors que celui-ci ne contient également les infractions pénales qu'à l'alinéa 1. Toutefois, on ne voit pas clairement quel est l'intérêt des précisions concernant l'« alinéa 1 » à l'art. 29a LBA. Si celles-ci étaient supprimées, cela ne changerait rien au contenu : les autorités pénales devraient signaler exactement les mêmes procédures pénales. Il serait donc opportun, dans le cadre d'une future révision de la LBA, de supprimer toutes les références à l'« alinéa 1 » dans l'art. 29a. L'article serait ainsi allégé et formulé de manière cohérente.

En 2016, le GAFI a évalué le dispositif légal et institutionnel de la Suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le Conseil fédéral a pris en compte les recommandations du **rapport 2016 du GAFI** et a lancé en 2017 une procédure de révision de la LBA, qui a abouti aux deux modifications suivantes concernant l'art. 29a LBA : 8

- introduction de l'al. $2^{bis}$ dans l'art. 29a LBA avec le texte suivant : « Elles *[les autorités pénales]* utilisent les informations transmises par le bureau de communication dans les conditions fixées par celui-ci dans chaque cas particulier, conformément à l'art. 29, al. $2^{ter}$ ».
- Alinéa 3 : remplacement de « l'autorité intercantonale de surveillance et d'exécution visée à l'art. 105 BGS » par « l'autorité intercantonale » et insertion de « et l'office central » .

L'**al. $2^{bis}$** a créé la base légale permettant au bureau de communication de se conformer à la recommandation n° 40 du GAFI, qui exige que les informations reçues des autorités étrangères ne puissent être transmises à d'autres autorités nationales que dans le respect des conditions liées à leur communication. Cet ajout à l'art. 29a LBA, entré en vigueur le 1er janvier 2023, répond à une demande de longue date du bureau de communication. Toutefois, cette réglementation a soulevé de nombreuses questions dans le cadre de procédures pénales, qui sont restées sans réponse. 9

En outre, cette révision a désormais désigné les contrôleurs commerciaux et les sociétés du groupe au sens de l'art. $42^{bis}$ de la loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP) comme des intermédiaires financiers (art. 2, al. 2, let. g, LBA) et les a donc soumis à la LBA. Sur proposition de l'Association suisse des fabricants et négociants en métaux précieux (ASFCMP), l'**Office central du contrôle des métaux précieux**, qui est déjà chargé de l'exécution de la loi sur le contrôle des métaux précieux, a été chargé désormais également de la surveillance et du contrôle des obligations découlant de la LBA (art. 36, $42^{bis}$ et $42^{ter}$ LPMét). En conséquence, le Bureau central a été mis sur un pied d'égalité avec les autres autorités de surveillance chargées de l'exécution de la LBA, notamment à l'art. 29a, al. 3, LBA. 10

Le **remplacement de « l'autorité intercantonale de surveillance et d'exécution selon l'article 105 LSF » par « l'autorité intercantonale »** n'a pas été expliqué dans le message dans les commentaires relatifs à l'art. 29a LBA. L'objectif était probablement d'alléger le texte de loi : à l'art. 12 LBA, une 11

nouvelle let. b$^{bis}$ a été introduite à l'alinéa 1. Celui-ci mentionne l'autorité intercantonale de surveillance et d'exécution et précise entre parenthèses que cette autorité est désignée dans le reste du texte de loi par l'expression « autorité intercantonale ».

12 Le 30 août 2023, le Conseil fédéral a ouvert la consultation sur la **loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques**. Cette consultation est liée à des modifications de la LBA. En particulier, les « conseillers » seront désormais soumis à la LBA. Sont considérés comme « conseillers » les personnes qui exercent certaines activités en rapport avec la création et la structuration de personnes morales, c'est-à-dire qui travaillent notamment dans le domaine du conseil juridique et de la fiducie. En conséquence, les autorités de surveillance pourraient à l'avenir intervenir auprès des conseillers, raison pour laquelle l'art. 29a LBA doit être complété de manière à ce que les autorités de surveillance doivent également coordonner avec les autorités de poursuite pénale toute intervention auprès d'un « conseiller ». Dans son message publié le 22 mai 2024, le Conseil fédéral a largement maintenu ses propositions, y compris la modification de l'art. 29a LBA. Les Chambres fédérales ont délibéré séparément sur la loi sur la transparence proprement dite et sur les modifications de la loi sur le blanchiment d'argent contenues dans le projet de loi. Même si les propositions du Conseil fédéral concernant l'assujettissement des « conseillers » ont fait l'objet de discussions controversées, cela n'a eu aucune influence sur la modification de l'art. 29a, al. 4, LBA proposée par le Conseil fédéral. Elle a été adoptée sans modification par le Conseil des États le 17 juin 2025 et par le Conseil national le 11 septembre 2025.

## II. NOTION D'AUTORITÉS PÉNALES

13 L'art. 29a LBA impose divers droits et obligations aux « autorités pénales ». La LBA ne contient aucune définition de cette notion. Le cadre de la notion d'« autorités pénales » à l'art. 29a LBA découle du champ d'application de la LBA : en principe, l'art. 29a LBA ne concerne que les autorités pénales qui sont actives dans la lutte contre le blanchiment d'argent, le crime organisé et le financement du terrorisme. Les autorités pénales administratives telles que la Division des affaires pénales et des enquêtes de l'Administration fédérale des contributions ne relèvent pas de la notion d'« autorités pénales » au sens de l'art. 29a LBA. Il ressort en outre de l'historique législatif et des travaux

préparatoires que l'art. 29a LBA désigne non seulement les autorités pénales cantonales, mais aussi celles **de la Confédération**. En outre, le terme « autorités pénales » englobe les **tribunaux** de toutes les instances. Cela ressort des travaux préparatoires et de la systématique de la LBA, qui n'utilise le terme « autorités pénales » qu'à l'art. 29a, mais se réfère par ailleurs systématiquement aux « autorités de poursuite pénale ». À cet égard, l'utilisation du terme dans la LBA correspond aux définitions contenues dans les art. 12 à 14 du code de procédure pénale suisse.

14 La question de savoir si la **police** fait également partie des « autorités pénales » au sens de l'art. 29a LBA n'est pas tout à fait claire. En application de la définition du code de procédure pénale, ce serait le cas : selon l'art. 12 CPP, la police, le ministère public et les autorités pénales compétentes en matière de contraventions constituent les « autorités de poursuite pénale », qui, élargies aux tribunaux, forment les « autorités pénales ». Il convient toutefois de noter que le code de procédure pénale suisse (CPP) n'est entré en vigueur qu'en 2011. La LBA, entrée en vigueur en 1998, ne pouvait donc pas s'appuyer sur la définition du CPP au moment de son adoption. Dans la pratique, les autorités concernées (le bureau de communication, les ministères publics de la Confédération et des cantons, la police) ont traditionnellement interprété le terme « autorités de poursuite pénale » comme désignant le ministère public et non la police. Jusqu'à présent, le bureau de communication déposait notamment des plaintes auprès des ministères publics de la Confédération et des cantons au sens de l'art. 23 LBA, et la police ne signalait pas au bureau de communication les procédures pénales en cours sur la base de l'art. 29a, al. 1, LBA. D'autre part, il ressort du message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent de 2012 que le terme « autorités de poursuite pénale » utilisé à l'art. 23, al. 4, LBA désigne non seulement le ministère public, mais aussi la police. Hormis une référence à l'art. 12 CPP, cette interprétation du terme « autorités de poursuite pénale » n'est pas davantage justifiée dans le message. Une législation cohérente exige qu'un terme ait au moins le même contenu dans une même loi. Dans la LBA, le terme « autorités de poursuite pénale » est utilisé à de nombreux endroits : par exemple, la communication par le bureau de communication aux « autorités de poursuite pénale » conformément à l'art. 23, al. 4, LBA entraîne un blocage des avoirs chez les intermédiaires financiers. Conformément à la LBA, cette mesure doit être maintenue jusqu'à ce qu'une décision des « autorités de poursuite pénale » soit rendue (art. 10, al. 1 et 2, LBA). Or, selon le CPP, seul le ministère public

est compétent pour saisir des valeurs patrimoniales et prononcer des blocages de comptes (art. 198, al. 1, en relation avec l'art. 263 CPP), et non la police. Il n'est pas cohérent que le terme « autorité de poursuite pénale » à l'art. 10 LBA ne puisse pas englober la police, alors que ce même terme à l'art. 23, al. 4, LBA est censé inclure la police.

15 Il convient donc de constater que les termes « autorité pénale » et « autorité de poursuite pénale » ne sont pas utilisés de manière cohérente et uniforme dans la LBA. Ces termes doivent donc être interprétés de manière téléologique (en fonction de leur objectif). En ce qui concerne l'art. 29a LBA, cela signifie que les termes « autorités de poursuite pénale » et « autorités pénales » englobent en principe la police, car il serait par exemple incompatible avec l'objectif de l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA que seuls le ministère public et les tribunaux pénaux soient tenus de respecter les restrictions d'utilisation imposées au bureau de communication, mais pas la police. En outre, les informations fournies par la police sont tout aussi importantes pour les autorités de surveillance LBA que celles fournies par les ministères publics, raison pour laquelle l'art. 29a, al. 3, LBA doit également inclure la police dans une approche téléologique. En conséquence, la police relève également des « autorités pénales » au sens de l'art. 29a, al. 1, LBA et est donc en principe tenue de signaler au bureau de communication les procédures en cours dans les domaines du blanchiment d'argent, du crime organisé et du financement du terrorisme. Tant que le bureau de communication renonce à recevoir les communications correspondantes de la police, cette obligation reste toutefois lettre morte.

16 L'utilisation uniforme des termes « autorités pénales » et « autorités de poursuite pénale » dans la LBA reste donc **un objectif pour une future révision de la loi**. Dans un souci d'uniformité de l'ordre juridique, il conviendrait de reprendre la définition du code de procédure pénale suisse et de l'appliquer de manière uniforme et claire à la LBA.

## III. OBLIGATIONS DES AUTORITÉS PÉNALES ENVERS LE BUREAU DE COMMUNICATION

### A. Obligations d'information (al. 1 et 2)

Le bureau de communication a notamment pour mission d'établir des analyses opérationnelles et stratégiques ainsi qu'un rapport annuel sur le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme (art. 1 OBCBA). À cette fin, le bureau de communication a besoin d'informations sur les procédures pénales menées en Suisse dans ces domaines. Une partie de ces procédures est connue du bureau de communication, à savoir celles qui ont été ouvertes sur la base de communications que le bureau de communication a transmises aux autorités de poursuite pénale en vertu de l'art. 23, al. 4, LBA. Toutefois, les autorités pénales mènent également des procédures pénales concernant le blanchiment d'argent, le manque de diligence dans les transactions financières, le crime organisé et le financement du terrorisme qui ne sont *pas* fondées sur des dénonciations du bureau de communication. Afin de pouvoir remplir ses tâches, le bureau de communication doit être informé de ces procédures. Il ne s'agit toutefois que d'une première étape : un simple aperçu des procédures pénales menées en Suisse dans les domaines délictuels mentionnés ne suffit pas pour les analyser. À cette **fin,** le bureau de communication a besoin d'informations approfondies issues des dossiers des procédures pénales. À cet égard, il serait en principe utile de pouvoir consulter l'intégralité des dossiers des procédures pénales concernées. Or, le traitement de l'ensemble des dossiers de procédure serait impossible à gérer pour le bureau de communication. Pour des raisons d'efficacité, il convient de se limiter aux décisions qui mettent fin à une procédure pénale (jugements, ordonnances pénales, décisions de non-lieu). Outre les conséquences pénales, ces décisions contiennent généralement les faits jugés, y compris les infractions préalables au blanchiment d'argent, ainsi qu'une motivation. 17

Afin de permettre au bureau de communication de remplir sa mission, il est donc judicieux d'obliger légalement les autorités pénales à : 18

- Signaler toutes les procédures en cours concernant le blanchiment d'argent, le crime organisé, le financement du terrorisme et le manque de

diligence dans les transactions financières dont le bureau de communication n'a pas encore connaissance.

- Transmettre les décisions définitives complètes (jugements dans leur version motivée, ordonnances pénales, ordonnances de non-lieu) dans toutes les procédures concernant le blanchiment d'argent, le crime organisé, le financement du terrorisme et le manque de diligence dans les opérations financières.

19 La **communication** de toutes les procédures pénales pertinentes par les autorités pénales est prévue à l'art. 29a, al. 1, LBA. La direction de la procédure (cf. art. 61 CPP) est tenue de communiquer au bureau de communication les procédures pénales concernant les infractions susmentionnées dès qu'elles sont en cours. Une procédure pénale est pendante avant même son ouverture formelle au sens de l'art. 309 CPP.

20 En ce qui concerne la communication des pièces de la procédure pénale, l'art. 29a LBA contient les dispositions suivantes :

- Alinéa 1 : communication des *jugements et des ordonnances de non-lieu*, y compris les motifs, concernant les procédures qui ne sont pas fondées sur des communications du bureau de communication.
- Alinéa 2 : communication de toutes les *décisions rendues* sur la base d'une dénonciation du bureau de communication.

Cette réglementation est **inappropriée à plusieurs égards :**

1) Compte tenu de l'objectif de la réglementation (réalisation d'analyses par le bureau de communication), il n'est pas logique d'appliquer une réglementation différente pour les procédures pénales qui ont été engagées avec ou sans dénonciation du bureau de communication. Les documents ne fournissent aucune justification à cette différence de réglementation, qui n'est pas évidente.

2) L'al. 1 limite la notification aux « jugements et décisions de classement ». Cette formulation est très restrictive et n'englobe même pas toutes les décisions de classement (il manque les ordonnances pénales et les décisions de non-lieu). Dans la pratique, les procédures pénales sont beaucoup plus souvent clôturées par des ordonnances pénales que par des jugements. Les documents préparatoires ne fournissent aucune justification à cette restriction, qui n'est d'ailleurs pas évidente.

3) Contrairement à l'al. 1, l'al. 2 définit de manière extrêmement large l'étendue des pièces à notifier : la formulation englobe non seulement la notification des décisions de classement, mais aussi celle de toutes les décisions et donc aussi de toutes les décisions incidentes de procédure. Il s'agit notamment des mandats d'enquête à la police, des mandats de perquisition, des mandats d'arrêt et des ordonnances de détention du tribunal des mesures de contrainte, des ordonnances de production de pièces de toute nature (notamment les productions bancaires), des ordonnances de mesures de contrainte secrètes telles que les écoutes téléphoniques, et bien d'autres encore. L'application littérale du texte de loi entraînerait une charge de travail importante pour les autorités pénales et une charge de travail extrêmement élevée pour le bureau de communication dans l'analyse des décisions reçues.

4) L'al. 2 se réfère aux décisions rendues « sur la base » d'une annonce du bureau de communication. Si une autorité de poursuite pénale a déjà connaissance d'un soupçon particulier avant que le bureau de communication ne dépose une plainte, celle-ci est dans la pratique jointe à la procédure pénale déjà en cours. Selon une interprétation littérale de l'al. 2, les décisions prises ultérieurement dans le cadre de cette procédure pénale ne sont pas rendues « sur la base » de la plainte du bureau de communication, mais sur la base de la procédure pénale déjà en cours. Certaines autorités pénales en concluent qu'il n'y a pas lieu de transmettre de communications au bureau de communication dans ces cas.

Les lacunes d'une interprétation littérale peuvent être partiellement compensées par une interprétation téléologique. Comme déjà indiqué, l'objectif des dispositions de l'art. 29a, al. 1 et 2, LBA est de permettre au bureau de communication d'établir des analyses et des statistiques sur le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme, et de publier les résultats dans un rapport annuel. En outre, cela doit permettre de mieux former et sensibiliser les intermédiaires financiers et les organismes d'autorégulation. 21

Une interprétation téléologique de l'**alinéa 1** aboutit aux résultats suivants : 22

- « Jugements » : les **ordonnances pénales** deviennent des jugements en l'absence d'opposition valable (art. 354, al. 3, CPP). Les ordonnances pénales sont donc considérées comme des « propositions de jugement » et le ministère public exerce une fonction judiciaire lorsqu'il rend une

ordonnance pénale. Le terme « jugement » englobe donc, selon une interprétation correcte, également les ordonnances pénales au sens de l'art. 353 CPP.

- « Décisions de non-lieu » : Les conditions requises pour rendre une **décision de non-entrée en matière** et une décision de classement sont les mêmes, à l'exception de la question de savoir si l'enquête pénale à mener a été ouverte au sens de l'art. 308 CPP. En ce qui concerne la réglementation de la décision de non-entrée en matière, la loi renvoie pour l'essentiel aux dispositions relatives au classement de la procédure (art. 310, al. 2, CPP). Le terme « décisions de non-lieu » englobe donc, selon une interprétation correcte, également les décisions de non-entrée en matière au sens de l'art. 310 CPP.

23 En ce qui concerne l'**alinéa 2**, le bureau de communication interprète déjà le terme « décisions » de manière restrictive et exige des autorités pénales, outre les décisions d'ouverture, essentiellement les décisions de classement, ainsi que les jugements, les ordonnances pénales, les décisions de suspension et de non-lieu, mais aussi les décisions de suspension et de réouverture. Cette restriction est judicieuse d'un point de vue téléologique, car la communication des pièces de la procédure pénale doit permettre au bureau de communication de remplir ses tâches et non les entraver. D'un point de vue systématique et téléologique, les alinéas 1 et 2 doivent en outre être harmonisés autant que possible. Le terme « décision » figurant à l'alinéa 2 doit donc être interprété de manière restrictive, en ce sens que les autorités pénales ne doivent transmettre au bureau de communication que les **décisions de classement** (y compris les décisions de suspension).

24 Conformément à l'art. 381a CPP, les autorités fédérales sont habilitées à former un recours lorsque le droit fédéral prévoit qu'une décision doit leur être communiquée. Les décisions de classement dans les procédures pénales concernant le blanchiment d'argent, le crime organisé, le financement du terrorisme et le manque de diligence dans les opérations financières doivent donc être communiquées au bureau de communication **avant leur entrée en force**.

25 Il a été indiqué ci-dessus que l'interprétation littérale du terme « sur la base de » permet de conclure qu'il n'est pas nécessaire de notifier les « décisions » au bureau de communication lorsqu'une communication du bureau de

communication a été jointe à une procédure pénale déjà en cours. La recommandation 2023, n° 33, du GAFI invite toutefois les États membres à tenir des statistiques complètes sur tous les domaines essentiels à l'efficacité et à l'efficience du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent, y compris explicitement des statistiques sur les communications de soupçons reçues et transmises. Le bureau de communication doit donc savoir si ses communications ont eu des conséquences et, si oui, lesquelles. Une interprétation **téléologique du terme « sur la base de »** montre donc que la décision de classement, qui statue définitivement sur un soupçon signalé par le bureau de communication au ministère public, doit être communiquée au bureau de communication, que ce soupçon ait déjà été connu des autorités de poursuite pénale avant la communication ou non. La réflexion suivante aboutit à la même conclusion : le droit de recours des parties à une procédure pénale existe indépendamment de la manière dont les autorités pénales ont initialement eu connaissance des soupçons (art. 107/382 CPP). Il en va de même pour le droit de recours du bureau de communication inscrit à l'art. 381a CPP : celui-ci doit être informé du classement de sa dénonciation afin de pouvoir exercer son droit de recours, que le soupçon dénoncé ait déjà été connu ou non des autorités de poursuite pénale. Toutefois, si les autorités de poursuite pénale enquêtent sur différents soupçons dans le cadre de la même procédure pénale (par exemple pour des infractions au code de la route et du blanchiment d'argent), les décisions de classement concernant les suspects qui ne relèvent pas de sa compétence ne doivent pas être communiquées au bureau de communication. Si la même décision de classement porte sur plusieurs soupçons, dont un relevant de la compétence du bureau de communication, la décision de classement complète (non censurée) doit être communiquée au bureau de communication, car celui-ci est tenu au secret professionnel et ne peut publier que des analyses et des statistiques anonymisées sur les événements relevant de sa compétence.

Même si la base juridique pour la notification des décisions au bureau de communication n'est pas formulée de manière optimale à l'art. 29a, al. 1 et 2, LBA, le véritable défi pour le bureau de communication dans l'accomplissement de sa mission consistant à établir des analyses opérationnelles et stratégiques ainsi qu'un rapport annuel sur le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme ne réside pas dans la formulation maladroite de la base juridique, mais dans son application : Malheureusement, les dispositions de l'art. 29a 26

LBA n'ont jusqu'à présent été que **partiellement mises en œuvre** par les autorités pénales. Le bureau de communication s'adresse donc régulièrement aux autorités pénales pour leur demander de lui communiquer les décisions de classement qui n'ont pas été transmises. Cela permet certes d'améliorer la situation en matière de données. Toutefois, pour garantir une mise en œuvre complète des obligations de communication, il reste indispensable de mettre en place une solution informatique et d'automatiser la notification des décisions de classement.

## B. Respect des restrictions d'utilisation (al. 2$^{bis}$)

27 Cette réglementation, entrée en vigueur le 1er janvier 2023, s'explique comme suit : Conformément aux recommandations du GAFI, chaque pays doit disposer d'une cellule de renseignement financier (CRF) qui fait office de service central national pour la réception, l'analyse et la transmission des communications de soupçons. Ces CRF doivent pouvoir échanger des informations entre elles de manière rapide et simple. En outre, les CRF doivent devenir membres du Groupe Egmont et se conformer à ses règles en matière d'échange d'informations avec les CRF étrangères. En particulier, les informations échangées ne doivent être utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été demandées, sauf si la CRF qui a communiqué les informations consent à une utilisation plus large. Conformément aux principes du Groupe Egmont, la CRF qui reçoit une information doit **traiter cette information de manière confidentielle** et ne peut l'utiliser que dans le cadre du consentement de la CRF qui l'a communiquée. Des dispositions légales correspondantes doivent être en place.

28 De telles bases légales n'existaient pas en Suisse au moment de l'entrée en vigueur des recommandations révisées du GAFI en 2012. C'est pourquoi, le 1er avril 2016, les bases légales correspondantes ont été ajoutées à l'art. 29 LBA : depuis lors, l'al. 2$^{bis}$ contient la base légale pour la transmission d'informations par le bureau de communication à d'autres autorités, en particulier aux ministères publics et à la police, tant sur demande que spontanément (c'est-à-dire de sa propre initiative et sans demande de l'autorité destinataire). L'al. 2$^{ter}$ limitait cette possibilité d'entraide administrative du bureau de communication aux autorités nationales dans la mesure où le bureau de communication ne pouvait transmettre les informations qu'il avait reçues de CRF étrangères qu'avec leur consentement

explicite. Le législateur a ainsi mis en œuvre un principe fondamental du Groupe Egmont.

Dans la pratique, il s'est toutefois avéré que **ces bases juridiques n'étaient pas suffisantes** pour garantir le respect des principes d'Egmont par la Suisse : certes, le bureau de communication imposait systématiquement comme condition à la transmission d'informations provenant de CRF étrangères que celles-ci soient traitées de manière confidentielle par l'autorité destinataire (le plus souvent le ministère public), qu'elles ne soient pas versées au dossier et, en particulier, qu'elles ne soient pas communiquées aux parties à la procédure pénale. Ces conditions **étaient toutefois en contradiction** avec les dispositions du code de procédure pénale suisse relatives à la tenue des dossiers et à leur consultation par les parties : 29

- **Tenue des dossiers :** selon le code de procédure pénale suisse, toutes les informations et tous les moyens de preuve relatifs à une procédure pénale doivent être versés au dossier (art. 100 CPP). Les autorités de poursuite pénale ne peuvent en principe conserver aucun élément recueilli ou reçu par elles qui ait un rapport avec l'affaire.
- **Droit de consultation du dossier :** selon le code de procédure pénale, les parties doivent avoir accès à l'intégralité du dossier (art. 101 et 107, al. 1, let. a, CPP). Le droit de consultation du dossier peut certes être restreint dans certaines circonstances, mais en principe pas à l'égard des conseils juridiques (art. 108 CPP).

Plusieurs ministères publics cantonaux ont donc estimé que les rapports par lesquels le bureau de communication transmettait à un ministère public, dans le cadre d'une procédure pénale, des informations provenant d'une CRF étrangère devaient être versés au dossier pénal. Le respect de l'obligation de confidentialité n'était pas possible, ou seulement dans les limites strictes du code de procédure pénale suisse. Il en résultait que le bureau de communication respectait certes les conditions de transmission des CRF étrangères et ne transmettait les informations reçues aux autorités de poursuite pénale que sous certaines conditions, mais qu'il ne pouvait **toutefois pas garantir que les autorités de poursuite pénale respectaient effectivement ces obligations de confidentialité**. En procédant ainsi, la Suisse risquait de violer ses obligations internationales et 30

de voir les CRF étrangères cesser de transmettre des informations à la Suisse ou au bureau de communication.

31 L'**objectif de l'alinéa 2bis** est désormais de résoudre ce conflit entre les principes d'Egmont et le code de procédure pénale suisse en obligeant légalement les autorités pénales à respecter les conditions imposées par le bureau de communication concernant l'utilisation ultérieure des informations transmises. Selon les travaux préparatoires, le législateur souhaitait, par cette disposition, permettre au ministère public d'avoir connaissance des informations selon les conditions fixées par le bureau de communication, **sans devoir les verser au dossier de la procédure**. Cependant, la formulation choisie est difficilement compréhensible, même pour les spécialistes. De plus, sa mise en œuvre soulève des questions importantes qui restent sans réponse, tant pour le bureau de communication que pour le ministère public. La solution légale doit être qualifiée d'échec.

32 Selon le **libellé** de l'art. 29, al. 2bis, LBA, les autorités pénales doivent, lorsqu'elles utilisent les informations transmises par le bureau de communication, respecter les conditions que celui-ci fixe dans chaque cas « conformément à l'art. 29, al. 2ter ». Une interprétation grammaticale de cette disposition laisse supposer que l'art. 29, al. 2ter, LBA énumère les différentes conditions que le bureau de communication peut imposer. Or, ce n'est pas le cas. Au lieu de cela, l'art. 29, al. 2ter, LBA renvoie à l'art. 29, al. 2bis, LBA en ce qui concerne les « finalités de la communication ». Mais l'art. 29, al. 2bis, LBA ne contient pas non plus de dispositions sur le fond, mais renvoie à l'art. 30, al. 2 à 5, LBA. Les al. 2, 3 et 5 de l'art. 30 ne sont pas pertinents. Seul l'art. 30, al. 4, LBA contient des dispositions concernant les conditions que le bureau de communication peut imposer lors de la communication d'informations. Bien que l'art. 30, al. 4, LBA concerne les CRF étrangères, cet alinéa pourrait être appliqué « par analogie » aux autorités pénales suisses. **D'après le libellé de la loi**, le bureau de communication ne peut donc imposer aux autorités pénales que les conditions prévues à l'art. 30, al. 4, LBA lors de la transmission d'informations provenant de CRF étrangères. Selon cette interprétation de l'art. 29a, al. 2bis, LBA, la mention « conformément à l'art. 29, al. 2ter » n'aurait finalement qu'une valeur déclaratoire, car la transmission d'informations provenant de CRF étrangères à toutes les autorités suisses, y compris les autorités pénales, est de toute façon régie par l'art. 29, al. 2ter, LBA. Au lieu de

la triple référence compliquée à l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA, il aurait été possible de renvoyer directement à l'art. 30, al. 4, LBA.

Les **documents** révèlent toutefois un **contenu tout à fait différent** de l'expression « conformément à l'art. 29, al. 2$^{ter}$ ». Selon le message, l'art. 29a, al. 2$^{bis}$ LBA a pour but de permettre aux ministères publics d'obtenir des informations selon les conditions fixées par le bureau de communication, sans devoir les verser au dossier de la procédure. La mention « conformément à l'art. 29, al. 2$^{ter}$ » vise uniquement à préciser que le bureau de communication ne peut subordonner la transmission d'informations provenant de CRF étrangères aux autorités pénales qu'à cette condition (à savoir la non-inscription au dossier de la procédure). Les documents ne contiennent aucune indication selon laquelle le bureau de communication devrait être limité dans la formulation des conditions relatives à la transmission d'informations provenant de CRF étrangères aux autorités pénales suisses. L'intention du législateur telle qu'elle est présentée dans le message aurait toutefois pu être formulée clairement et simplement dans la loi en supprimant à l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA la mention « conformément à l'art. 29, al. 2$^{ter}$ » et en ajoutant après « informations » la mention « des bureaux de communication étrangers ». 33

En l'absence de décisions judiciaires, il n'est toujours pas clair à ce jour si, lors de la formulation des conditions d'utilisation pour la transmission d'informations provenant de CRF étrangères aux autorités pénales, le bureau de communication est lié par les restrictions de l'art. 30, al. 4, LBA ou s'il peut choisir librement les conditions d'utilisation. Cette distinction est particulièrement **pertinente en ce qui concerne l'intégration des rapports contenant des informations provenant de CRF étrangères dans les dossiers de la procédure pénale**, car l'art. 30, al. 4, LBA ne contient aucune base légale pour une telle restriction. 34

Le bureau de communication applique l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA depuis le 1er janvier 2023 en reprenant les conditions d'utilisation fixées par le bureau de communication étranger lors de la transmission d'informations étrangères à une autorité pénale suisse. Même si les restrictions d'utilisation appliquées par le bureau de communication sont donc en principe définies au cas par cas, celui-ci utilise généralement la mention standard suivante : 35

*«Utilisation des informations (internationales) obtenues conformément à l'art. 29, al. 2$^{ter}$ LBA :*

*Les informations ci-dessus sont sensibles et soumises au secret de fonction. Elles sont communiquées à condition que les restrictions d'utilisation suivantes soient respectées :*

*(1) Les informations ne peuvent être utilisées qu'à des fins de renseignement (« intelligence »).*

*(2) L'autorité destinataire utilise les informations exclusivement à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme.*

*(3) Les informations ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve dans une procédure administrative ou judiciaire.*

*(4) Les informations ne peuvent en aucun cas être communiquées à des autorités tierces sans l'autorisation préalable, expresse et écrite du MROS ;*

*le MROS se réserve le droit de demander des informations sur l'utilisation qui en a été faite. »*

Cette note standard ne contient pas l'obligation pour les autorités pénales de ne pas verser le rapport ou les informations au dossier de la procédure pénale. Compte tenu du fait que, selon le message, l'objectif de l'introduction de l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA dans la loi était précisément celui-là, cela est très surprenant.

36 La question se pose de savoir comment le ministère public traite ces obligations. Il convient tout d'abord de noter que le rapport transmis par le bureau de communication au ministère public avec les informations des CRF étrangères doit être versé au dossier de la procédure pénale par les autorités pénales, car l'avertissement du bureau de communication ne contient aucune instruction contraire. Il est également clair et incontestable que les informations ne peuvent être utilisées que pour lutter contre le blanchiment d'argent et ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme. De telles réserves de spécialité sont également courantes dans le cadre de l'entraide judiciaire et peuvent être mises en œuvre sans autre par le ministère public. En outre, les conditions d'utilisation susmentionnées soulèvent, entre autres, les questions suivantes pour les autorités pénales :

- **Utilisation uniquement à des fins d'information et d'analyse :** la formulation selon laquelle le ministère public ne peut utiliser les informations qu'à des fins d'information (« intelligence ») et d'analyse n'est

pas claire. La tâche du ministère public consiste à enquêter sur les infractions pénales (art. 6, 299, 308 CPP). À cette fin, il recueille des preuves (art. 139 CPP) qui ne peuvent être utilisées devant le tribunal que si elles ont été recueillies de manière juridiquement correcte et sont donc exploitables (art. 141 CPP). Le ministère public ne collecte pas d'informations à des fins de renseignement et d'analyse en dehors des procédures pénales. Il peut donc uniquement verser au dossier d'une procédure (déjà en cours ou nouvellement ouverte) un rapport du bureau de communication contenant des informations provenant de CRF étrangères et l'analyser comme tous les autres moyens de preuve afin de déterminer s'il contient des indices pertinents pour l'appréciation d'une infraction. La manière dont le ministère public doit utiliser les rapports du bureau de communication différemment des autres moyens de preuve reste floue.

- **Pas d'utilisation comme moyen de preuve :** cette restriction d'utilisation a une base juridique claire dans l'art. 30, al. 4, let. c, LBA. Concrètement, cela signifie sans aucun doute que les informations étrangères ne peuvent pas être utilisées pour motiver la décision judiciaire **finale**. Cette restriction d'utilisation peut être facilement mise en œuvre par les autorités pénales. Si une autorité pénale souhaite utiliser les informations reçues du bureau de communication d'une CRF étrangère comme moyen de preuve pour la décision pénale, elle doit suivre la voie de l'entraide judiciaire. Il n'est toutefois pas clair si cette restriction d'utilisation signifie que les autorités pénales peuvent utiliser les informations étrangères pour motiver des actes d'enquête, par exemple une demande d'entraide judiciaire internationale, la production de documents bancaires ou l'ordonnance de détention préventive. Au plus tard lors de la procédure de recours (ou de la procédure devant le tribunal des mesures de contrainte en cas d'ordonnance de détention préventive), le ministère public devra présenter au tribunal, à titre de preuve, le rapport reçu du bureau de communication contenant les informations d'une CRF étrangère. D'un point de vue littéral, cela interdit la restriction d'utilisation susmentionnée. Cependant, les rapports reçus par le bureau de communication ne pourraient alors plus être utilisés par le ministère public et seraient donc sans valeur. La formulation choisie par le bureau de communication doit donc être interprétée de manière restrictive, en ce sens que **seule l'utilisation des rapports comme moyens de preuve**

**exploitables lors du prononcé de la décision finale est interdite**. En fin de compte, le rapport du bureau de communication contenant les informations des autorités étrangères a donc la même valeur que les autres informations policières, par exemple celles transmises par les autorités policières étrangères aux autorités policières suisses via Interpol. Ce point de vue est étayé par l'art. 30, al. 4, let. a, ch. 2, LBA : cet article prévoit explicitement l'utilisation (par analogie) d'informations étrangères pour l'ouverture d'une procédure pénale ou pour étayer une demande d'entraide judiciaire. Si une information peut servir à ouvrir une procédure pénale, elle doit pouvoir être utilisée pour mener d'autres actes d'enquête. Le contraire n'aurait aucun sens, car cela conduirait le ministère public à ouvrir une procédure pénale sur la base des informations étrangères, mais sans pouvoir la poursuivre par des mesures d'enquête. **En résumé, on peut constater que le ministère public peut utiliser les informations provenant des CRF étrangères transmises par le bureau de communication pour justifier d'autres mesures d'enquête, malgré la restriction d'utilisation.** En revanche, leur utilisation comme moyen de preuve pour rendre et motiver la décision finale est exclue.

- **Pas de communication à des autorités tierces :** jusqu'à fin 2024, le bureau de communication utilisait un texte standard qui interdisait non seulement la communication à des autorités tierces, mais aussi, de manière générale, à des « tiers ». Cela a soulevé la question de savoir si cela concernait également les parties et les participants à la procédure pénale. Une telle restriction d'utilisation aurait été contraire aux droits fondamentaux des parties, en particulier ceux de la personne accusée, et aurait été difficilement défendable. Depuis début 2025, le texte standard du bureau de communication n'interdit plus que la communication à des autorités tierces. D'après le libellé, cette restriction d'utilisation interdit au ministère public de communiquer les informations étrangères au tribunal pénal ou à la police de les communiquer au ministère public. L'utilisation des informations étrangères serait ainsi tellement restreinte qu'elles ne pourraient pratiquement plus être utilisées. Il convient donc d'interpréter le libellé de la restriction d'utilisation de manière restrictive : la communication entre autorités pénales est autorisée. En revanche, la transmission à d'autres autorités, par exemple à l'administration fiscale ou à un office des poursuites, est interdite.

Il a déjà été souligné que, dans sa pratique actuelle, le bureau de communication n'ordonne *pas* aux autorités pénales de ne pas verser les rapports contenant des informations étrangères aux dossiers pénaux. Étant donné que, selon le message, tel était l'objectif central de l'introduction de l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA, les remarques suivantes sont néanmoins appropriées : Si le nouvel art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA, en tant que lex specialis et lex posterior, devrait en principe prévaloir sur les règles du code de procédure pénale, la LBA, même après révision, ne contient, selon une interprétation grammaticale, **aucune base juridique explicite permettant de restreindre l'obligation des autorités pénales de conserver les dossiers** et, par conséquent, de restreindre le droit de consulter les dossiers. Il est douteux que la règle implicite contenue dans l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA suffise pour déroger au CPP, d'autant plus que le droit de consulter le dossier est un droit fondamental de la personne accusée garanti par la Constitution fédérale. Si, malgré ces doutes, on part du principe qu'il existe une base juridique suffisante pour que le bureau de communication puisse ordonner aux autorités pénales de ne pas verser aux dossiers de procédure pénale les rapports contenant des informations provenant de CRF étrangères, la question se pose alors pour les autorités pénales de savoir comment **concrètement mettre en œuvre** cette instruction. Deux possibilités s'offrent en principe : d'une part, le rapport reçu par le bureau de communication pourrait être versé au dossier de la procédure pénale, mais sans que les parties à la procédure pénale aient le droit de le consulter, ce qui pourrait se fonder sur l'art. 108, al. 1, let. b, CPP. Cette solution présente toutefois plusieurs faiblesses : premièrement, une instruction correspondante du bureau de communication de ne pas verser le rapport au dossier de la procédure ne serait pas ainsi appliquée à la lettre, mais seulement dans son esprit. Deuxièmement, on ne sait pas clairement comment ces « dossiers secrets » devraient être marqués afin que toutes les autorités, y compris les tribunaux éventuellement chargés des dossiers de la procédure, ne remettent pas par inadvertance le rapport aux parties. Enfin, le droit d'être entendu et le droit de consulter le dossier ne peuvent être restreints que temporairement en vertu de l'art. 108 CPP (cf. art. 108, al. 3 et 4, CPP). Au moment où les informations sont utilisées pour d'autres actes d'enquête (avec restriction du droit d'être entendu), il n'est toutefois pas certain que la CRF étrangère acceptera que ces informations soient utilisées comme moyens de preuve. La marche à suivre en cas de refus de la CRF étrangère n'est pas claire. La

37

meilleure solution serait que les autorités pénales n'intègrent pas le rapport du bureau de communication contenant les informations des CRF étrangères dans le dossier de la procédure pénale en cours, mais le classent sous un numéro de dossier distinct. De cette manière, l'exigence correspondante du bureau de communication serait littéralement mise en œuvre et il serait clair que les parties à la procédure pénale en cours n'auraient pas accès aux informations classées séparément. Si l'autorité pénale estime que le rapport du bureau de communication contient des informations pertinentes pour la procédure pénale en cours (qu'elles soient à charge ou à décharge, cf. art. 6, al. 2, CPP), elle devrait demander au bureau de communication l'autorisation d'intégrer le rapport dans le dossier de la procédure pénale en cours.

38 La disposition introduite dans la loi par l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA présente l'avantage d'autoriser le bureau de communication à se conformer aux éventuelles exigences des CRF étrangères en imposant aux autorités pénales des restrictions d'utilisation contraignantes. Cela améliore les possibilités de coopération internationale du bureau de communication et lui permet de **rester membre du Groupe Egmont**. Pour les autorités pénales, le problème se pose que les moyens de preuve qui n'ont pas été recueillis de manière juridiquement correcte peuvent, dans certaines circonstances, ne pas être utilisables devant les tribunaux (art. 141 CPP). Dans le présent contexte, cela signifie que les preuves utilisées par les autorités pénales en violation des restrictions d'utilisation imposées par le bureau de communication peuvent, dans certaines circonstances, être inutilisables, tout comme les éventuelles preuves consécutives (art. 141, al. 4, CPP). L'interprétation de l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA comme une disposition de validité au sens de l'art. 141 CPP est contredite par le fait que l'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA n'a pas pour but de protéger la personne accusée contre une sanction. Néanmoins, les restrictions d'utilisation, dont la formulation est actuellement en partie ambiguë, entraînent **des risques procéduraux pour les autorités pénales**. Le bureau de communication est confronté au défi de transposer les exigences formulées par le Groupe Egmont en matière de traitement des informations échangées en instructions pertinentes à l'intention des autorités pénales agissant conformément au droit procédural suisse. Un défi particulier réside dans le fait que l'échange d'informations strictement confidentiel exigé par le GAFI et le Groupe Egmont entre en conflit en Suisse avec le principe de la publicité des débats dans les procédures pénales. L'art. 29a, al. 2$^{bis}$, LBA n'a pas résolu ce problème.

# IV. COLLABORATION DES AUTORITÉS PÉNALES AVEC LES AUTORITÉS DE SURVEILLANCE

## A. Autorité pénale : remise d'informations et de documents aux autorités de surveillance (al. 3)

Alors que les alinéas 1 à 2$^{bis}$ codifient les obligations des autorités pénales envers le bureau de communication et que le mécanisme de feedback ancré dans la loi sert en premier lieu les fonctions stratégiques du bureau de communication, l'al. 3 régit depuis le 1er février 2009 le **droit d'accès** de toutes les autorités de surveillance spécialisées, à savoir la FINMA, la CFMJ, l'autorité intercantonale de surveillance et d'exécution au sens de l'article 105 BGS et l'Office central du contrôle des métaux précieux vis-à-vis des autorités pénales et vise à soutenir ces premières dans leur activité de surveillance. 39

Le droit d'accès à l'information a permis de combler une **lacune juridique** au niveau fédéral en 2009 et de donner une base légale suffisante à la coopération efficace entre les autorités pénales et les autorités de surveillance. Sur la base du code de procédure pénale suisse entré en vigueur le 1er janvier 2011, l'art. 101, al. 2, prévoit désormais également un droit de consultation des dossiers pour les autorités de surveillance, mais uniquement pour les procédures en cours. 40

Pour évaluer la garantie exigée par la loi et le respect des obligations découlant de la loi sur le blanchiment d'argent, les autorités de surveillance doivent toutefois non seulement savoir si une enquête pénale est en cours contre une entreprise soumise à surveillance ou ses dirigeants, mais aussi si et comment des enquêtes pénales antérieures ont été menées à bien. Ce n'est qu'en ayant **accès** aux dossiers des procédures pénales **en cours** *et* **clôturées** que les autorités de surveillance disposent de toutes les informations dont elles ont besoin pour octroyer, refuser ou retirer des autorisations ou ordonner des mesures prudentielles. Leur droit d'accès aux informations devrait leur permettre d'assumer de manière proactive leurs tâches de protection de la réputation et de l'intégrité de la place financière, ainsi que de protection des créanciers et du bon fonctionnement du marché. 41

Le droit d'accès des autorités de surveillance est donc complet : les autorités pénales peuvent leur communiquer toutes les informations et leur transmettre tous les documents qu'elles demandent dans le cadre de l'accomplissement de 42

leurs tâches. La possibilité d'échange entre les autorités pénales et les autorités de surveillance est donc plus étendue dans son **champ d'application** que celle entre le bureau de communication et les autorités de surveillance sur la base de l'art. 29, al. 1, LBA, qui se limite à l'application et à l'exécution de la loi sur le blanchiment d'argent.

43 Alors que le droit d'accès des autorités de surveillance est très étendu, la présente disposition préserve la marge de manœuvre des autorités pénales en ce qui concerne le **moment de** la communication des informations et des documents demandés : les autorités pénales sont habilitées et tenues de fournir les informations demandées, pour autant que cela ne nuise pas à la procédure pénale et que la divulgation des informations ne soit pas (ou plus) contraire à l'intérêt de la poursuite pénale.

44 Outre l'art. 29a, al. 4, LBA, l'art. 38 LFINMA, révisé à l'époque, s'applique depuis le 1er janvier 2016 en tant que disposition supplémentaire en matière d'entraide judiciaire et administrative pour les échanges entre les autorités de poursuite pénale et la FINMA, mais la relation entre ces normes n'est pas réglementée par la loi et reste donc floue. Alors que l'art. 38 LFINMA régit l'**échange réciproque** entre la FINMA et les autorités de poursuite pénale dans le cadre de l'entraide administrative et judiciaire, l'art. 29a, al. 3, LBA ne couvre que l'échange unilatéral entre ces autorités, dans la mesure où l'autorité pénale communique et transmet des informations et des documents issus de ses procédures. La relation entre les procédures pénales et les procédures de surveillance en matière d'échange d'informations, qui fait l'objet de controverses en raison des obligations de coopération administrative des assujettis, ne joue donc aucun rôle dans le champ d'application de l'art. 29a LBA et ne sera pas approfondie ici.

45 Les dispositions légales diffèrent également en ce sens que l'art. 29a LBA prévoit que les autorités pénales doivent transmettre les informations et les documents **demandés par les autorités de surveillance**. L'art. 38 LFINMA contient en outre une autorisation générale de communication des autorités pénales à la FINMA : les informations, qui comprennent non seulement des renseignements mais aussi des documents, doivent pouvoir être transmises rapidement et sans formalités par les autorités pénales à la FINMA, non seulement à la demande de cette dernière, mais **également de leur propre initiative**.

En vertu du renvoi à l'art. 42ter, al. 3, LPMG, l'art. 38 LFINMA s'applique également aux échanges entre les autorités de poursuite pénale et le Bureau central du contrôle des métaux précieux. 46

Pour la CFMJ, une disposition légale expresse relative à l'entraide administrative et judiciaire avec les autorités de poursuite pénale figure à l'art. 102, al. 2, LBA du 29 septembre 2017, et pour l'autorité intercantonale, à l'art. 111, al. 2, du même acte législatif. Comme l'autorité intercantonale ne dispose d'aucune compétence en matière de poursuite pénale, l'art. 111, al. 2, LFMG ne contient aucune disposition relative à la coordination réciproque des procédures. 47

## B. Autorités de surveillance : coordination des procédures avec les autorités de poursuite pénale (al. 4)

L'intérêt de la poursuite pénale bénéficie d'une protection particulière pendant les **procédures pénales en cours**. Contrairement aux alinéas précédents, l'al. 4 ne concerne donc que la coordination des procédures entre les autorités de surveillance et les autorités de poursuite pénale et ne s'applique pas aux tribunaux de jugement. Dans le cas de procédures pénales et de surveillance parallèles, l'échange d'informations doit permettre d'éviter les doublons et de garantir une collaboration efficace entre les autorités de poursuite pénale et les autorités de surveillance. Dans le même temps, il convient de veiller à ce que les informations et les documents issus de la procédure pénale préliminaire ne soient pas rendus accessibles à des parties à la procédure ou à des tiers à un moment inopportun en raison d'une intervention des autorités de surveillance. Une intervention des autorités de surveillance pourrait alerter prématurément les personnes concernées et compromettre, voire empêcher, l'accès ultérieur des autorités de poursuite pénale aux moyens de preuve nécessaires à la procédure pénale. Si les intérêts des créanciers, des investisseurs ou des assurés sont gravement menacés et si l'intervention de l'autorité de surveillance ne peut être reportée pour écarter le danger, l'information et la coordination apparaissent particulièrement importantes. Cela vaut d'autant plus que l'accès des autorités de poursuite pénale aux informations et aux documents dont dispose la FINMA est régulièrement contesté par les assujettis au motif qu'ils sont soumis à des obligations de coopération en matière administrative. 48

49 Les autorités de surveillance sont donc tenues, de manière générale, de **coordonner** leurs **interventions** auprès de l'intermédiaire financier concerné avec les autorités de poursuite pénale. Avant de transmettre les informations et les documents reçus des autorités de poursuite pénale, les autorités de surveillance sont en outre expressément tenues de consulter ces dernières, sans que la forme que doit prendre cette consultation et la nécessité d'obtenir l'accord des autorités de poursuite pénale ne soient précisées. Selon les explications fournies dans le message, le législateur estime toutefois souhaitable que l'autorité de surveillance se concerte avec les autorités de poursuite pénale dès réception des informations et des documents afin d'éviter toute atteinte à la procédure pénale en cours.

50 Après l'entrée en vigueur de l'art. 38 LFINMA révisé, la FINMA a signé avec le Ministère public de la Confédération et différents ministères publics cantonaux des protocoles d'accord (Memoranda of Understanding) relatifs à la coopération, qui contiennent des accords sur la forme et le contenu des demandes réciproques d'entraide administrative et judiciaire.

## BIBLIOGRAPHIE

Naegeli Vera, Kommentierung zu Art. 29 GwG, in: Hsu Peter/Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Naegeli Vera, Kommentierung zu Art. 29a GwG, in: Hsu Peter/Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Beuret Arnaud, Kommentierung zu Art. 29a GwG in: Kunz Peter/Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz, Bern 2017.

Schwob Renate/Wolfgang Wohlers, Kommentierung zu Art. 38 FINMAG, in Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019.

## MATÉRIAUX

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17.6.1996, BBl 1996 1101 ff.,

abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 10.8.2024 (zit. Botschaft GwG 1996).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 1.2.2006, BBl 2006 2829 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/303/de, besucht am 29.3.2025 (zit. Botschaft FINMAG 2006).

Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Group d'action financière (GAFI) vom 15.6.2007, BBl 2007 6269 ff, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/938/de, besucht am 10.8.2024 (zit. Botschaft GAFI 2007).

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27.06.2012, BBl 2012 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1031/de, besucht am 24.3.2025 (zit. Botschaft GwG 2012).

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Group d'action financière (GAFI) vom 13.12.2013, BBl 2014 605 ff, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/100/de, besucht am 29.3.2025 (zit. Botschaft GAFI 2014).

Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) vom 3.12.2014, BBl 2014 7483 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/1633/de, besucht am 29.3.2025 (zit. Botschaft FinfraG 2014).

Botschaft zum Geldspielgesetz vom 21.10.2015, BBl 2015 8387 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2015/2141/de, besucht am 10.8.2024 (zit. Botschaft BGS 2015).

Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem zugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität vom 14.9.2018, BBl 2018 6427 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2301/de, besucht am 11.8.2024.

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage bezüglich der Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 1.6.2018, abrufbar unter https://

www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52554.pdf, besucht am 11.8.2024.

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 11.8.2024 (zit. Botschaft GwG 2019).

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage bezüglich des Bundesgesetzes über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen vom 30.8.2023, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/82297.pdf, besucht am 12.8.2024.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen vom 22.5.2024, BBl 2024 1607 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/1607/de, besucht am 24.3.2025 (zit. Botschaft TJPG 2024).

Bundesamt für Polizei, Die Praxis der Meldestelle; eine Zusammenfassung der Praxis seit 2004, Bern, März 2016.

Egmont Group of Financial Intelligence Units: Principles for Information exchange between financial intelligence units vom 28.10.2013, abrufbar unter https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/Egmont-Group-of-Financial-Intelligence-Units-Principles-for-Information-Exchange-Between-Financial-Intelligence-Units.pdf, besucht am 12.8.2024.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Leitlinien zur Rechtshilfe gegenüber inländischen Strafbehörden vom 20.11.2015, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/3durchsetzung/leitlinien-zur-rechtshilfe-gegenüber-inländischen-strafbehörden.pdf?sc_lang=de&hash=3474150F154945950326994961137 56Ff, besucht am 30.3.2025.

Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK); Bericht über die Prüfung der Aufgabenerfüllung der Meldestelle für Geldwäscherei vom 20.12.2021, abrufbar unter https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/sicherheit_und_umwelt/justiz_und_polizei/20146/20146be-endgueltige-fassung-v04.pdf, besucht am 30.3.2025.

Financial Action Task Force (FATF), International Standards on Combating Money laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation (FATF-Recommendations) 2012, updated February 2025, abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf, besucht am 30.3.2025.

Financial Action Task Force (FATF)/Groupe d'actioin financière (GAFI), 3ème Rapport d'Évaluation mutuelle de la Lutte Anti-Blanchiment de capitaux et contre le Financement du terrorisme, Suisse, Novembre 2005, Zusammenfassung abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/mer%20switzerland%20resume.pdf.coredownload.pdf, besucht am 30.3.2025.

FATF (2016), Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Switzerland, Fourth Round Mutual Evaluation Report, FATF Paris, abrufbar unter https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/images/mer/mer-switzerland-2016.pdf, besucht am 12.8.2024.

Meldestelle für Geldwäscherei, Jahresberichte 1999 bis 2024, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/publikationen.html, besucht am 8.10.2025.

Vorentwurf und erläuternder Bericht bezüglich der Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem zugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität vom Juni 2017, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/terror-europarat.html, besucht am 11.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 29b LBA

Un commentaire de Tina Triller

PROPOSITION DE CITATION

Tina Triller, Commentaire de l'art. 29b LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Triller, art. 29b LBA N. XXX

**Section 1*a* Collaboration avec les organismes de surveillance et les organismes d'autorégulation**

**Art. 29*b***

[1] Le bureau de communication peut échanger avec les organismes de surveillance et les organismes d'autorégulation tous les renseignements nécessaires à l'application de la présente loi.

[2] Il ne peut transmettre aux organismes de surveillance et aux organismes d'autorégulation des informations provenant d'autorités pénales qu'avec l'autorisation expresse de ces dernières.

[3] Il ne peut transmettre aux organismes de surveillance et aux organismes d'autorégulation des informations provenant d'un

homologue étranger qu'avec l'autorisation expresse de ce dernier, et uniquement aux fins mentionnées à l'art. 29, al. 2$^{bis}$.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction ..... 612
II. Échange d'informations avec les organismes d'autorégulation (OAR) et les organismes de surveillance (OOrgA) (art. 29b, al. 1, LBA) ..... 612
A. Institutions habilitées à fournir une assistance administrative ..... 612
B. «Disposition potestative» ..... 613
C. Échange de «renseignements» ..... 613
D. La limitation de l'échange d'informations à des fins spécifiques ..... 613
III. Consentement des autorités de poursuite pénale (art. 29b al. 2 LBA) ..... 614
IV. Restriction d'utilisation lors de la transmission d'informations étrangères (art. 29b al. 3 LBA) ..... 614
Bibliographie ..... 615
Matériaux ..... 615

# I. INTRODUCTION

1 La création de l'article 29b LBA a permis d'étendre logiquement l'échange d'informations au niveau national aux organismes d'autorégulation et de surveillance (les « autorités de surveillance parastatales »), qui peuvent échanger avec le bureau de communication toutes les informations nécessaires à l'application de la LBA. Cette extension de la loi, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2023, renforce la coopération nationale et garantit la conformité avec les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI). Le contenu de l'art. 29b LBA est pratiquement identique à la disposition relative à l'échange d'informations avec les autorités de surveillance selon l'art.
29 al. 1 LBA, c'est pourquoi les explications suivantes renvoient souvent à OK-Triller, art. 29 LBA, N. 9 et suivants.

# II. ÉCHANGE D'INFORMATIONS AVEC LES ORGANISMES D'AUTORÉGULATION (OAR) ET LES ORGANISMES DE SURVEILLANCE (OORGA) (ART. 29B, AL. 1, LBA)

2 L'art. 29b LBA constitue la base légale de l'échange d'informations entre le bureau de communication et les organismes d'autorégulation (OAR) et les organismes de surveillance (OOrgA). Sur le fond, cet échange d'informations est substantiellement aligné sur l'art. 29 al. 1 LBA, car les OAR et les OOrgA doivent également avoir accès aux informations détenues par le MROS en tant qu'autorités de surveillance parastatales. L'entraide administrative est réciproque.

## A. Institutions habilitées à fournir une assistance administrative

3 Les OAR «**reconnus officiellement**» sont couverts par l'art. 29b al. 1 LBA. Selon l'art. 24 LBA, il s'agit des OAR qui sont reconnus et surveillés par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et qui disposent en outre d'une compétence légale en matière de réglementation et de surveillance des intermédiaires financiers affiliés. Tous les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA (art. 14 al. 1 LBA) doivent s'affilier à un OAR.

Outre les OAR, le bureau de communication peut également échanger des informations avec les OOrgA. En tant qu'autorité de surveillance parastatale, une OOrgA doit disposer d'une autorisation de la FINMA pour exercer son activité de surveillance des marchés financiers et mettre en œuvre son mandat légal. Tous les gestionnaires de fortune et trustees indépendants soumis à la surveillance doivent s'affilier à une OOrgA (art. 5 en liaison avec l'art. 61 LEFin). 4

## B. «Disposition potestative»

Comme pour l'art. 29 al. 1 LBA, la réglementation de l'échange d'informations avec les organismes d'autorégulation et de surveillance est une «**disposition potestative**». La décision de fournir une assistance administrative incombe au MROS, aux OAR ou aux OOrgA. 5

L'entraide administrative peut être accordée sur demande expresse ou spontanément. 6

## C. Échange de «renseignements»

Conformément à l'art. 29 al. 1 LBA, le bureau de communication et les autorités de surveillance parastatales peuvent uniquement échanger des renseignements, mais pas de documents. Cela signifie que les renseignements transmis doivent être fournis sous **forme de rapport** et sans envoi de documents (originaux). 7

Pour plus d'explications sur la pratique et les problèmes qui en découlent lors de la transmission de «renseignements», voir OK-Triller, art. 29 LBA, N. 13 et suivants. 8

## D. La limitation de l'échange d'informations à des fins spécifiques

L'échange d'informations entre le MROS et les organismes d'autorégulation et de surveillance est limité à l'**application de la loi sur le blanchiment d'**argent. Cette affectation précise les informations que les autorités peuvent échanger entre elles. 9

Par analogie avec l'art. 29 al. 1 LBA, l'article de la LBA relatif à l'affectation des données couvre toutes les informations relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent, à la lutte contre le financement du terrorisme et à la 10

garantie de la diligence requise dans les opérations financières. Ce dernier point inclut également les obligations de diligence des intermédiaires financiers ou les obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent (voir également OK-Triller, art. 29 LBA, N. 12 et suivants).

## III. CONSENTEMENT DES AUTORITÉS DE POURSUITE PÉNALE (ART. 29B AL. 2 LBA)

11 Contrairement à l'entraide administrative entre le MROS et les autorités de surveillance conformément à l'art. 29 al. 1 LBA, le bureau de communication ne peut transmettre des informations des autorités de poursuite pénale aux OAR et OOrgA qu'avec leur **consentement explicite**.

12 Dans le rapport sur les résultats de la consultation relative à la modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, il a été noté que cette disposition devait permettre de tenir compte d'éventuels conflits d'intérêts et d'adapter la législation aux dispositions relatives aux bureaux de communication étrangers. L'objectif final est d'assurer l'égalité de traitement entre les autorités de surveillance parastatales et les bureaux de communication étrangers (art. 30, al. 5, LBA).

## IV. RESTRICTION D'UTILISATION LORS DE LA TRANSMISSION D'INFORMATIONS ÉTRANGÈRES (ART. 29B AL. 3 LBA)

13 Par analogie avec la disposition de l'art. 29 al. 2$^{ter\ de}$ la LBA, les informations provenant de bureaux de communication étrangers ne peuvent être transmises à l'OAR et à l'OOrgA qu'avec leur **accord explicite**. En outre, l'art. 29b al. 3 de la LBA renvoie expressément aux dispositions de l'art. 29 al. 2$^{bis\ de}$ la LBA et donc à l'application par analogie de l'art. 30 al. 2-5 de la LBA.

14 Pour des explications détaillées sur les questions d'interprétation qui s'y rapportent, voir OK-Triller, art. 29 LBA, N. 47 et suivants.

## BIBLIOGRAPHIE

Nägeli Vera, Kommentierung zu Art. 29 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel, Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Zürich 2021.

## MATÉRIAUX

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2019-1932-de-pdf-a.pdf, besucht am 27.8.2024 (zit. Botschaft GwG 2019).

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz), Ergebnisbericht vom 26.6.2019, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/57537.pdf, besucht am 27.8.2024 (zit. Ergebnisbericht 2019).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 30 LBA

Un commentaire de Nathalie Kläy / Simon Zaugg

PROPOSITION DE CITATION

Nathalie Kläy/Simon Zaugg, Commentaire de l'art. 30 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kläy/Zaugg, art. 30 LBA N. XXX.

**Section 2 Collaboration avec les autorités étrangères**

**Art. 30 Collaboration avec les homologues étrangers**

[1] Le bureau de communication peut transmettre à un homologue étranger les données personnelles et les autres informations dont il dispose ou qu'il peut obtenir en vertu de la présente loi si ce dernier remplit les conditions suivantes:

a. il s'engage à utiliser les informations transmises exclusivement à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et les infractions préalables au blanchiment, contre la criminalité organisée ou contre le financement du terrorisme;

b. il s'engage à donner suite à une demande d'informations similaire provenant de la Suisse;

c. il s'engage à garantir le respect du secret de fonction ou du secret professionnel;

d. il s'engage à ne transmettre les informations obtenues à des tiers qu'avec l'autorisation expresse du bureau de communication;

e. il respecte les charges et les restrictions d'utilisation exigées par le bureau de communication.

[2] Il peut notamment transmettre les informations suivantes:

a. le nom de l'intermédiaire financier ou du négociant, dans la mesure où l'anonymat de la personne qui a adressé une communication ou qui a respecté le devoir d'informer visé par la présente loi est garanti;

b. le nom du titulaire du compte, le numéro de compte et le montant des avoirs déposés;

c. l'identité des ayants droit économiques;

d. des indications sur les transactions.

[3] Il transmet ces informations sous forme de rapports.

[4] Il peut autoriser un homologue étranger à transmettre les informations à des autorités tierces si ces dernières donnent les garanties suivantes:

a. elles utiliseront ces informations exclusivement:

à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et les infractions préalables au blanchiment, contre la criminalité organisée ou contre le financement du terrorisme, ou

dans le but d'ouvrir une procédure pénale pour blanchiment d'argent ou infraction préalable au blanchiment, pour criminalité organisée ou financement du terrorisme, ou afin de justifier une demande d'entraide judiciaire dans le cadre d'une telle procédure pénale;

b. elles n'utiliseront pas ces informations dans le but de poursuivre des infractions qui ne constituent pas, en vertu du droit suisse, des infractions préalables au blanchiment d'argent;

c. elles n'utiliseront pas ces informations comme éléments de preuve;

d. le secret de fonction ou le secret professionnel sera respecté.

[5] Si la demande de transmission à une autorité étrangère tierce concerne des faits faisant l'objet d'une procédure pénale en Suisse, le bureau de communication demande l'autorisation préalable du ministère public chargé de conduire la procédure.

[6] Le bureau de communication est habilité à régler les modalités de la collaboration avec ses homologues étrangers.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités ..... 622
A. Historique ..... 622
B. Échange d'informations entre CRF ..... 624
1. Rapport avec l'étranger des déclarations d'opérations suspectes ..... 624
2. Détermination de la finalité ..... 624
3. Compétences élargies du MROS ..... 625
4. Groupe Egmont ..... 626
II. Transmission d'informations à des cellules de renseignement financier étrangères (al. 1) ..... 627
A. Conditions pour l'échange d'informations avec des CRF étrangères ..... 627
B. Types d'informations ..... 627
1. Informations financières ..... 627
2. Données personnelles et informations policières ..... 628
C. Utilisation à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent (let. a) ..... 628
1. Échange d'informations à des fins d'analyse ..... 628
2. Lien avec le blanchiment d'argent ..... 629
D. Principe de réciprocité (let. b) ..... 630
E. Secret de fonction ou professionnel (let. c) ..... 631
F. Interdiction de transmission sans consentement exprès (let. d) ..... 631
G. Possibilité pour le MROS d'imposer des conditions supplémentaires et des restrictions d'utilisation (let. e) ..... 632
III. Exemples d'informations à transmettre (al. 2) ..... 633
A. Échange d'informations financières ..... 633
B. Nom de l'auteur de la communication (let. a) ..... 634
1. Préservation de l'anonymat ..... 634
2. Obligation d'informer ..... 635
C. Autres informations financières exemplaires (let. b-d) ..... 635
IV. Forme des rapports (al. 3) ..... 636
V. Transmission à une autorité étrangère tierce (al. 4) ..... 637
A. Généralités ..... 637
B. Possibilités d'utilisation des informations par une autorité tierce étrangère (let. a) ..... 638
1. Transmission à des fins d'analyse ..... 638
2. Transmission à des fins répressives ..... 638
C. Double incrimination (let. b) ..... 639
1. Pratique du MROS ..... 639
2. Différence avec l'art. 30 al. 1 let. a LBA ..... 639
D. Interdiction d'utilisation comme moyen de preuve (let. c) ..... 639
E. Secret de fonction ou secret professionnel (let. d) ..... 640

VI. Obligation d'autorisation dans les procédures pénales suisses (al. 5) ..... 640
A. Généralités ..... 640
B. Primauté de la poursuite pénale suisse ..... 640
C. Sources d'information ..... 641
D. Pratique du MROS ..... 641
VII. Memorandum of Understanding (al. 6) ..... 642
A. Pouvoir de conclusion du MROS ..... 642
B. Raisons justifiant un protocole d'accord ..... 643
C. Pratique du MROS ..... 643
Bibliographie ..... 644
Matériaux ..... 644

# I. GÉNÉRALITÉS

1 L'art. 30 LBA règle la **collaboration** du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) avec les bureaux de communication étrangers (on utilise aussi souvent la désignation anglaise Financial Intelligence Unit ou, en abrégé, « FIU » pour bureau de communication).

2 L'article peut être divisé en trois parties thématiques. La première partie thématique, qui se compose des al. 1 à 3 de l'art. 30 LBA, traite de la **transmission** d'informations du bureau de communication à une autorité partenaire étrangère. Elle définit les conditions que le bureau de communication étranger doit remplir pour que le MROS puisse livrer des données personnelles et d'autres informations. Le type d'informations transmises et la forme de la transmission sont en outre précisés.

3 Al. 4 et 5 constituent la deuxième partie thématique de l'art. 30 LBA. Ils règlent la **transmission** par le bureau de communication étranger à une autorité tierce des informations fournies par le MROS. D'une part, les conditions à remplir par l'autorité tierce lors d'une telle transmission sont définies. D'autre part, elle détermine la procédure à suivre par le MROS dans le cas où la demande de transmission des informations par le bureau de communication étranger à une autorité tierce concerne des faits qui font l'objet d'une procédure pénale en Suisse.

4 La troisième et dernière partie thématique de l'art. 30 LBA concerne l'al. 6, qui donne au bureau de communication la compétence de régler lui-même **les modalités de la collaboration** avec les bureaux de communication étrangers.

## A. Historique

5 Lorsqu'on examine l'art. 30 LBA, il est important de mentionner que celui-ci n'est entré en vigueur que le 1er novembre 2013. Cela signifie qu'au cours des quelque 16 premières années de son existence, le MROS n'a pas été autorisé à échanger des informations financières, telles que le titulaire d'un compte, le numéro de compte ou des informations sur des transactions, avec des autorités partenaires étrangères, en raison du secret bancaire et du secret de fonction - et ce, bien que le MROS représente la *Financial* Intelligence Unit suisse. Par conséquent, l'entrée en vigueur de l'art. 30 LBA, en plus des

**nouvelles compétences** qu'il confère au bureau de communication suisse, est remarquable dans la mesure où ce nouvel article a supprimé la primauté du secret bancaire et du secret de fonction dans l'échange d'informations entre le MROS et les bureaux de communication étrangers. Avant le 1er novembre 2013, l'échange international d'informations du bureau de communication suisse reposait sur l'art. 32 al. 2 LBA et consistait essentiellement en données personnelles et en informations sur les procédures pénales en cours en Suisse, avec renvoi à d'autres canaux, tels que le canal de la police ou de l'entraide judiciaire. L'art. 32 al. 2 LBA, rendu superflu par le nouvel art. 30 LBA, a donc été supprimé sans être remplacé.

L'entrée en vigueur de l'art. 30 LBA a été précédée d'une forte **pression internationale**. En février 2012, le Groupe d'action financière (GAFI) a révisé ses recommandations en ce sens que les bureaux de communication doivent être autorisés à échanger entre eux toutes les informations, y compris les informations financières. Selon le texte révisé et les notes interprétatives, cela incluait désormais explicitement les informations financières contenues dans les communications des intermédiaires financiers. Cette révision du GAFI concernant l'échange d'informations financières représentait un conflit avec le secret bancaire et le secret de fonction suisses. Ainsi, la possibilité de transmettre des informations financières au MROS n'a été introduite que très tardivement en comparaison internationale. Il a été le dernier bureau de communication du Groupe Egmont à bénéficier de cette extension de compétence - sans quoi il aurait été menacé d'exclusion du Groupe Egmont. Indépendamment de cela, la Suisse avait toutefois aussi intérêt à pouvoir échanger des informations financières au-delà des frontières. Les bureaux de communication étrangers pouvaient en effet refuser de transmettre des informations financières au MROS tant que celui-ci ne fournissait pas de telles informations de son côté. Cela nuisait à l'efficacité et au succès de la lutte contre le blanchiment d'argent et ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme. 6

L'art. 30 LBA n'a pas seulement donné au MROS la possibilité d'échanger **des informations financières** avec des autorités partenaires étrangères, mais aussi la compétence de régler lui-même la collaboration avec les bureaux de communication étrangers (al. 6). Il s'agit dans la pratique d'un protocole d'accord (Memorandum of Understanding). Avant le 1er novembre 2013, 7

l'approbation des protocoles d'accord avec d'autres bureaux de communication était réservée au Conseil fédéral.

## B. Échange d'informations entre CRF

### 1. Rapport avec l'étranger des déclarations d'opérations suspectes

8 L'échange d'informations entre les CRF est d'une importance capitale pour lutter efficacement contre le blanchiment d'argent et ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme, tant au niveau national qu'international. Cette importance est évidente si l'on considère que la majorité des communications de soupçons reçues par le MROS ont un **lien avec l'étranger** . Conformément à l'art. 23 LBA, le MROS analyse les communications de soupçons transmises par les intermédiaires financiers suisses et décide d'une éventuelle dénonciation à une autorité de poursuite pénale suisse. La difficulté du Bureau de communication consiste souvent à démontrer quelle infraction préalable a pu précéder les soupçons de blanchiment d'argent. Si la communication de soupçons présente un lien avec l'étranger, le Bureau de communication peut recourir à la voie rapide et simple de l'échange international d'informations entre les bureaux de communication. Cela permet au MROS d'obtenir des informations potentiellement pertinentes de l'étranger et de les intégrer dans la transmission à une autorité de poursuite pénale suisse. L'échange d'informations est soit initié par une demande de la part du bureau de communication, soit peut avoir lieu spontanément par des FIU partenaires à l'étranger qui transmettent de manière autonome des informations potentiellement pertinentes pour le bureau de communication et ayant un lien avec la Suisse (informations spontanées).

### 2. Détermination de la finalité

9 Les informations provenant d'une CRF étrangère et transmises par le MROS à une autorité de poursuite pénale suisse simplifient considérablement d'éventuelles **demandes d'entraide judiciaire internationale** par les autorités de poursuite pénale suisses. Grâce à l'échange d'informations, le MROS peut ainsi obtenir des informations centrales (dans la pratique, il s'agit principalement d'informations financières) de manière rapide et efficace par rapport aux demandes d'entraide judiciaire souvent longues et formelles. Le

soutien à l'entraide judiciaire internationale constitue l'un des principaux objectifs de l'échange entre CRF.

Dans ce contexte, le bureau de communication suisse peut, dans certaines circonstances, choisir d'envoyer les informations contenues dans la communication de soupçons à un bureau de communication étranger plutôt que de les transmettre à une autorité de poursuite pénale suisse. Cela est particulièrement judicieux lorsqu'une procédure concernant les faits en question est déjà en cours à l'étranger ou lorsqu'il faut partir du principe que l'autorité de poursuite pénale suisse n'entrera pas en matière. Dans ce cas de figure - ainsi que lorsque le MROS répond à des demandes d'autorités partenaires étrangères -, la **valeur ajoutée**, souvent sous-estimée, des informations provenant de communications de soupçons d'intermédiaires financiers suisses et non transmises à une autorité de poursuite pénale suisse apparaît clairement. La valeur ajoutée du MROS ne réside donc pas seulement dans sa fonction de « filtre » souvent citée entre les intermédiaires financiers et les autorités de poursuite pénale, mais aussi dans l'échange ciblé d'informations financières pertinentes avec des autorités partenaires étrangères. Dans ce contexte, les informations transmises par le bureau de communication suisse à des CRF étrangères, outre leur pertinence pour l'analyse effectuée de manière autonome par le bureau de communication étranger ou pour l'ouverture d'une procédure pénale, revêtent une importance centrale pour permettre ou compléter les demandes d'entraide judiciaire adressées par l'étranger à une autorité suisse. 10

## 3. Compétences élargies du MROS

L'entrée en vigueur de l'art. 11a al. $2^{bis}$ LBA le 1er juillet 2021 doit être mentionnée comme une grande **étape** concernant la collaboration du MROS avec les bureaux de communication étrangers. Depuis cette date, le bureau de communication suisse a la possibilité de demander des informations supplémentaires aux intermédiaires financiers soumis à la LBA sur la base d'informations reçues de l'étranger (notamment des informations spontanées et des demandes). Cette compétence a permis d'élargir les compétences du MROS au profit d'une collaboration ciblée et efficace avec les autorités partenaires étrangères. Avant l'entrée en vigueur de l'art. 11a al. $^{2bis}$ LBA, le MROS ne pouvait, dans le cadre de la coopération internationale, demander des informations aux intermédiaires financiers soumis à la LBA que si ces 11

informations étaient en rapport avec une communication de soupçons déjà reçue.

### 4. Groupe Egmont

12 Afin de garantir que l'échange d'informations entre les bureaux de communication se déroule en **toute sécurité et sur la base de règles**, malgré son caractère plus informel que les demandes d'entraide judiciaire, le Groupe Egmont a été créé en 1995. Le MROS en est membre depuis le début de son existence, c'est-à-dire depuis 1998. En août 2024, 177 CRF au total étaient membres du Groupe Egmont, et la tendance est à la hausse. Ces 177 membres couvrent toutes les régions du monde, mais il y a encore quelques lacunes sur la carte, notamment en Asie et en Afrique. Les CRF membres du Groupe Egmont peuvent échanger des informations via Egmont Secure Web, un système de communication électronique. Il convient de mentionner que ni l'art. 30 LBA ni aucun autre article de loi ne limite le MROS à l'échange d'informations uniquement avec les membres du Groupe Egmont. Le message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 27 juin 2012 précise au contraire que l'art. 30 LBA s'applique aussi bien à l'échange d'informations avec les bureaux de communication du Groupe Egmont qu'avec les CRF de tous les autres Etats. Or, dans la pratique, le bureau de communication suisse n'échange en principe des informations qu'avec les membres du Groupe Egmont. Les principales raisons en sont, d'une part, un certain « label de qualité » du bureau de communication étranger du fait de son appartenance au Groupe Egmont et, d'autre part, le canal de communication disponible au moyen d'Egmont Secure Web. En fonction des faits et des caractéristiques du bureau de communication étranger (p. ex. indépendance par rapport à d'autres autorités, organisation interne ou respect de la protection des données), il est envisagé de répondre à la demande d'une CRF qui n'est pas membre du Groupe Egmont, pour autant que cela serve les intérêts du bureau de communication.

13 Les **principes** régissant l'échange d'informations entre les CRF, qui sont contraignants pour les membres du Groupe Egmont, garantissent que les CRF échangent des informations en vue de lutter contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment, le crime organisé et le financement du terrorisme de manière rapide, constructive et efficace. Dans ce contexte, le

non-respect des principes contraignants peut, dans le pire des cas, entraîner l'exclusion d'un bureau de communication du Groupe Egmont.

## II. TRANSMISSION D'INFORMATIONS À DES CELLULES DE RENSEIGNEMENT FINANCIER ÉTRANGÈRES (AL. 1)

### A. Conditions pour l'échange d'informations avec des CRF étrangères

Le premier alinéa de l'art. 30 LBA règle - avec les al. 2 et 3 - la transmission d'informations par le bureau de communication à une CRF étrangère. A cet égard, l'al. 1 énumère cinq **conditions** qui doivent être remplies de manière cumulative pour que le bureau de communication suisse puisse transmettre des informations à l'autorité partenaire à l'étranger. 14

### B. Types d'informations

En principe, le bureau de communication peut échanger avec une CRF partenaire des informations **de tout type** (c.-à-d. des informations financières, des données personnelles, des informations policières) dont il dispose déjà soit en recevant des communications de soupçons conformément à l'art. 9 LBA (obligation de communiquer) ou à l'art. $^{305ter}$, al. 2, CP (droit de communication), soit qu'il peut se procurer au moyen de l'art. 11a, al. 1 à $^{2bis}$, LBA et de l'art. 29, al. 2, LBA. 15

#### 1. Informations financières

Dans la pratique, l'accent est clairement mis sur l'échange d'**informations financières**. Celui-ci génère la plus grande valeur ajoutée dans la collaboration entre le MROS et les bureaux de communication étrangers, car ces informations ne sont généralement disponibles au niveau national qu'auprès du MROS ou ne peuvent être obtenues que par ce dernier. A cet égard, l'art. 11a al. $^{2bis}$ LBA, déjà évoqué au chapitre I.B.3, apporte sans aucun doute la plus grande contribution à cette génération de valeur ajoutée dans l'échange d'informations financières avec les FIU partenaires. Avant que cette compétence du MROS n'entre en vigueur le 1er juillet 2021, l'échange international d'informations via le canal des CRF, qui repose sur la réciprocité, était compromis. Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 11a al. $^{2bis}$ 16

LBA, l'échange avec les CRF partenaires s'est fortement amélioré, ce qui est également très important pour la Suisse dans la lutte contre le blanchiment d'argent au niveau national (rappelons ici que la majorité des communications de soupçons des intermédiaires financiers suisses ont un lien avec l'étranger).

### 2. Données personnelles et informations policières

17 Pour le seul échange de données personnelles ou d'informations policières, l'échange entre **autorités policières** s'impose en premier lieu, même si la CRF suisse transmet également de telles informations, qu'elle obtient en accédant à diverses banques de données judiciaires et policières. Cela se produit surtout dans les cas où il n'y a pas encore eu d'échange préalable entre les autorités policières, lorsque la CRF requérante le demande spécifiquement ou en combinaison avec des informations financières. En principe, l'analyse des demandes des CRF se concentre sur les réponses à ces demandes, c'est-à-dire que les informations transmises à la CRF partenaire sont principalement celles qui répondent aux questions posées.

## C. Utilisation à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent (let. a)

18 let. a est la première des cinq conditions cumulatives qui doivent être remplies pour que le MROS puisse transmettre des informations aux FIU partenaires. Cette première condition peut à son tour être divisée en deux conditions distinctes - mais interdépendantes : Premièrement, les informations doivent être utilisées par le bureau de communication étranger exclusivement à **des fins d'analyse** (dans l'échange international d'informations entre CRF, il est toujours question de « for intelligence purposes only ») et deuxièmement, ces informations ne peuvent être utilisées que dans **le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent** et ses infractions préalables, le crime organisé ou le financement du terrorisme.

### 1. Échange d'informations à des fins d'analyse

19 Dans le cadre de la coopération entre CRF, les informations ne sont en principe échangées qu'à **des fins d'analyse**. Cela signifie que les informations peuvent être utilisées à des fins d'analyse, d'enquête et/ou d'obtention d'indices d'enquête, mais pas comme éléments de preuve ou à l'appui d'éléments de preuve. Dans ce dernier cas, il faut toujours passer par la voie

de l'entraide judiciaire. L'échange entre bureaux de communication ne doit jamais permettre de contourner l'entraide judiciaire (la raison en est la préservation des droits des personnes qui font l'objet d'une demande d'entraide judiciaire) et il faut toujours éviter un double canal (échange simultané des mêmes informations via la CRF et le canal de l'entraide judiciaire) pour des raisons d'efficacité.

## 2. Lien avec le blanchiment d'argent

20 La deuxième condition de la let. a est plus complexe. En principe, elle signifie que la demande de la CRF doit contenir des informations qui décrivent explicitement ou implicitement **des actes de blanchiment d'argent** ou qui indiquent une infraction préalable au blanchiment d'argent, au crime organisé ou au financement du terrorisme. Il convient de souligner que, dans le cadre de l'échange d'informations entre CRF, la condition explicite selon laquelle il doit s'agir d'une infraction préalable « selon le droit suisse » n'est pas exigée par le législateur. A l'art. 30 al. 4 let. b LBA - ce n'est que lorsqu'il s'agit de la transmission d'informations du MROS par la CRF partenaire à des autorités tierces étrangères - que cela devient une condition. Dans la pratique, on interprète toutefois la condition partielle « dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et ses infractions préalables, le crime organisé ou le financement du terrorisme » selon le droit suisse. Selon l'art. $^{305bis}$ al. 1 CP, sont considérées en Suisse comme des infractions préalables au blanchiment d'argent toutes les actions portant sur des valeurs patrimoniales qui découlent d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. $^{305bis}$ al. $^{1bis}$ CP. Toutefois, dans une demande de CRF, l'infraction préalable ne doit pas être explicitement mentionnée par la CRF partenaire - il suffit que les éventuels actes de blanchiment d'argent ressortent de l'état de fait de la lettre d'information. Les CRF partenaires, dont la compétence principale est de transmettre des soupçons fondés aux autorités de poursuite pénale, se trouvent souvent à un stade précoce de l'analyse et n'ont pas encore elles-mêmes d'indices sûrs pour pouvoir déterminer définitivement l'infraction préalable. Par analogie, les indices de blanchiment d'argent figurant dans l'annexe de l'OBA-FINMA sont en principe considérés comme des indicateurs d'actes de blanchiment d'argent. Si aucune infraction préalable n'est explicitement mentionnée dans une demande d'une CRF, le MROS peut échanger des informations avec une CRF partenaire à des fins d'analyse (et, le cas échéant, pour déterminer l'infraction préalable). Toutefois,

si la FIU partenaire mentionne explicitement une infraction préalable qui, selon la loi suisse, n'est pas une infraction préalable au blanchiment d'argent, et si aucun autre lien ne peut être établi avec un crime (par exemple par l'existence d'une communication d'un intermédiaire financier suisse), le MROS ne transmettra aucune information à ce sujet à la FIU partenaire requérante.

21 Chaque juridiction a bien entendu ses propres lois et donc d'autres infractions préalables au blanchiment d'argent. Toutefois, la plupart des pays ont une **conception similaire** du blanchiment d'argent et de ses infractions principales. Dans l'annexe de son document de recommandation, le GAFI dresse une liste d'infractions qui fixe des exigences minimales pour les infractions préalables au blanchiment d'argent (« Designated categories of offences »). Dans la pratique, le MROS procède à des clarifications approfondies pour deux infractions avant de fournir des informations à un bureau de communication étranger ou de lui donner l'autorisation de les transmettre à des autorités étrangères tierces : Délits fiscaux et évasion de sanctions. En cas de soupçon de ce type, le bureau de communication suisse clarifie en principe au préalable si le cas analysé à l'étranger tombe effectivement sous le coup d'une infraction de blanchiment d'argent en Suisse ou non.

## D. Principe de réciprocité (let. b)

22 L'échange entre CRF est toujours un échange donnant-donnant. On attend d'un bureau de communication qu'il échange avec ses partenaires étrangers les informations qu'il peut obtenir en vertu du droit en vigueur dans son pays. Cela est ancré dans la loi par le **principe de réciprocité** de la let. b. En tant que principe général du droit international public et principe de base tant du GAFI (Recommandation 40) que du Groupe Egmont (Principles for Information Exchange between Financial Intelligence Units), il est permis à un Etat de faire dépendre son comportement vis-à-vis d'un autre Etat du comportement de ce dernier dans une situation analogue. Une CRF pourrait donc refuser de coopérer, par exemple en raison d'un manque de réciprocité ou d'une coopération insuffisante répétée. Le MROS peut uniquement se baser sur ses attentes et sur les expériences qu'il a faites jusqu'alors avec une CRF partenaire. Dans la pratique, ce n'est pas toujours aussi simple en raison des différents types de CRF (policière, juridique, administrative) et des

différentes compétences qui en découlent (par exemple, certaines CRF peuvent bloquer des avoirs, d'autres non). En fin de compte, l'objectif commun de toutes les CRF est et reste la lutte contre le blanchiment d'argent et ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme. Cela implique également que les CRF fournissent certaines informations, même si elles savent que leur CRF partenaire ne peut pas le faire en raison d'un manque de compétences dans ce domaine. La let. b crée toutefois la possibilité pour le MROS de pouvoir adapter son comportement vis-à-vis d'une CRF étrangère ou de ne pas devoir échanger certaines informations s'il constate que la CRF partenaire ne fournit pas intentionnellement et systématiquement des informations qu'elle pourrait obtenir dans son cadre légal. Afin que les CRF du Groupe Egmont aient une vue d'ensemble du type de CRF ainsi que des compétences existantes de leurs CRF partenaires, il existe ce que l'on appelle le « recensement biennal d'Egmont », qui est rempli ou actualisé tous les deux ans par toutes les CRF.

## E. Secret de fonction ou professionnel (let. c)

23 La let. c constitue également un principe fondamental du GAFI et du Groupe Egmont (Principles for Information Exchange between Financial Intelligence Units). Cette disposition stipule que tous les collaborateurs d'une CRF doivent s'être engagés juridiquement à respecter le **secret de fonction ou le secret professionnel** et avoir été suffisamment informés des obligations qui en découlent.

## F. Interdiction de transmission sans consentement exprès (let. d)

24 La let. d stipule qu'une CRF ne peut pas transmettre à des tiers les informations qu'elle a reçues sans le **consentement exprès** du MROS. La base de cette disposition se trouve également dans les principes d'échange d'informations entre CRF (Principles for Information Exchange between Financial Intelligence Units) définis par le Groupe Egmont. Les conditions d'une transmission à des autorités étrangères tierces des informations transmises par le MROS à une CRF partenaire sont régies par l'art. 30 al. 4 et 5 LBA. La let. d est importante parce que l'échange d'informations des CRF ne sert jamais qu'à des fins d'analyse et qu'il faut éviter que ces informations ne soient transmises à des autorités qui pourraient les utiliser abusivement comme moyens de preuve. Cela permet de garantir que la source des

informations, c'est-à-dire la CRF qui les a transmises, a le contrôle de leur transmission et de leur utilisation une fois qu'elles ont été transmises à un bureau de communication partenaire. Dans la pratique, cela requiert néanmoins un certain degré de confiance, qui existe généralement entre les membres du Groupe Egmont (et qui doit exister pour que l'échange d'informations entre CRF soit efficace). Le contrôle du respect de cette disposition est également assuré par le Groupe Egmont ou par ses mesures répressives en cas d'infraction (par l'ouverture d'une procédure de non-conformité conformément au processus de soutien et de conformité du Groupe Egmont). En outre, la CRF étrangère devrait assumer les conséquences d'une rupture de confiance et ne recevrait plus d'informations du MROS dans un premier temps - une conséquence qui, compte tenu de l'importance de la place financière suisse, ne doit pas être sous-estimée. Une reprise de l'échange d'informations entre le bureau de communication suisse et la CRF concernée ne serait possible qu'après une explication satisfaisante du non-respect de cette disposition et la mise en place de mesures appropriées visant à empêcher une telle violation à l'avenir.

## G. Possibilité pour le MROS d'imposer des conditions supplémentaires et des restrictions d'utilisation (let. e)

25 La let. e a pour but de préciser que les dispositions des let. a à d ne sont pas des conditions exhaustives, mais que le bureau de communication suisse peut imposer d'autres **conditions et restrictions d'utilisation** à une FFI partenaire, et ce aussi bien dans des cas particuliers que par défaut. Cela n'est toutefois possible que dans la mesure où le respect par le MROS de toutes les prescriptions légales (normes internationales, principes d'assistance administrative, Egmont Principles, etc. Grâce à cette disposition, aucune adaptation légale n'est nécessaire si le disclaimer du bureau de communication suisse devait être modifié.

26 Let. e constitue donc en même temps la base légale pour le **disclaimer** du MROS. Celui-ci est ajouté à chaque lettre d'information de la part de la CRF suisse et varie selon que l'autorisation de transmettre des informations aux autorités étrangères tierces d'une CRF partenaire est accordée ou non. Le MROS-Disclaimer est en soi un résumé des conditions de l'art. 30 al. 1 ou al. 4 LBA et indique en outre que le MROS doit toujours être protégé en tant que source d'informations.

## III. EXEMPLES D'INFORMATIONS À TRANSMETTRE (AL. 2)

### A. Échange d'informations financières

L'al. 2 énumère des exemples non exhaustifs (« notamment ») de différents contenus possibles que le bureau de communication peut transmettre à des autorités partenaires étrangères. En même temps, il constitue la base légale de l'échange d'informations financières avec les CRF étrangères, ce qui fait de l'al. 2 l'**élément central** de l'art. 30 LBA entré en vigueur le 1er novembre 2013. Cet échange d'informations financières représente en principe la plus grande valeur ajoutée de l'échange d'informations entre CRF, car ces informations ne sont généralement disponibles qu'auprès des CRF ou ne peuvent souvent être obtenues que par elles (notamment de manière aussi rapide). Le fait qu'un alinéa (art. 30, al. 2, LBA) soit explicitement et exclusivement consacré à l'échange d'informations financières en souligne l'importance (ainsi, les données personnelles, sur lesquelles reposait principalement l'échange de CRF de la part du MROS avant l'introduction de l'art. 30 LBA, ne sont que brièvement mentionnées à l'al.) 27

Let. a-d sont des exemples d'informations financières qui peuvent être échangées en vertu de cette loi. Le législateur a délibérément laissé ouverte la liste de ces informations financières. L'art. 30 al. 1 LBA prévoit déjà que le bureau de communication peut transmettre **toutes les informations disponibles** à ses autorités partenaires étrangères. Dans la phase d'analyse, une limitation à certaines catégories d'informations financières irait à l'encontre de l'objectif d'une utilisation aussi complète que possible de toutes les informations disponibles. Outre les contenus énumérés à l'art. 30 al. 2 let. a-d LBA, il existe d'autres informations financières qui peuvent être transmises par le MROS à une FIU partenaire étrangère en vertu de cette loi. Les informations financières complémentaires les plus fréquentes dans la pratique sont les informations sur les signataires autorisés, les mandataires, les détenteurs du contrôle, le solde des valeurs patrimoniales impliquées ainsi que les informations KYC (Know Your Customer). 28

Le bureau de communication obtient ces informations financières d'une part grâce aux **communications de soupçons** des intermédiaires financiers suisses au sens de l'art. 9, al. 1, LBA ou de l'art. $^{305ter}$, al. 2, CP, ou des négociants au sens de l'art. 9, al. $^{1bis}$, LBA, qui sont parvenues au MROS. D'autre part, la CRF suisse peut demander des informations aux 29

intermédiaires financiers ou aux commerçants en vertu de l'**art. 11a LBA** . Les échanges du MROS avec les autorités nationales, conformément à l'art. 29 al. 1 et 2 LBA, constituent également une source d'informations pouvant être transmises à des CRF étrangères.

## B. Nom de l'auteur de la communication (let. a)

### 1. Préservation de l'anonymat

30 Pour que l'échange d'informations financières soit utile et efficace, il est souvent indispensable de transmettre le nom de l'intermédiaire financier avec lequel une relation d'affaires est entretenue. Une éventuelle demande d'entraide judiciaire adressée par l'étranger à un ministère public suisse exige le nom de l'établissement financier auprès duquel des informations financières doivent être réclamées (sans quoi la demande pourrait être qualifiée de fishing expedition). Si le MROS ne fournit pas ces informations à la CRF étrangère, l'ensemble du processus d'entraide judiciaire est ralenti, voire rendu impossible. Dans ce contexte, l'**anonymat** des collaborateurs des intermédiaires financiers ou des négociants qui font une communication ou qui fournissent des informations a la priorité absolue, l'art. 30 al. 2 let. a LBA étant conforme à l'art. 9 al. $^{1ter}$ LBA ainsi qu'à l'art. 32 al. 3 LBA. Le sens et le but de cette disposition est de protéger les personnes physiques (c'est-à-dire les employés des intermédiaires financiers qui font une communication ou qui fournissent des informations) ainsi que les négociants contre d'éventuelles représailles suite à une telle communication de soupçons ou à de telles informations fournies. Le bureau de communication suisse doit toujours s'abstenir de transmettre le nom de l'intermédiaire financier si cela ne permet pas de préserver l'anonymat de la personne qui a transmis une communication de soupçons au bureau de communication ou qui a satisfait à une obligation de fournir des informations ancrée dans la LBA. C'est surtout le cas pour les petits intermédiaires financiers employant peu de collaborateurs. S'il existe un risque concret d'une telle perte d'anonymat, le MROS doit s'abstenir de transmettre toutes les informations qui permettent de tirer des conclusions sur des personnes concrètes. En cas de doute, le MROS a la possibilité de demander le consentement de la personne potentiellement menacée.

Il convient de souligner dans ce contexte que l'échange d'informations de la CRF a pour but d'échanger **des informations (financières)** et **des soupçons**. L'identité de l'auteur de la communication n'est pas déterminante pour l'échange d'informations de la CRF. Ce qui est central, ce sont les informations selon lesquelles il existe un soupçon, l'intermédiaire financier avec lequel la relation d'affaires est entretenue ainsi que les conclusions de l'analyse. Concrètement, cela signifie dans la pratique que le bureau de communication suisse ne mentionne de toute façon pas explicitement le nom de l'intermédiaire financier auteur de la communication, mais se contente de transmettre l'information selon laquelle la relation d'affaires est détenue par l'intermédiaire financier (même si, dans la plupart des cas, l'intermédiaire financier auteur de la communication et celui qui gère la relation d'affaires se recoupent). 31

### 2. Obligation d'informer

let. a mentionne en outre l'« obligation d'informer ». Il s'agit de l'obligation des intermédiaires financiers et des négociants de **transmettre** au MROS les **informations** que ce dernier leur a demandées sur la base de l'art. 11a LBA. Outre les communications de soupçons, cette obligation d'informer est, selon l'art. 11a LBA, la principale source nationale d'informations financières. La let. a stipule donc que le MROS peut théoriquement transmettre à un bureau de communication étranger le nom non seulement des intermédiaires financiers ou des négociants qui ont fait une communication de soupçons, mais aussi de ceux qui ont été invités par la CRF suisse à fournir des informations en vertu de l'art. 11a LBA (pour la préservation de l'anonymat, voir chap. III.B.1.). Dans la pratique, la procédure est la même que pour les intermédiaires financiers ou les commerçants ayant fait une déclaration : seules les informations concernant l'intermédiaire financier gérant le compte sont en principe transmises à une CRF partenaire, et non pas concrètement qui a fourni les informations. 32

## C. Autres informations financières exemplaires (let. b-d)

Les let. b à d énumèrent d'autres **informations financières exemplaires** qui peuvent être transmises à une FIU partenaire en vertu de la présente loi. Sont mentionnés comme informations essentielles concernant les relations d'affaires le titulaire du compte, le numéro de compte, le solde du compte, 33

l'ayant droit économique ainsi que des indications sur les transactions, sans qu'il s'agisse d'une énumération exhaustive. Les informations financières énumérées aux let. b à d constituent un élément important de l'échange d'informations entre le bureau de communication suisse et ses homologues étrangers.

## IV. FORME DES RAPPORTS (AL. 3)

34 La forme de l'échange d'informations entre le MROS et les bureaux de communication étrangers est régie par l'art. 30 al. 3 LBA. Celui-ci stipule que la CRF suisse ne peut transmettre les informations dont elle dispose ou qu'elle peut se procurer à une autorité partenaire à l'étranger que sous forme de **rapport**. Inversement, cela signifie que le MROS ne partage pas de documents originaux avec la CRF étrangère - les CRF sont liées par l'interdiction d'utiliser des preuves. Cela s'explique par le fait que la coopération entre les CRF ne doit en aucun cas contourner ou remplacer l'entraide judiciaire internationale. Les documents originaux destinés à l'exploitation des preuves doivent être obtenus par la voie de l'entraide judiciaire, tandis que pour les tâches d'analyse des CRF, pour l'ouverture d'une procédure pénale ou pour permettre ou compléter une demande d'entraide judiciaire, des informations sous forme de rapport suffisent.

35 En prescrivant la forme du rapport, le bureau de communication suisse est tenu de se limiter aux informations essentielles. En plus du rapport d'information établi, le MROS partage dans la pratique **des annexes** avec des CRF étrangères. Il s'agit entre autres d'informations accessibles au public, comme par exemple des extraits du registre du commerce suisse (Zefix). En raison des transactions souvent volumineuses et complexes que les CRF doivent analyser, le MROS envoie en outre des annexes contenant les transactions pertinentes, ce qui permet aux CRF étrangères de traiter plus efficacement les informations qu'elles contiennent.

# V. TRANSMISSION À UNE AUTORITÉ ÉTRANGÈRE TIERCE (AL. 4)

## A. Généralités

L'al. 4, qui peut être compris avec l'al. 5 comme la deuxième partie thématique de l'art. 30 LBA, énumère les conditions qu'une **autorité tierce étrangère** doit remplir pour pouvoir obtenir des informations du MROS via une CRF à l'étranger. Ainsi, lorsque la CRF partenaire transmet des informations à des autorités tierces étrangères, elle doit obtenir l'accord préalable du MROS, ce qui est déjà prévu à l'art. 30 al. 1 let. d LBA (cf. N. 24). Cette disposition est donc déjà une condition préalable à l'échange général d'informations entre CRF. Les conditions d'autorisation de la transmission d'informations à des autorités tierces étrangères (art. 30, al. 4, LBA) et celles relatives à l'échange d'informations entre CRF (art. 30, al. 1, LBA) sont similaires. Il convient de souligner, dans le cas de l'art. 30 al. 4 LBA, la restriction supplémentaire selon laquelle les informations transmises ne peuvent être utilisées que pour la poursuite d'infractions qui, selon le droit suisse, constituent une infraction préalable au blanchiment d'argent. 36

L'objectif de la transmission d'informations qu'une CRF étrangère a reçues du MROS et qu'elle transmet à son tour à une autorité tierce est en fin de compte la **lutte efficace contre les comportements criminels**. Par leurs activités d'analyse de phénomènes liés au blanchiment d'argent, les CRF fournissent un travail préparatoire central aux autorités de poursuite pénale en aval, qui ont besoin des renseignements mis à disposition par les CRF pour mener des procédures pénales ainsi que pour l'entraide judiciaire internationale. La transmission d'informations à des autorités tierces, par exemple à une police ou à un ministère public, est donc indispensable à la poursuite du blanchiment d'argent et de ses infractions préalables, du crime organisé et du financement du terrorisme. 37

Dans la pratique, le MROS donne en principe son **accord pour la transmission à la** demande de la CRF étrangère, même si, dans certaines circonstances, un accord proactif est également envisageable. Cela est par exemple judicieux en cas d'information spontanée envoyée à une CRF étrangère ou en cas d'urgence temporelle, de sorte que les informations transmises à l'étranger puissent être utilisées de manière efficace et effective. 38

## B. Possibilités d'utilisation des informations par une autorité tierce étrangère (let. a)

39 Sous let. a, les deux **possibilités d'utilisation** des informations transmises par le MROS sont fixées aux ch. 1-2. Il s'agit de conditions exhaustives à remplir alternativement et qui précisent en même temps ce que l'on entend par « autorité tierce ».

### 1. Transmission à des fins d'analyse

40 Le ch. 1 prévoit la transmission à **des** autorités tierces étrangères à **des fins d'analyse** dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé et le financement du terrorisme. En principe, les CRF remplissent elles-mêmes leurs tâches d'analyse. Il peut toutefois arriver que la CRF étrangère fasse appel au soutien d'autorités tierces pour l'analyse d'informations. On pense notamment aux services centraux spécialisés de la police judiciaire, qui disposent d'une expertise dans certains types de criminalité financière. Les autorités de renseignement ne sont pas couvertes par cette définition et la transmission à de telles autorités n'est donc pas autorisée. L'objectif de la transmission des informations est la détection ou la poursuite d'infractions pénales et n'est pas de nature préventive, comme peut l'être par exemple l'orientation des autorités de renseignement.

### 2. Transmission à des fins répressives

41 Le ch. 2 établit la transmission à des autorités tierces étrangères soit pour l'**ouverture d'une procédure pénale** pour blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé ou le financement du terrorisme, soit pour **étayer une demande d'entraide judiciaire** dans le cadre d'une telle procédure pénale. Ce sont principalement les autorités de poursuite pénale qui remplissent ces objectifs voulus par le législateur. Dans le disclaimer joint à la lettre d'information, le MROS attire l'attention de la CRF étrangère sur les compétences dont doit disposer l'autorité tierce. Dans la pratique, il semble irréaliste de vérifier si les compétences de chaque autorité tierce étrangère correspondent à celles d'une autorité de poursuite pénale suisse au sens de l'art. 12 CPP. Le disclaimer mentionné reprend le libellé du ch. 2, selon lequel l'autorité doit être chargée de la lutte contre le blanchiment d'argent, ses infractions préalables, le crime organisé ou le financement du terrorisme.

## C. Double incrimination (let. b)

### 1. Pratique du MROS

L'art. 30 al. 4 let. b LBA stipule que le MROS ne peut pas autoriser un bureau de communication étranger à transmettre des informations à une autorité tierce si les éléments de suspicion ne permettent manifestement pas de conclure à une infraction préalable au blanchiment d'argent selon le droit suisse. La **double incrimination** devient une condition définitive. Il n'est pas nécessaire que les dispositions légales respectives soient identiques - il suffit que les actes décrits dans la lettre d'information soient punissables selon le droit en vigueur dans les deux pays (selon le droit suisse, il doit s'agir d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, sinon la qualification d'infraction préalable au blanchiment d'argent n'est pas donnée). En outre, l'infraction préalable ne doit pas être expressément mentionnée par la CRF étrangère (même si c'est ce qui est préféré dans la pratique) - il suffit qu'elle ressorte de l'état de fait de la lettre d'information. En cas de doute, le MROS a toujours la possibilité de demander des informations supplémentaires concernant l'infraction préalable présumée à l'autorité partenaire étrangère. 42

### 2. Différence avec l'art. 30 al. 1 let. a LBA

Dès qu'il s'agit de transmettre des informations à une autorité tierce étrangère, le législateur est plus strict qu'il ne l'est pour l'échange d'informations entre CRF. Comme nous l'avons déjà mentionné au chapitre II.C.2, la condition mentionnée à l'art. 30, al. 4, let. b, LBA, selon laquelle il doit s'agir d'une infraction préalable au blanchiment d'argent « selon le droit suisse », n'est **pas une condition explicite** pour l'échange d'informations entre CRF . En raison du fait que les CRF se trouvent, avec l'analyse des cas suspects, à un stade précoce de la détection des infractions, le MROS peut en général mettre les informations à la disposition de la CRF étrangère pour une analyse interne (cf. chap. II.C.). 43

## D. Interdiction d'utilisation comme moyen de preuve (let. c)

L'art. 30 al. 4 let. c LBA stipule explicitement que les informations du MROS ne peuvent pas être utilisées comme moyen de preuve, mais uniquement à **des fins d'information**. Ceci est surtout central pour les autorités de poursuite pénale mentionnées à l'art. 30 al. 4 let. a ch. 2 LBA. Les preuves 44

doivent toujours être obtenues par la voie de l'entraide judiciaire. Ainsi, il est également clairement stipulé que l'entraide judiciaire ne doit jamais être contournée. L'échange d'informations entre CRF soutient l'entraide judiciaire, comme le stipule l'art. 30 al. 4 let. a ch. 2 LBA, mais ne la remplace en aucun cas.

### E. Secret de fonction ou secret professionnel (let. d)

45 L'art. 30 al. 4 let. d LBA est l'équivalent de l'art. 30 al. 1 let. c LBA et stipule que l'autorité tierce étrangère doit également respecter le **secret de fonction ou le secret professionnel** ou que son personnel doit y être soumis.

## VI. OBLIGATION D'AUTORISATION DANS LES PROCÉDURES PÉNALES SUISSES (AL. 5)

### A. Généralités

46 Le cinquième alinéa de l'art. 30 LBA stipule que le bureau de communication doit obtenir d'un **ministère public suisse** l'autorisation de transmettre des informations à une autorité tierce étrangère si une procédure pénale portant sur les mêmes faits est ouverte auprès de ce ministère public. Il convient de souligner que l'art. 30 al. 5 LBA ne vise pas l'échange d'informations entre le bureau de communication et une CRF étrangère. Cet alinéa vise plutôt la transmission d'informations provenant du MROS et transmises par un bureau de communication à l'étranger à une autorité tierce étrangère. Il convient donc de toujours tenir compte de cette disposition en relation avec l'art. 30 al. 4 LBA.

### B. Primauté de la poursuite pénale suisse

47 L'idée du législateur concernant cet alinéa était de donner la **priorité** aux procédures pénales suisses par rapport aux procédures étrangères, afin d'éviter que les informations transmises par le MROS à une CRF étrangère, puis transmises à une autorité tierce, ne portent atteinte à une procédure pénale en cours en Suisse. Une telle situation est envisageable sur la base du principe juridique « ne bis in idem ». Si une autorité de poursuite pénale étrangère obtenait des informations essentielles sur des faits qui font déjà l'objet d'une procédure pénale en Suisse et si l'autorité de poursuite pénale

étrangère parvenait plus rapidement à une conclusion de la procédure que l'autorité suisse, le travail du ministère public suisse aurait peut-être été vain en raison de l'interdiction de la double incrimination. Un autre scénario envisageable dans lequel l'art. 30 al. 5 LBA donne en règle générale la priorité à une procédure pénale suisse est celui dans lequel la procédure pénale n'est pas encore ouverte aux parties et où des mesures de contrainte sont prévues. La transmission des informations à une autorité étrangère tierce pourrait avoir pour conséquence que le suspect ait connaissance de la procédure pénale suisse, ce qui pourrait porter atteinte à cette dernière.

Si le ministère public suisse compétent n'autorise pas la transmission des informations par la CRF étrangère à une autorité tierce du même pays parce qu'il craint une influence susmentionnée sur sa procédure pénale, le bureau de communication suisse ne peut pas accorder l'autorisation de transmission dans sa lettre d'information à la CRF étrangère. Dans ce cas, elle joint le disclaimer sans autorisation de transmettre des informations à des autorités tierces. 48

## C. Sources d'information

La CRF suisse apprend qu'une procédure pénale est en cours en Suisse contre une personne physique ou morale mentionnée dans la lettre d'information du MROS à un bureau de communication étranger, soit par des **ordonnances d'ouverture de procédure** que lui envoient les ministères publics suisses, soit par son accès à diverses **banques de données de la justice et de la police**. En raison de la fragmentation des banques de données des autorités de poursuite pénale suisses, il n'est pas certain que le MROS soit effectivement au courant de toutes les procédures pénales en cours en Suisse. Ce problème est aggravé par le fait que les autorités de poursuite pénale en Suisse n'informent souvent qu'insuffisamment le Bureau de communication de toutes les procédures pendantes en rapport avec les art. 260ter, 260quinquies al.1, 305bis et 305ter al.1 CP, comme elles devraient le faire en vertu de l'art. 29a al. 1 LBA. 49

## D. Pratique du MROS

Lorsque le MROS a connaissance d'une procédure pénale en Suisse impliquant des personnes physiques ou morales qui font l'objet d'une lettre d'information de la part du Bureau de communication suisse à une CRF 50

partenaire étrangère, il contacte le procureur compétent. Dans la plupart des cas, cela se fait par téléphone. Lors de cette prise de contact, il s'agit avant tout de savoir si les faits de la procédure pénale en cours sont **identiques** à ceux qui font l'objet d'une demande de transmission. Ce n'est que dans un tel cas que le ministère public suisse a le pouvoir de refuser effectivement l'autorisation de transmission à des autorités tierces étrangères.

51 Dans la pratique, le MROS vérifie en outre auprès du ministère public suisse concerné si l'autorité de poursuite pénale étrangère qui doit recevoir les informations selon la CRF étrangère a déjà obtenu ou obtiendra ces informations par la **voie de l'entraide judiciaire** (sur la base d'une demande d'entraide judiciaire existante en provenance de l'étranger ou sur la base d'une entraide judiciaire spontanée d'un ministère public suisse [art. 67a EIMP]). Si tel est le cas, le MROS renonce généralement, pour des raisons d'efficacité, à transmettre les informations de son côté. Dans un tel scénario, le MROS indique au bureau de communication étranger que l'autorité de poursuite pénale du pays concerné a obtenu ou obtiendra les informations demandées par voie directe.

## VII. MEMORANDUM OF UNDERSTANDING (AL. 6)

### A. Pouvoir de conclusion du MROS

52 L'al. 6 de l'art. 30 LBA confère au bureau de communication suisse le pouvoir de régler de manière autonome **les modalités de la coopération** avec les CRF étrangères. Dans la pratique, il s'agit de ce que l'on appelle un protocole d'accord (Memorandum of Understanding, MoU, également appelé déclaration d'intention). Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 30 LBA, le ou la responsable* du MROS signe lui-même un tel MoU, alors qu'avant le 1er novembre 2013, un protocole d'accord entre le bureau de communication suisse et une CRF étrangère devait être approuvé par le Conseil fédéral.

53 La note interprétative de la Recommandation 29 du GAFI exige explicitement que les CRF aient la compétence de conclure des protocoles d'accord de **manière autonome**: « The FIU should also be able to make arrangements or engage independently with other domestic competent authorities or foreign counterparts on the exchange of information ».

## B. Raisons justifiant un protocole d'accord

Il existe différentes raisons pour lesquelles les CRF souhaitent conclure des CRM avec des autorités partenaires étrangères. En principe, ces raisons peuvent être réparties en **deux catégories**: 54

(1) Une CRF a besoin, de **par la loi**, d'une déclaration d'intention de coopérer avec des autorités partenaires étrangères . Sans cela, l'échange d'informations n'est pas possible ;

(2) Un bureau de communication n'a pas besoin, de par la loi, d'une déclaration d'intention avec une autorité partenaire étrangère pour pouvoir échanger des informations. Elle souhaite toutefois **régler plus précisément** la coopération avec ses contreparties . Soit il s'appuie sur un protocole d'accord général, sans aborder concrètement les particularités de l'échange d'informations avec l'autre CRF, soit il règle plus en détail dans le protocole d'accord les spécificités qui découlent de la coopération avec la CRF étrangère (par exemple, la lutte contre une infraction préalable concrète au blanchiment d'argent est mentionnée).

## C. Pratique du MROS

Le MROS se trouve dans la situation confortable où la loi lui donne la possibilité d'échanger un large éventail d'informations (financières) sans qu'il soit nécessaire de régler plus précisément la coopération avec l'autorité partenaire étrangère au moyen d'un protocole d'accord. En outre, la conclusion d'un protocole d'accord peut entraîner une perte de temps non négligeable pour le MROS. Par conséquent, dans la pratique, la CRF suisse signe des protocoles **d'accord** principalement avec des autorités partenaires étrangères qui **, de par la loi**, ont besoin d'un tel **document**. Dans ce cas, un protocole d'accord est également dans l'intérêt du MROS, car le bureau de communication étranger ne peut pas fournir d'informations au MROS sans protocole d'accord. 55

Si une CRF étrangère s'adresse au MROS en lui demandant de signer un protocole d'accord, le bureau de communication suisse commence par vérifier si l'autorité partenaire étrangère a effectivement besoin d'un tel protocole d'accord en vertu de la loi. Le MROS demande au bureau homologue de lui fournir le passage de loi correspondant et décide si les conditions requises par le bureau de communication suisse pour la conclusion 56

d'un protocole d'accord sont remplies. Si la CRF étrangère n'a pas besoin d'un tel protocole d'accord en vertu de la loi, mais qu'elle souhaite régler la coopération de manière plus détaillée, le MROS détermine si cela est également dans son intérêt. Dans les deux cas, le MROS examine le protocole d'accord proposé par le bureau de communication étranger. Il veille avant tout à ce que les dispositions légales (notamment les art. 30 et 31 LBA) soient respectées. Avant la signature définitive par le ou la responsable du bureau de communication suisse, le MROS consulte le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) ainsi que le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI). Cela permet de garantir que les protocoles d'accord conclus s'inscrivent dans les **efforts de** la Suisse en **matière de politique étrangère et de politique économique extérieure**.

57 En août 2024, le MROS avait signé des MoU avec une **douzaine de** CRF étrangères.

## BIBLIOGRAPHIE

Berger Corinne, Kommentierung zu Art. 30 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Beuret Arnaud, Kommentierung zu Art. 30 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz, Bern 2017.

## MATÉRIAUX

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27.6.2012, BBI 2012 S. 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/1031/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2012-1031-de-pdf-a.pdf, besucht am 1.8.2024 (zit. Botschaft GwG 2012).

Egmont Group of Financial Intelligence Units, Egmont Group of Financial Intelligence Units Charter, Juli 2013, https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/Egmont-Group-Charter-Revised-July-2023-Abu-Dhabi-UAE.pdf, besucht am 1.8.2024.

Egmont Group of Financial Intelligence Units, Principles for Information Exchange between Financial Intelligence Units, Oktober 2013, https://

egmontgroup.org/wp-content/uploads/2022/07/2.-Principles-Information-Exchange-With-Glossary_April2023.pdf, besucht am 1.8.2024.

Egmont Group of Financial Intelligence Units, Annual Report 2020/2021, 2022, https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2022/10/EGMONT_21-267_2020%E2%80%932021_AR-E_WEB.pdf, besucht am 1.8.2024.

Financial Action Task Force (FATF), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, 2012, FATF Recommendations 2012.pdf.coredownload.inline.pdf (fatf-gafi.org), besucht am 1.8.2024.

Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2020, Mai 2021, https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/publikationen.html, besucht am 1.8.2024.

Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2022, Mai 2023, https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/publikationen.html, besucht am 1.8.2024.

Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2023, Mai 2024, https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/publikationen.html, besucht am 1.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 31 LBA

Un commentaire de Nathalie Kläy / Simon Zaugg

PROPOSITION DE CITATION

Nathalie Kläy/Simon Zaugg, Commentaire de l'art. 31 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kläy/Zaugg, art. 31 LBA N. XXX.

**Art. 31 Refus d'informer**

Le bureau de communication refuse d'informer son homologue étranger:

a. si la requête ne présente aucun lien avec la Suisse;

b. si la requête implique l'emploi de moyens de contrainte prévus par le droit de procédure ou la prise d'autres mesures ou actions pour lesquelles le droit suisse exige le dépôt d'une demande d'entraide judiciaire ou une autre procédure réglée par une loi spéciale ou par un accord international;

c. si les intérêts nationaux ou la sécurité et l'ordre publics sont compromis.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités ..... 649
II. Absence de lien avec la Suisse (let. a) ..... 650
A. Pratique du MROS ..... 650
B. Procédure du MROS pour l'art. 11a al. 2bis LBA ..... 650
III. interdiction de contourner l'entraide judiciaire internationale (let. b) ..... 651
A. Utilisation exclusive à des fins d'information ..... 651
B. Pratique du MROS ..... 651
IV. Atteinte aux intérêts nationaux ou à la sécurité et à l'ordre publics (let. c) ..... 652
A. Atteinte aux intérêts nationaux ..... 652
B. Atteinte à la sécurité et à l'ordre publics ..... 652
Bibliographie ..... 653
Matériaux ..... 653

# I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 31 LBA fixe les motifs d'un **refus d'information** de la part du MROS face à une demande d'un bureau de communication étranger. Cet article a été rédigé dans le cadre de la révision partielle de la LBA et est entré en vigueur le 1er novembre 2013. En présence de l'un des motifs de refus impératifs énumérés dans cet article, le bureau de communication ne peut pas fournir d'informations à une CRF étrangère. Cette disposition indique donc clairement que les demandes de CRF partenaires qui n'ont pas de lien concret avec la Suisse (ce que l'on appelle une fishing expedition), qui visent à contourner l'entraide judiciaire ou qui portent atteinte aux intérêts nationaux ou à la sécurité et à l'ordre publics de la Suisse, ne seront pas traitées sur le fond. Pour pouvoir refuser de fournir des informations à une CRF étrangère, il doit s'agir de « formes graves d'abus de l'entraide administrative », ce qui est généralement le cas pour les trois motifs de refus mentionnés. Chaque demande d'informations d'une CRF étrangère est donc examinée par le bureau de communication sous ces aspects (examen au cas par cas). Le bureau de communication suisse décide alors de manière autonome de l'existence de l'un de ces motifs de refus, sachant qu'aucun recours n'est possible contre cette décision. Comme nous l'avons déjà mentionné, le refus de fournir des renseignements doit concerner des « formes graves d'abus de l'assistance administrative ». Dans les cas moins graves ou non intentionnels (par exemple, le bureau de communication étranger a tout simplement oublié de mentionner le lien avec la Suisse), le MROS a la possibilité d'accorder à l'autorité partenaire une rectification de sa demande. 1

Les motifs de refus impératifs énumérés à l'art. 31 LBA sont des **exigences nationales** qui limitent dans une certaine mesure l'échange international d'informations avec les FIU partenaires ou le soumettent à des restrictions nationales. Ces exigences nationales correspondent toutefois également aux directives internationales du Groupe d'action financière (GAFI) et du Groupe Egmont. L'art. 31 LBA est calqué sur l'art. 2, al. 2, et l'art. 12, al. 2, LEIS, sachant que l'entraide judiciaire internationale connaît, avec les art. 1a et 2 EIMP, des dispositions similaires à l'art. 31, let. a et c, LBA. 2

## II. ABSENCE DE LIEN AVEC LA SUISSE (LET. A)

### A. Pratique du MROS

3 Le motif de refus mentionné à la let. a, l'absence de lien avec la Suisse, est le plus fréquent dans la pratique. Il existe un lien avec la Suisse dès qu'une personne physique impliquée possède la nationalité suisse, qu'une personne physique ou morale est domiciliée en Suisse, que des détails sur une relation d'affaires en Suisse (IBAN ou nom de l'intermédiaire financier gérant le compte, y compris le cocontractant/numéro de compte) sont fournis ou que des éléments de rattachement à la Suisse ressortent de renseignements de police. Il suffit que l'une de ces conditions soit remplie. Si aucune de ces conditions n'est remplie, il s'agit d'une « **fishing expedition** » qui viole le principe de territorialité de la Suisse et qui est donc interdite. Dans ses principes de coopération entre CRF, le Groupe Egmont exige lui aussi que les demandes d'informations présentent un lien avec le pays concerné et soient suffisamment étayées à cet égard.

### B. Procédure du MROS pour l'art. 11a al. 2$^{bis}$ LBA

4 Il incombe à la CRF requérante de démontrer le lien avec la Suisse dans sa demande, mais on ne peut pas exiger d'elle qu'elle présente les faits de manière complète et non contradictoire. Les cas d'application concernant le lien avec la Suisse se présentent surtout dans le cadre de la demande d'informations auprès d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 11a, al. 2$^{bis}$, LBA. Pour le bureau de communication suisse, il existe un **lien suffisant avec la Suisse** lorsque le ou la titulaire* d'une relation d'affaires ainsi que l'intermédiaire financier suisse gérant le compte sont expressément mentionnés par la CRF étrangère, même en l'absence d'informations plus précises sur la relation d'affaires (p. ex. numéro de compte). Cette procédure est importante pour une coopération efficace, car une CRF étrangère - et donc aussi le MROS - sait souvent seulement qu'il existe une relation d'affaires entre un sujet et un intermédiaire financier suisse, sans disposer d'informations plus précises comme les numéros de compte ou les transactions. En revanche, si la CRF partenaire se contente de supposer l'existence d'une relation d'affaires en Suisse sans mentionner d'intermédiaire financier spécifique, le MROS catégorise la demande comme une fishing expedition et demande à la CRF requérante de préciser le lien avec la Suisse

(p. ex. IBAN suisse ou intermédiaire financier suisse) ou, si la CRF étrangère ne fournit pas d'autres informations, ne répond pas sur le fond.

## III. INTERDICTION DE CONTOURNER L'ENTRAIDE JUDICIAIRE INTERNATIONALE (LET. B)

### A. Utilisation exclusive à des fins d'information

Let. b, complète l'art. 30, al. 1, let. d, et l'art. 30, al. 4, let. c, LBA, en stipulant en premier lieu que l'échange d'informations entre CRF ne doit jamais contourner l'**entraide judiciaire internationale**. L'échange international d'informations a toujours lieu au stade de l'analyse et les informations ainsi obtenues ne sont utilisables qu'à des fins d'information - jamais comme preuves. Par conséquent, si une CRF étrangère tente d'obtenir par le biais de l'entraide administrative des informations qui, selon le droit suisse, ne peuvent être obtenues qu'en recourant à la contrainte judiciaire, le MROS doit refuser de fournir les renseignements. Par contrainte procédurale, on entend les mesures de contrainte prévues par le droit suisse de la police et de la procédure pénale (en particulier les mesures prévues au titre 5 du code de procédure pénale suisse) ainsi que les mesures de contrainte policière prévues par les lois cantonales de police respectives. L'extension mentionnée à la let. b à d'autres procédures régies par des lois spéciales ou des traités internationaux s'explique par le fait que le recours à la contrainte procédurale peut également se produire dans certains accords d'assistance administrative et que ceux-ci ne doivent pas non plus être contournés. 5

### B. Pratique du MROS

Outre le type d'utilisation des informations (informations à des fins d'information via le canal CRF et preuves via la voie de l'entraide judiciaire), il s'agit pour le MROS de déterminer si une demande d'entraide judiciaire a déjà été déposée par l'Etat requérant pour les mêmes faits ou informations et si l'autorité suisse compétente en matière d'entraide judiciaire est ou a déjà été saisie de cette demande. Si tel est le cas, le MROS renvoie à la voie de l'entraide judiciaire et, pour des raisons d'efficacité, ne répond pas au contenu de la demande. Si la demande d'entraide judiciaire a été rejetée par l'autorité suisse compétente, il s'agit pour le MROS d'en déterminer les raisons. Si la demande d'entraide judiciaire n'était tout simplement pas suffisamment 6

étayée, le MROS fournit les informations demandées via le canal FIU afin de permettre à l'Etat requérant de compléter la demande. **Permettre l'entraide judiciaire internationale** est justement l'un des principaux objectifs de l'échange d'informations entre CRF. Si la demande d'entraide judiciaire a été rejetée pour d'autres raisons, notamment en relation avec un motif de refus énuméré à l'art. 2 EIMP, le bureau de communication suisse vérifiera minutieusement, sur la base de l'art. 31 LBA, s'il est autorisé à échanger des informations par le canal de la CRF.

## IV. ATTEINTE AUX INTÉRÊTS NATIONAUX OU À LA SÉCURITÉ ET À L'ORDRE PUBLICS (LET. C)

7 A la let. c, l'**atteinte** aux intérêts nationaux ou à la sécurité et à l'ordre publics est retenue comme motif de refus. Ce motif de refus n'était pas prévu à l'origine par le Conseil fédéral, mais a été ajouté par le Parlement. Cela explique également pourquoi le message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent de 2012 ne se prononce pas sur la let. c.

### A. Atteinte aux intérêts nationaux

8 Pour l'application de la let. c, le MROS s'appuie sur sa pratique interne de longue date, puisqu'il a appliqué le motif de refus de l'atteinte aux intérêts nationaux dans le cadre de la version de l'art. 26 OBCBA en vigueur à l'époque. De nombreux scénarios sont envisageables au titre de l'**atteinte aux intérêts nationaux**, mais dans la pratique, l'interdiction d'informer un Etat d'origine ou de provenance de personnes ayant déposé une demande d'asile en Suisse ou pouvant être qualifiées de réfugiés reconnus ou de personnes à protéger, inscrite à l'art. 26 al. 1 OBCBA, est pertinente. En outre, les demandes de CRF étrangères sont également refusées si les informations demandées peuvent mettre en danger la vie ou l'intégrité physique d'une personne.

### B. Atteinte à la sécurité et à l'ordre publics

9 La notion de sécurité publique est une notion fondamentale du droit de la police. Elle désigne la protection de l'inviolabilité de l'ordre juridique objectif, des biens juridiques des individus ainsi que des institutions de l'État. Par ordre public ( ), on entend « les principes élémentaires des valeurs d'un Etat » et

donc les prescriptions fondamentales de l'ordre juridique suisse. Le MROS examine les demandes d'informations des CRF étrangères de manière analogue aux principes énoncés à l'art. 2 EIMP. Aucune information n'est par exemple transmise à une CRF étrangère si elle est susceptible d'entraîner **la peine de mort ou la torture** d'une personne concernée. De même, aucune information n'est en principe fournie si la demande est **motivée par des raisons politiques**. Cela n'est toutefois pas toujours facile à déterminer dans la pratique et présuppose que le bureau de communication suisse dispose de solides connaissances des affaires intérieures d'un Etat requérant (p. ex. système politique, institutions, indépendance et impartialité de la justice ainsi que respect des droits fondamentaux).

## BIBLIOGRAPHIE

Beuret Arnaud, Kommentierung zu Art. 31 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017.

Naegeli Vera, Kommentierung zu Art. 31 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Ordolli Stiliano, Le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent: évolution récente et perspectives, in: Augsburger-Bucheli Isabelle (Hrsg.), Blanchiment d'argent : actualité et perspectives suisses et internationales, 2014, S. 45–80.

Thelesklaf Daniel/Ordolli Stiliano, Kommentierung zu Art. 31 GwG, in: Orell Füssli Kommentar, GwG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2019.

## MATÉRIAUX

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27.6.2012, BBI 2012 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/1031/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2012-1031-de-pdf-a.pdf, besucht am 1.8.2024.

Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2017, April 2018, https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/publikationen.html, besucht am 1.8.2024.

Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2023, Mai 2024, https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/publikationen.html, besucht am 1.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 31a LBA

Un commentaire de Nathalie Kläy / Simon Zaugg

PROPOSITION DE CITATION

Nathalie Kläy/Simon Zaugg, Commentaire de l'art. 31a LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kläy/Zaugg, art. 31a LBA N. XXX.

**Art. 31*a* Dispositions applicables de la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération**

Les dispositions des sections 1 et 4 de la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération s'appliquent par analogie dans la mesure où la présente loi ne règle pas le traitement des données et l'octroi de l'assistance administrative par le bureau de communication.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Référence à la LOC ..... 657
II. But et signification de la norme ..... 657
Bibliographie ..... 658
Matériaux ..... 658

## I. RÉFÉRENCE À LA LOC

L'art. 31a LBA a été créé dans le cadre de la révision de la LBA de 2012 et est entré en vigueur le 1er novembre 2013. Il renvoie à la **section 1** (dispositions générales) et à **la section 4** (traitement des données personnelles) de la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres Etats (LOC). Ce nom de la loi, en vigueur depuis le 1er août 2014, n'a pas encore été adapté dans la loi sur le blanchiment d'argent - il est toujours question de la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération. 1

## II. BUT ET SIGNIFICATION DE LA NORME

Avec l'art. 31a LBA, le législateur a voulu s'assurer, premièrement, que le MROS ne perde pas les **possibilités existantes de collecte d'informations** (renvoi à la première section de la LOC) et, deuxièmement, que, sur la base de l'art. 13 LOC en relation avec l'art. OBCBA, le MROS peut, indépendamment d'une communication de soupçons, transmettre les informations dont il dispose par le biais de l'**entraide administrative spontanée à la Police judiciaire fédérale** pour une analyse approfondie (renvoi à la section 4 de la LOC). 2

En ce qui concerne l'**entraide administrative nationale** du MROS, les motifs énoncés dans le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent concernant la collecte d'informations (entraide administrative active) et la transmission à la Police judiciaire fédérale (entraide administrative passive) ne sont plus valables. Dans la pratique actuelle, le bureau de communication suisse s'appuie sur l'art. 29 al. $^{2\text{-}2ter}$ LBA pour collaborer avec les autorités suisses. Etant donné que l'art. 31a LBA donne la priorité à la loi sur le blanchiment d'argent, l'art. 31a LBA n'a aujourd'hui plus d'importance pour la collaboration nationale du bureau de communication avec d'autres autorités. Le renvoi à la section 4 de la LOC, qui se compose exclusivement de l'art. 13 (transmission de données personnelles), est caduc. 3

Selon le message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 27 juin 2012, le **renvoi à la section 1** est nécessaire pour que le bureau de communication suisse ne perde pas les possibilités existantes de collecte 4

d'informations qui résultent d'autres lois que la loi sur le blanchiment d'argent, ces lois n'étant pas nommément mentionnées. Il pourrait s'agir des lois qui donnent au MROS l'accès aux bases de données dont il a besoin.

## BIBLIOGRAPHIE

Beuret Arnaud, Kommentierung zu Art. 31a GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017.

## MATÉRIAUX

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27.6.2012, BBI 2012 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/1031/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2012-1031-de-pdf-a.pdf, besucht am 1.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 32 LBA

Un commentaire de Nathalie Kläy / Simon Zaugg

PROPOSITION DE CITATION

Nathalie Kläy/Simon Zaugg, Commentaire de l'art. 32 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Kläy/Zaugg, art. 32 LBA N. XXX.

**Art. 32 Collaboration avec les autorités de poursuite pénale étrangères**

[1] La collaboration du bureau de communication avec les autorités étrangères de poursuite pénale est régie par l'art. 13, al. 2, de la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération.

[2] ...

[3] Le bureau de communication n'est pas autorisé à transmettre aux autorités de poursuite pénale étrangères le nom de la personne qui lui a adressé la communication de l'intermédiaire financier ou du négociant ou qui a respecté le devoir d'informer visé à l'art. 11*a*.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités ..... 661
II. Coopération avec les autorités de poursuite pénale étrangères (al. 1) ..... 661
A. Échange de données personnelles ..... 661
B. Délimitation avec l'entraide judiciaire ..... 662
C. Importance de la norme ..... 663
III. Interdiction de divulguer le nom de la personne ayant fait la communication (al. 3) ..... 663
Bibliographie ..... 664
Matériaux ..... 664

# I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 32 LBA règle la collaboration du MROS avec **les autorités de poursuite pénale étrangères** et renvoie à cet égard à la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres Etats (LOC). Par analogie avec l'art. 31a LBA, l'art. 32 LBA utilise également la désignation désuète de la LOC, sachant que l'art. 32 LBA existait déjà avant que le bureau de communication suisse ne soit légalement autorisé à échanger des informations financières avec des autorités partenaires étrangères. En fait, l'art. 32 al. 1 LBA n'a pas été modifié depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le blanchiment d'argent le 1er avril 1998. Du fait que les nouveaux art. 30 et 31 LBA introduits à l'époque réglementaient de manière nouvelle et plus précise l'échange d'informations entre le MROS et les bureaux de communication étrangers, l'art. 32 al. 2 LBA est devenu obsolète et a été abrogé avec effet au 1er novembre 2013. Quant à l'al. 3, il est entré en vigueur le 1er février 2009 et reflète la mise en œuvre des recommandations alors révisées du Groupe d'action financière (GAFI). 1

# II. COOPÉRATION AVEC LES AUTORITÉS DE POURSUITE PÉNALE ÉTRANGÈRES (AL. 1)

## A. Échange de données personnelles

En ce qui concerne la coopération avec les autorités de poursuite pénale étrangères, l'al. 1 renvoie à l'art. 13, al. 2, LOC. L'art. 13, al. 2, LOC précise que cette coopération est une « communication de données personnelles ». Par conséquent, la coopération entre le MROS et les autorités de poursuite pénale étrangères se limite à l'échange de **données personnelles**. Le MROS n'échange pas d'informations financières par ce biais. En ce qui concerne la coopération avec l'étranger, celles-ci doivent être transmises exclusivement aux FIU. La coopération avec les autorités de poursuite pénale étrangères est régie, comme le précise l'art. 13 al. 2 LOC, par les art. *349a* à *349h* CP, entrés en vigueur le 1er mars 2019. Les art. *349a* et suivants CP ont été introduits dans le cadre de la mise en œuvre de la directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Par conséquent, le renvoi de l'art. 13 al. 2 2

LOC aux articles mentionnés du CP ne se trouve également que depuis le 1er mars 2019. Avant cette date, les conditions qui doivent être remplies pour la communication de données personnelles étaient énumérées à l'art. 13 al. 2 LOC lui-même. Les articles *349a* et suivants du CP règlent l'entraide administrative policière en général et fixent les critères généraux à respecter pour toutes les formes d'entraide administrative policière.

3 Outre les articles mentionnés du CP, la transmission de données personnelles par le MROS aux autorités de poursuite pénale étrangères se fonde sur l'art. 13 OBCBA. Cet article fixe les **conditions concrètes** de la transmission de données personnelles du MROS aux autorités de poursuite pénale étrangères. L'art. 13 al. 1 OBCBA stipule que pour cette forme concrète d'échange d'informations, il doit exister un soupçon de blanchiment d'argent, d'infractions préalables au blanchiment, de criminalité organisée ou de financement du terrorisme. En outre, les données personnelles ne peuvent être échangées par le MROS avec les autorités de poursuite pénale étrangères que si (alternativement) :

- cela est nécessaire pour obtenir les renseignements requis par le bureau de communication (art. 13 al. 2 let. a OBCBA) ;
- il ne s'agit pas de données de l'entraide judiciaire internationale (art. 13 al. 2 let. b OBCBA) ;
- la demande d'assistance administrative est fondée (art. 13 al. 2 let. c OBCBA).

## B. Délimitation avec l'entraide judiciaire

4 Comme à l'art. 30 LBA, l'échange d'informations dans le cas de l'art. 32 LBA sert à la **prévention et à l'analyse** du blanchiment d'argent, de ses infractions préalables, de la criminalité organisée ou du financement du terrorisme. Il est essentiel que les données personnelles échangées entre le MROS et les autorités de poursuite pénale étrangères ne fassent pas l'objet d'une entraide judiciaire internationale. Par analogie à l'échange international d'informations entre bureaux de communication (CRF-FIU), l'entraide judiciaire internationale ne doit donc en aucun cas être contournée dans cette constellation (autorité de poursuite pénale de la CRF). C'est précisément parce que, dans ce contexte, les autorités partenaires sont des autorités de

poursuite pénale qu'il convient d'accorder une attention particulière à cette circonstance.

## C. Importance de la norme

Dans la pratique, l'art. 32 LBA n'a que peu d'importance. Dans le cadre de la collaboration entre le bureau de communication suisse et les autorités partenaires étrangères, l'accent est mis sur l'**échange d'informations financières**. Les art. 30 s. LBA s'appliquent ici. LBA s'appliquent. Dans ce contexte, le Groupe Egmont, avec son réseau de plus de 170 CRF rattachées au canal de communication « Egmont Secure Web », revêt une grande importance. Il existe une certaine confiance entre les CRF membres, ce qui facilite l'échange international d'informations entre les cellules de renseignement financier. Un échange direct avec une autorité de poursuite pénale à l'étranger serait envisageable si une CRF donnée ne devait pas répondre aux demandes d'informations du MROS, si elle n'avait pas accès aux informations policières ou ne pouvait pas se les procurer, ou si des doutes existaient quant à l'indépendance de la CRF étrangère en rapport avec un fait concret. 5

# III. INTERDICTION DE DIVULGUER LE NOM DE LA PERSONNE AYANT FAIT LA COMMUNICATION (AL. 3)

Al. 3, stipule que le bureau de communication suisse ne peut pas transmettre aux autorités de poursuite pénale étrangères le **nom de la personne** qui a fait la communication de soupçons de l'intermédiaire financier ou du négociant ou qui a respecté l'obligation d'informer prévue à l'art. 11a LBA. Cet alinéa est entré en vigueur le 1er février 2009 et reflète la mise en œuvre des recommandations du GAFI alors révisées. Depuis son introduction, l'al. 3 a été adapté deux fois sur le plan matériel. Le 1er novembre 2013, il a été étendu en raison de l'introduction de l'art. 11a LBA. D'autre part, l'interdiction de transmettre le nom de l'intermédiaire financier a été supprimée, car l'autorisation de transmettre le nom de l'intermédiaire financier par le MROS à des CRF étrangères a été nouvellement introduite dans la loi au même moment sous l'art. 30 al. 2 let. a LBA. La deuxième adaptation matérielle est entrée en vigueur le 1er janvier 2016, l'alinéa étant complété par les négociants nouvellement soumis à la LBA à cette date. 6

7 L'art. 32 al. 3 LBA vise à protéger les employés des intermédiaires financiers qui font une communication ou qui fournissent des informations, ainsi que les négociants, contre d '**éventuelles représailles** en raison d'une telle communication de soupçons ou de telles informations fournies. Nous renvoyons ici, pour une explication détaillée de cette thématique, aux explications du chapitre III.B. dans OK-Kläy/Zaugg, art. 30 LBA.

## BIBLIOGRAPHIE

Beuret Arnaud, Kommentierung zu Art. 32 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017.

Mráz Michael, Kommentierung zu Art. 32 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Thelesklaf Daniel/Ordolli Stiliano, Kommentierung zu Art. 32 GwG, in: Orell Füssli Kommentar, GwG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2019.

## MATÉRIAUX

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27.6.2012, BBI 2012 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/1031/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2012-1031-de-pdf-a.pdf, besucht am 1.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 33 LBA

Un commentaire de Emmanuel Goldberg / Dominic Robert

PROPOSITION DE CITATION

Emmanuel Goldberg/Dominic Robert, Commentaire de l'art. 33 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Goldberg/Robert, art. 33 LBA N. XXX.

**Chapitre 5 Traitement des données personnelles**

**Art. 33 Principes**

Le traitement des données personnelles est régi par la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction ..... 667
II. Différences dans l'application ..... 667
A. Personnes privées ..... 668
1. Intermédiaires financiers et commerçants ..... 668
2. Organismes d'autorégulation ..... 668
B. Organes fédéraux ..... 670
III. Types de données concernées ..... 671
A. Données personnelles ..... 672
B. Données personnelles sensibles ..... 672
C. Profilage / Profilage à haut risque ..... 674
IV. Principes de traitement des données au regard de la protection des données ..... 676
Bibliographie ..... 678
Matériaux ..... 680

## I. INTRODUCTION

La loi sur la protection des données (LPD) et la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) reposent sur des principes directeurs différents. D'une part, la LBA vise à empêcher l'utilisation abusive de la place financière à des fins criminelles (art. 1 LBA). Pour atteindre cet objectif, le traitement, c'est-à-dire la collecte et la gestion de données personnelles, est nécessaire dans une large mesure. En revanche, le droit de la protection des données poursuit un autre objectif : il vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes dont les données sont traitées par des acteurs privés ou des autorités fédérales, et leur garantit le contrôle de leurs données personnelles. La référence générale à la LPD à l'art. 33 LBA est **de nature purement déclaratoire**. Même sans celle-ci, la LPD s'appliquerait sans restriction. Par conséquent, toutes les informations que les établissements financiers collectent dans le cadre des dispositions légales de la LBA relèvent intégralement du champ d'application de la LPD. Cette référence précise en outre que les dispositions pertinentes de la LBA ne doivent pas être considérées comme un régime spécial qui supplanterait le champ d'application de la LPD. 1

## II. DIFFÉRENCES DANS L'APPLICATION

Le traitement global des données personnelles s'étend à tous les niveaux des institutions concernées. Tout d'abord, les intermédiaires financiers sont tenus de collecter et de documenter certaines données relatives aux clients (par exemple, l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique, ou des vérifications particulières en cas de soupçon de blanchiment d'argent). En outre, les instances de surveillance compétentes (par exemple, les organismes d'autorégulation) assument même un **double rôle** : d'une part, elles ont accès aux informations traitées par les intermédiaires financiers, d'autre part, elles traitent elles-mêmes des données personnelles concernant les intermédiaires financiers ainsi que leurs collaborateurs. Enfin, certaines données, collectées tant par les intermédiaires financiers que par les autorités de surveillance, sont transmises au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). Celui-ci transmet ensuite les informations pertinentes aux autorités de poursuite pénale compétentes. La loi sur le blanchiment d'argent distingue, dans la mise en œuvre de cet aspect, les intermédiaires financiers 2

(personnes privées), auxquels s'applique l'art. 34 LBA, et le MROS (organe fédéral), auquel s'appliquent les art. 35 ss LBA.

## A. Personnes privées

### 1. Intermédiaires financiers et commerçants

3 Les intermédiaires financiers et les commerçants sont qualifiés de **personnes privées** au sens de l'art. 2, al. 1, let. a, LPD. Le traitement de données personnelles par ces derniers est en principe autorisé, pour autant qu'aucune norme juridique en vigueur ne soit violée. Ils sont donc soumis tant aux dispositions générales des art. 1 à 29 LPD qu'aux prescriptions particulières relatives au traitement des données par des personnes privées conformément aux art. 30 à 32 LPD.

### 2. Organismes d'autorégulation

4 Outre les intermédiaires financiers, le message relatif à la LBA-C a également qualifié les OAR **de personnes privées au sens de la LPD**. Cette qualification au regard du droit de la protection des données a suscité des incertitudes dans la doctrine : les OAR sont soumises – malgré leur organisation de droit privé en tant qu'association (art. 60 ss CC) – à la surveillance de la FINMA (art. 18 LBA), qui est elle-même un organe fédéral.

5 L'objectif d'un OAR consiste principalement à **garantir le respect des obligations de diligence prévues par la LBA** (droit public) par les intermédiaires financiers qui lui sont affiliés. Outre les tâches énumérées à l'art. 24 LBA, les OAR agissent également en tant que représentants de la branche, ce qui relève du champ d'application du droit privé.

6 Si un OAR sanctionne un intermédiaire financier qui lui est affilié en raison d'une infraction, la sanction est, selon la doctrine, la jurisprudence et le législateur, de nature privée (c'est-à-dire une peine conventionnelle au sens de l'art. 160, al. 1, CO ou une mesure relevant du droit des associations). Toutefois, même dans le cadre de ce raisonnement, il convient de tenir compte du fait que la relation entre les OAR et les intermédiaires financiers qui leur sont affiliés tend à être qualifiée de **de droit public** – notamment en raison de l'introduction de l'organisation de surveillance conformément à l'art. 43a LFINMA. Malgré la qualification expresse du mécanisme de sanction de l'OAR PolyReg comme relevant du droit privé dans l'arrêt 2C_887/2017 du 23

mars 2021, le Tribunal fédéral a également souligné l'évolution croissante de l'autorégulation purement de droit privé vers une mission publique. Selon le Tribunal fédéral, cela laisse ouverte la possibilité de qualifier les amendes relevant du droit en matière de blanchiment d'argent de sanctions de droit public. Dans le même temps, le Tribunal fédéral a jugé discutable la qualification des sanctions comme relevant du droit public, dans la mesure où une base légale formelle pourrait ne pas être suffisante à cet effet.

7 Du point de vue du droit de la protection des données, la nature juridique de la relation entre l'organisme traitant les données et la personne concernée joue un rôle déterminant : s'il s'agit d'une relation de droit public, le responsable du traitement doit être classé comme organe public. Le respect des dispositions de la LBA constitue une tâche publique de la Confédération, raison pour laquelle sa qualification en tant qu'organe fédéral (art. 5, let. i, LPD) et l'application de dispositions plus strictes en matière de protection des données (art. 33 ss LPD) seraient tout à fait envisageables. D'autres courants de doctrine laissent cette question en suspens. Les autres activités de l'OAR relèveraient toutefois des règles applicables au traitement de données par des personnes privées. De plus, la mission première d'un OAR **ne consiste pas à traiter des données pour le compte de la Confédération**. Il nous semble donc correct de soumettre la relation juridique entre l'OAR et les personnes dont les données sont traitées par les intermédiaires financiers affiliés aux dispositions de la protection des données applicables aux personnes privées. Si une personne concernée souhaite faire valoir un droit à l'encontre d'un OAR, elle doit par conséquent engager une procédure civile (art. 32 LPD).

8 L'avis défendu ici rejoint celui du message relatif à la LBA. Il existe certes des chevauchements évidents entre le droit privé et le droit public. Il convient toutefois de retenir que le droit privé continue de constituer le **noyau de la qualification juridique** des OAR. Cela vaut également à la lumière de l'évolution décrite précédemment et des discussions qui en découlent concernant une éventuelle qualification de droit public de certains aspects. Une qualification divergente, de droit public, ne serait justifiée que si elle était ancrée dans la loi. Cela est corroboré par le message relatif à la LBA, qui précise que les OAR et les organismes de surveillance ne sont pas des autorités proprement dites de la Confédération, des cantons ou des communes au sens de l'art. 29, al. 2, LBA. Les OAR reconnus au sens de l'art. 24 LBA sont des organisations auxquelles le législateur a confié une mission

de régulation et de surveillance des intermédiaires financiers affiliés. Ces organisations sont chargées d'une mission de puissance publique. Un argumentaire contraire saperait inutilement le système suisse d'autorégulation, qui satisfait par ailleurs aux normes internationales.

9 Afin de clarifier définitivement leur nature juridique, le législateur a qualifié les organismes d'autorégulation d'**associations de droit privé** auxquelles une mission de droit public a été confiée. Par conséquent, un OAR exerce une surveillance sur les personnes qui lui sont affiliées et peut également prononcer des sanctions en cas de violation des obligations de diligence. Le 26 septembre 2025, l'Assemblée fédérale a décidé de soumettre expressément, à l'art. 24b de la nouvelle LFP, les relations juridiques entre les OAR et les personnes qui leur sont affiliées aux dispositions du droit privé, la responsabilité des OAR, de leurs organes et de leur personnel s'y référant en particulier.

## B. Organes fédéraux

10 Les organes fédéraux au sens de l'art. 5, let. i, LPD sont soumis tant aux dispositions générales en matière de protection des données des art. 1 à 29 LPD qu'aux dispositions particulières des art. 33 à 42 LPD. La distinction entre les personnes privées et les organes fédéraux est importante dans la mesure où les principes consacrés à l'art. 6 LPD sont **interprétés et appliqués différemment**. Alors qu'une personne privée respecte le principe de licéité au sens de l'art. 6, al. 1, LPD dès lors que son traitement de données ne viole aucune norme juridique en vigueur, l'action d'un organe fédéral présuppose impérativement une base légale formelle (art. 34, al. 1, LPD). Le principe de légalité illustre de manière exemplaire que l'action des organes fédéraux doit toujours reposer sur une base légale.

11 Conformément à l'art. 5, let. i, LPD, les autorités et services de la Confédération ainsi que les personnes, dans la mesure où elles sont **chargées** de **tâches publiques de la Confédération**, relèvent de la définition des organes fédéraux ; en font partie la FINMA, le Ministère public de la Confédération, la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) et le MROS. Cette dernière est rattachée, conformément à l'art. 23, al. 1, LBA, à l'Office fédéral de la police (fedpol), qui est lui-même un service central administratif chargé de la lutte contre la criminalité organisée et internationale au sens de la loi fédérale sur les services centraux de police

criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres États (LSC).

Les autorités cantonales de poursuite pénale ne sont pas soumises à la LPD, car il s'agit d'organes cantonaux et non fédéraux. Dès l'ouverture de la procédure pénale et jusqu'à sa clôture, les dispositions du Code de procédure pénale suisse (art. 95 ss CPP) s'appliquent conformément à l'art. 2, al. 3, LPD. Cela concerne tant le traitement des données par le tribunal dans le cadre de la procédure que celui des autres parties à la procédure, à savoir les parties. **Une fois la procédure close**, le code de procédure pénale déclare à nouveau la LPD applicable (art. 99 CPP). À partir de ce moment, le traitement des données personnelles est donc à nouveau régi par les dispositions de la LPD. 12

## III. TYPES DE DONNÉES CONCERNÉES

Le respect des obligations de diligence par les intermédiaires financiers implique nécessairement un traitement de données personnelles. Il s'agit de « toutes les informations qui se rapportent à une personne physique identifiée ou identifiable » (art. 5, let. a, LPD). La notion est délibérément très large et englobe toute information contenant un **contenu informatif** se rapportant à une ou plusieurs personnes physiques ou permettant d'établir un tel lien. Les données personnelles sensibles constituent une sous-catégorie des données personnelles. Il convient également de mentionner, dans le contexte des obligations de diligence des intermédiaires financiers, le profilage avec et sans risque élevé. 13

Pour ces types de données, il faut toujours partir du principe qu'il existe **différents niveaux de protection** : ceux-ci vont des données rendues accessibles au public, en passant par différentes catégories de données personnelles ordinaires, jusqu'aux données personnelles sensibles. Ces gradations influencent l'évaluation des risques et déterminent tant le niveau requis de sécurité des données que l'étendue de l'obligation d'informer. Alors que le traitement de données personnelles ordinaires ne pose généralement pas de difficultés, des conditions plus strictes s'appliquent aux données personnelles sensibles, comme cela sera exposé plus en détail ci-après. Des règles particulières s'appliquent en outre au profilage, qui sera également abordé ci-après. 14

## A. Données personnelles

15 Pour être qualifiées de données personnelles, la personne concernée doit être **déterminée ou au moins déterminable**. Peu importe à cet égard que la personne soit clairement identifiée ou simplement identifiable.

16 Parmi les obligations de diligence fondamentales d'un intermédiaire financier figurent l'identification de la partie contractante (art. 3 LBA), la détermination de l'ayant droit économique (art. 4 LBA) ainsi que le respect d'autres obligations de diligence particulières (art. 6 LBA). Les informations recueillies dans ce contexte (telles que le nom, l'adresse ainsi que des informations contractuelles ou financières) constituent des données personnelles au sens de l'art. 5, let. a, LPD. Elles sont soumises à l'obligation de documentation prévue à l'art. 7 LBA.

## B. Données personnelles sensibles

17 Les données personnelles sensibles constituent une sous-catégorie des données personnelles. Cette liste exhaustive prévue par la loi comprend notamment les données relatives à la santé, les données biométriques ou les données relatives à des poursuites ou sanctions administratives et pénales (art. 5, let. c, LPD). Sont considérées comme données personnelles sensibles les données dont le traitement est soumis, par rapport aux données personnelles ordinaires, à des exigences légales parfois plus strictes. Cette classification repose sur le fait que, selon la volonté du législateur, ces catégories de données « touchent si fortement » la personnalité des personnes concernées que leur traitement est considéré dans tous les cas comme une **atteinte à la personnalité**.

18 Les données personnelles qui ont été collectées dans le cadre de l'exécution de l'obligation ou du droit de communication de l'intermédiaire financier peuvent être considérées comme **particulièrement sensibles**. Des dispositions particulières en matière de protection des données ont été édictées tant pour les intermédiaires financiers (art. 34 LBA) que pour le MROS (art. 35 LBA) concernant les données personnelles sensibles au sens de l'art. 5, let. c, LPD.

19 En fonction du risque, une transaction ou une relation d'affaires doit faire l'objet d'une vérification **plus approfondie ou plus détaillée** (art. 6 LBA). À

titre d'exemple, d'éventuelles procédures pénales à l'encontre d'un client, ses opinions politiques ou la fonction d'une personne politiquement exposée (PPE) comptent parmi les données particulièrement sensibles qui sont collectées dans le cadre des vérifications spéciales.

Il convient ici de s'interroger avant tout sur la proportionnalité du traitement 20
des données au regard de la protection des données, par exemple lorsque les vérifications spéciales ont permis de réfuter un soupçon initial. Les données personnelles collectées auraient ainsi rempli leur finalité et devraient être effacées conformément à l'art. 6, al. 4, LPD, le motif de l'effacement devant être consigné dans une note au dossier. Le traitement, y compris la conservation, de ces données semble toutefois proportionné et approprié. Et ce, pour la raison suivante : dans la pratique quotidienne, les services spécialisés dans la lutte contre le blanchiment d'argent traitent, tant pour les nouvelles demandes que pour les clients existants, les résultats générés de manière systématique par leurs logiciels de surveillance (par exemple Compliance Suite). Bien que ces résultats soient majoritairement des « faux positifs » (pas de correspondance réelle), une comparaison doit tout de même être effectuée entre le résultat généré et le client sur la base des données personnelles déjà collectées à son sujet (art. 5, let. a, LPD). Les recherches menées sur le client ainsi que sur le résultat – qui ne doit pas nécessairement être un client existant de l'intermédiaire financier concerné – donnent également lieu à la collecte de données personnelles. Celles-ci servent à leur tour de preuve qu'une vérification a eu lieu et indiquent sur la base de quelles caractéristiques le résultat correspond ou non au client concerné. La finalité de ces données personnelles semble dans ce cas nettement plus générale, à savoir le respect des obligations de diligence par l'intermédiaire financier et non pas (uniquement) la levée d'un soupçon initial ou la transmission d'une communication de soupçons au MROS. Les obligations de diligence de l'intermédiaire financier en matière de lutte contre le blanchiment d'argent comprennent également la documentation des vérifications effectuées (art. 7 LBA). Les données personnelles collectées dans ce cadre servent donc également à démontrer de manière compréhensible que les obligations de diligence légales ont été respectées. Selon l'avis défendu ici, la documentation des vérifications effectuées peut être considérée comme une **finalité de traitement autonome** au sens de l'art. 6 LPD. Cela vaut en particulier pour les activités de contrôle de l'audit interne et externe ainsi que pour d'éventuelles procédures administratives ou pénales, dans lesquelles

l'intermédiaire financier doit pouvoir démontrer de manière compréhensible pourquoi aucun fait soumis à l'obligation de communiquer n'a été présumé et pourquoi les obligations de diligence ont été respectées. Il semble donc proportionné et approprié de ne pas supprimer immédiatement ces données à des fins de preuve, mais de continuer à les conserver.

## C. Profilage / Profilage à haut risque

21 Le profilage est un type particulier de traitement des données personnelles. Il désigne le processus automatisé consistant à analyser et à évaluer les caractéristiques personnelles d'une personne. Il y a évaluation dès lors que les données disponibles sont interprétées et qu'il en résulte une appréciation subjective. En revanche, la simple constatation de faits, c'est-à-dire la saisie objective de circonstances réelles, ne constitue pas un profilage. Le terme « automatisé » décrit un processus de traitement à l'aide de moyens techniques. Le processus d'évaluation s'effectue **de manière entièrement automatique**. Ce que l'on appelle le profilage à haut risque est une forme qualifiée de profilage. Il se caractérise par le fait qu'il y a mise en relation de données et que, de ce fait, des aspects essentiels de la personnalité d'une personne physique sont traités. Cela comporte un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée.

22 Le respect des obligations de diligence prévues à l'art. 6 LBA peut, au regard du droit de la protection des données, présupposer ou entraîner ce que l'on appelle un « profilage ». Le profilage est défini comme l'évaluation de certains aspects personnels d'une personne sur la base de données personnelles traitées de manière automatisée. Celles-ci sont donc évaluées de manière automatisée afin d'en tirer – également de manière automatisée – des conclusions sur les caractéristiques d'une personne. Il y a profilage à haut risque lorsque la **mise en relation automatisée de données** permet d'évaluer des aspects essentiels de la personnalité d'une personne physique, de sorte qu'il en résulte finalement un profil de personnalité. La simple collecte de données personnelles dans le cadre du KYC ne constitue pas encore un profilage.

23 Il y a profilage, par exemple, lorsqu'une relation d'affaires est classée comme présentant un risque de blanchiment d'argent. Pour satisfaire à la deuxième obligation partielle de l'art. 6 LBA, dite «filtrage», l'intermédiaire financier définit des critères permettant de distinguer les transactions qui sont soit

habituelles, soit exceptionnelles pour la relation d'affaires concernée, c'est-à-dire qui nécessitent un examen approfondi. Pour les particuliers, il n'y a en principe **aucune conséquence juridique supplémentaire spécifique** comme dans le domaine des autorités, sous réserve de l'obligation de transparence et d'information correspondante (art. 6, al. 3, en relation avec l'art. 19 LPD). Il convient de tenir compte du fait que la détection de structures ou de schémas criminels liés au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme constitue un élément central du dispositif global de lutte contre le blanchiment d'argent.

Le «profilage à haut risque» (art. 5, let. g, LPD) en est une forme plus sensible. 24
Le risque élevé ne se réfère pas au risque de blanchiment d'argent lié à une relation d'affaires, mais au risque que les données collectées soient utilisées pour analyser, voire prédire, certains aspects personnels d'un client (profil de personnalité). Un tel profilage n'est avéré que si deux conditions supplémentaires sont remplies : d'une part, différentes données doivent être mises en relation entre elles ; d'autre part, les conclusions qui en sont tirées doivent se rapporter à des **aspects essentiels de la personnalité** ou, à tout le moins, être orientées vers ceux-ci. Si ces deux éléments sont réunis, le risque élevé est considéré comme avéré sur le plan conceptuel.

Dans le contexte des obligations de diligence prévues par la législation sur le 25
blanchiment d'argent, on suppose parfois que la surveillance des transactions, en particulier, pourrait remplir cette condition. Certes, on ne peut exclure que l'analyse des données transactionnelles constitue un profilage au sens de l'art. 5, let. f, LPD. Toutefois, pour qu'il y ait profilage à haut risque, l'art. 5, let. g, LPD exige en outre une mise en relation des données qui permette d'évaluer des aspects essentiels de la personnalité et qui puisse aboutir à une image complète du client. Les obligations de diligence prévues à l'art. 6 LBA poursuivent en revanche un **objectif fonctionnellement limité**, à savoir l'identification de la nature et de l'objet de la relation d'affaires ainsi que l'examen des transactions inhabituelles ou à risque. Même si diverses informations relatives à la relation d'affaires sont prises en compte dans ce cadre, l'analyse porte principalement sur la plausibilité des transactions et l'identification de schémas transactionnels atypiques dans le trafic des paiements. Les ensembles de données ainsi générés peuvent certes être volumineux ; toutefois, ce n'est pas la quantité de données traitées qui est déterminante, mais le fait de savoir si celles-ci permettent de dresser un profil

de la personnalité de la personne concernée. Cela n'implique donc généralement pas une mise en relation de données couvrant différents domaines de la vie dans le but d'établir un profil complet de la personnalité de la personne concernée. À titre de comparaison, on parle de profilage à haut risque lorsque des données issues de différents domaines de la vie, telles que des données de consommation, de localisation, en ligne ou de santé, sont reliées entre elles et permettent d'obtenir une image complète de la personnalité de la personne concernée. La question de savoir si une telle image de la personnalité existe devra en fin de compte être appréciée au cas par cas.

26 Enfin, il convient de noter que, dans le cas d'un profilage à haut risque, il peut exister une obligation de réaliser une analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) (art. 22 LPD). Une AIPD sert à l'**auto-évaluation** des traitements qui semblent délicats du point de vue de la protection des données. Dans ce cadre, le projet envisagé est d'abord présenté sous l'angle du traitement des données. On décrit ensuite les conséquences négatives que ce traitement pourrait avoir, avec une certaine probabilité, pour les personnes concernées. Sur la base de ces conclusions, on présente ensuite les mesures techniques et organisationnelles déjà mises en œuvre ainsi que celles encore prévues, qui visent à prévenir ou, à tout le moins, à réduire ces effets négatifs.

27 Pour les intermédiaires financiers, une AEPD est particulièrement pertinente lorsqu'ils utilisent des procédures automatisées liées au respect des obligations de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent – y compris des systèmes basés sur l'IA – qui analysent ou prédisent des aspects personnels sur la base des données des clients. Dans de tels cas, il peut en résulter un risque accru pour la personnalité des personnes concernées, ce qui peut rendre nécessaire la réalisation d'une AEPD au sens de l'art. 22 LPD. Il convient toutefois de noter que le non-respect de l'obligation de réaliser une AEPD n'entraîne **aucune sanction immédiate** et ne constitue pas une atteinte à la personnalité.

## IV. PRINCIPES DE TRAITEMENT DES DONNÉES AU REGARD DE LA PROTECTION DES DONNÉES

28 Les principes du traitement des données selon la LPD s'appliquent de manière impérative, que le traitement soit effectué par un responsable privé

ou par un organe fédéral. Parmi les principes énumérés aux art. 6 à 8 LPD figurent :

- la licéité
- la bonne foi
- la proportionnalité
- la finalité (transparence)
- Destruction et anonymisation
- Exactitude
- Consentement (y compris le consentement explicite)
- Sécurité des données

29 Le droit d'accès revêt une importance décisive ; il s'agit du droit d'une personne concernée à consulter les données personnelles la concernant (art. 25 LPD). La LBA contient à cet égard des dispositions particulières au sens d'une *lex specialis* : pour les données conservées dans les fichiers distincts visés à l'art. 34, al. 3, LBA, le droit d'accès ne peut être exercé **que vis-à-vis du MROS**. Enfin, il convient de souligner que le droit d'accès prévu par la législation sur la protection des données ne fonde pas un droit à la remise des documents originaux : selon l'art. 25, al. 2, let. b, LPD, seules les données personnelles qu'ils contiennent doivent être fournies *en tant que telles*, et non des documents complets tels que des courriels, des contrats ou des rapports.

30 Pour plus de détails sur les principes mentionnés, il convient de se reporter à la littérature spécialisée en matière de protection des données. Outre les principes de traitement, il existe d'autres **obligations de gouvernance** dont la violation ne constitue généralement pas une atteinte à la personnalité. Il s'agit notamment de l'obligation de tenir un registre des traitements (art. 12 LPD), du recours à des sous-traitants (art. 9 LPD) et, le cas échéant, d'une analyse d'impact relative à la protection des données (art. 22 LPD). À titre complémentaire, il convient de mentionner les pouvoirs d'enquête du PFPDT (art. 49 ss LPD) ainsi que les sanctions prévues aux art. 60 ss LPD.

# BIBLIOGRAPHIE

Alberini Adrien, Kommentierung zu Art. 33 GwG, in: Ursula Cassani, Christian Bovet, Katia Villard (Hrsg.), Commentaire romand, Loi sur le blanchiment d'argent, Basel, 2022.

Caroline Kindler, Kommentierung zu Art. 25 GwG in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung – Version: 16.01.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/gwg25 (besucht am 8.10.2025), DOI: 10.17176/20250319-201115-0.

Christen Marquard/Kuert Matthias, Kommentierung zu Art. 25 GwG, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

De Capitani Werner, Kommentierung zu Art. 33 GwG, in: Schmidt Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich et al. 2007.

Derungs Corsin/Gmünder Eliane, Kommentierung zu Art. 33 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/ Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017.

Fiechter Eric/Maiko Günther, Sphère privée et diligence bancaire – des droits bafoués et des limites ignorées ? – Relation entre la loi sur le blanchiment d'argent et la loi sur la protection des données, in: SJZ 2010, S. 338-343.

Gaul Caroline/Isler Michael/Vasella David, Kommentierung zu Art. 33 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Glatthaar Matthias/Schröder Annika, Kommentierung zu Art. 5 lit. f und g DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz – Version: 21.08.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/dsg5fundg (besucht am 12.3.2026), DOI: 10.17176/20230819-101936-0.

Graber Christoph K./Oberholzer Dominik, Das neue GwG, 3. Aufl., Zürich 2009.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Heierli Christian Marcus, Das Konzept der Selbstregulierung im GwG, in: GesKR 2010, S. 38 ff.

Kilgus Sabine, Datenschutz und Geldwäschereibekämpfung – Wer schützt wen wovon wofür?, in: Persönlichkeitsschutz zwischen Mensch und Maschine, 25 Jahre Datenschutz-Forum Schweiz, 2024, S. 135-153.

Kuster Matthias, Zur Rechtsnatur der Sanktionsentscheide von Selbstregulierungsorganisationen und der Schweizer Börse, in: AJP 2005, S. 1502 ff.

Maurer-Lambrou Urs/ Kunz Simon, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020.

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/ Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Derselbe, Kommentierung zu Art. 5 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/ Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Taube Tamara, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, in: SGFM – St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 9, Zürich et al. 2013.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 33 GwG, in: Thelesklaf Daniel/ Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Navigator Kommentar, GwG Kommentar/AMLA Commentary, 3. Aufl., Zürich 2019.

Vasella David, Überlegungen zum Profiling mit hohem Risiko, datenrecht.ch, 23.11.2020, abrufbar unter https://datenrecht.ch/ueberlegungen-zum-profiling-mit-hohem-risiko/, besucht am 12.3.2026 (zit. Vasella, Profiling).

Wyss David, FINMA-Bussenkompetenz – ein wirksames Mittel zur Abschreckung?, in: GesKR 2024, S. 129 ff.

Zysset Pascal, Kommentierung zu Art. 25 GwG, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern et al. 2017.

## MATÉRIAUX

Beschluss des Parlaments vom 26.9.2025 (Referendumsvorlage), BBl 2025 2899, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2025/2899/de, besucht am 22.1.2026.

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/de, besucht am 9.8.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1154 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 21.8.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 15.12.2025.

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes (GwG) vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 9.10.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen (TJPG) vom 22.5.2024, BBl 2024 1607 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/1607/de, besucht am 22.1.2026.

Geschäftsbericht 2021 des Bundesgerichts vom 17.2.2022, abrufbar unter https://www.eidgenoessischegerichte.ch/de/files/geschaeftsberichte/GB_2021_d.pdf, besucht am 23.8.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 34 LBA

Un commentaire de Emmanuel Goldberg / Dominic Robert

PROPOSITION DE CITATION

Emmanuel Goldberg/Dominic Robert, Commentaire de l'art. 34 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Goldberg/Robert, art. 34 LBA N. XXX.

**Art. 34 Dossiers et banques de données en rapport avec les communications et les informations transmises au bureau de communication**

[1] Les intermédiaires financiers gèrent des dossiers ou des banques de données séparés contenant tous les documents se rapportant aux communications visées à l'art. 9 de la présente loi ou à l'art. 305$^{ter}$, al. 2, CP ainsi qu'aux demandes du bureau de communication visées à l'art. 11*a*.

[2] Ils ne peuvent transmettre des données de ces dossiers et de ces banques de données qu'à la FINMA, à la CFMJ, à l'autorité intercantonale, au bureau central, aux organismes de surveillance, aux organismes d'autorégulation, au bureau de communication et aux autorités de poursuite pénale.

[3] Les personnes concernées doivent faire valoir leur droit d'accès au sens de l'art. 25 de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données auprès du bureau de communication (art. 35).

[4] Les données doivent être détruites cinq ans après avoir été communiquées aux autorités compétentes.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction ..... 684
II. Bases de données et dossiers liés aux communications de soupçons (al. 1) ..... 684
A. Destinataires de la norme ..... 684
B. Dossiers pertinents ..... 685
C. Principe du besoin d'en connaître ..... 686
D. Rapports No-AML ..... 686
1. Exigences en matière de documentation ..... 686
2. Tenue d'une base de données séparée pour les rapports No-AML ..... 687
E. Demandes du bureau de communication au sens de l'art. 11a LBA ..... 688
1. Remise d'informations supplémentaires ..... 688
2. Intermédiaires tiers et CRF étrangères ..... 688
III. Transmission des données et des dossiers (al. 2) ..... 689
IV. Droit d'accès des personnes concernées (al. 3) ..... 691
V. Destruction des données après cinq ans (al. 4) ..... 692
Bibliographie ..... 695
Matériaux ..... 696

# I. INTRODUCTION

1 Avec l'entrée en vigueur de la loi révisée sur le blanchiment d'argent (LBA) au 1er janvier 2023, l'art. 34 LBA a été considérablement modifié dans le sens d'une mise en conformité légale. D'une part, le titre de l'art. 34 LBA a été adapté au contenu, qui concernait la collecte de données tant en relation avec l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) qu'avec le droit de communiquer (art. 305$^{ter}$, al. 2, CP). Il s'agit avant tout d'une formulation plus complète et d'une extension aux informations qui, conformément à l'art. 11*a* LBA, peuvent être communiquées au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). Il porte désormais le titre suivant : « Bases de données et dossiers liés aux communications et aux informations transmises au bureau de communication ». D'autre part, l'office central a été ajouté aux autorités de surveillance LBA existantes.

# II. BASES DE DONNÉES ET DOSSIERS LIÉS AUX COMMUNICATIONS DE SOUPÇONS (AL. 1)

## A. Destinataires de la norme

2 Conformément à l'art. 34, al. 1, LBA, les intermédiaires financiers doivent tenir **des bases de données et des dossiers** séparés contenant tous les documents liés à l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) ou au droit de communiquer (art. 305$^{ter}$, al. 2, CP) ainsi qu'aux demandes du bureau de communication (MROS) au sens de l'art. 11*a* LBA. En énumérant explicitement les deux types de communication, le législateur a clairement indiqué que le droit de communication continue de relever du champ d'application de l'art. 34 LBA et que les mêmes prescriptions s'appliquent à toutes les communications en ce qui concerne les fichiers à tenir séparément. La conservation des bases de données et des dossiers au sens de l'art. 34 LBA concerne exclusivement les intermédiaires financiers ; la norme ne s'applique donc pas à la conservation de cette documentation par le MROS lui-même. Cette disposition constitue une *lex specialis* par rapport aux prescriptions en matière de protection des données relatives au traitement de la documentation, aux droits d'accès des clients concernés et aux délais de conservation qui sont collectées dans le cadre d'une communication de soupçons.

## B. Dossiers pertinents

Dans le cadre de leurs obligations de diligence, les intermédiaires financiers collectent déjà un nombre considérable de données sur leurs clients au début et au cours de la relation d'affaires habituelle. Si l'intermédiaire financier décide de transmettre une communication au MROS, une **séparation a posteriori** de toutes les données électroniques et physiques du dossier client qui sont en rapport avec les enquêtes internes et la communication s'avérerait peu pratique, voire disproportionnée. Les simples données clients collectées dans le cadre de la relation d'affaires habituelle peuvent être conservées séparément sous forme de copie ou d'annexe à la communication de soupçons conformément à l'art. 34, al. 1, LBA. 3

Les documents collectés dans le cadre de la procédure de communication comprennent principalement le **formulaire de communication** rempli par l'intermédiaire financier (qui, depuis 2020, est principalement transmis par voie électronique via le système d'information « goAML ») **ainsi que les pièces justificatives ou notes de dossier** pertinentes, qui contiennent une analyse détaillée des soupçons fondés ainsi que les investigations approfondies effectuées (art. 6 LBA). Ces dernières consistent en des recherches effectuées par le service de conformité ou le service spécialisé en matière de blanchiment d'argent sur la base de bases de données publiques ou à accès restreint (par exemple, articles de presse pertinents, comparaisons PEP à l'aide de bases de données telles que World-Check ou pièces justificatives détaillées relatives à des transactions suspectes) ainsi que le résultat de ces investigations. Si celles-ci ne permettent pas de dissiper le soupçon initial, les documents KYC ou, le cas échéant, la communication entre le client et le conseiller à la clientèle ou le service spécialisé en matière de blanchiment d'argent avec le conseiller à la clientèle doivent être joints. En outre, la correspondance ou les rapports établis par un tiers qualifié (tel qu'un prestataire de services de conformité externe ou un avocat spécialisé) peuvent également être joints. Le MROS doit ainsi être en mesure de prendre une décision sur la base du dossier de communication. De ce fait, ces pièces justificatives ne sont plus, à juste titre, de simples documents commerciaux collectés dans le cadre des obligations de diligence habituelles (art. 3, 4 et 5 LBA), mais des documents particulièrement sensibles. 4

Le MROS tient une **liste non exhaustive** des documents qui doivent obligatoirement être joints aux communications conformément à 5

l'ordonnance sur le bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA).

## C. Principe du besoin d'en connaître

6 Afin de garantir une gestion appropriée des risques liés à la confidentialité des données électroniques et physiques des clients, le principe du « besoin d'en connaître » doit être strictement appliqué. Ce principe fondamental de la protection des données implique que les personnes ne doivent avoir accès qu'aux informations ou fonctionnalités **nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches**. Par conséquent, seul le service spécialisé dans la lutte contre le blanchiment d'argent de l'intermédiaire financier concerné devrait avoir accès au fichier séparé et être chargé de son traitement et de sa gestion. Dans la pratique, le service spécialisé dans la lutte contre le blanchiment d'argent crée donc un dossier de communication pour chaque cas suspect clos et en archive une copie à accès restreint dans une base de données interne séparée. Il convient de noter que la documentation du dossier client contenant les documents commerciaux habituels n'est pas concernée par cette mesure.

## D. Rapports No-AML

7 Selon le libellé, seules les communications effectivement transmises au MROS entrent dans le champ d'application de l'art. 34, al. 1, LBA. Dans la pratique, il peut toutefois arriver qu'après un examen approfondi du soupçon de blanchiment d'argent, certains **éléments suspects puissent être écartés**, par exemple lorsque le comportement inhabituel ou suspect du client peut être justifié ou qu'il n'y a tout simplement pas d'infraction préalable au blanchiment d'argent. Il en résulte une obligation de documentation sous la forme d'un « rapport no AML », qui, depuis la révision partielle de l'OBA-FINMA, est désormais régi par l'art. 22a, al. 2, OBA-FINMA depuis le 1er janvier 2023.

### 1. Exigences en matière de documentation

8 En conséquence, si un intermédiaire financier décide de ne pas transmettre de communication au MROS parce que des investigations supplémentaires ont permis de dissiper les soupçons, il doit documenter les raisons qui l'ont conduit à cette décision. Il n'y a pas d'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA, car il n'y a pas de « soupçon fondé ». L'intermédiaire financier doit

documenter les clarifications effectuées dans le cadre du rapport No-AML conformément aux dispositions de l'art. 7 LBA, mais principalement afin de pouvoir prouver que le non-transfert n'a pas enfreint l'obligation de communiquer. Les exigences relatives à cette **obligation de documentation** sont conçues de manière à ce que des tiers compétents puissent également se forger un jugement fiable sur le respect des obligations de diligence.

Étant donné que l'évaluation a posteriori des décisions peut souvent donner lieu à des «**erreurs rétrospectives**», c'est-à-dire au risque que les faits apparaissent plus clairs et plus complets après coup qu'ils ne l'étaient réellement au moment de la décision, le contenu d'un rapport No-AML doit être soumis à des exigences particulièrement élevées. C'est le seul moyen d'éviter des conséquences en matière de droit administratif, de droit de la surveillance ou même de droit pénal. 9

## 2. Tenue d'une base de données séparée pour les rapports No-AML

Les rapports No-AML ne diffèrent des communications MROS effectives que par leur **résultat** – les clarifications supplémentaires effectuées et la sensibilité des données restent les mêmes. D'un point de vue pratique, ces cas sont également documentés et archivés dans une base de données séparée par le service spécialisé en matière de blanchiment d'argent. De ce fait, même s'ils ne sont pas explicitement mentionnés, on peut logiquement supposer que ces fichiers relèvent du champ d'application de l'art. 34 LBA. 10

D'un point de vue pratique, il semble évident de placer les rapports No-AML dans le champ d'application de l'art. 34, al. 1, LBA, car d'autres soupçons peuvent surgir au cours de la relation d'affaires concernée. Dans ce cas, des clarifications supplémentaires doivent à nouveau être effectuées et, le cas échéant, de nouvelles données sensibles sur les clients doivent être collectées, documentées et enregistrées dans une base de données distincte. Un rapport No-AML d'un intermédiaire financier non déclarant pourrait également faire partie des informations supplémentaires demandées par le MROS sur la base d'une communication de soupçons d'un intermédiaire financier déclarant conformément à l'art. 11*a* LBA. Il en résulterait que le rapport No-AML serait lié à une communication de soupçons, raison pour laquelle les mêmes prescriptions que pour la communication de soupçons elle-même devraient s'appliquer. En raison du lien étroit entre le rapport No-AML et la communication au MROS, il semble justifié de refuser au client le droit 11

d'accès prévu par la LPD aux données sensibles le concernant qui sont liées au rapport No-AML.

## E. Demandes du bureau de communication au sens de l'art. 11*a* LBA

12 Avec la révision partielle de la LBA, un intermédiaire financier doit, depuis le 1er janvier 2023, tenir des bases de données et des dossiers séparés contenant tous les documents liés aux demandes du bureau de communication au sens de l'art. 11*a* LBA.

### 1. Remise d'informations supplémentaires

13 Si le MROS a besoin d'informations supplémentaires pour analyser une communication qui lui a été transmise en vertu de l'art. 9 LBA ou de l'art. 305$^{ter}$, al. 2, CP, l'intermédiaire financier qui a effectué la communication doit, conformément à l'art. 11*a*, al. 1, LBA, lui remettre ces informations sur demande, dans la mesure où il en dispose. Cela signifie que les informations supplémentaires que le MROS obtient auprès d'un intermédiaire financier déclarant sont versées au dossier de communication conformément à l'art. 34, al. 1, LBA. Il ne s'agit pas ici d'informations qui vont au-delà de la communication de soupçons, mais qui ont un **lien étroit et pertinent** avec celle-ci.

### 2. Intermédiaires tiers et CRF étrangères

14 Si, sur la base de cette analyse, le MROS constate qu'outre l'intermédiaire financier qui a effectué la communication, d'autres intermédiaires financiers **participent ou ont participé** à une transaction ou à une relation d'affaires, les intermédiaires financiers concernés doivent, conformément à l'art. 11*a*, al. 2, LBA, communiquer au bureau de communication, sur demande, toutes les informations connexes dont ils disposent.

15 Avant la révision partielle du 1er janvier 2023, les intermédiaires financiers non déclarants n'étaient pas tenus de conserver dans une base de données séparée au sens de l'art. 34, al. 1, LBA les informations supplémentaires demandées par le MROS en vertu de l'art. 11*a*, al. 2, LBA. Étant donné que les informations supplémentaires fournies par un intermédiaire financier non déclarant sont des **données hautement sensibles** liées à une

communication de soupçons – et non des informations KYC ordinaires –, cette inégalité de traitement ne semblait pas objectivement justifiée.

Si, sur la base de l'analyse des informations fournies par une **unité de communication étrangère** («Financial Intelligence Unit» [FIU]), il apparaît que des intermédiaires financiers soumis à la LBA sont ou ont été impliqués dans une transaction ou une relation d'affaires signalée, les intermédiaires financiers concernés doivent, conformément à l'art. 11*a*, al. 2$^{bis}$, LBA, communiquer au MROS, sur demande, toutes les informations dont ils disposent à ce sujet. 16

Avant l'entrée en vigueur de l'al. 2$^{bis}$ le 1er juillet 2021, le MROS n'était en mesure d'obtenir des informations supplémentaires que si l'analyse d'une communication de soupçons émanant d'un intermédiaire financier opérant exclusivement **en Suisse** l'exigeait. Dans le cadre de la lutte transfrontalière contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, une telle condition liée au territoire constituait un obstacle : le MROS ne pouvait pas encore exiger d'informations supplémentaires auprès des intermédiaires financiers suisses sur la base d'une demande ou d'informations transmises ad hoc par une CRF étrangère. Ce n'est que si une communication de soupçons émanant d'un intermédiaire financier suisse figurait déjà dans sa base de données que le MROS pouvait approfondir son analyse et demander des informations supplémentaires. Les intermédiaires financiers ne sont pas informés si la demande de remise d'informations de la part du MROS se fonde sur l'al. 2 ou sur l'al. 2$^{bis}$, raison pour laquelle les informations doivent être conservées de la même manière dans des bases de données séparées conformément à l'art. 34, al. 1, LBA. 17

## III. TRANSMISSION DES DONNÉES ET DES DOSSIERS (AL. 2)

Les intermédiaires financiers ne peuvent transmettre les données provenant des bases de données et des dossiers séparés mentionnés ci-dessus qu'à la FINMA, à la CFMJ, à l'autorité intercantonale, à l'office central, aux organismes de surveillance et d'autorégulation, au MROS et aux autorités de poursuite pénale. Cette liste est **exhaustive**. La mention explicite du bureau de communication et des autorités de poursuite pénale est jugée malheureuse par une partie de la doctrine, dans la mesure où elle donne l'impression que 18

les autres destinataires de données compétents sont équivalents, alors qu'il convient de les considérer de manière différenciée. En effet, le MROS reçoit le dossier de communication avec la communication de soupçons au sens de l'art. 9 LBA ou de l'art. 305$^{ter}$ al. 2 CP et le transmet aux autorités de poursuite pénale en cas de soupçon fondé, conformément à l'art. 23 al. 4 LBA.

19 Il convient donc de préciser que l'art. 34 al. 2 LBA constitue une **prescription obligatoire** en ce qui concerne la transmission de ces données au MROS. En ce qui concerne les autres autorités mentionnées dans cet alinéa, les intermédiaires financiers ne sont pas tenus de transmettre automatiquement chaque communication de soupçons accompagnée du dossier complet. Si la communication concerne une relation d'affaires portant sur des valeurs patrimoniales importantes, l'intermédiaire financier qui effectue la communication doit en informer les autorités (art. 22*a* OBA-FINMA). Il convient également de noter que certains organismes d'autorégulation exigent des intermédiaires financiers qui leur sont affiliés qu'ils leur transmettent immédiatement une copie de chaque communication effectuée. Toutefois, l'obligation de remise à une autorité de surveillance ne naît que lorsque celle-ci, après avoir été informée par l'intermédiaire financier d'une communication de soupçons, demande expressément à consulter le dossier de communication.

20 Depuis le 1er janvier 2020, les intermédiaires financiers transmettent leurs communications de soupçons principalement par voie électronique. Le système de traitement des données utilisé jusqu'à présent par le MROS a été remplacé par le système d'information « goAML ». Les **autorités de poursuite pénale** reçoivent également les informations transmises au MROS via «goAML», complétées par un rapport d'analyse du MROS. À ce jour, le MROS doit toutefois encore accepter les communications de soupçons sur papier. La révision partielle de la LBA qui est en cours supprimera cette possibilité (art. 23, al. 7, P-LBA).

21 La communication à des tiers de données personnelles sensibles est interdite en vertu de l'art. 30, al. 2, let. c, de la loi sur la protection des données (LPD), sauf s'il existe un motif justificatif au sens de l'art. 31, al. 1, LPD. Ce motif justificatif est prévu à l'art. 34, al. 2, LBA. Du point de vue de la protection des données, il n'y a en règle générale **pas besoin de justification supplémentaire** vis-à-vis du MROS, car l'obligation légale de communiquer exige déjà la transmission des données correspondantes. L'art. 34, al. 2, LBA

réglemente en outre clairement quels destinataires ont accès aux données contenues dans le dossier de communication, et ce indépendamment du caractère sensible des données. Des motifs justificatifs supplémentaires au sens de l'art. 31, al. 1, LPD sont donc exclus.

## IV. DROIT D'ACCÈS DES PERSONNES CONCERNÉES (AL. 3)

Dans le contexte de la protection des données, le droit d'accès joue un rôle prépondérant. Il permet à la personne concernée, c'est-à-dire à la personne dont les données sont traitées, de faire valoir ses droits en matière de protection des données. En effet, la condition préalable à la préservation des droits de la personne concernée est qu'elle ait **connaissance des données** qui sont traitées à son sujet. 22

La LBA prévoit désormais, en ce qui concerne le droit d'accès en matière de protection des données au sens d'une *lex specialis*, des particularités relatives à son exercice : ainsi, le droit d'accès d'une personne concernée (art. 25 LPD) doit, conformément à l'art. 34 al. LBA, être exercé **auprès du MROS** – et non auprès de l'intermédiaire financier (art. 35 LBA). Le traitement proprement dit par le MROS – c'est-à-dire les modalités du traitement des données, le droit d'accès de la personne concernée et les éventuelles restrictions à l'accès – est régi par l'art. 35 LBA, conformément à l'art. 8 de la loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP). 23

L'interdiction d'informer l'intermédiaire financier prévue à l'art. 10*a* aLBA était illimitée depuis la révision partielle du 1er janvier 2016. En revanche, l'exclusion du droit d'accès, qui restait **limitée dans le temps** en vertu de l'art. 34, al. 3, aLBA (pendant l'analyse du MROS ou le blocage des avoirs conformément à l'art. 10 aLBA), était maintenue. 24

Cette contradiction a entraîné une insécurité juridique pour les intermédiaires financiers, dans la mesure où, d'une part, ils ne pouvaient refuser à une personne concernée l'accès à son dossier de communication conformément à l'art. 34, al. 3, aLBA. D'autre part, en divulguant le dossier de communication à la personne concernée, ils auraient enfreint l'interdiction d'informer prévue à l'art. 10*a* LBA. Tant après la fin de l'analyse qu'après la levée du blocage des avoirs, les personnes concernées avaient toutefois la possibilité de faire valoir leur droit d'accès. À ce stade, le dossier de communication aurait encore fait l'objet d'une enquête préliminaire par les 25

autorités de poursuite pénale. Cela aurait eu pour conséquence inverse que la personne concernée aurait eu connaissance tant de la communication de soupçons que de l'implication des autorités pénales. Si la personne concernée avait décidé de **retirer ses avoirs** – qui, dans le pire des cas, n'auraient pas encore fait l'objet d'un blocage –, la procédure pénale aurait été immédiatement compromise. En outre, il y avait un risque que le client, informé du dossier de communication par l'intermédiaire financier, mette fin à la relation client et engage des poursuites judiciaires contre ce dernier. Certes, l'intermédiaire financier serait protégé par les dispositions de l'art. 11 LBA, mais il pourrait être confronté à une atteinte à sa réputation ainsi qu'à des poursuites civiles et pénales.

26 La réglementation légale actuelle garantit désormais non seulement la cohérence entre les art. 34 et 10*a* LBA grâce à l'**exclusion illimitée** du droit d'accès prévu par la législation sur la protection des données, mais elle améliore également l'efficacité du système de communication de soupçons. Une personne concernée peut faire valoir son droit d'accès aux données contenues dans les fichiers séparés exclusivement auprès du MROS. Conformément à l'art. 35, al. 1, LBA et dans le respect des prescriptions relatives à la procédure applicable aux fichiers de données de la police en matière de soupçons, le bureau de communication peut donc, à sa discrétion, fournir des renseignements à la personne concernée. Cela permet de garantir un traitement conforme à la protection des données des informations pertinentes pour les soupçons, sans compromettre les intérêts et la procédure des autorités de poursuite pénale, ce qui renforce la sécurité juridique.

27 Les données collectées dans le cadre de demandes supplémentaires des bureaux de communication au sens de l'art. 11*a* LBA par des intermédiaires financiers soumis ou non à l'obligation de communiquer sont également soumises à l'exclusion illimitée du droit d'accès. Les intermédiaires financiers ne sont pas autorisés à fournir **des informations** à la personne concernée sur ces données (art. 10*a*, al. 1, LBA).

## V. DESTRUCTION DES DONNÉES APRÈS CINQ ANS (AL. 4)

28 Conformément à l'art. 34, al. 4, LBA, les données collectées dans le cadre d'une communication et transmises au MROS doivent être détruites **cinq ans** après la communication. Cette norme s'écarte ainsi du délai de conservation

de dix ans prévu pour les documents commerciaux à l'art. 7, al. 3, LBA et à l'art. 958f, al. 1, CO.

29 Une partie de la doctrine s'accorde à dire que le délai de conservation de cinq ans prévu à l'art. 34, al. 4, LBA constitue une erreur de coordination de la part du législateur. Pour l'art. 7, al. 3, LBA, il s'agit, conformément aux recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) et du Comité d'experts de l'OCDE, de l'art. 34, al. 4, LBA constitue une **erreur de coordination de la part du législateur**. Conformément aux recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) et à la directive de la CEE sur le blanchiment d'argent, un délai de conservation de cinq ans était initialement prévu pour l'art. 7, al. 3, LBA. Au cours des délibérations parlementaires, le délai prévu à l'art. 7, al. 3, LBA a toutefois été prolongé à dix ans, car les documents concernés constituent souvent également des documents commerciaux et sont donc soumis à l'obligation de conservation prévue par le droit civil. L'art. 34, al. 4, LBA n'a toutefois pas été adapté, bien qu'un alignement sur le délai de dix ans serait également approprié dans ce cas. L'avis défendu ici rejoint la recommandation de la majorité de la doctrine, à savoir interpréter l'art. 34, al. 4, LBA dans le sens du délai de dix ans prévu à l'art. 7, al. 3, LBA, contrairement à la réglementation légale actuelle.

30 Le bureau de communication souligne que les documents à effacer ne sont que des copies de documents qui lui ont été transmis dans le cadre d'une communication de soupçons ou d'une demande (art. 11*a* LBA) et **non des documents originaux** au sens de l'art. 7, al. 3, LBA. Cela ne change toutefois rien au délai de conservation raccourci et à la situation insatisfaisante qui en résulte pour les intermédiaires financiers sur le plan de la surveillance.

31 Une autre partie de la doctrine estime que cette approche ne peut plus être maintenue, car le délai de cinq ans prévu à l'art. 34, al. 4, LBA a été maintenu malgré la nouvelle adaptation des autres alinéas de l'art. 34 LBA et n'a pas été prolongé à dix ans. Du point de vue de la protection des données, un délai de conservation plus court est compréhensible, car les données à caractère personnel ne peuvent en principe être conservées que pendant la durée nécessaire à la **réalisation du but** (art. 6, al. 4, LPD). Ce principe était déjà indirectement contenu dans le principe de proportionnalité avant la révision de la LPD. Une fois la communication de soupçons transmise au MROS, celui-ci dispose de toutes les informations et de tous les documents pertinents au sens de l'art. 34, al. 1, LBA, de sorte que l'on peut supposer que

l'intermédiaire financier n'en a plus besoin après cinq ans. Toutefois, il n'existe pour l'instant aucune obligation légale en matière de protection des données de supprimer les données au plus tard après cinq ans. En outre, l'al. 4 stipule explicitement que les données doivent être effacées après cinq ans et non pas qu'elles doivent être conservées pendant au moins cinq ans. Cela peut être interprété comme une précision du principe de minimisation des données (art. 6, al. 2, LPD). Si ces données ont rempli leur fonction, l'intermédiaire financier a la possibilité de les effacer plus tôt. Selon l'avis défendu ici, ces données remplissent certes leur fonction du point de vue du MROS, mais du point de vue des intermédiaires financiers qui les communiquent, cela doit être remis en question. Toutefois, compte tenu des activités de contrôle de la révision interne et externe, il est déconseillé aux intermédiaires financiers de supprimer prématurément les documents concernés. Il convient également de tenir compte du délai de prescription des poursuites pénales, par exemple en cas de violation de l'obligation de communiquer prévue à l'art. 37 LBA, qui est de sept ans (art. 52 LFINMA). Il n'est pas rare qu'un délai encore plus long s'écoule entre le début de la violation de l'obligation de communiquer et la condamnation pénale. On peut se demander si et comment un intermédiaire financier concerné peut présenter de manière circonstanciée ses moyens de défense sans avoir accès aux données pertinentes du dossier de communication.

32 D'un point de vue pratique, les intermédiaires financiers et le service spécialisé en matière de blanchiment d'argent sont déjà tenus de tenir une base de données séparée à accès restreint pour les documents et les dossiers d'une communication. Si l'on suit l'approche de la loi, les dossiers de communication concernés doivent être systématiquement assortis d'un délai de cinq ans, ce qui entraîne une charge **administrative** supplémentaire et oblige soit l'intermédiaire financier à supprimer manuellement les dossiers de communication, soit à procéder à leur suppression automatique. Cette charge se fera surtout sentir dans le secteur bancaire : selon les statistiques annuelles 2024 du MROS, 92,3 % des 15 141 communications de soupçons transmises provenaient du secteur bancaire. Cela correspond à environ 59 communications par jour ouvrable.

33 De plus, l'objectif pratique du stockage des données personnelles dans le cadre d'une communication de soupçons ne réside pas exclusivement dans la relation externe, c'est-à-dire dans la simple transmission au MROS. Dans les

**relations internes**, les relations d'affaires qui ont été signalées au MROS en raison d'un soupçon de blanchiment d'argent et qui n'ont pas été rompues doivent être classées comme présentant un risque accru de blanchiment d'argent et être soumises à des obligations de diligence particulières (art. 6 LBA). La suppression du dossier de communication après l'expiration du délai de cinq ans, voire avant, n'est pas conforme à l'évaluation des risques effectuée par l'intermédiaire financier en cas de maintien de la relation d'affaires. En effet, si la relation d'affaires ne présente pas d'autres facteurs augmentant le risque (par exemple, le domicile dans un pays à risque élevé), un intermédiaire financier se débarrasserait de sa seule preuve interne de clarification et de justification pour la catégorisation à risque élevé.

Dans ce contexte, on peut également se demander comment traiter les communications ultérieures après la suppression du dossier de communication initial, si de nouveaux soupçons devaient surgir. Une **adaptation légale au délai de conservation de dix ans** donnerait à l'autorité compétente en matière de blanchiment d'argent un délai plus long pour mener ses investigations sur la base des informations déjà communiquées. Cela favoriserait la traçabilité et l'exhaustivité de la documentation et serait utile tant au bureau de communication qu'aux autorités de poursuite pénale. 34

## BIBLIOGRAPHIE

Bloch Juerg/Bühler Simon, Kampf gegen Terrorismusfinanzierung in der Schweiz: Herausforderungen für Finanzintermediäre, in: GesKR 2024, S. 53-73.

De Capitani Werner, Kommentierung zu Art. 34 GwG, in: Schmidt Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich et al. 2007.

Derungs Corsin/Gmünder Eliane, Kommentierung zu Art. 34 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/ Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017.

Gaul Caroline/Isler Michael/Vasella David, Kommentierung zu Art. 34 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Graber Christoph K./Oberholzer Dominik, Das neue GwG, 3. Aufl., Zürich 2009.

Gramigna Ralph, Kommentierung zu Art. 25 DSG, in: Blechta Gabor P., Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024.

Hutzler Doris, EFD-Verurteilungen wegen Meldepflichtverletzung: Verantwortlichkeit in der Praxis, in: SZW 2025, S. 278-289.

Kilgus Sabine, Datenschutz und Geldwäschereibekämpfung – Wer schützt wen wovon wofür?, in: Persönlichkeitsschutz zwischen Mensch und Maschine, 25 Jahre Datenschutz-Forum Schweiz, 2024, S. 135-153.

Luchsinger Roland J./Blaser Julia, Neuerungen und offene Fragen der revidierten Geldwäschereivorschriften im Bereich des Nachmeldeverfahrens von Finanzintermediären, in: SZW 2022, S. 556-571.

Ordolli Stiliano, Kommentierung zu Art. 34 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Navigator Kommentar, GwG Kommentar/AMLA Commentary, 3. Aufl., Zürich 2019.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020.

## MATÉRIAUX

Association Romande des Intermediaires Financiers (ARIF), Richtlinie 13 zur Melde-, Sperr- und Geheimhaltungspflicht, abrufbar unter https://arif.ch/IMG/pdf/directives_2-13_d.pdf, besucht am 11.1.2026.

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/de, besucht am 29.08.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17.6.1996, BBl 1996 III 1154 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/3_1101_1057_993/de, besucht am 21.08.2025.

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27.6.2012, BBl 2012 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1031/de, besucht am 27.8.2025.

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13.12.2013, BBl 2014 605 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/100/de, besucht am 31.8.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetztes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 1.9.2025.

Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität vom 14.9.2018, BBl 2018 6427 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2301/de, besucht am 26.8.2025.

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 18.8.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Person vom 22.5.2024, BBl 2024 1607 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/1607/de, besucht am 22.11.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Rundschreiben 2008/21 Operationelle Risiken – Banken, Eigenmittelanforderungen und qualitative Anforderungen für operationelle Risiken bei Banken, vom 20.11.2008, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/rundschreiben-archiv/2008/rs-08-21/finma-rs-2008-21-20160922.pdf?sc_lang=de&hash=508C674329EF83C44FE1F53784637529, besucht am 23.8.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Erläuterung zur Teilrevision der Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA) vom 27.10.2002, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/20221102-

gwv-finma/erlaeuterungen_gwv_finma_20221027_de.pdf?sc_lang=de&hash=B2A5602EF279E721D833637EB4E92F38, besucht am 23.8.2025.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Polizei fedpol, Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2021, Bern 2022, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2021.pdf.download.pdf/jb-mros-2021-d.pdf, besucht am 1.9.2025.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Polizei fedpol, Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2024, Bern 2022, abrufbar unter <https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2024.pdf.download.pdf/jb-mros-2024-d.pdf> (besucht am 13.10.2025)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Polizei fedpol, Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Hilfreiche Dokumente und Links, Verdachtsmeldung gemäss Art. 9 GwG, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/meldung.html, besucht am 3.9.2025.

PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein, Reglement der SRO PolyReg gemäss Art. 25 GwG, abrufbar unter https://www.polyreg.ch/uploads/20230216.reglement.final.de.pdf, besucht am 11.1.2026.

Schweizerischer Versicherungsverband, Kommentar zum Reglement der Selbstregulierungsorganisation zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 12.2019, abrufbar unter https://www.sro-svv.ch/de/regelwerk/regulatorischer-auftrag/kommentar-zum-reglement-sro-svv, besucht am 8.9.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

# Art. 38 LBA

Un commentaire de Thomas Nagel / Denis Parvex

PROPOSITION DE CITATION

Thomas Nagel/Denis Parvex, Commentaire de l'art. 38 LBA, in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (édit.), Commentaire en ligne du loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Citation abrégée: OK-Nagel/Parvex, art. 38 LBA N. XXX

**Art. 38 Violation de l'obligation de contrôler**

[1] Le négociant qui enfreint intentionnellement l'obligation prévue à l'art. 15 de mandater une entreprise de révision est puni d'une amende de 100 000 francs au plus.

[2] S'il agit par négligence, il est puni d'une amende de 10 000 francs au plus.

# TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités ..... 701
II. Eléments objectifs de l'infraction ..... 701
A. Cercle des auteurs ..... 701
B. Acte de l'infraction ..... 703
III. Eléments constitutifs subjectifs de l'infraction ..... 704
A. Intention (al. 1) ..... 704
B. Erreurs ..... 704
C. Négligence (al. 2) ..... 705
IV. Critique de l'infraction ..... 705
V. Peine encourue ..... 706
VI Concurrence ..... 707
VII. Prescription ..... 707
VIII. Assurabilité ..... 708
Bibliographie ..... 710
Matériaux ..... 711

# I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 38 LBA a été introduit dans le cadre de la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI révisées en 2012 et donc avec la première couverture des commerçants par la LBA. Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 2016. Au départ, il a été proposé d'interdire les paiements en espèces pour les montants supérieurs à 100 000 francs et de punir les commerçants qui acceptent de tels montants en espèces. Ce projet a été rejeté en raison de différents arguments. L'infraction résultant de l'art. 38 LBA est donc un **compromis législatif**. 1

La disposition vise à **garantir le respect des obligations de diligence par les commerçants** dans la lutte contre le blanchiment d'argent. En d'autres termes, il s'agit de garantir que les particuliers participent à l'administration de la justice en respectant les dispositions de la LBA qui leur sont applicables (sur le but de la LBA, cf. OK-Nagel, art. 1 LBA n. 1 ss.). Ce n'est donc pas la violation des obligations des commerçants selon l'art. *8a* LBA qui est punie, mais le fait de ne pas mandater un organe de révision chargé de contrôler le respect de ces obligations par les commerçants (voir à ce sujet ci-dessous, n. 7 ss.). En plus de la violation de l'obligation de vérification, les commerçants peuvent être punissables s'ils violent l'obligation de communiquer (voir à ce sujet OK-Hutzler, art. 37 LBA et OK-Nagel, art. 15 LBA). 2

En cas de procédure pénale fondée sur l'art. 38 LBA, la poursuite et le jugement des infractions incombent au **DFF** (cf. art. 50 al. 1 et art. 1 al. 1 let. f LFINMA), ce qui implique l'application du DPA (art. 1 DPA). La partie générale du CP s'applique à titre subsidiaire. Si l'inculpé demande à être jugé par un tribunal, le Tribunal pénal fédéral est compétent (art. 50 al. 2 LFINMA en relation avec l'art. 21 al. 1 DPA). 3

# II. ELÉMENTS OBJECTIFS DE L'INFRACTION

## A. Cercle des auteurs

L'acte punissable selon l'art. 38 LBA est le fait de **ne pas charger un organe de révision** de vérifier le respect des obligations LBA par un négociant au sens de l'art. 2 al. 1 LBA. L'art. 38 LBA est donc un délit spécial qui ne peut être commis que par un commerçant au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LBA. En ce 4

qui concerne le cercle des auteurs possibles, on peut donc se référer aux explications données dans les commentaires relatifs à l'art. 2 al. 1 LBA et à l'art. *8a* LBA. En résumé, sont qualifiées de commerçants (et donc d'auteurs potentiels au sens de l'art. 38 LBA) les personnes qui font le commerce de biens à titre professionnel au sens des art. 13 et suivants LBA. OBA, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une activité économique indépendante visant une acquisition durable, au cours de laquelle un ou plusieurs biens d'une valeur supérieure à 100 000 francs sont vendus contre de l'argent liquide, sans qu'un intermédiaire financier ne soit impliqué (art. *8a* al. 4 LBA *e contrario*). Les personnes qui ne sont pas elles-mêmes des commerçants peuvent, le cas échéant, participer au délit intentionnel (al. 1) en tant que participants ; les instigateurs et les complices sont punissables conformément à l'art. 50 al. 1 LFINMA en relation avec l'art. art. 5 DPA sont punissables.

5 Si une infraction à l'art. 38 LBA a lieu dans une **entreprise**, toute personne physique qui commet l'infraction selon l'art. 38 LBA dans la gestion des affaires d'une entreprise individuelle ou d'une autre manière dans l'exercice d'activités commerciales ou de service pour le compte d'autrui - activement ou par omission - est considérée comme l'auteur approprié (art. 50 al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 6 al. 1 DPA). En outre, la responsabilité de l'employeur selon l'art. 6 al. 2 DPA peut s'appliquer. Au sein de l'entreprise, c'est en général l'organe exécutif qui est compétent pour mandater une entreprise de révision. Cette compétence peut être déléguée, mais pas la responsabilité (cf. OK-Nagel, art. 15 LBA n. 4). Dans le cas d'une SA, le conseil d'administration serait compétent pour le mandatement en raison de la compétence subsidiaire de l'art. 716 al. 1 CO, pour autant que cette compétence n'ait pas été déléguée à un autre organe (p. ex. la direction). Les organes qui ont la compétence et qui portent la responsabilité peuvent être punis conformément à l'art. 38 LBA.

6 L'art. 102 CP ne peut pas s'appliquer en cas de violation de l'art. 38 LBA (sans que d'autres éléments constitutifs de l'infraction ne soient remplis), car cette infraction est une **contravention**. Il est donc exclu de punir une personne morale en tant qu'auteur au sens de l'art. 38 LBA. En premier lieu, conformément à l'art. 6 DPA, les personnes physiques qui agissent pour l'entreprise doivent être punies. Le cas échéant, la responsabilité subsidiaire par défaut selon l'art. 7 DPA en relation avec l'art. 49 DPA peut être appliquée. l'art. 49 LFINMA s'applique.

## B. Acte de l'infraction

L'infraction visée à l'art. 38 LBA est le fait de **ne pas mandater** une entreprise de révision **ou de ne pas se laisser contrôler**, et donc une violation de l'obligation de mandater une entreprise de révision (art. 15 LBA). Il s'agit donc d'un véritable délit d'omission. L'infraction commence et est simultanément consommée dès que le mandat de l'organe de révision aurait dû être donné au plus tard conformément à l'art. 15 LBA, afin de garantir un contrôle en bonne et due forme et dans les délais. La loi ne stipule toutefois pas que le contrôle des commerçants doit être effectué chaque année. En conséquence, il devrait être difficile dans la pratique de reprocher à un commerçant d'avoir enfreint l'art. 15 LBA - à notre avis, il n'est pas clair de savoir quand cette infraction commence. EXPERTsuisse et Wyss sont d'avis que la vérification doit avoir lieu au plus tard lorsque le commerçant doit procéder à une révision des comptes annuels, si tant est qu'il doive le faire conformément au CO. Il en résulterait que, dans le cas d'une société anonyme par exemple, la révision devrait avoir lieu dans les six mois suivant la clôture de l'exercice comptable (par analogie avec l'art. 699 al. 2 CO). Ce point de vue semble logique, mais on peut se demander si cette analogie est suffisante pour qu'un commerçant fautif puisse effectivement se voir reprocher une infraction pénale. En raison d'un manque de fondement des aspects temporels au niveau de la loi, cela semble à notre avis pour le moins douteux (*nulla poena sine lege,* art. 1 CP, voir aussi à ce sujet OK-Nagel, art. 15 N. 9). 7

Comme le **début et la fin de l'infraction coïncident**, il est impossible d'établir une gradation entre la tentative (ou le seuil de la tentative) et la fin de l'infraction. Une tentative de violation de l'art. 38 LBA ne serait pas punissable, car la norme pénale ne constitue qu'une contravention. 8

Ne sont pas visés par l'art. 38 LBA le non-respect des obligations de diligence des négociants selon l'art. *8a* LBA ainsi que le non-respect des obligations envers l'organe de révision au sens de l'art. 15 al. 3 LBA, y compris la fourniture de faux renseignements et la non-remise de documents ou d'informations. En cas de faux renseignements, les éventuels délits commis dans les titres sont réservés (cf. art. 251 CP). 9

## III. ELÉMENTS CONSTITUTIFS SUBJECTIFS DE L'INFRACTION

### A. Intention (al. 1)

10 Conformément à l'art. 38 al. 1 LBA, est punie toute personne qui , **intentionnellement**, ne respecte pas l'obligation de mandater une entreprise de révision prévue à l'art. 15 LBA. Est donc nécessaire une intention qui constitue au moins un dol éventuel, c'est-à-dire que le commerçant doit décider de rester inactif en considérant comme possible la réalisation de l'infraction et en acceptant cette éventualité. L'intention (éventuelle) doit porter sur tous les éléments objectifs de l'infraction, c'est-à-dire que l'auteur doit être intentionnel en ce qui concerne sa qualification de commerçant, l'existence de l'obligation de contrôle et le non-respect de l'obligation de mandatement. L'auteur n'a pas besoin de connaître précisément les aspects juridiques de l'obligation de contrôle. Il suffit, pour qu'il soit punissable, qu'il procède, en tant que profane, à une évaluation parallèle qui lui fait prendre conscience qu'il viole une obligation légale.

### B. Erreurs

11 Les **erreurs** suivantes sont possibles :

a) L'auteur ne reconnaît pas la situation qui déclenche l'applicabilité de l'art. 38 al. 1 LBA. Dans ce cas, il s'agit d'une erreur sur les faits qui exclut toute sanction au sens de l'art. 38 al. 1 LBA. Si cette erreur aurait pu être évitée en faisant preuve de la diligence requise, une punissabilité selon l'art. 38 al. 2 LBA est possible.

b) L'auteur ne se rend pas compte, bien qu'il saisisse correctement les faits, qu'il est soumis à l'art. 15 LBA. Dans ce cas, il s'agit d'une erreur d'appréciation. Les tribunaux n'admettent les erreurs de commandement qu'avec réserve et uniquement si elles sont inévitables. Si elle est inévitable, l'erreur de commandement n'est pas punissable en raison de l'absence de faute. Si l'erreur de commandement est évitable, la peine est atténuée.

c) L'auteur ne connaît pas l'interdiction (erreur sur l'interdiction). L'auteur potentiel doit connaître les normes de renvoi (chaîne de renvoi de l'art. 38 LBA à l'art. 15 LBA et à l'art. *8a* LBA), du moins du point de vue de leur

caractère inéquitable. En raison de la méfiance générale à l'égard des transactions en espèces et du débat public dans les médias sur les obligations de diligence correspondantes des commerçants, une erreur d'interdiction ne devrait guère se produire.

## C. Négligence (al. 2)

Conformément à l'art. 38 al. 2 LBA, est puni celui qui se rend coupable d'une omission de l'obligation au sens de l'art. 15 LBA, mais qui le fait **par négligence**. La négligence peut signifier que l'auteur (i) ne tient pas compte des conséquences de son comportement en raison d'une imprudence contraire à ses obligations (négligence dite inconsciente). Le manquement au devoir signifie que l'auteur n'a pas fait preuve de la prudence à laquelle il était tenu compte tenu des circonstances et de sa situation personnelle. Mais il peut également y avoir négligence lorsque (ii) l'auteur ne tient pas compte des conséquences, bien qu'il en soit conscient. Dans ce cas, il s'agit de ce que l'on appelle une négligence consciente. 12

# IV. CRITIQUE DE L'INFRACTION

La conception de l'art. 38 LBA est critiquée par des voix de la doctrine comme étant, d'une part, trop limitée et, d'autre part, dépassant le but visé. En effet, l'objectif est que les commerçants respectent leurs obligations de diligence conformément à la LBA. Or, il n'est pas prouvé qu'une obligation de contrôle soit de nature à inciter les commerçants à respecter leurs obligations de diligence, ou qu'elle devienne une fin en soi. La punissabilité de l'absence de mandat d'un organe de révision pourrait aboutir au résultat bizarre que les commerçants remplissent certes toutes les obligations de diligence qui leur sont applicables selon l'art. *8a* LBA, mais se rendent tout de même punissables. Les commerçants pourraient ainsi être punis pour ne pas avoir fait vérifier leur diligence par un organe de révision. Selon la doctrine, la sanction pénale est excessive à cet égard. A l'inverse, il pourrait en résulter qu'un commerçant viole les obligations de diligence, mais qu'il a chargé un organe de révision de les vérifier et reste donc impuni. Ces exemples montrent qu'un degré moindre d'injustice serait plus sévèrement puni. 13

Les critiques formulées ci-dessus par la littérature sont, à notre avis, compréhensibles sur le fond. Toutefois, dans la pratique, il ne devrait guère arriver qu'un commerçant qui a sciemment enfreint ses obligations se fasse 14

contrôler. La punissabilité de l'absence de désignation d'un organe de révision semble être un compromis législatif (voir à ce sujet le n. 1 ci-dessus), qui entraîne quelques conséquences indésirables (auxquelles le législateur n'a probablement pas pensé). Il est à notre avis légitime de se demander s'il est nécessaire de prévoir une punissabilité, notamment en ce qui concerne le délit de négligence au sens de l'art. 38 al. 2 LBA. Dans le droit des marchés financiers, il est toutefois courant de sanctionner les assujettis pour des autorisations non obtenues ou des opérations de contrôle non effectuées et de faire appliquer les instruments de surveillance de la FINMA. Ainsi, la FINMA peut par exemple utiliser expressément, de par la loi, les instruments de surveillance prévus aux art. 29 à 37 LFINMA (cf. art. 20 al. 1 LBA) à l'encontre de personnes actives sans être affiliées à un organisme d'autorégulation, et les dispositions pénales de l'art. 44 LFINMA peuvent également s'appliquer. Les négociants n'ont pas besoin d'autorisation ni d'affiliation à un organisme d'autorégulation, raison pour laquelle les instruments de surveillance de la FINMA ne peuvent pas leur être appliqués en l'absence de disposition légale expresse. Le fait que, contrairement aux intermédiaires financiers, les négociants ne soient pas couverts par la disposition de l'art. 305$^{ter}$ al. 1 CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières) plaide en faveur de leur punissabilité. Cette norme pénale ne vise *expressis verbis* que « [celui] qui, à titre professionnel, accepte, garde en dépôt, aide à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers et omet d'établir, avec toute la diligence requise par les circonstances, l'identité de l'ayant droit économique ». La définition de l'art. 305$^{ter}$, al. 1, CP se rattache ainsi à la définition de l'art. 2, al. 3, LBA et couvre exclusivement les intermédiaires financiers (cf. commentaire du CO, art. 2, al. 3, LBA). Il semble à notre avis indiqué de punir au moins la violation intentionnelle de l'obligation de vérification ou du respect des obligations de diligence. De notre point de vue, cette dernière solution aurait été préférable. La question de la punissabilité des commerçants et de son aménagement est toutefois complexe et il n'est pas facile d'y répondre.

## V. PEINE ENCOURUE

15 Le négociant qui **, intentionnellement**, ne respecte pas l'obligation de mandater une entreprise de révision prévue à l'art. 15 LBA est passible d'une **amende de 100 000 francs au maximum**. S'il agit **par négligence**, il est puni d'une **amende de 10 000 francs au plus**. Tant l'infraction intentionnelle

que l'infraction par négligence sont donc des contraventions au sens des articles 103 ss. CP. La littérature critique le fait que la forte gradation des peines encourues (jusqu'à dix fois le montant de l'amende en cas d'intention par rapport à la négligence) ne tient pas suffisamment compte de la limite entre le dol éventuel et la négligence. En outre, le montant de la peine pour le délit intentionnel est critiqué. Une amende allant jusqu'à 100 000 francs serait disproportionnée compte tenu du fait qu'il s'agit d'un délit sanctionnant un acte qui ne permet pas réellement le blanchiment d'argent.

Si une amende de 50 000 francs au maximum est envisageable (et que l'identification des personnes punissables nécessite des mesures d'instruction qui seraient disproportionnées par rapport à la peine encourue), l'**entreprise** peut être condamnée à payer l'amende. 16

## VI CONCURRENCE

Si un commerçant viole à la fois l'obligation de vérification prévue à l'art. 15 LBA et l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 al. 1bis LBA, il est punissable en vertu des **art. 37** et 38 LBA. Les deux délits sont en concurrence réelle l'un avec l'autre. Le Tribunal fédéral a affirmé que les obligations de clarification et de communication des art. 6 et 9 LBA établissent une obligation de garantie pour les intermédiaires financiers et qu'il y a donc blanchiment d'argent par omission au sens de l'art. 305bis en relation avec le CP. Art. 11 CP peut avoir lieu. L'arrêt a toutefois été vivement critiqué dans la littérature. Par analogie avec l'arrêt du Tribunal fédéral, l'obligation de communiquer selon l'art. *8a* LBA ou l'obligation de mandater un organe de révision devraient fonder une telle obligation de garant pour les commerçants. Si, en omettant de mandater un organe de révision, un négociant favorise en même temps un acte de blanchiment d'argent (et serait donc punissable en vertu de l'art. 305bis CP), la question de savoir s'il s'agit d'un véritable concours réel ou d'un faux concours (idéal) est controversée. 17

## VII. PRESCRIPTION

La prescription de l'action pénale intervient après sept ans (art. 52 LFINMA). En revanche, la prescription de l'exécution intervient après cinq ans, conformément à l'art. 11 al. 4 DPA. L'art. 38 LBA étant un délit permanent, la prescription ne commence à courir que lorsque la violation de l'art. 38 LBA 18

cesse (c'est-à-dire dès qu'il n'y a plus d'obligation de mandater un organe de révision conformément à l'art. 15 LBA ou qu'une entreprise de révision est désignée [tardivement]).

## VIII. ASSURABILITÉ

19 Dans la pratique, la **question** se pose parfois de **savoir si les amendes infligées en vertu de la LBA peuvent être couvertes** par des assurances (p. ex. des assurances responsabilité civile professionnelle ou d'organes, qui couvrent les dommages purement économiques et non les dommages matériels ou corporels) . Cela résulte notamment du fait que de nombreux assureurs proposent des couvertures pour les peines et les amendes infligées à un organe (assurance responsabilité civile des organes) ou à un collaborateur (assurance responsabilité civile professionnelle). Ces extensions de couverture sont soumises à la condition que l'assurance de telles peines et amendes soit juridiquement admissible. En contrepartie, certains assureurs excluent explicitement les peines ou les amendes dans leurs conditions d'assurance.

20 Dans les limites des dispositions impératives de la LCA ainsi que des restrictions de contenu selon l'art. 19 al. 2 et l'art. 20 al. 1 CO en relation avec la LCA, les assureurs sont tenus de respecter les dispositions de la LCA. Art. 100 LCA, les assureurs sont en principe libres dans l'élaboration de leurs contrats. Selon l'art. 20 al. 1 CO, les contrats dont le contenu est impossible ou illicite ou qui sont contraires aux bonnes mœurs sont nuls.

21 Selon la jurisprudence, l'**amende est de nature éminemment personnelle**, raison pour laquelle elle n'est pas accessible à un accord contractuel obligeant un tiers à payer l'amende en tout ou en partie, et est donc illicite au sens de l'art. 20 al. 1 CO. Elle doit être qualifiée de diminution du patrimoine de la personne amendée, non réparable en droit civil. Il en va de même lorsqu'une amende pénale est infligée à une personne en raison de sa propre faute. Selon la doctrine, il existe une « interdiction de couverture non écrite » concernant l'assurance des amendes de droit public. En ce qui concerne les amendes pour violation de la protection des données, la doctrine défend en partie l'idée qu'il est possible, selon l'assurance, d'assurer les amendes en cas de négligence. D'autres sont d'avis que ces amendes ne peuvent être ni assurées ni répercutées sur les entreprises concernées ou prises en charge par celles-ci. La question de savoir si les amendes selon la LBA et la LPD peuvent être assurées n'a toutefois pas été tranchée par l'instance suprême.

La jurisprudence susmentionnée s'applique à notre avis sans autre aux amendes selon l'art. 38 LBA. Les amendes au sens de l'art. 38 LBA ne constituent pas un dommage patrimonial indemnisable au sens du droit matériel de la responsabilité civile et **ne donnent pas lieu à un cas d'assurance** de la responsabilité civile des organes ou de la responsabilité civile professionnelle. La convention d'obligation de prise en charge des amendes selon l'art. 38 LBA est **illicite** au sens de l'art. 20 al. 1 CO **et par conséquent nulle**. Elles ne sont donc pas assurables ou ne peuvent pas être répercutées sur l'assurance. Une demande d'indemnisation correspondante du preneur d'assurance contre l'assurance ne serait pas exécutable. En outre, conformément à l'art. 38 LBA, les amendes devraient rester strictement personnelles, faute de quoi la fonction de sanction serait mise en échec. Une éventuelle prise en charge par l'assurance pourrait, le cas échéant, être qualifiée d'acte de favoritisme pénalement répréhensible au sens de l'art. 305 CP. A notre avis, il n'est pas pertinent de savoir si l'amende a été infligée intentionnellement (art. 38, al. 1, LBA) ou par négligence (art. 38, al. 2, LBA). Pour justifier une telle différenciation, on pourrait faire valoir que l'art. 14 LCA permet à l'assureur de refuser ou de réduire des prestations en fonction de certains degrés de faute. La distinction selon le degré de faute ne pourrait être pertinente que pour d'autres prestations d'indemnisation de l'assurance (p. ex. avance de frais de défense, de justice ou d'expertise), d'autant plus que les conditions d'assurance usuelles sur le marché excluent en général la violation intentionnelle de dispositions juridiques. Cette exclusion est en partie atténuée par l'octroi d'une protection juridique, l'assurance prenant en charge les frais de défense, ou par une extension de la couverture en cas de négligence grave, l'assurance renonçant à son droit de réduction selon l'art. 14 al. 2 LCA. Enfin, sont assurables les frais encourus par un commerçant dans le cadre de sa participation à une procédure pénale sur la base de l'art. 38 LBA. Il en va de même, à notre avis, pour les frais de procédure qui sont mis à la charge d'un commerçant ; ceux-ci sont également assurables. 22

*Cet article reflète l'opinion personnelle des auteurs et n'engage pas leurs employeurs.*

# BIBLIOGRAPHIE

Delnon Vera/Rüdy Bernhard, Kommentierung zu Art. 305, in: Niggli Marcel A./Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, Basel 2019 (zit. BSK-Delnon/Rüdy, Art. 305 StGB).

Eckert Martin, Wer wird bei Verstössen gegen das neue Datenschutzgesetz bestraft?, https://www.mme.ch/de-ch/magazin/artikel/wer-wird-bei-verstoessen-gegen-das-neue-datenschutzgesetz-bestraft, besucht am 31.8.2024 (zit. Eckert, Datenschutzverstösse).

Garbarski Andrew M./Macaluso Alain, Kommentierung zu Art. 37, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Garbarski/Macaluso, Art. 37 GwG).

Hilf Marianne, Kommentierung zu Art. 38, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Hilf, Art. 38 GwG).

Hutzler Doris, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers – it's happening!, in: Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Zollinger David (Hrsg.), EIZ, 14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht: Tagungsband 2023, Zürich 2024, S. 13–39 (zit. Hutzler, Verantwortlichkeit).

Nagel Thomas, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Zürich et al. 2020 (zit. Nagel).

Mráz Michael, Kommentierung zu Art. 38, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Mráz, Art. 38 GwG).

Ramelet Nicolas, Kommentierung zu Art. 15, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Ramelet, Art. 15 GwG).

Ramelet Nicolas, Geldwäschereibekämpfung bei Barzahlungsgeschäften – Staatliche Sterbehilfe für das Bargeld?, SZW 2016, S. 76–83 (zit. Ramelet, SZW 2016).

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 2021, S. 52–64 (zit. Rosenthal/Gubler, SZW 2021).

Specogna Rhea, Kommentierung zu Art. 100 Abs. 1, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz, Basel 2023 (zit. BSK-Specogna, Art. 100 Abs. 1 VVG).

Trechsel Stefan/Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 305, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar StGB, Zürich 2018 (zit. PK-Trechsel/Pieth, Art. 305 StGB).

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 15, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (GwG), 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK-Wyss, Art. 15 GwG).

Zulauf Urs/Hutzler Doris, Der begründete und der einfache Verdacht: Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz, recht 4 (2019), S. 221–239 (zit. Zulauf/Hutzler, recht 2019).

## MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin Nationalrat 2014, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/NR_4916_1412.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. AB 2014 NR 2014).

Amtliches Bulletin Ständerat 2014, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR_4916_1412.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. AB 2014 SR).

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBl 2014 605 ff. (zit. Botschaft GAFI 2013).

EXPERTsuisse, Ausgewählte Fragen und Antworten zu den Auswirkungen der Anpassungen des Geldwäschereigesetzes auf die Prüfung von Händlerinnen und Händlern, 23.6.2016 (zit. EXPERTsuisse).