



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

1^{er} juin 2018

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

Table des matières

1	Présentation du projet.....	4
1.1	Contexte.....	4
1.2	Dispositif proposé.....	7
1.2.1	Adoption d'obligations de diligence relatives à certaines prestations en lien avec des sociétés et des trusts (conseillers)	7
1.2.2	Abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses.....	13
1.2.3	Vérification des informations concernant l'ayant droit économique.....	14
1.2.4	Actualisation des données des clients.....	15
1.2.5	Adaptation du système de communication au MROS.....	16
1.2.6	Autres modifications de la LBA.....	21
1.2.7	Amélioration de la transparence des associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme	22
1.2.8	Adoption d'un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés	31
1.3	Droit comparé.....	33
1.3.1	Adoption d'obligations de diligence relatives à certaines prestations en lien avec des sociétés et des trusts (conseillers)	33
1.3.2	Amélioration de la transparence des associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme	33
2	Commentaire des dispositions.....	34
2.1	Loi sur le blanchiment d'argent	34
2.2	Code civil	45
2.3	Code des obligations	48
2.4	Code pénal.....	48
2.5	Loi sur le contrôle des métaux précieux	48
3	Conséquences	50
3.1	Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	50
3.1.1	Adaptation du système de communication au MROS.....	50
3.1.2	Adoption d'un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés	51
3.2	Conséquences économiques.....	51
3.2.1	Adoption d'obligations de diligence relatives à certaines prestations en lien avec des sociétés et des trusts (conseillers)	51
3.2.2	Abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses.....	52
3.2.3	Banques et autres intermédiaires financiers.....	52
3.2.4	Amélioration de la transparence des associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme	53
3.2.5	Adoption d'un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés	54
3.2.6	Attrait de la place financière	55
3.2.7	Impact sur la croissance économique et la concurrence	55
4	Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral.....	55
4.1	Relation avec le programme de la législature	55
4.2	Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	55
5	Aspects juridiques.....	55

5.1	Constitutionnalité et légalité	55
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	56
5.3	Forme de l'acte à adopter	56
5.4	Frein aux dépenses.....	56
5.5	Conformité à la loi sur les subventions.....	56
5.6	Délégation de compétences législatives	56

Annexe:

Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (*avant-projet de loi*)

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

La Suisse accorde une grande importance au maintien d'une place financière saine. Dans le contexte d'une criminalité en évolution constante, elle adapte régulièrement sa législation de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme afin de préserver l'intégrité de la place financière et se prémunir contre une utilisation criminelle de cette dernière. En même temps, la Suisse vise à assurer la conformité de sa législation avec les normes internationales applicables dans le domaine du blanchiment d'argent. Assurer la conformité internationale en matière de lutte contre le blanchiment d'argent constitue d'ailleurs un des cinq axes stratégiques de la politique du Conseil fédéral d'octobre 2016 en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive¹. La conformité avec les normes internationales permet en effet de préserver la réputation de la Suisse et l'attrait de sa place financière.

La Suisse participe activement aux travaux du Groupe d'action financière (GAFI) depuis la création de celui-ci en 1989. Le GAFI a élaboré des recommandations qui constituent les normes internationales de référence pour lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération des armes de destruction massive². Le GAFI évalue régulièrement la conformité des législations nationales de ses membres avec ses recommandations par le biais d'examen par les pairs (évaluations mutuelles). Dans le cadre du 4^e cycle d'évaluations mutuelles initié en 2014, le GAFI examine, d'une part, la conformité technique des dispositifs législatifs et institutionnels de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, et, d'autre part, pour la première fois, l'efficacité de ces derniers.

La Suisse a fait l'objet d'une évaluation mutuelle du 4^e cycle en 2016. Adopté en octobre 2016, le rapport du GAFI sur la Suisse publié début décembre 2016 (ci-après 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse)³ reconnaît la bonne qualité d'ensemble du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La Suisse doit toutefois poursuivre ses efforts en la matière. Dans certains domaines, le GAFI a en effet identifié des points faibles au niveau de la législation et de l'efficacité du dispositif et émis des recommandations à cet égard. La Suisse a notamment reçu une notation insuffisante en termes de conformité technique sur 9 des 40 recommandations du GAFI.

Le Département fédéral des finances (DFF) a analysé les recommandations faites à la Suisse par le GAFI dans le cadre du Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF)⁴. Sur cette base, le Conseil fédéral a chargé le DFF en juin 2017 de préparer le présent projet de loi destiné à la consultation⁵. Ce projet propose principalement les mesures suivantes:

- À l'avenir, les personnes qui fournissent certaines prestations, notamment en lien avec la création, la gestion ou l'administration de sociétés et de trusts, devront respecter des obligations de diligence inscrites dans la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA)⁶.

¹ <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/45761.pdf>

² Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, Les Recommandations du GAFI, 2012; <http://www.fatf-gafi.org> > Publications > Recommandations GAFI

³ Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Suisse, Rapport d'évaluation mutuelle, décembre 2016; www.sif.admin.ch > Thèmes > Intégrité de la place financière ou <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-suisse-2016.pdf>

⁴ Le GCBF a été créé fin 2013 par le Conseil fédéral en tant que groupe permanent. Il est piloté par le DFF et composé des autorités compétentes concernées par la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

⁵ Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 28 juin 2017: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-67338.html>

⁶ RS 955.0

- Le seuil à partir duquel les négociants en métaux précieux et en pierres précieuses qui reçoivent le prix de vente en espèces doivent appliquer des obligations de diligence au sens de la LBA doit être abaissé de 100 000 à 15 000 francs. Fera exception à cette règle le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses typiquement destinés à être vendus à des clients finaux.

Ces deux premières mesures doivent permettre d'améliorer la conformité du dispositif légal suisse avec la recommandation 22 du GAFI.

- En ce qui concerne l'identification de l'ayant droit économique, il y a lieu de créer une base légale explicite portant obligation de vérifier les informations reçues du client.
- Il y a également lieu d'introduire dans la LBA une obligation générale et explicite de vérifier périodiquement l'actualité des données relatives aux clients (profil client). Les données qui ne sont plus actuelles devront être mises à jour.

Ces deux mesures doivent permettre d'améliorer la conformité du dispositif légal suisse avec la recommandation 10 du GAFI, qui constitue une recommandation fondamentale. Il était prévu initialement d'introduire ces deux mesures dans l'ordonnance de la FINMA du 3 juin 2015 sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA)⁷ ainsi que dans les règlements des organismes d'autorégulation (OAR). Au vu des résultats de l'audition relative au projet de révision de l'OBA-FINMA, ouverte en septembre 2017, il a été décidé d'introduire ces deux mesures directement dans la LBA pour créer plus de sécurité juridique.

- Il faut remédier aux incertitudes liées au système de communication de soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme en vue d'augmenter son efficacité, qui a une nouvelle fois été remise en question par le GAFI. La jurisprudence de ces dernières années ayant confirmé que la notion de «soupçons fondés» figurant à l'art. 9 LBA doit être comprise au sens large, le droit de communiquer au sens de l'art. 305^{ter}, al. 2, du code pénal (CP)⁸ n'est plus guère applicable et il est donc proposé de le supprimer. Une autre modification importante est également nécessaire, à savoir l'abolition du délai de 20 jours pour l'analyse des communications de soupçons par le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (ci-après MROS).
- Les associations courant le risque d'être exploitées à des fins de financement du terrorisme ou de blanchiment d'argent doivent s'inscrire au registre du commerce. Toutes les associations tenues de s'inscrire au registre du commerce doivent en outre établir une liste de leurs membres et pouvoir être représentées par une personne domiciliée en Suisse.
- Un mécanisme de contrôle de l'achat de métaux précieux usagés doit être introduit. Les personnes souhaitant procéder à de tels achats à titre professionnel doivent obtenir une patente et respecter certaines obligations de diligence afin de s'assurer de l'origine licite des métaux précieux achetés.

Enfin, quelques modifications de la LBA, moins fondamentales, sont également proposées, d'une part, pour renforcer la coopération nationale, et, d'autre part, pour améliorer la conformité avec les normes du GAFI en matière de coopération internationale. S'agissant de la coopération nationale, le MROS et les OAR reconnus doivent désormais pouvoir échanger toutes les informations nécessaires à l'application de la LBA. Le deuxième point concerne la transmission, par le MROS, des informations reçues d'un homologue étranger à d'autres autorités ou à des tiers ainsi que leur utilisation. Enfin, une dernière modification est nécessaire afin de résoudre un conflit entre le droit d'accès aux fichiers en rapport avec des communications prévu à l'art. 34 LBA et l'interdiction d'informer de l'art. 10a LBA.

⁷ RS 955.033.0

⁸ RS 311.0

Les mesures proposées entraîneront des modifications de la LBA, du CP, du code civil (CC)⁹, du code des obligations (CO)¹⁰ ainsi que de la loi du 20 juin 1933 sur le contrôle des métaux précieux (LCMP)¹¹.

Le présent projet doit servir à mettre en œuvre une partie importante des recommandations principales contenues dans le rapport d'évaluation mutuelle. D'autres mesures ont déjà été proposées dans l'avant-projet de loi du Département fédéral de justice et police (DFJP) portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, mis en consultation publique fin juin 2017¹². Ces mesures concernent notamment la coopération internationale accordée par le MROS ainsi que l'entraide judiciaire.

Des mesures visant à renforcer la transparence des personnes morales ont fait l'objet de la consultation relative à la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial qui a eu lieu de janvier à avril 2018. Dans ce cadre, il a notamment été proposé d'introduire des sanctions pénales en cas de violation de l'obligation d'annoncer l'ayant droit économique d'actions ou de tenir des listes d'actionnaires ou d'ayants droit économiques¹³. Le DFF examine actuellement les résultats de cette consultation et devrait transmettre un projet de loi au Parlement encore en 2018.

Pour remédier à plusieurs points faibles identifiés au niveau des obligations de diligence, notamment en ce qui concerne les seuils pour les transactions occasionnelles, il est nécessaire de modifier l'OBA-FINMA, l'ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) du 24 juin 2015 sur le blanchiment d'argent (OBA-CFMJ)¹⁴, la Convention relative à l'obligation de diligence des banques de 2016 (CDB 16)¹⁵ ainsi que les règlements des OAR. La FINMA a effectué une audition sur la révision partielle de son ordonnance de début septembre à mi-octobre 2017¹⁶. Le but est que la version définitive de l'OBA-FINMA soit publiée en 2018. La CFMJ a, quant à elle, mis en consultation la révision totale de son ordonnance le 25 avril 2018¹⁷. Il est prévu que l'OBA-CFMJ révisée entre en vigueur en même temps que la nouvelle loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent¹⁸. Le référendum contre cette loi ayant abouti, il y a lieu d'attendre les résultats de la votation populaire du 10 juin 2018.

Enfin, pour donner suite aux recommandations faites dans le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, un certain nombre de mesures ont également été prises au niveau opérationnel. On peut citer par exemple le rapport du GCBF du 28 juin 2017 sur le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif (OBNL)¹⁹, le rapport du GCBF du 11 septembre 2017 donnant une vue d'ensemble de l'accès aux données du registre foncier en Suisse²⁰ ou encore le rapport du GCBF sur le risque de blanchiment d'argent associé aux personnes morales publié en même temps que le présent avant-projet. Des

⁹ RS 210

¹⁰ RS 220

¹¹ RS 941.31

¹² Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 22 juin 2017: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2017/2017-06-22.html>

¹³ Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 17 janvier 2018: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-69518.html>

¹⁴ RS 955.021

¹⁵ http://shop.sba.ch/1000020_f.pdf

¹⁶ Cf. communiqué de presse de la FINMA du 4 septembre 2017: <https://www.finma.ch/fr/news/2017/09/20170904-mm-geldwaeschereiverordnung-finma/>

¹⁷ Cf. <https://www.esbk.admin.ch/esbk/fr/home/geldspiele/rechtsgrundlagen/gesetzgebung.html>

¹⁸ FF 2017 5981

¹⁹ <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/48926.pdf>

²⁰ <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/themen/finanzplatzintegritaet.html> (voir sous Rapports)

mesures ont également été prises en vue d'améliorer la collecte des statistiques déterminantes pour mesurer l'efficacité du dispositif suisse, notamment au niveau de la poursuite du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme, de la confiscation et de l'entraide judiciaire.

La Suisse se trouve dans une procédure de suivi au GAFI. En vue de la réunion plénière du GAFI de février 2018, elle a, tout comme les autres pays évalués, soumis un premier rapport, non public, qui décrit les mesures proposées pour améliorer la conformité technique ainsi que l'efficacité de son dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le GAFI s'attend à ce que d'ici février 2020 une grande partie des déficiences constatées en matière de conformité technique du dispositif soient corrigées. Seules seront prises en compte les mesures législatives ou réglementaires en vigueur et applicables d'ici cette échéance. En 2021, la Suisse sera en outre soumise à une évaluation de suivi portant sur l'efficacité de son dispositif.

En conclusion, bien que la Suisse dispose déjà aujourd'hui d'un système de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme de bonne qualité, des mesures supplémentaires s'imposent en vue d'améliorer encore sa conformité technique avec les normes du GAFI ainsi que son efficacité. L'ensemble des mesures précitées permettront à la Suisse d'atteindre ce but, en répondant de manière adéquate aux recommandations faites par le GAFI dans son 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse. En développant les mesures proposées, le Conseil fédéral a tenu compte de tous les facteurs pertinents et fait usage de la marge de manœuvre à sa disposition. Maintenir un système robuste et efficace est en outre primordial pour protéger une place financière de l'importance de celle de la Suisse contre une utilisation criminelle.

1.2 Dispositif proposé

1.2.1 Adoption d'obligations de diligence relatives à certaines prestations en lien avec des sociétés et des trusts (conseillers)

1.2.1.1 Contexte

Norme du GAFI et 4^e évaluation mutuelle par le GAFI

La recommandation 22 du GAFI règle les obligations de vigilance relatives aux entreprises et professions non financières désignées. La let. d de la recommandation prévoit de telles obligations pour certaines activités des avocats, des notaires, d'autres professions juridiques indépendantes et des comptables. La let. e couvre les activités des prestataires de services aux trusts et aux sociétés. Le droit suisse se réfère quant à lui, pour ce qui est de l'application des obligations de diligence prévues dans la LBA, aux activités des intermédiaires financiers. Certaines des activités visées par la recommandation 22 peuvent être considérées comme comprises dans ces dernières, à l'exception toutefois des prestations décrites à la let. d en lien avec la préparation ou l'exercice des activités suivantes: (i) créer, gérer ou administrer des personnes morales et des constructions juridiques, (ii) organiser les apports pour les mêmes activités en rapport avec des sociétés, (iii) acheter et vendre des entités commerciales et (iv) acheter et vendre des biens immobiliers. Ne sont pas non plus couvertes par la LBA les activités suivantes visées à la let. e de la recommandation du GAFI: (i) mettre à disposition une adresse ou des locaux comme siège d'une société ou d'une autre personne morale ou construction juridique et (ii) exercer la fonction d'actionnaire agissant pour le compte d'une autre personne (*nominee shareholder*) ou aider une autre personne à exercer cette fonction. Le droit suisse en vigueur ne prévoit pas d'obligations de diligence pour les activités ci-dessus, même s'il ne s'agit nullement de recommandations nouvelles.

En 2005 déjà, dans le 3^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, puis dans le rapport de suivi de 2009, l'application de la recommandation 22 par notre pays était critiquée comme étant lacunaire, notamment en ce qui concerne les prestations en lien avec la création, la

gestion et l'administration de sociétés et de constructions juridiques. Publié le 7 décembre 2016, le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse par le GAFI réitère ces critiques et fait en outre une recommandation explicite sur cette question.

Les révélations des Panama Papers

Le 3 avril 2016, le Consortium international des journalistes d'investigation publiait des documents confidentiels d'un cabinet d'avocats panaméen. Ces documents révélaient aussi bien des stratégies légales d'évasion fiscale que des infractions fiscales, des actes de blanchiment d'argent et d'autres infractions commises par les clients de ce cabinet d'avocats. Selon les informations recueillies par les journalistes, parmi les 14 000 banques, cabinets d'avocats et autres prestataires de services impliqués figuraient pas moins de 1200 entreprises suisses ayant participé à la création de sociétés offshore, principalement au Panama. Seuls Hong Kong et le Royaume-Uni comptaient davantage d'entreprises impliquées. Ces révélations ont donné lieu en Suisse à toute une série d'interventions parlementaires exigeant en particulier un renforcement de la législation en vigueur dans ce domaine. L'adoption de mesures appropriées répond donc non seulement aux sollicitations internationales, mais également à un intérêt de politique intérieure.

1.2.1.2 Solution proposée

Selon la réglementation existante, les prestations de services en lien avec la création, la gestion et l'administration de sociétés et de trusts sont soumises à la législation sur le blanchiment d'argent et surveillées lorsque des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers sont acceptées ou gardées en dépôt ou si une aide est fournie pour les placer ou les transférer. Est également soumise à cette législation l'exercice d'une activité d'organe d'une société de domicile (art. 6, al. 1, let. d, de l'ordonnance du 11 novembre 2015 sur le blanchiment d'argent; OBA²¹). Il s'agit en l'occurrence des activités des intermédiaires financiers. Les prestations en lien avec des sociétés et des trusts ne générant pas de flux financiers ne sont par contre pas soumises à la LBA. Les expériences récentes et les évolutions internationales montrent toutefois la nécessité de soumettre également ces activités à la LBA. C'est pourquoi la proposition est faite d'appliquer des obligations de diligence prescrites par la LBA à certaines prestations spécifiques ainsi qu'à la fonction d'actionnaire agissant pour le compte d'une autre personne. Cela implique de créer une nouvelle catégorie d'acteurs du marché, les «conseillers», qui seront également soumis à la LBA aux côtés des intermédiaires financiers et des négociants. Seront principalement concernées les prestations fournies dans le cadre de professions juridiques. Étendre ainsi le champ d'application de la LBA permettra à la fois de répondre aux critiques formulées dans le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, de satisfaire à la norme internationale applicable et de tenir compte des exigences de politique intérieure ressortant de plusieurs interventions parlementaires. Il est proposé d'appliquer un régime allégé qui s'inspire des règles en vigueur pour les négociants. En cas de soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, une obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires sera prévue au lieu d'une obligation de communiquer. L'interdiction d'entretenir des relations d'affaires sur lesquelles pèsent des soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme permettra de garantir l'intégrité de la place financière suisse. Il sera également possible de prendre en compte le fait que les activités en question ne génèrent pas de flux financiers et de répondre à la demande de la branche concernant le respect du secret professionnel. L'efficacité du système sera assurée de deux manières: d'une part, les dossiers soumis aux obligations de diligence devront être contrôlés et, d'autre part, l'entreprise de révision devra dénoncer certaines violations de ces obligations au DFF.

²¹ RS 955.01

1.2.1.2.1 Champ d'application

Afin de prévenir le risque d'un éventuel transfert des activités criminelles d'un groupe professionnel à un autre et de ne pas désavantager certaines branches, le présent avant-projet suit une *approche axée sur les activités*. Il s'ensuit que les obligations de diligence vaudront pour toutes les personnes physiques ou morales qui fourniront les prestations concernées, quelle que soit leur profession.

Comme pour les négociants, les personnes relevant de la nouvelle catégorie ne seront soumises aux obligations de diligence que si elles exercent une activité économique orientée vers l'obtention d'un revenu durable. Seule la *fourniture à titre professionnel des prestations concernées* entrera ainsi dans le champ d'application de la loi.

Activités entrant dans le champ d'application des nouvelles dispositions

Conformément à la norme du GAFI, tant *la préparation que l'exercice* des activités concernées entreront dans le champ d'application des nouvelles dispositions. Il s'ensuit que les obligations de diligence devront être respectées même lors du simple établissement d'un concept. Cette solution est judicieuse dans la mesure où l'élaboration ou l'établissement d'un concept sont souvent au cœur de l'activité de conseil ou peuvent être assurés indépendamment de tout acte à proprement parler. De plus, le champ d'application s'étendra non seulement aux activités effectives de création, de gestion et d'administration de sociétés et de trusts, mais également à l'organisation des apports en lien avec ces activités. Il couvrira en outre l'achat et la vente de sociétés ainsi que la mise à disposition d'une adresse ou de locaux destinés à servir de siège à une société ou à un trust. Enfin, les obligations de diligence s'appliqueront également aux personnes faisant office d'actionnaires pour le compte d'autres personnes.

Approche fondée sur les risques

La recommandation 22 du GAFI ne fait pas de distinction entre les sociétés étrangères et les sociétés nationales, ni ne tient compte du fait qu'une société soit opérationnelle ou non. Le présent avant-projet suit quant à lui une approche fondée sur les risques, selon laquelle les prestations en lien avec des sociétés ne présentant qu'un risque mineur doivent si possible être exclues du champ d'application.

- *Siège des sociétés*: les révélations des Panama Papers ont mis en évidence la nécessité d'agir principalement en relation avec les sociétés ayant leur siège à l'étranger. En ce qui concerne les sociétés suisses, il existe en effet déjà divers facteurs de réduction des risques. C'est ainsi que lors de la création d'une société suisse, la libération en espèces du capital doit obligatoirement avoir lieu auprès d'un établissement bancaire suisse (art. 633 CO). Or, en tant qu'intermédiaires financiers, les établissements bancaires sont pleinement soumis à la législation sur le blanchiment d'argent, si bien que les valeurs patrimoniales déposées sur le compte de consignation du capital sont déjà adéquatement contrôlées. De plus, en cas d'apports en nature lors de la création de la société, il faut en estimer la valeur et les authentifier par acte notarié. Enfin, outre qu'il existe un *numerus clausus* pour les sociétés suisses, car la loi prévoit un nombre limité de formes de sociétés, la possibilité d'obtenir des renseignements est garantie pour les autorités de poursuite pénale non seulement suisses, mais également – à la faveur de l'entraide judiciaire – étrangères. On peut donc partir du principe que les établissements étrangers présentent fondamentalement un risque plus élevé que les établissements suisses.
- *Activité opérationnelle des sociétés*: conformément à une pratique constante de la FINMA, les sociétés non opérationnelles sont désignées en Suisse par l'expression «société de domicile». Les sociétés de domicile sont utilisées principalement pour détenir ou administrer des valeurs patrimoniales ou matérielles. Elles sont aussi régulièrement utilisées pour créer des structures de sociétés complexes. Le recours à une telle société garantit un certain anonymat au propriétaire des valeurs patrimoniales, en

ceci qu'il a la possibilité – par exemple en relation avec des comptes ou lors de la conclusion d'affaires – d'agir non pas sous son propre nom, mais sous celui de la société de domicile dont il est l'ayant droit économique. L'utilisation de structures de sociétés complexes a en outre pour effet de réduire encore plus la transparence. C'est pourquoi on peut partir du principe que les sociétés de domicile présentent un risque plus élevé que les établissements opérationnels.

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que les sociétés opérationnelles suisses forment le groupe de sociétés présentant les risques les plus faibles. Dans l'analyse des risques figurant dans son rapport sur le risque de blanchiment d'argent associé aux personnes morales – publié en même temps que le présent avant-projet – le GCBF arrive aux mêmes conclusions²². Conformément à l'approche fondée sur les risques, il y a donc lieu d'exclure le groupe présentant le risque le plus faible du champ d'application des nouvelles dispositions et de n'y inclure que les sociétés ayant leur siège à l'étranger et les sociétés de domicile ayant leur siège en Suisse.

En ce qui concerne les formes juridiques entrant dans le champ d'application, le présent avant-projet est conforme aussi bien à la norme du GAFI qu'à la directive concernée de l'Union européenne (UE)²³. Par ailleurs, afin de présenter un projet dont les règles soient claires et les termes sans ambiguïtés, la terminologie internationale a été adaptée à celle de la législation suisse. Les termes de société, de société de domicile et de trust au sens de la Convention de La Haye sont donc utilisés ci-après.

1.2.1.2.2 **Obligations des conseillers**

La LBA est complétée par une nouvelle section réglant les obligations de diligence des conseillers. Les dispositions de cette section portent non seulement sur les obligations de diligence proprement dites, mais aussi sur les mesures à prendre en cas d'échec de ces dernières, ainsi que sur les mesures organisationnelles et sur une obligation de contrôler.

Obligations de diligence des conseillers

Les obligations de diligence prévues pour les conseillers sont globalement les mêmes que celles incombant actuellement aux négociants. Elles incluent les obligations de vérifier l'identité du cocontractant, d'identifier l'ayant droit économique, d'établir et de conserver des documents ainsi que de clarifier l'arrière-plan et le but de la prestation à fournir.

Échec de l'exécution des obligations de diligence et refus ou rupture de la relation d'affaires

Le présent avant-projet prévoit l'obligation expresse, en cas d'échec de l'exécution des obligations de diligence, de refuser l'activité ou de rompre la relation d'affaires. L'adoption d'obligations de diligence en matière de prestations fournies par des conseillers vise prioritairement à garantir qu'aucune prestation en rapport avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou avec une organisation criminelle ne soit fournie par des acteurs suisses. C'est pourquoi le conseiller sera tenu, s'il ne peut pas remplir ses obligations de diligence, de refuser l'activité ou de rompre la relation d'affaires. Les intermédiaires financiers sont soumis à des obligations similaires inscrites dans les ordonnances ou règlements correspondants²⁴. L'avant-projet ne prévoit par contre pas d'obligation de communiquer au MROS telle qu'elle existe pour les intermédiaires financiers et les négociants. Cette solution est con-

²² Cf. chapitre 7 du rapport, Conclusion

²³ Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015

²⁴ Art. 55 OBA-FINMA, art. 45 CDB 16 et articles correspondants des règlements des OAR (par ex. art. 17, 25 et 27 du règlement de PolyReg)

forme à la recommandation 23 du GAFI, qui ne prévoit pas non plus d'obligation de communiquer pour les professions juridiques. Il est donc proposé d'adopter uniquement une obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires lorsque le conseiller sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que l'opération est en rapport avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou encore avec une organisation criminelle. Cette obligation constitue une solution plus acceptable pour la branche, car seuls le refus ou la rupture de la relation d'affaires sont prévus, en lieu et place de l'obligation de communiquer. La disposition interdit également de manière explicite la fourniture de prestations ayant un lien éventuel avec le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme ou une organisation criminelle et garantit par conséquent l'intégrité de la place financière suisse.

Mesures organisationnelles

Afin de garantir le respect des obligations de diligence en interne, il est proposé d'obliger les conseillers à prendre des mesures organisationnelles appropriées. La disposition reprend par analogie les règles arrêtées pour les intermédiaires financiers à l'art. 8 LBA. Elle est importante pour prouver l'efficacité des prescriptions légales.

Obligation de contrôler incombant aux conseillers

Il existe plusieurs possibilités d'attester l'efficacité des dispositions de la LBA lors des évaluations effectuées par le GAFI. La solution la plus complète consisterait à soumettre les acteurs concernés à une autorité de surveillance ou à un OAR, qui surveillerait l'exécution des obligations de diligence et en garantirait ainsi le respect. L'observation des prescriptions légales pourrait aussi être prouvée au moyen d'une obligation de communiquer les soupçons au MROS et de la possibilité qui en découlerait pour ce dernier de se procurer des informations auprès d'autres acteurs concernés. La troisième et dernière possibilité consiste en l'adoption d'une obligation de contrôler. Le respect des obligations de diligence serait en l'occurrence vérifié par une entreprise de révision directement chez les acteurs concernés. Cette solution est à la fois simple et efficace. C'est pourquoi le présent avant-projet propose d'adopter une telle obligation de contrôler. Il prévoit d'étendre aux conseillers la disposition qui s'applique actuellement aux négociants. Il propose en outre que l'entreprise de révision soit tenue de dénoncer le conseiller au Service de droit pénal du DFF si elle le soupçonne d'avoir enfreint les obligations qui lui incombent en cas de soupçon de blanchiment d'argent. Cette obligation de dénoncer s'appliquera systématiquement lorsque l'entreprise de révision constatera ou, présumera, sur la base de soupçons fondés, que le conseiller contrôlé a enfreint son obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires. Afin de garantir qu'une entreprise de révision ne subira pas de conséquences négatives à la suite de cette dénonciation, l'exclusion de la responsabilité pénale et civile, qui est déjà prévue explicitement dans la LBA pour les intermédiaires financiers, sera étendue aux entreprises de révision. Combinée à l'obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires, l'obligation de dénoncer garantira l'efficacité des contrôles et, *in fine*, empêchera la fourniture de conseils en rapport avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou avec une organisation criminelle.

1.2.1.2.3 Normes pénales

Violation de l'obligation de contrôler

Le droit en vigueur prévoit une norme qui punit la violation de l'obligation de contrôler des négociants. Afin de garantir que l'obligation de contrôler soit respectée par les conseillers également, il y a lieu d'étendre l'application de cette norme pénale à la nouvelle catégorie d'acteurs.

Violation de l'obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires

La violation de l'obligation des intermédiaires financiers ou des négociants de communiquer des soupçons de blanchiment d'argent est punie conformément à l'art. 37 LBA. En ce qui concerne les conseillers, l'obligation leur incombant en cas de soupçon de blanchiment d'argent

consiste à refuser ou à rompre la relation d'affaires. Le présent avant-projet prévoit par conséquent d'inscrire dans la loi une nouvelle norme punissant la violation de cette obligation par les conseillers. L'adoption de cette norme pénale suit la systématique actuelle de la LBA et fait partie de la solution qui devrait être plus acceptable pour la branche, du fait que seuls le refus ou la rupture de la relation d'affaires sont prévus, en lieu et place de l'obligation de communiquer.

1.2.1.2.4 Aspects examinés et non retenus

Surveillance par la FINMA ou par un OAR

La soumission à une surveillance constituerait une solution complète. Pour les conseillers, il s'agit toutefois de mettre en œuvre une solution à la fois simple et efficace. Comme nous l'avons déjà souligné, l'adoption d'une obligation de contrôler combinée, pour l'entreprise de révision, à une obligation de dénoncer est une mesure efficace et proportionnée, propre à garantir l'efficacité des obligations de diligence. Il convient en outre de relever que, selon le droit en vigueur, seuls les intermédiaires financiers sont soumis à une surveillance. C'est donc pour ces raisons qu'il n'est pas proposé de soumission à une surveillance.

Obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA

Pour autant qu'il n'y ait pas de transactions financières, la norme du GAFI ne prévoit pas d'obligation de communiquer en ce qui concerne les prestations fournies par les professions juridiques en rapport avec les sociétés et les trusts. À la différence de celles des intermédiaires financiers, les activités des conseillers se caractérisent notamment par le fait qu'elles ne génèrent pas de flux financiers. Or, l'un des objectifs de l'obligation de communiquer est de poursuivre et confisquer les valeurs patrimoniales d'origine criminelle. Au cours de leurs activités, les conseillers n'entrent pas en contact avec de telles valeurs patrimoniales. S'ils agissent en tant qu'intermédiaires financiers, ils sont entièrement soumis au régime applicable à ces derniers (obligation de communiquer comprise). Par contre, s'il s'agit d'avocats ou de notaires dont les affaires sont soumises au secret professionnel, le droit en vigueur les exempte déjà de l'obligation de communiquer. L'éventualité d'une communication des données du client à une autorité en dehors d'une procédure pénale pourrait fortement compromettre la relation de confiance entre l'avocat ou le notaire et le client. Pour toutes ces raisons, il convient de privilégier d'autres mécanismes de contrôle pour garantir le respect des obligations proposées. L'avant-projet de loi ne prévoit par conséquent pas d'obligation de communiquer pour les conseillers.

Droit de communication au sens de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP

Bien que le droit de communication prévu dans le CP consiste précisément en un droit et non en une obligation, les commentaires ci-dessus relatifs à l'obligation de communiquer s'appliquent par analogie. En effet, la branche juge déjà problématique la possibilité de communiquer les données des clients à une autorité en dehors d'une procédure pénale. Le présent avant-projet renonce par conséquent à étendre le droit de communication aux conseillers. Il faut en outre souligner qu'il est proposé, dans le cadre de la présente consultation, d'abroger le droit de communication selon l'art. 305^{ter}, al. 2, CP.

Obligations de diligence relatives à la préparation ou à l'exécution de l'achat ou de la vente de biens immobiliers pour le compte de tiers

La recommandation 22 du GAFI prévoit également certaines obligations de diligence pour les prestations de conseil concernant l'achat ou la vente de biens immobiliers. En Suisse, le commerce des biens immobiliers entre déjà largement dans le champ d'application de la LBA. Les paiements en espèces dépassant 100 000 francs en relation avec l'achat ou la vente d'un bien immobilier sont soumis à des obligations de diligence ou doivent être effectués en passant par un intermédiaire financier. Celui-ci est en outre tenu de respecter des obligations de diligence en ce qui concerne les valeurs patrimoniales apportées, notamment d'en clarifier l'origine. Ces

obligations s'appliquent aussi aux autres transactions en lien avec le commerce de biens immobiliers. Avec les nouvelles dispositions, les obligations de diligence devront également être respectées lorsque l'achat ou la vente de biens immobiliers se fera en relation avec la création, la gestion ou l'administration de sociétés. Pour les raisons évoquées plus haut, ces prestations ne sont pas incluses dans le catalogue des activités des conseillers.

1.2.2 Abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses

1.2.2.1 Contexte

Réglementation en vigueur selon la LBA

Dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations du GAFI révisées en 2012, on a inscrit dans la législation sur le blanchiment d'argent, en janvier 2016, des obligations de diligence s'appliquant aux négociants qui agissent à titre professionnel. Ceux-ci sont en l'occurrence tenus de respecter certaines obligations de diligence définies dans la LBA dès lors qu'un paiement en espèces dépasse le seuil de 100 000 francs et qu'il n'est pas effectué par le biais d'un intermédiaire financier. Ces dispositions s'appliquent aussi aux négociants en métaux précieux et en pierres précieuses, à moins qu'ils ne soient déjà réputés intermédiaires financiers (cf. art. 2, al. 3, LBA). Avec ces dispositions introduites en 2016, la Suisse a opté pour une approche selon laquelle le commerce des biens de luxe est soumis de manière générale à la LBA à partir d'un seuil de 100 000 francs.

Norme du GAFI et 4^e évaluation mutuelle par le GAFI

La recommandation 22, let. c, du GAFI et sa note interprétative prévoient que les négociants en métaux précieux et en pierres précieuses sont tenus de respecter les obligations de diligence dès lors qu'ils effectuent des transactions en espèces atteignant ou dépassant le seuil de 15 000 dollars/euros. Lors de la 4^e évaluation mutuelle de la Suisse par le GAFI, les évaluateurs ont déploré que les paiements en espèces en relation avec le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses n'obligent à respecter les obligations de diligence qu'à partir d'un seuil de 100 000 francs. Le rapport d'évaluation mutuelle du GAFI critique donc expressément le fait que le seuil de 100 000 francs applicable en Suisse soit nettement supérieur à celui de 15 000 dollars/euros prévu par la norme du GAFI.

1.2.2.2 Solution proposée

Afin de tenir compte des critiques émises dans le rapport d'évaluation mutuelle, il est proposé d'abaisser de 100 000 à 15 000 francs le seuil applicable dans le domaine spécifique du commerce des métaux précieux et des pierres précieuses. Toutefois, il est ressorti de plusieurs discussions menées avec des représentants de la branche qu'un tel abaissement du seuil pourrait créer des difficultés dans la vente aux clients finaux, en ce qui concerne aussi bien la détermination de la valeur exacte des matières précieuses contenues dans les produits que la plus-value générée par leur transformation. C'est pourquoi le présent avant-projet propose une approche de solution dont l'application sera plus simple et plus acceptable pour la branche. Dans ce contexte, les définitions des métaux précieux et des pierres précieuses qui seront soumis aux nouvelles dispositions revêtent une importance primordiale. Afin de ne pas porter préjudice au commerce des produits contenant des métaux précieux et des pierres précieuses typiquement destinés à être vendus à des clients finaux, il est proposé de restreindre de manière appropriée les définitions des métaux précieux et des pierres précieuses. La proposition repose sur les définitions de produits conformes à la LCMP, à l'ordonnance du 8 mai 1934 sur le contrôle des métaux précieux (OCMP)²⁵ ainsi qu'au tarif des douanes. Les métaux précieux et les pierres précieuses visés à l'art. 8a, al. 4^{bis}, AP-LBA sont donc à définir comme étant,

²⁵ RS 941.311

pour les premiers, l'or, l'argent, le platine et le palladium sous la forme de produits semi-ouvrés, de produits de la fonte et de matières pour la fonte et, pour les secondes, les rubis, les saphirs, les émeraudes et les diamants non enfilés, non montés et non sertis. Grâce à ces définitions, qui seront inscrites dans l'OBA, les bijoux, les statuettes et autres produits similaires typiquement destinés à être vendus à des clients finaux seront exclus du champ d'application des nouvelles dispositions. La solution proposée permettra une plus grande conformité avec les normes du GAFI. Les autres mesures concernant le domaine des métaux précieux sont décrites au ch. 1.2.8, en relation avec l'adoption d'un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés.

Délimitation avec le commerce des métaux précieux bancaires et des matières premières

L'OCMP²⁶ donne une définition des métaux précieux bancaires. La distinction entre les métaux précieux et les métaux précieux bancaires repose sur le titre et sur la forme apparente. Qui-conque pratique le commerce des métaux précieux bancaires est réputé intermédiaire financier, ce qui signifie qu'il est déjà pleinement soumis à la LBA selon le droit en vigueur²⁷. La mesure proposée ne s'applique donc pas dans ce domaine.

Les métaux précieux et les pierres précieuses peuvent en outre faire l'objet d'échanges commerciaux sous la forme de matières premières au sens de la LBA²⁸. Or le commerce des matières premières n'est réputé faire partie des activités d'intermédiaire financier que s'il est pratiqué pour le compte de tiers²⁹. S'il est au contraire exercé pour compte propre, il ne relève pas de l'intermédiation financière et ce sont alors les règles relatives aux transactions en espèces dépassant 100 000 francs en vigueur pour les négociants qui s'appliquent. L'abaissement du seuil à 15 000 francs ne concernera donc le commerce des matières premières que lorsque des métaux précieux ou des pierres précieuses seront négociés sous la forme de produits de base non transformés, autrement dit de matières premières.

1.2.3 Vérification des informations concernant l'ayant droit économique

1.2.3.1 Contexte

Réglementation en vigueur selon la LBA et le CP

L'art. 4 LBA prescrit que l'intermédiaire financier doit identifier l'ayant droit économique avec la diligence requise par les circonstances, et l'art. 305^{ter}, al. 1, CP punit celui qui ne respecte pas cette obligation. Est puni, selon le CP, celui qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances.

Norme du GAFI et 4^e évaluation mutuelle par le GAFI

La recommandation 10, let. b, du GAFI exige d'identifier le bénéficiaire effectif et de prendre des mesures raisonnables pour vérifier son identité, de sorte que l'institution financière ait l'assurance de savoir qui est le bénéficiaire effectif. Ses dispositions d'exécution précisent en outre que la vérification doit se fonder sur des informations ou des données pertinentes provenant de sources fiables. Le rapport d'évaluation mutuelle du GAFI reconnaît, dans le cadre de l'examen de l'efficacité des prescriptions légales, que les intermédiaires financiers suisses mettent effectivement en œuvre des mesures pour s'assurer de la plausibilité des informations concernant l'ayant droit économique. Ils suivent en l'occurrence une approche fondée sur les risques et s'appuient sur leur propre connaissance du profil du client, sur des informations publiques et, au besoin, sur des informations fournies par un service externe. Les critiques du

²⁶ Art. 178 OCMP

²⁷ Art. 2, al. 3, let. c, LBA, en relation avec l'art. 5, al. 1, let. a et e, OBA

²⁸ Art. 2, al. 3, let. c, LBA

²⁹ Art. 2, al. 3, let. c, LBA, en relation avec l'art. 5, al. 1, let. c et d, OBA

rapport d'évaluation mutuelle portent donc moins sur la conformité des pratiques des intermédiaires financiers suisses avec les recommandations du GAFI que sur l'absence – au-delà de l'obligation formelle d'identifier l'ayant droit économique – d'une base légale explicite prescrivant de procéder systématiquement à une vérification matérielle des informations reçues, autrement dit sur l'absence d'une obligation générale en la matière. Cette lacune a eu un impact négatif sur l'évaluation de la conformité du droit suisse avec plusieurs des exigences de la recommandation 10 et compte donc pour beaucoup dans la note globale insuffisante obtenue en relation avec cette recommandation. De plus, elle a aussi eu un effet négatif sur l'évaluation d'autres recommandations, notamment en ce qui concerne la transparence des personnes morales et d'autres constructions juridiques (recommandations 24 et 25). La mesure proposée revêt donc une importance particulière.

1.2.3.2 Solution proposée

Afin de répondre aux critiques du GAFI concernant l'absence de base légale évoquée ci-dessus, il est proposé de modifier la LBA de manière à ce que l'obligation de vérifier les informations concernant l'ayant droit économique y soit expressément inscrite.

1.2.4 Actualisation des données des clients

1.2.4.1 Contexte

Réglementation en vigueur selon la LBA

La LBA prévoit à l'art. 5 une obligation de renouveler certaines données récoltées dans le cadre des obligations de diligence des intermédiaires financiers. Cette obligation est toutefois limitée sur deux points. D'une part, elle ne s'applique que lorsque des doutes surviennent au cours de la relation d'affaires quant à l'identité du cocontractant ou de l'ayant droit économique. D'autre part, elle ne vise que le renouvellement de la vérification de l'identité du cocontractant ou de l'identification de l'ayant droit économique.

Norme du GAFI et 4^e évaluation mutuelle par le GAFI

Le chiffre 23 de la note interprétative de la recommandation 10 du GAFI (devoir de vigilance relatif à la clientèle) exige que les institutions financières s'assurent que les documents, données et informations obtenues dans l'exercice du devoir de vigilance restent à jour et pertinentes. Dans son rapport d'évaluation mutuelle, le GAFI reproche à la Suisse qu'il n'existe pas d'obligation générale et explicite pour l'intermédiaire financier de s'assurer que les données obtenues dans le cadre des diligences restent à jour et pertinentes au cours de la relation d'affaires. Il relève que c'est seulement dans l'hypothèse d'un doute sur les données relatives à l'identification du client ou de son ayant droit économique que la procédure doit être renouvelée³⁰.

Le GAFI considère que l'absence d'obligation générale et explicite de s'assurer que les données obtenues dans le cadre des diligences restent à jour et pertinentes constitue une lacune importante, notamment pour la détection et le suivi des risques. Cette lacune pèse de manière substantielle sur la notation attribuée par le GAFI pour la recommandation 10, tout comme l'absence d'une obligation explicite de vérifier l'ayant droit économique (cf. ch. 1.2.3.1)³¹. Il est par conséquent nécessaire d'y remédier.

³⁰ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, annexe sur la conformité technique, critère 10.7 (b), p. 196

³¹ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, annexe sur la conformité technique, pondération et conclusion de la recommandation 10, p. 200

1.2.4.2 Solution retenue

Afin de remédier à la lacune identifiée par le GAFI, il est prévu d'introduire dans la LBA une obligation de vérifier périodiquement que les documents nécessaires obtenus dans le cadre des obligations de diligence sont encore actuels et, le cas échéant, de les mettre à jour (actualisation du profil client).

Il ne s'agit pas d'une nouvelle obligation en tant que telle. En pratique, les intermédiaires financiers doivent déjà revoir périodiquement leur clientèle dans le cadre de la catégorisation des risques. Pour certaines relations d'affaires à risque accru, comme celles avec des personnes politiquement exposées à l'étranger, la direction doit décider chaque année de la poursuite de la relation ou non, ce qui implique une décision prise sur la base de données à jour. Le principe de la vérification périodique et de l'éventuelle actualisation des données relatives aux clients découle donc déjà de manière implicite de la réglementation de lutte contre le blanchiment d'argent. Il s'agit par conséquent uniquement d'introduire dans la LBA une obligation générale et explicite, comme le demande le GAFI.

L'obligation de vérification périodique de l'actualité des données clients vaut pour toutes les relations d'affaires, indépendamment de leur classification au niveau des risques. Une approche fondée sur les risques est toutefois applicable en ce qui concerne aussi bien la fréquence de la vérification que l'étendue des documents à actualiser dans ce cadre.

L'obligation de vérification périodique de l'actualité des données relatives aux clients ne se limite pas au renouvellement de la vérification de l'identité du cocontractant (art. 3 LBA) ou de l'identification de l'ayant droit économique (art. 4 LBA). Elle peut également impliquer de revoir de manière plus générale le profil client, par exemple l'objet et le but de la relation d'affaires (art. 6 LBA), dans la mesure où ces informations sont déterminantes pour la classification ou la surveillance de la relation d'affaires. C'est pourquoi, d'un point de vue systématique, cette nouvelle obligation doit être placée dans la LBA après les obligations de diligence des art. 3 à 6.

Puisque les informations récoltées dans le cadre de l'actualisation devront être documentées et conservées, il est proposé d'introduire l'obligation générale et explicite d'actualisation des données dans un nouvel alinéa de l'art. 7 LBA relatif à l'obligation d'établir et de conserver des documents.

1.2.5 Adaptation du système de communication au MROS

1.2.5.1 Contexte

La Suisse dispose d'un système de communication des soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme particulier dans lequel coexistent, encore aujourd'hui, une obligation et un droit de communiquer. Ce système distingue selon leur degré les soupçons susceptibles d'être signalés au MROS: les soupçons fondés et les soupçons simples. À ces deux catégories correspondent deux dispositions légales distinctes: l'art. 9 LBA (obligation) et l'art. 305^{ter}, al. 2, CP (droit).

Ce système «dualiste» s'explique par des raisons historiques. L'art. 305^{bis} CP punissant le blanchiment d'argent est entré en vigueur le 1^{er} août 1990. Les intermédiaires financiers se sont alors retrouvés face à un dilemme. Ils n'étaient pas en droit de faire part aux autorités compétentes de leurs soupçons quant à l'origine criminelle de certaines valeurs patrimoniales, car une telle démarche aurait pu constituer une violation du secret professionnel. Inversement, en omettant de communiquer de tels renseignements aux organes de poursuite pénale, les intermédiaires financiers pouvaient se rendre coupables de blanchiment d'argent. Un droit de communiquer a par conséquent été introduit dans le code pénal à l'art. 305^{ter}, al. 2, en vue de

résoudre ce dilemme. Il est entré en vigueur le 1^{er} août 1994 et constitue depuis lors un fait justificatif légal au sens de l'art. 14 CP³².

L'introduction du droit de communiquer s'inscrivait également dans la suite des premières recommandations du GAFI de 1990. La recommandation 16 de l'époque préconisait en effet l'institution d'un droit ou d'une obligation de communication. En Europe, la première directive de 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux³³ a choisi la voie unique de l'obligation de communiquer. Pour le législateur suisse, il a paru plus opportun de ne pas inclure une obligation de communiquer dans le code pénal et de laisser au droit administratif le soin de traiter de cette question³⁴. À ce moment-là, la future LBA était en cours d'élaboration et il était prévu d'y introduire une obligation de communiquer.

Le droit de communiquer prévoyait à l'époque de son introduction une communication «aux autorités suisses de poursuite pénale et aux autorités fédérales désignées par la loi». En 1994, le MROS n'existait pas encore. Les destinataires des communications étaient donc essentiellement les autorités cantonales de poursuite pénale. Avec l'entrée en vigueur de la LBA le 1^{er} avril 1998, le MROS est venu s'ajouter aux autres destinataires. Le Ministère public de la Confédération est lui aussi devenu destinataire de communications au sens de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP après la création des nouvelles compétences fédérales de procédure dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique³⁵. Il appartenait aux intermédiaires financiers de décider à quel organe (autorité de poursuite pénale ou MROS) ils entendaient rendre compte conformément à l'art. 305^{ter}, al. 2, CP.

Dans le cadre de l'examen de la Suisse de 2005³⁶, le GAFI s'est interrogé sur la cohérence et l'efficacité de ce dispositif dans lequel les autorités pénales étaient saisies de cas pour lesquels les soupçons étaient moins fondés (art. 305^{ter}, al. 2, CP) que ceux soumis au «filtrage» du MROS (art. 9 LBA). Il faut savoir également que lors de la première révision des recommandations du GAFI, en 1996, le droit de communiquer a été supprimé. Les recommandations ne prévoient donc, depuis lors, plus que l'obligation de communiquer.

Afin de rendre le dispositif suisse de communication plus cohérent et d'augmenter son efficacité, le législateur a décidé, comme premier pas, de supprimer la possibilité de communiquer des soupçons aux autorités de poursuite pénale, avec effet au 1^{er} février 2009³⁷. Depuis lors, le MROS est l'unique destinataire des communications de soupçons basées sur le droit de communiquer.

Dans l'optique de l'évaluation du GAFI du 4^e cycle de 2016, et vu les critiques émises lors de l'évaluation précédente, le Conseil fédéral a proposé en février 2013 de simplifier le système de communication de soupçons dans le cadre de l'avant-projet de loi relatif à la mise en œuvre des recommandations du GAFI, révisées en 2012³⁸. Il a alors proposé de supprimer le droit de communiquer. Cette proposition a toutefois été refusée lors de la consultation et le droit de

³² Cf. message du Conseil fédéral du 30 juin 1993 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); FF **1993** III 269

³³ Directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991, Journal officiel L 166/77 du 28.06.1991

³⁴ Cf. message précité, ch. 2.3.1

³⁵ RO **2003** 3043 3047; FF **2002** 5014

³⁶ 3^e rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, novembre 2015; <http://www.fatf-gafi.org/fr/pays/s-t/suisse/documents/rapportdevaluation-mutuellesuisse.html>

³⁷ Cf. loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, RO **2009** 361

³⁸ Cf. rapport explicatif du 27 février 2013 destiné à la consultation; https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2309/GAFI-2012_Rapport-expl_fr.pdf

communiquer a par conséquent été maintenu. D'autres modifications du système de communication ont par contre été adoptées.

Un des arguments invoqués contre la suppression du droit de communiquer était qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer si un soupçon est «fondé» au sens de l'art. 9 LBA, d'autant que cette notion n'était alors pas définie par la jurisprudence. Par conséquent, en cas de doute, l'intermédiaire financier peut faire usage du droit de communiquer, ce qui est également dans l'intérêt de la détection et de la poursuite du blanchiment d'argent³⁹. Depuis lors, la situation a changé. Les procédures pénales administratives menées pour soupçon de violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 en relation avec l'art. 37 LBA ont confirmé ces dernières années que la notion de «soupçons fondés» devait être comprise au sens large. Le Tribunal pénal fédéral⁴⁰ ainsi que le Tribunal fédéral⁴¹ ont notamment établi qu'un soupçon est clairement considéré comme fondé au sens de l'art. 9 LBA si des indices suspects subsistent après les clarifications particulières prévues à l'art. 6, al. 2, LBA. En l'absence de clarification dans un délai raisonnable, un «simple doute» peut également, selon le droit en vigueur, déclencher l'obligation de communiquer visée à l'art. 9 LBA.

Dans ce contexte, le droit de communiquer prévu à l'art. 305^{ter}, al. 2, CP n'est plus guère applicable selon la législation en vigueur. En effet, si on considère la jurisprudence, l'état de fait visé par le droit de communiquer tombe déjà en grande partie sous l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA. La coexistence d'un droit et d'une obligation de communiquer peut par conséquent créer une certaine incertitude juridique pour les intermédiaires financiers quant au caractère obligatoire de leur communication. C'est la conclusion à laquelle le GAFI arrive dans son évaluation de la Suisse en 2016. Il considère, du point de vue de l'efficacité du système, que «le double régime juridique (droit et obligation) organisant les déclarations d'opérations suspectes pèse sur la compréhension et l'interprétation par les intermédiaires financiers des circonstances entraînant une obligation de communiquer un soupçon au MROS»⁴². Il recommande par conséquent à la Suisse de clarifier le cadre législatif 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 juridiques.

Se fondant sur la jurisprudence précitée du Tribunal pénal fédéral de 2015, le GAFI a reconnu que l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA était largement conforme, d'un point de vue technique, avec la recommandation 20 selon laquelle un intermédiaire financier est tenu de communiquer s'il soupçonne ou a des motifs raisonnables de soupçonner que des fonds sont le produit d'une activité criminelle ou ont un rapport avec le financement du terrorisme. Pour arriver à cette conclusion, le GAFI s'est également basé sur l'avis du MROS qui, depuis 2007, précise que les intermédiaires financiers doivent transmettre une communication au sens de l'art. 9 LBA si, selon diverses indications, selon l'obligation particulière de clarification prévue à l'art. 6 LBA et selon les indices qui en résultent, ils présument ou du moins ne sauraient exclure que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle⁴³.

Au vu de ce qui précède, le maintien du droit de communiquer ne se justifie plus. Cela d'autant plus que la limite entre droit et obligation de communiquer est devenue encore plus ténue avec les modifications apportées par la loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012⁴⁴ (ci-après loi GAFI de

³⁹ Cf. rapport de septembre 2013 sur les résultats de la procédure de consultation relative à la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, ch. 4.6.2; https://www.ad-min.ch/ch/ff/gg/pc/documents/2309/Rapport_resultats_consultation_GAFI.pdf

⁴⁰ Arrêt SK.2014.14 du 18 mars 2015, consid. 4.5.1.1; arrêt SK.2017.74 du 19 décembre 2017, consid. 2.2.3.1

⁴¹ Dernier arrêt en date: 1 B_433/2017 du 21 mars 2018, consid. 4.9

⁴² Cf. §315 du 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse

⁴³ Cf. préambule du rapport annuel 2007 du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS d'avril 2008; <https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2007-f.pdf>

⁴⁴ RO 2015 1389

2014). Ainsi, l'obligation de communiquer en vertu de l'art. 9 LBA n'est plus assortie du blocage automatique des fonds (sauf dans le cas particulier d'une communication en vertu de l'art. 9, al. 1, let. c, LBA). Il s'ensuit que, tant en cas de communication selon l'art. 9 LBA que selon l'art. 305^{ter}, al. 2, CP, les conséquences sont les mêmes: les fonds ne sont pas bloqués automatiquement. En outre, après l'analyse du MROS, en cas de transmission du cas aux autorités de poursuite pénale, le même traitement s'applique, à savoir un blocage pendant cinq jours (art. 10, al. 2, LBA).

1.2.5.2 Solution retenue

Compte tenu des explications ci-dessus, le Conseil fédéral propose de clarifier comme suit le système de communication de soupçons au MROS: suppression du droit de communiquer prévu par le CP et, par conséquent, du délai de 20 jours pour les analyses des communications de soupçons. Afin de renforcer la sécurité juridique, le Conseil fédéral propose d'ancrer dans l'OBA l'interprétation jurisprudentielle de la notion de «soupçons fondés» de l'art. 9, al. 1, LBA, de manière analogue à ce qui est prévu à l'art. 20, al. 1, OBA en lien avec l'obligation de communiquer des négociants.

Abrogation du droit de communiquer

Le droit de communiquer prévu dans le CP permet aux intermédiaires financiers d'informer le MROS en cas de soupçon (simple) que des valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle⁴⁵. Or, selon la jurisprudence, un tel soupçon doit être aujourd'hui communiqué au MROS sur la base de l'art. 9 LBA, sauf si les clarifications particulières prévues dans ce cas à l'art. 6 LBA permettent de l'écarter. Le droit de communiquer n'a par conséquent plus de raison d'être et doit être abrogé.

En abrogeant le droit de communiquer, il est donné suite à la recommandation figurant dans le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse demandant de clarifier le cadre législatif afin d'éviter qu'un même degré de soupçon relève à la fois du droit et de l'obligation de communiquer. Cette modification devrait également augmenter l'efficacité du système de communication de soupçons.

Suppression du délai pour l'analyse des communications par le MROS

Un délai d'analyse de 20 jours ouvrables est prévu pour les communications sur la base de l'obligation de communiquer visée à l'art. 9 LBA (art. 25, al. 5, LBA). Avec l'abrogation du droit de communiquer, tous les cas suspects devront être communiqués sur la base de l'art. 9 LBA, ce qui augmentera la pression sur le MROS pour tenir le délai d'analyse de 20 jours. Or ce délai ne tient déjà aujourd'hui pas suffisamment compte de la réalité. Selon les circonstances, le MROS peut avoir besoin d'informations complémentaires pour son analyse et doit alors faire usage de l'art. 11a LBA, ce qui nécessite du temps. De même, le MROS peut devoir recourir à la coopération internationale pour obtenir d'un homologue des informations aux fins de ses analyses. Or le délai de réponse moyen était de 27 jours ouvrés en 2016⁴⁶. Sans compter que le MROS a besoin de temps au préalable pour préparer la demande, puis pour analyser les informations reçues. Enfin, certaines communications peuvent, avec les documents explicatifs ou justificatifs, comporter des centaines de pages. À cela s'ajoute qu'en 2016 et 2017, le MROS n'a pas été en mesure de traiter toutes les communications reçues dans l'année. L'obligation de l'art. 23, al. 5, LBA de traiter dans les 20 jours toutes les communications en vertu de l'obligation de communiquer ne peut par conséquent être maintenue et doit être supprimée.

⁴⁵ En d'autres termes, les valeurs patrimoniales doivent provenir d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis}, ch. 1^{bis}, CP.

⁴⁶ Cf. rapport annuel du MROS de 2016, ch. 2.3.2.

Cela donnera au MROS la marge de manœuvre nécessaire pour prioriser⁴⁷ et traiter plus rapidement les communications de soupçons graves, tandis que les communications de moindre gravité auront un délai de traitement plus long.

1.2.5.3 Solutions non retenues

Modification de la formulation de l'art. 9 LBA

Le Conseil fédéral a examiné si la formulation de l'art. 9, al. 1, LBA ne devrait pas être adaptée à la formulation de la recommandation 20 du GAFI, en remplaçant l'expression «présume sur la base de soupçons fondés» par «soupçonne ou a des motifs raisonnables de soupçonner». Il a renoncé à une telle proposition pour les raisons suivantes: Premièrement, il existe depuis ces dernières années une définition jurisprudentielle de la notion de «soupçons fondés», confirmée en mars dernier par le Tribunal fédéral. Remplacer cette notion par une nouvelle notion non définie aurait créé une insécurité juridique, du moins aussi longtemps que la jurisprudence ne se serait pas prononcée sur son interprétation. La nouvelle formulation aurait également pu laisser entendre, à tort, qu'il n'est plus nécessaire d'effectuer des clarifications particulières avant de faire une communication de soupçon. Cela pourrait entraîner une forte augmentation des communications de soupçons et, parallèlement, une diminution de leur qualité et de leur bien-fondé. L'efficacité du système de communication au MROS et de la lutte contre le blanchiment d'argent dans son ensemble en pâtirait. Deuxièmement, le GAFI a reconnu que l'interprétation jurisprudentielle des «soupçons fondés» est largement conforme à la recommandation 20 du GAFI. Il n'y a par conséquent aucune nécessité de modifier formellement le texte de l'art. 9, al. 1, LBA. L'abrogation du droit de communiquer répond déjà de manière adéquate et satisfaisante à la recommandation figurant dans le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse en lien avec le système de communication de soupçons.

Introduction d'un nouveau droit de communiquer dans la LBA

Le Conseil fédéral a également examiné la possibilité de maintenir un droit de communiquer avec une formulation différente de l'actuel art. 305^{ter}, al. 2, CP, s'éloignant de la notion de soupçon. L'idée était d'introduire ce nouveau droit de communiquer dans la LBA. Ce droit aurait permis de communiquer au MROS des cas où les intermédiaires financiers n'auraient pas eu de soupçons fondés au sens de la jurisprudence de l'art. 9 LBA, mais par exemple un malaise ou un inconfort par rapport à une relation d'affaires. Ce malaise ou cet inconfort aurait, bien entendu, dû avoir un lien avec le blanchiment d'argent ou ses infractions préalables, la criminalité organisée ou le financement du terrorisme.

Le Conseil fédéral a renoncé à cette proposition pour les raisons suivantes. Premièrement, la distinction entre le droit et l'obligation de communiquer n'aurait été que partiellement clarifiée. Avec l'interprétation jurisprudentielle de la notion de «soupçons fondés» de l'art. 9 LBA, tous les soupçons tombent désormais sous l'obligation de communiquer. Il est donc difficile de déterminer quels autres cas de figure pourraient tomber sous le nouveau droit de communiquer. Une norme prévoyant la possibilité de signaler au MROS un inconfort ou un malaise ayant un rapport avec le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme aurait été juridiquement difficilement concevable, les notions d'inconfort ou de malaise étant des notions non juridiques, indéfinies et subjectives. Deuxièmement, un tel droit de communiquer irait au-delà des exigences du GAFI et constituerait un *Swiss finish*. Enfin, un tel droit entraînerait une augmentation encore plus importante des communications au MROS, d'importance potentiellement moins élevée, ce qui poserait un problème accru de gestion des ressources et des priorités, voire nécessiterait encore plus de ressources supplémentaires.

⁴⁷ La priorisation est effectuée par le MROS sur la base de différents critères. Il s'agit d'une procédure interne, adaptée régulièrement, qui n'est pas communiquée aux intermédiaires financiers.

1.2.6 Autres modifications de la LBA

Quelques modifications de la LBA, moins fondamentales, sont proposées, d'une part, pour renforcer la coopération nationale, et, d'autre part, pour améliorer la conformité de la législation suisse avec les normes du GAFI en matière de coopération internationale (recommandation 40). Enfin, le droit d'accès aux fichiers en rapport avec des communications de soupçons prévu à l'art. 34 LBA doit être exclu, car il contredit l'interdiction d'informer de l'art. 10a LBA. Cette exclusion doit, par ailleurs, être étendue à toutes les informations transmises au MROS en lien avec une communication de soupçon. Cette modification de l'art. 34 LBA augmentera la sécurité juridique en évitant des conflits entre deux dispositions de la LBA.

Coopération nationale

Le MROS peut actuellement échanger des informations nécessaires à l'application de la LBA, d'une part, avec les autorités de surveillance (FINMA et CFMJ) et de poursuite pénale, et, d'autre part, avec toutes les autres autorités fédérales, cantonales ou communales (art. 29 LBA). Le MROS ne peut, par contre, pas échanger d'informations avec les OAR reconnus (art. 24 LBA), du fait que ces derniers ne sont ni des autorités de surveillance à proprement parler, ni des autorités fédérales, cantonales ou communales au sens de l'art. 29, al. 2, LBA. Or, les OAR ont reçu du législateur des tâches de surveillance des intermédiaires financiers qui leur sont affiliés, tâches similaires à celles des autorités de surveillance, et peuvent déjà échanger des informations avec la FINMA ou les autorités de poursuite pénale. Il convient de créer dans la LBA une base légale leur permettant d'échanger également des informations directement avec le MROS (art. 29, al. 1^{bis}, AP-LBA). Cela rendra plus efficace la coopération nationale nécessaire à l'application de la LBA.

Transmission et utilisation des informations provenant d'une cellule de renseignements financiers étrangère

Un principe important de la coopération internationale est qu'une autorité ne peut transmettre à une autre autorité nationale ou à un tiers des informations reçues d'un homologue étranger qu'avec l'autorisation expresse de ce dernier⁴⁸. Ce principe est déjà ancré à l'art. 29, al. 2^{ter}, LBA s'agissant des informations que le MROS reçoit d'un homologue étranger et qu'il souhaite transmettre aux autorités visées à l'art. 29, al. 2^{bis} (autres autorités fédérales, cantonales ou communales). Il n'existe pas de disposition similaire en lien avec les autorités de surveillance visées à l'art. 29, al. 1, LBA (FINMA et CFMJ). Il y a donc lieu de compléter l'art. 29, al. 2^{ter}, LBA, en y ajoutant une référence expresse aux autorités visées à l'al. 1. Le même principe doit également s'appliquer s'agissant de l'échange nouvellement prévu entre le MROS et les OAR.

Le droit d'accès de la personne concernée aux informations provenant d'un homologue étranger figurant dans le dossier du MROS doit être réglé expressément dans la LBA. À cette fin, il est prévu de compléter l'art. 35 LBA par un nouvel al. 1^{bis} autorisant le MROS à communiquer à la personne concernée des informations en provenance d'un homologue avec l'autorisation expresse de ce dernier. En cas de demande d'accès au dossier, le MROS devra donc contacter l'homologue lui ayant fourni des informations pour lui demander son autorisation.

Un autre principe important de la coopération internationale est que les informations échangées doivent exclusivement être utilisées aux fins pour lesquelles elles ont été sollicitées ou fournies (ch. 3 de la note interprétative de la recommandation 40; principe de spécialité). L'autorité qui reçoit les informations doit par conséquent respecter les conditions d'utilisation imposées par l'autorité qui les a fournies. Cela vaut également lorsque des informations reçues d'un homologue étranger sont transmises à une autre autorité nationale avec l'autorisation de ce dernier. Le MROS est généralement autorisé par ses homologues à transmettre les informations reçues aux autorités de poursuite pénale, à condition qu'elles ne soient pas utilisées

⁴⁸ Ch. 3 de la note interprétative de la recommandation 40 du GAFI et principes du Groupe Egmont en matière de coopération entre cellules de renseignements financiers

comme moyens de preuve, afin de ne pas contourner l'entraide judiciaire. Il s'ensuit que ces informations issues de la coopération internationale ne doivent pas être versées au dossier de la procédure pénale. Une telle restriction d'utilisation peut se heurter à une interprétation large du principe du respect des droits de la défense prévu dans le code de procédure pénale, selon laquelle toutes les informations reçues doivent être versées au dossier. Pour éviter des conflits d'interprétation qui pourraient entraîner une violation des conditions d'utilisation imposées par une autorité étrangère, une base légale formelle doit prévoir expressément l'obligation pour les autorités de poursuite pénale de respecter les conditions d'utilisation des informations définies par le MROS. Ces conditions refléteront bien entendu les conditions imposées par l'homologue étranger. À cette fin, un nouvel alinéa est proposé à l'art. 29a LBA.

Exclusion du droit d'accès aux fichiers en rapport avec des communications de soupçons ou des informations transmises au MROS

En vertu de l'art. 34, al. 1, LBA, les intermédiaires financiers doivent gérer des fichiers séparés en rapport avec les communications de soupçons. Le droit d'accès, au sens de l'art. 8 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)⁴⁹, des personnes concernées à ces fichiers est actuellement exclu uniquement pendant l'analyse effectuée par le MROS et tant que dure le blocage des avoirs prévu à l'art. 10 LBA (art. 34, al. 3, LBA). Or, depuis la modification de l'art. 10a, al. 1, LBA introduite par la loi GAFI de 2014, l'interdiction d'informer le client qu'une communication de soupçon a été effectuée est illimitée dans le temps. Ces deux dispositions doivent désormais être alignées. En effet, en accordant aux personnes concernées l'accès aux fichiers en question, l'intermédiaire financier violerait *de facto* l'interdiction d'informer le client. C'est pourquoi, en pratique, les intermédiaires financiers font généralement valoir l'interdiction d'informer le client illimitée dans le temps pour refuser ce droit d'accès. Cette situation n'est toutefois pas satisfaisante. Il y a donc lieu, pour des raisons de sécurité juridique, d'exclure de manière illimitée le droit d'accès aux fichiers en lien avec des communications de soupçons.

Il y a également lieu d'étendre l'obligation de gérer des fichiers séparés aux informations transmises par les intermédiaires financiers au MROS, à sa demande, sur la base de l'art. 11a LBA. En effet, les informations transmises dans ce cadre sont toujours en lien avec une communication de soupçon préalable. Elles doivent donc être soumises aux mêmes règles que les communications de soupçons en tant que telles. Outre l'obligation de tenir des fichiers séparés, l'accès auxdits fichiers doit être exclu de manière illimitée pour les raisons évoquées plus haut. Le titre de l'art. 34 doit, par la même occasion, être modifié pour mieux refléter le contenu de cette disposition.

1.2.7 Amélioration de la transparence des associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme

1.2.7.1 Contexte

Problématique

Depuis quelques années, l'utilisation abusive des personnes morales à des fins de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme est au cœur de préoccupations, aussi bien en Suisse que sur le plan international. Le risque n'est cependant pas confiné aux sociétés commerciales. Selon les conclusions de différentes études, suisses et étrangères, les organisations caritatives représenteraient un risque particulier en matière de financement du terrorisme⁵⁰. Ces études relèvent que la collecte de fonds de bienfaisance peut être utilisée pour

⁴⁹ RS 235.1

⁵⁰ Groupe d'action financière (GAFI/FATF): FATF Report. Risk of Terrorist Abuse in Non-Profit-Organisations, 2014 (<http://www.fatf-gafi.org> > Publications > Méthodes et tendances);

GCBF, Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse, juin 2015, p. 52 ss et 109 ss;

fournir une couverture pour le financement du terrorisme. Pour prévenir ces risques, le GAFI recommande l'adoption de règles de transparence visant à prévenir l'utilisation abusive des organisations caritatives tout en respectant leurs activités légitimes (recommandation 8). L'efficacité de la réglementation suisse au regard des critères du GAFI a été examinée dans le cadre du 4^e cycle d'évaluations qui a abouti à la publication du 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse en décembre 2016. En outre, sur le plan national, plusieurs parlementaires ont déposé, au cours de l'année 2016, des interventions portant sur la transparence, le financement (étranger) et les possibilités de contrôle des associations musulmanes et des mosquées ainsi que sur des thèmes connexes⁵¹. Ces interventions parlementaires présentent en partie un lien avec la problématique de la transparence des OBNL.

Notion d'OBNL

Selon la définition du GAFI, la notion d'OBNL, en anglais *non profit organisation* (NPO), désigne les personnes morales, constructions juridiques ou organisations qui à titre principal sont impliquées dans la collecte et la distribution de fonds à des fins caritatives, religieuses, culturelles, éducatives, sociales ou confraternelles ou dans d'autres types de «bonnes œuvres»⁵². En Suisse, les OBNL sont communément appelés organisations d'utilité publique ou encore organisations ou institutions sans but lucratif. Le caractère d'utilité publique dépend toutefois non pas de la forme juridique de l'organisation, mais de critères relevant du droit fiscal. La notion du droit fiscal suisse est plus large que celle du GAFI car elle tient uniquement compte du but d'utilité publique et non de l'implication dans la collecte et la distribution de fonds⁵³. Les OBNL présents en Suisse revêtent généralement la forme juridique de l'association au sens des art. 60 ss CC ou de la fondation au sens des art. 80 ss CC. Dans de plus rares cas, ils peuvent prendre la forme de sociétés commerciales, comme la société anonyme. Par ailleurs, tous les OBNL actifs sur le territoire suisse ne sont pas nécessairement constitués selon les règles du droit suisse. En effet, certains ont leur siège à l'étranger et exercent leurs activités en Suisse par le biais de succursales ou d'autres intermédiaires. D'autres, comme les trusts, ont bien le siège de leur administration en Suisse, mais revêtent une forme juridique étrangère.

Recommandations du GAFI concernant les OBNL

Le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse examine sous l'angle des OBNL aussi bien le régime applicable aux fondations que celui applicable aux associations. La législation applicable aux fondations, notamment sous l'angle de la transparence, est généralement considérée comme adéquate par le GAFI. Par contre, le rapport est plus critique en ce qui concerne les associations. Il relève les lacunes principales suivantes en relation avec la transparence des OBNL. Premièrement, il conclut que la Suisse n'est pas en mesure d'identifier, dans toute la mesure du nécessaire, la population des associations à risque. Deuxièmement, il retient que les mesures prises par les autorités pour sensibiliser le secteur des OBNL demeurent insuffisantes⁵⁴. Troisièmement, il constate le manque de mesures de surveillance des associations. Il relève, enfin, des lacunes partielles en ce qui concerne les obligations de transparence imposées aux OBNL, notamment la publication des états financiers annuels et les règles de connaissance des bénéficiaires, et concernant les sanctions dissuasives en cas de manquement⁵⁵. Le rapport constate également que les mesures de transparence applicables aux

GCBF, Blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'organismes à but non lucratif, 28 juin 2017 (www.fedpol.admin.ch > criminalité > publications MROS); cité ci-après GCBF, Rapport OBNL 2017.

⁵¹ Voir notamment: 16.4130 Motion Fiala du 16 décembre 2016 «Les associations qui procèdent à des transferts internationaux de fonds doivent être impérativement inscrites au registre du commerce» (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20164130>)

⁵² Note interprétative de la recommandation 8 du GAFI, glossaire des termes spécifiques utilisés dans cette recommandation

⁵³ GCBF, Rapport OBNL 2017, p. 7 et 10 ss.

⁵⁴ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, p. 192

⁵⁵ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, p. 256

petites structures associatives, dont le risque de financement du terrorisme ne peut d'emblée être exclu, paraissent insuffisantes⁵⁶ et que des mesures devraient être prises afin de permettre une plus grande visibilité sur ces structures et éviter que leur vulnérabilité ne soit exploitée⁵⁷. La Suisse s'est en particulier vu attribuer la notation «partiellement conforme» pour la recommandation 8 qui porte sur les OBNL⁵⁸. À noter que lors de la précédente évaluation, elle avait été notée «largement conforme», ce qui traduit un durcissement de la manière dont cette recommandation a été évaluée dans le cadre du 4^e cycle d'évaluations⁵⁹. Les critiques formulées à l'égard des petites associations ont également eu une influence sur l'évaluation des règles de transparence des personnes morales dont le niveau d'efficacité a été considéré comme modéré⁶⁰. À relever qu'en juin 2016, le GAFI a révisé la recommandation 8 et sa note interprétative afin de clarifier les catégories d'OBNL qui doivent entrer dans le champ des exigences de cette recommandation, y compris les mesures de surveillance. Le but était d'harmoniser les normes internationales en matière de transparence des OBNL avec le rapport de typologies du GAFI de juin 2014 et les meilleures pratiques de 2015. Ces rapports clarifient que toutes les OBNL ne présentent pas des risques élevés de financement du terrorisme et ne doivent pas toutes être couvertes par la recommandation 8. La norme révisée intègre donc désormais une approche fondée sur les risques. Cela implique que les mesures prises par une juridiction au niveau national doivent viser les risques principaux identifiés. La Suisse sera réévaluée en février 2020 au regard de cette norme révisée.

Rapport du GCBF sur le blanchiment d'argent et financement du terrorisme par le biais d'OBNL

En 2017, le GCBF a publié un rapport sur les risques encourus dans le domaine des OBNL⁶¹. Ce rapport arrive à la conclusion que les OBNL sont exposés au risque d'être utilisés abusivement à des fins de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme et propose des mesures visant à améliorer la transparence des associations présentant un risque accru d'abus. Selon le rapport, les cas suspects connus en Suisse ont en commun une activité internationale. Il semble que les OBNL menacés en particulier soient ceux qui fournissent des prestations (*service activities*) dans des zones de conflit où des structures terroristes djihadistes et islamo-nationalistes ou ethno-nationalistes opèrent et où le risque d'actes terroristes est concret et considérable⁶².

Le rapport du GCBF relève qu'en Suisse, les associations sont soumises à peu de contrôles de l'État et que seule une minorité doit faire auditer les comptes par une société de révision et se faire inscrire au registre du commerce. En l'absence de telles obligations, il est souvent impossible d'obtenir des informations sur l'organisation, les membres et le financement d'une association⁶³. Pour faciliter la gestion des risques spécifiques aux OBNL, notamment ceux des associations collectant des dons, le rapport recommande d'étendre l'obligation de s'inscrire au registre du commerce aux associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme, et d'obliger les associations inscrites au registre du commerce à tenir une liste de leurs membres⁶⁴.

En ce qui concerne les fondations, les auteurs du rapport semblent considérer que la réglementation en vigueur, avec l'obligation qui leur est faite de s'inscrire au registre du commerce, de désigner un organe de révision et de se soumettre à la surveillance de l'État, est suffisante.

⁵⁶ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, p. 139

⁵⁷ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, p. 188

⁵⁸ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, p. 192

⁵⁹ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, p. 144

⁶⁰ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, p. 139 et 149

⁶¹ GCBF, Rapport OBNL 2017

⁶² GCBF, Rapport OBNL 2017, p. 29

⁶³ GCBF, Rapport OBNL 2017, p. 39

⁶⁴ GCBF, Rapport OBNL 2017, p. 40

Aucune mesure tendant au renforcement des règles de transparence des fondations n'est donc préconisée.

Statistiques

Il n'existe pas de statistiques officielles sur le nombre d'organisations d'utilité publique présentes en Suisse. Une étude réalisée en 2008 l'estimait à environ 90 000⁶⁵. On peut relever qu'au 1^{er} janvier 2018, 17 141 fondations et 9 117 associations étaient enregistrées au registre du commerce⁶⁶. À noter que ces entités ne poursuivent pas toutes un but non lucratif ni ne procèdent à des collectes ou distributions de fonds. Ces chiffres permettent néanmoins d'établir que seule une minorité des organisations d'utilité publique est inscrite au registre du commerce. L'absence de statistiques sur la question ne permet pas d'estimer précisément combien d'associations seront visées par cette nouvelle mesure.

Réglementation en vigueur

Il n'existe pas de législation spécifique sur les OBNL en Suisse. Les organisations sont donc soumises aux règles applicables à la forme juridique qu'elles ont choisie. Les organisations incorporées selon un droit étranger sont régies par ce droit.

La grande majorité des OBNL suisses, constituée en association ou en fondation, est soumise aux règles de transparence suivantes:

- **Inscription au registre du commerce:** les associations acquièrent la personnalité juridique indépendamment de leur inscription au registre du commerce. Seule une minorité des associations a l'obligation de se faire inscrire. En effet, l'obligation ne s'applique pas aux associations qui ne poursuivent aucun but économique, n'exercent aucune activité commerciale et ne sont pas considérées comme ayant une certaine importance économique, c'est-à-dire qui ne dépassent pas plus d'une des trois valeurs suivantes: bilan de 10 millions de francs, chiffre d'affaires de 20 millions de francs et/ou 50 employés à plein temps. En revanche, toutes les fondations ont l'obligation de se faire inscrire au registre du commerce et n'acquièrent la personnalité juridique que par leur inscription.
- **Comptabilité:** seules les associations tenues de s'inscrire au registre du commerce ont l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes conformément aux règles du CO. Les autres ne tiennent qu'une comptabilité des recettes et des dépenses ainsi que du patrimoine.
- **Organe de révision:** seules les associations d'une certaine importance économique (cf. critères ci-dessus) ont l'obligation de désigner un organe de révision (art. 69b CC). S'agissant des fondations, elles ont en principe toutes l'obligation de désigner un organe de révision, à l'exception des fondations ecclésiastiques et des fondations de famille (art. 87, al. 1^{bis}, CC). En outre, selon l'art. 83b, al. 2, CC, l'autorité de surveillance peut dispenser une fondation de l'obligation de désigner un organe de révision lorsque le total du bilan de la fondation au cours de deux exercices successifs est inférieur à 200 000 francs, que la fondation n'effectue pas de collectes publiques et que la révision n'est pas nécessaire pour révéler exactement l'état du patrimoine et les résultats de la fondation⁶⁷.
- **Surveillance:** alors que les fondations sont en principe soumises à la surveillance d'une autorité administrative (art. 84 CC)⁶⁸, les associations ne sont soumises à aucune forme de surveillance administrative.

⁶⁵ Cf. Bernd Helmig et al.: Der dritte Sektor in der Schweiz. Länderstudie zum John Hopkins Comparative Non-profit Sector Project, 2010 in «Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse», juin 2015, p. 110, ch. 7.2.2, let. d.

⁶⁶ Statistiques de l'Office fédéral du registre du commerce (zefix.ch > publications OFRC > statistiques).

⁶⁷ Art. 1, al. 1, de l'ordonnance du 24 août 2005 concernant l'organe de révision des fondations; RS 211.121.3

⁶⁸ À noter que les fondations ecclésiastiques sont soumises à la surveillance interne de la communauté religieuse. Par contre, les fondations de famille sont exemptées de toute surveillance (art. 87 CC).

- Autres règles de transparence: contrairement aux sociétés commerciales (sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, etc.), les fondations et les associations ne sont soumises à aucun devoir d'identification de leurs ayants droit économiques. Les associations n'ont pas non plus d'obligation légale de tenir une liste de leurs membres, avec mention de leur nom et de leur adresse. Les fondations et les associations n'ont pas l'obligation d'être représentées par une personne domiciliée en Suisse (administrateur, membre du conseil de fondation ou directeur). À l'inverse de ce que connaissent la plupart des ordres juridiques étrangers, le droit suisse ne prévoit pas d'obligation générale de publication des états financiers des personnes morales. Une telle obligation n'existe donc ni pour les sociétés commerciales, ni pour les fondations et les associations. Le droit privé suisse ne leur impose pas d'autres devoirs de transparence et ne prévoit notamment aucune règle sur l'identification des bénéficiaires ou des donateurs des OBNL.

1.2.7.2 Dispositif de mise en œuvre

Objectifs, contenu et champ d'application

La réforme proposée vise à atteindre les buts suivants:

- limiter le risque que des associations suisses puissent être exploitées à des fins de financement du terrorisme ou de blanchiment d'argent;
- éviter de déstabiliser ou de décourager les activités légitimes des organisations caritatives en Suisse en veillant à adopter des mesures ciblées, efficaces et proportionnées pour lutter contre les abus;
- faciliter la gestion par les intermédiaires financiers des risques spécifiques aux OBNL concernés.

Pour atteindre ces objectifs, le présent projet prévoit de soumettre les associations exposées à un risque accru d'abus, à savoir celles qui, à titre principal, sont impliquées dans des activités de collecte ou de distribution de fonds à des fins caritatives à l'étranger, à des règles de transparence similaires à celles qui existent pour les autres personnes morales. Comme c'est déjà le cas pour les fondations et les sociétés commerciales, les associations visées par la nouvelle réglementation seront désormais soumises aux obligations suivantes:

- requérir leur inscription au registre du commerce;
- désigner un représentant domicilié en Suisse (cette obligation n'existe pas pour les fondations);
- tenir une liste de leurs membres, mentionnant leur nom et leur adresse, de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse.

Conformément aux conclusions formulées dans le rapport du GCBF et en ligne avec l'approche adoptée par le GAFI depuis 2016, le présent projet ne vise que les associations qui sont impliquées dans des activités de collecte ou de distribution de fonds à des fins caritatives en provenance ou à destination de l'étranger, en raison du risque particulier lié à ce type d'activités. Spécifiquement, le projet vise à couvrir les situations dans lesquelles soit la collecte soit la distribution de fonds a lieu à l'étranger. Les autres associations ne sont pas visées. Le projet couvre ainsi la notion d'OBNL au sens du GAFI et ne va pas au-delà de ce qui est exigé par les recommandations. En maintenant l'exemption de l'obligation d'inscription au registre du commerce pour les petites associations qui ne présentent pas de risques particuliers de financement du terrorisme ou de blanchiment d'argent, le projet propose une solution adéquate limitant l'impact sur l'attractivité de la Suisse comme place favorable aux associations.

Le présent projet de réforme vise l'ensemble des OBNL et renonce à introduire dans la loi des critères plus précis pour délimiter les associations à risque selon l'appréciation donnée dans le rapport sur les risques (cf. ch. 2.2.1.4 du rapport) tombant sous le coup des nouvelles dispositions. Il renonce notamment à établir une liste des activités ou des pays qui permettraient

une exemption. Il est certain que l'association qui finance la construction d'un opéra en France ne présente pas le même risque que celle qui vient en aide aux populations civiles en Syrie. Toutefois, l'appréciation des risques évolue constamment, de sorte que des distinctions sont difficiles à établir au niveau de la loi. L'affinement des critères d'identification des risques d'abus pourra se faire au niveau de l'ordonnance grâce à la norme de délégation prévue dans le présent projet. L'ordonnance pourra ainsi faire l'objet de mises à jour régulières pour tenir compte de l'évolution de la situation internationale. Bien qu'elles puissent également effectuer des collectes ou des distributions de fonds, les fondations ne sont pas non plus concernées par le projet. En ce qui les concerne, la surveillance étatique et les règles de transparence plus strictes auxquelles elles sont soumises constituent des mesures suffisantes pour lutter contre les abus, ce qui est reconnu par le GAFI dans le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse. L'approche fondée sur les risques préconisée par le GAFI ne requiert donc pas l'adoption de mesures supplémentaires.

Mesures proposées

1. Inscription obligatoire au registre du commerce

Les associations sont les seules personnes morales de droit privé à être exemptées de l'obligation de s'inscrire au registre du commerce. Le relatif anonymat dont bénéficient les associations et l'absence d'un système de surveillance étatique analogue à celui des fondations rendent difficile leur identification et la supervision de leurs activités par les autorités administratives ou pénales. Ainsi, il n'est aujourd'hui pas possible de connaître le nombre total des associations existantes en Suisse ni, a fortiori, d'établir des listes des associations en fonction de leur type d'activités ou de leur profil de risque comme l'exigerait le GAFI. Le public ne dispose pas non plus du moyen de vérifier facilement l'existence d'une association, la portée de son but ou l'identité des personnes autorisées à la représenter.

L'exemption de l'obligation de s'inscrire au registre du commerce se justifie parfaitement pour les associations locales, sans activités commerciales, qui n'entretiennent que peu de relations en dehors du cercle de leurs membres. Pour ce type d'associations, le besoin de publicité est moindre que pour les autres types de personnes morales. À l'inverse, dès lors que des associations exercent une activité commerciale ou atteignent une certaine importance, une telle exception ne se justifie plus. Elles sont alors soumises à des règles de publicité similaires à celles des autres types de personnes morales, avec l'obligation de se faire inscrire au registre du commerce, de désigner un organe de révision et de tenir une comptabilité. Les OBNL n'entrent généralement pas dans cette deuxième catégorie et ne sont donc en principe pas tenus de se faire inscrire au registre du commerce. Or de telles associations entretiennent également des contacts hors du cercle de leurs membres, qu'ils s'agissent de donateurs ou de bénéficiaires. Il existe donc également un intérêt public à avoir accès aux informations de base les concernant. L'obligation d'inscription au registre du commerce des associations à risque aurait également pour effet de les soumettre à une obligation de tenir une comptabilité en vertu des art. 957 ss CO.

Considérant qu'une telle mesure constituerait une atteinte disproportionnée à la liberté d'association reconnue par la Constitution (Cst.)⁶⁹, le projet renonce à introduire une obligation générale d'inscription pour toutes les associations et ne vise que celles qui présentent un risque accru d'être exploitées à des fins de financement du terrorisme ou de blanchiment d'argent, à savoir celles qui, à titre principal, sont impliquées dans la collecte et la distribution de fonds à des fins caritatives à l'étranger. Cette mesure doit permettre de favoriser la prévention, la détection et la répression des abus. Elle permettra de recenser, sur l'ensemble du territoire suisse, les associations considérées comme à risque accru, et d'avoir accès aux informations sur leurs représentants, leur domicile et leur but social. En outre, les contrôles effectués par

⁶⁹ RS 101

les autorités du registre du commerce au moment de l'inscription et le dépôt des pièces justificatives amélioreront la qualité des informations disponibles. La mesure proposée aura également pour effet de renforcer la confiance du public dans le fait que les ressources mises à la disposition de l'association bénéficient aux destinataires légitimes et ne sont pas détournées à d'autres fins. En cas de sollicitation, les donateurs pourront en effet facilement vérifier que l'association est bien inscrite au registre du commerce et qu'elle remplit toutes les règles de transparence prévues par la loi.

2. Obligation de tenir une liste des membres

Pour améliorer la transparence des associations tenues de s'inscrire au registre du commerce, le présent projet prévoit d'introduire, dans le CC, une règle similaire à celle prévue dans le CO pour les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives⁷⁰. Une telle règle obligera les associations concernées à tenir une liste de leurs membres, avec indication du nom et de l'adresse, de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse, et de conserver les pièces justificatives de l'inscription pendant au moins dix ans après la radiation du membre concerné de la liste.

Les associations n'ont à l'heure actuelle aucune obligation légale de tenir une liste de leurs membres. Même si la direction doit en principe le faire pour permettre l'organisation des assemblées générales et enregistrer les entrées et sorties de membres, ces listes ne sont pas toujours tenues dans la pratique. Le droit en vigueur ne permet ainsi pas de garantir que les autorités ou les intermédiaires financiers puissent avoir accès aux informations sur les personnes qui, en définitive, contrôlent l'association. En l'absence de telles listes, ils ne peuvent pas non plus vérifier si une association compte, parmi ses membres, des personnes politiquement exposées ou figurant sur des listes de personnes et entités liées au terrorisme. Par ailleurs, il convient de souligner que le droit suisse ne prévoit pas de nombre minimal de membres durant la phase de fondation ou une fois l'association constituée. Selon la doctrine, une association peut acquérir la personnalité juridique et continuer à exister avec deux membres, voire un seul. Vu la simplicité des formalités de constitution, le risque que de telles entités soient utilisées à des fins abusives n'est pas négligeable. Il existe donc un intérêt à pouvoir vérifier facilement, à l'aide de la liste des membres, si l'association est contrôlée par un membre unique ou par un nombre restreint de membres.

L'obligation légale de tenir une liste des membres répond aux exigences du GAFI sur la transparence des personnes morales (recommandation 24). La recommandation ne s'applique pas uniquement aux sociétés, mais à tous les types de personnes morales, y compris les associations. La mesure proposée permettra donc d'améliorer la conformité du droit des associations avec les recommandations du GAFI.

3. Obligation d'avoir un représentant en Suisse

Contrairement aux autres types de personnes morales régies par le CO⁷¹, les associations n'ont pas l'obligation de désigner un représentant en Suisse. Une association peut donc être dirigée par des personnes résidant à l'étranger, ce qui rend beaucoup plus difficile l'accès aux informations sur ses activités et sur ses membres⁷².

L'obligation d'avoir un représentant domicilié en Suisse et ayant accès à la liste des membres garantit aux autorités qu'en cas d'ouverture d'une procédure contre l'association, une personne physique pourra être entendue et fournir les renseignements utiles, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir aux mécanismes d'entraide internationale. De plus, elle répond aux

⁷⁰ Art. 686 CO pour les sociétés anonymes, art. 790 CO pour les sociétés à responsabilité limitée et art. 837 CO pour les sociétés coopératives

⁷¹ Art. 718, al. 4, 814, al. 3, et 898, al. 2, CO

⁷² La situation est la même pour les fondations, mais, pour ce qui les concerne, la surveillance exercée par les autorités étatiques permet dans une certaine mesure de pallier l'absence de représentant en Suisse. Le projet de révision renonce donc à introduire une règle correspondante.

exigences du GAFI sur la transparence des personnes morales, selon lesquelles les informations sur les membres doivent être disponibles dans le pays afin qu'elles puissent être fournies rapidement sur demande⁷³.

Mesures rejetées

1. Réglementation de la collecte de fonds

Une alternative à l'introduction de nouvelles règles de transparence dans le droit des personnes morales pour limiter les risques d'abus serait de réglementer directement l'activité à risque, à savoir la collecte et la distribution de fonds à des fins caritatives. Des mesures de droit public pourraient être introduites pour uniformiser les règles en vigueur dans les différents cantons et soumettre ce type d'activité à autorisation administrative. La collecte et la distribution de fonds pourraient alors être réservées à des organismes dûment autorisés, qui présentent des garanties de transparence suffisantes. Cette mesure nécessiterait toutefois une coordination entre droit fédéral et cantonal.

2. Réglementation de la reconnaissance du statut d'utilité public en droit fiscal

Le droit fiscal fédéral et cantonal permet d'accorder des exonérations d'impôts aux personnes morales qui poursuivent des buts d'utilité publique⁷⁴. La réglementation fiscale précise les critères qu'une association, une fondation ou une société doit remplir pour obtenir une telle exonération. Ces critères pourraient être utilisés et adaptés pour prévenir les risques d'abus et améliorer la transparence des OBNL. Il s'agirait de préciser les critères d'exonération fiscale, en adoptant un système similaire à celui qui existe en Allemagne (cf. ch. 1.3.2). Une telle mesure impliquerait un changement de paradigme en conférant aux autorités fiscales un rôle accru dans la lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment d'argent. Elle nécessiterait en outre une coordination entre droit fédéral et cantonal.

3. Surveillance administrative des associations

Contrairement aux fondations, les associations ne sont pas soumises à la surveillance d'une autorité étatique. Les mécanismes d'autorégulation qui existent en Suisse permettent d'exercer un certain contrôle des activités des OBNL. On pense notamment aux normes de la fondation ZEWO et aux certificats qu'elle délivre aux organisations qui acceptent de se soumettre à son contrôle⁷⁵. Cette forme de surveillance est toutefois purement facultative et les entités contrôlées par les organismes d'autorégulation sont principalement de grandes organisations. On ne compte que peu de petites associations parmi les affiliés. Une certaine surveillance des associations considérées comme des OBNL existe aussi par le biais des autorités fiscales, mais son efficacité à lutter contre les abus de financement du terrorisme est limitée⁷⁶. Il pourrait donc être envisagé de soumettre les associations à risque répondant à la définition d'OBNL à la surveillance d'une autorité administrative. Ces associations devraient néanmoins être identifiées au préalable. Cette mesure devrait donc aller de pair avec l'inscription de ces associations au registre du commerce. Une surveillance efficace des associations impliquerait toutefois la création d'une autorité de surveillance ou la réorganisation d'une autorité existante engendrant l'allocation d'importants moyens supplémentaires. Elle signifierait également une restriction non négligeable à la liberté d'association. Même si cette mesure est de nature à

⁷³ Recommandation 24 du GAFI ainsi que critères 24.4, 24.10 et note de bas de page 51 de la méthodologie d'évaluation du GAFI de 2013; <http://www.fatf-gafi.org> > Publications > Évaluations mutuelles

⁷⁴ Cf. art. 56, let. g, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD, RS 642.11) et art. 23, al. 1, let. f, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID, RS 642.14)

⁷⁵ Selon ses statuts, la fondation ZEWO a pour but d'encourager la transparence et la probité d'organisations d'utilité publique collectant des dons. Elle délivre un label de qualité et fournit des informations et des renseignements sur les organisations d'utilité publique qui récoltent des dons. À ce jour, plus de 500 entités suisses sont titulaires du label de qualité ZEWO (pour plus d'informations, cf. www.zewo.ch).

⁷⁶ 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, p. 94

renforcer la conformité avec les exigences du GAFI, les bénéfices escomptés ne paraissent pas justifier de tels investissements, raison pour laquelle cette solution n'a pas été retenue.

4. Obligation de désigner un organe de révision

Selon le droit actuel, seules les grandes associations sont obligées de soumettre leur comptabilité au contrôle d'un organe de révision. Les seuils d'assujettissement prévus pour les associations restent très élevés (bilan de 10 millions de francs, chiffre d'affaires de 20 millions de francs, 50 employés à plein temps). En matière de financement du terrorisme, les montants en jeu sont souvent beaucoup plus faibles. Le montant du bilan et celui du chiffre d'affaires ne sont donc pas des critères pertinents pour évaluer les risques d'abus et on ne peut pas exclure que des associations qui n'atteignent pas ces seuils soient utilisées à des fins abusives. Un abaissement des seuils d'assujettissement fixés par la loi ne permettrait donc pas d'atteindre l'objectif visé par la réforme. Il aurait en outre pour effet de toucher des associations qui ne présentent pas de risque particulier. Cette mesure a donc été écartée.

Dans le cas des associations dites à risque, il existe un intérêt public à vérifier que les ressources mises à leur disposition bénéficient bel et bien aux destinataires légitimes et ne sont pas détournées à d'autres fins. Il s'agit non seulement d'éviter que les fonds ne puissent servir au financement du terrorisme ou au blanchiment d'argent, mais également de préserver la confiance des donateurs. Le contrôle des comptes par un organe de révision permet, dans une certaine mesure, de vérifier que les états financiers présentés par une association sont tenus correctement et qu'ils reflètent bien la provenance et l'utilisation des fonds. C'est précisément en raison de l'efficacité de la mesure que les fondations sont, sauf exemption par l'autorité de surveillance, toutes soumises à l'obligation de désigner un organe de révision (art. 83b CC). Le but de cette règle est de garantir que les biens affectés à la fondation soient utilisés conformément à la volonté du fondateur. De façon similaire, la désignation d'un organe de révision pour les associations dites à risque permettrait de vérifier que les fonds collectés bénéficient aux destinataires légitimes. Une telle obligation contribuerait dans une large mesure à renforcer la transparence et la surveillance des petites structures associatives dont le risque de financement du terrorisme ne peut être exclu. Elle contribuerait également à renforcer la confiance de la communauté des donateurs et des intermédiaires financiers dans l'intégrité des OBNL actives à l'étranger. Cette mesure aurait cependant pour effet de soumettre les associations à un régime plus sévère que les sociétés commerciales qui ont la possibilité de faire un *opting-out* (art. 727a, al. 3, CO). Certains OBNL pourraient dès lors décider de revêtir la forme juridique d'une société commerciale pour se soustraire à l'obligation de désigner un organe de révision. Par ailleurs, la révision des comptes annuels induit des charges importantes pour les associations qui disposent bien souvent de ressources limitées. Elle est dès lors de nature à décourager les activités légitimes des associations et à nuire à l'attractivité de la Suisse pour les OBNL étrangers. La mesure peut par conséquent être considérée comme excessive.

5. Publication des comptes annuels

Lors de la dernière évaluation du GAFI, la Suisse s'est vu reprocher de ne pas respecter les obligations de transparence imposées aux OBNL, notamment la publication des états financiers annuels. Dans le cadre de la recommandation 8 révisée en juin 2016, la publication des comptes annuels n'est toutefois plus une mesure obligatoire, mais elle reste un exemple de mesure possible pour garantir la transparence et la surveillance. À noter qu'en Suisse les autres personnes morales (hormis les sociétés cotées en bourse) ne sont pas soumises à une telle obligation. En outre, comme l'obligation d'inscription au registre du commerce des associations à risque, prévue par le présent projet, entraîne aussi nouvellement l'obligation de tenir une comptabilité (art. 957 CO), les intermédiaires financiers pourront, s'ils le jugent utile, demander aux associations ouvrant une relation d'affaires auprès d'eux ou dans le cadre de la gestion d'une relation existante d'y accéder. Sous l'angle de la gestion des risques des intermédiaires financiers, il n'est donc pas nécessaire d'introduire une obligation de publication des

états financiers. Ainsi, en l'absence d'une exigence expresse du GAFI de publier les comptes annuels, eu égard aux autres mesures existantes et en préparation pour garantir la transparence et la surveillance des associations à risque (notamment l'inscription au registre du commerce, l'établissement des comptes ou la surveillance par les autorités fiscales) et, enfin, pour respecter l'égalité entre les formes de droit, des mesures supplémentaires ne sont pas jugées nécessaires.

1.2.8 Adoption d'un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés

1.2.8.1 Contexte

Dans la LCMP, les métaux précieux usagés tombent sous le coup de la définition des matières pour la fonte (art. 1, al. 3, let. b et c, LCMP). En font notamment partie les (vieux) bijoux ainsi que les déchets de fabrication destinés à être éliminés, mais contenant des métaux précieux susceptibles d'être récupérés. Le commerce de ces marchandises est délicat, dans la mesure où elles peuvent facilement être valorisées sur le plan monétaire (y compris comme butin). Selon le droit actuel, les titulaires d'une patente de fondeur sont déjà largement soumis aux obligations de diligence résultant de la LCMP. Ils sont également réputés intermédiaires financiers au sens de la LBA et sont donc tenus d'observer les règles correspondantes. Les acheteurs de métaux précieux usagés qui acquièrent ces métaux en Suisse et les exportent en vue de leur réutilisation ne sont par contre soumis à aucune obligation de diligence ni obligation de documenter spécifiques, hormis quelques dispositions cantonales. À cela s'ajoute le fait que la majorité des transactions sont réalisées en espèces.

Les bases légales arrêtées dans la LCMP et dans la LBA présentent une lacune dans le domaine des achats de ces métaux précieux. En effet, depuis que la patente commerciale auparavant nécessaire pour accomplir ces actes juridiques a été supprimée, le 1^{er} juin 2008⁷⁷, la LCMP ne prévoit plus aucune restriction. Quant à la LBA, seul le commerce des métaux précieux bancaires et des monnaies y est soumis (art. 2, al. 3, let. c, LBA en relation avec l'art. 5, al. 1, let. a, b et e, OBA). La LBA prévoit en outre des obligations de diligence pour les négociants qui reçoivent plus de 100 000 francs en espèces dans le cadre d'une opération de négoce (art. 8a LBA). Toutefois, ce sont généralement des particuliers qui vendent des ouvrages de bijouterie lors d'opérations d'achat temporaires et ils ne sont donc pas réputés négociants au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, LBA. À cela s'ajoute le fait que la problématique des métaux précieux usagés diffère de celle des opérations de négoce. Dans les opérations de négoce, c'est l'origine des espèces qui est déterminante du point de vue de la lutte contre le blanchiment d'argent, tandis que lors de l'achat de métaux précieux usagés, c'est l'origine de la marchandise qui compte. Relevons encore que le commerce de ces métaux est stimulé par la hausse du cours des métaux précieux, en particulier par celui de l'or, ce qui explique que l'on ait assisté ces dernières années à une augmentation du nombre d'acheteurs d'or à titre professionnel.

En raison des obligations de diligence (art. 168a OCMP) et de l'obligation de documenter (art. 168c OCMP) en vigueur, la plupart des titulaires d'une patente de fondeur n'acceptent plus de vieil or de la part d'acheteurs de métaux précieux usagés, car ceux-ci ne sont pas en mesure d'apporter les preuves requises de l'origine de la marchandise. On peut donc en conclure que les acheteurs concernés exportent les ouvrages en vieil or qu'ils acquièrent, en vue de leur transformation. Ce phénomène non seulement présente un risque mais constitue également une inégalité de traitement au regard de la problématique du blanchiment d'argent. La branche elle-même a donc manifesté son intérêt pour l'adoption de nouvelles règles dans ce domaine.

⁷⁷ Loi fédérale du 21 décembre 2007 sur la suppression et la simplification de procédures d'autorisation; RO 2008 2265

À l'occasion de l'évaluation mutuelle de la Suisse par le GAFI, la problématique des métaux précieux usagés, en particulier du vieil or, a été discutée avec les évaluateurs lors de leur visite dans le pays. Même s'ils n'ont pas fait de recommandation expresse à ce sujet dans le rapport d'évaluation, les évaluateurs étaient d'avis que l'absence de réglementation du commerce des métaux précieux usagés présentait des risques en matière de blanchiment d'argent. Le Conseil fédéral et les autorités suisses compétentes partagent cet avis. L'adoption dans la LCMP d'un mécanisme de contrôle applicable à l'achat de métaux précieux usagés à titre professionnel vise par conséquent à combler la lacune de la législation actuelle et, partant, à fortement réduire le risque potentiel de blanchiment d'argent.

1.2.8.2 Solution proposée

Le mécanisme de contrôle proposé vise à soumettre à un régime d'autorisation l'achat de métaux précieux usagés à titre professionnel. Il s'agit de garantir que les acheteurs opérant en Suisse remplissent certaines conditions élémentaires et soient inscrits dans un registre public. Les titulaires d'une autorisation d'achat, ou patente d'acheteur, seront ainsi tenus de respecter les mêmes obligations de diligence et de documentation que les titulaires d'une patente de fondeur.

Les obligations de diligence incluent notamment la vérification de l'identité du vendeur, la clarification de l'origine légale de la marchandise ainsi que la dénonciation des opérations suspectes. En ce qui concerne l'obligation de documenter, le but est de proposer une solution qui permette aux titulaires d'une patente d'acheteur d'adapter leur système de contrôle interne (SCI) si possible sans frais. Il s'agit donc de ne légiférer que sur les conditions minimales absolument indispensables.

Pour les achats de vieil or, les titulaires d'une patente d'acheteur devront être à tout moment en mesure, pour toute transaction, de présenter en temps utile les documents suivants aux autorités compétentes:

- copie d'une pièce d'identité officielle du vendeur;
- document ou preuve d'où ressortent la désignation et l'origine de la marchandise achetée ainsi que la date de la transaction.

De plus, grâce à l'obligation de tenir une comptabilité des transactions, les autorités de surveillance ainsi que celles de poursuite pénale pourront prendre connaissance des achats effectués.

Tous les acheteurs de métaux précieux usagés à titre professionnel seront soumis au régime d'autorisation. En font partie par exemple les négociants en métaux précieux, les bijoutiers, les orfèvres, les établissements de prêts sur gage et autres. L'activité est réputée présenter un caractère professionnel lorsque les achats sont effectués en continu et à des fins lucratives, peu importe qu'il s'agisse d'une activité principale ou accessoire.

Du fait qu'ils sont déjà soumis à des obligations de diligence strictes découlant de la LCMP et de la LBA, les titulaires d'une patente de fondeur qui achètent des métaux précieux usagés ne seront pas concernés par les nouvelles dispositions. De même, celles-ci ne s'appliqueront pas non plus au commerce des métaux précieux bancaires ni aux autres transactions déjà réglés dans la LBA.

Les dispositions d'exécution relatives à l'achat des matières pour la fonte seront arrêtées dans l'OCMP.

1.2.8.3 Point de vue de l'industrie

Le 18 septembre 2017, le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) a présidé, en collaboration avec l'Administration fédérale des douanes (AFD), une réunion avec

des représentants de la Fédération de l'industrie horlogère suisse (FH), de l'Association suisse des magasins spécialisés en horlogerie et bijouterie (ASHB) et de l'Association suisse des fabricants et commerçants de métaux précieux (ASFCMP). Cette réunion avait notamment pour but de discuter avec ces groupes d'intérêts de l'adoption d'une patente d'acheteur de métaux précieux usagés, en particulier de vieil or.

L'inscription dans la loi de l'obligation de documenter, qui doit accompagner l'adoption de la patente d'acheteur de métaux précieux usagés, a été jugée inutile dans la mesure où les principaux acteurs du marché respectent déjà cette obligation. Toutefois, afin d'avoir la possibilité d'agir contre les acheteurs malhonnêtes opérant dans le cadre de bourses d'achat temporaires, personne ne s'est déclaré opposé à l'adoption de cette obligation, à condition qu'elle puisse être remplie de manière pragmatique avec les moyens à disposition et sans travail bureaucratique supplémentaire.

1.3 Droit comparé

1.3.1 Adoption d'obligations de diligence relatives à certaines prestations en lien avec des sociétés et des trusts (conseillers)

L'UE a mis en œuvre la recommandation 22 du GAFI relative aux prestations de conseil en lien avec la création, la gestion et l'administration de sociétés dans l'art. 2, al. 1, ch. 3, let. b, de la directive 2015/849 du Parlement européen et du Conseil. Les réglementations de mise en œuvre de plusieurs États européens, parmi lesquels l'Allemagne, le Royaume-Uni, le Luxembourg, la France, l'Autriche, le Liechtenstein, la Belgique, l'Espagne, l'Italie et les Pays-Bas, ont été comparées. Hormis les Pays-Bas, tous ont intégré une disposition correspondant à celle de la directive dans leur droit national.

1.3.2 Amélioration de la transparence des associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme

Au niveau européen, deux systèmes de création d'association existent principalement. Dans le premier système, la création de l'association nécessite une annonce auprès d'une entité étatique qui s'accompagne d'un dépôt de certains documents. Ces documents doivent contenir les statuts de l'association, l'activité que celle-ci entend exercer et la liste des personnes autorisées à la diriger. Cette obligation permet la tenue d'un registre national ou régional des associations ainsi qu'une surveillance accrue de certains risques. Les autorités sont également en mesure d'établir des statistiques sur l'utilisation de ce type de personnes morales. Ce système se retrouve par exemple en Belgique, en Espagne ainsi qu'en Autriche.

Dans le deuxième système, que l'on retrouve par exemple en France, en Allemagne ou en Italie, il y a principalement deux types d'associations: les associations qui disposent de la personnalité juridique et celles qui n'en disposent pas. Ces dernières ne sont donc pas des personnes morales et chaque acte juridique doit être accompli par un de ses membres personnellement. Par conséquent, les associations non inscrites ne peuvent pas directement conclure des contrats, recevoir des legs, accéder au système bancaire et transférer de l'argent. Pour acquérir la personnalité juridique, l'association doit respecter différentes conditions, dont principalement une obligation d'inscription auprès d'une entité étatique. Après le dépôt de ses statuts et de la liste de ses organes de direction, l'association devient une personne morale à part entière. Ce système est souvent combiné avec des conditions et/ou des obligations supplémentaires pour les associations qui procèdent à certains types d'opérations ou bénéficient d'avantages. En France, par exemple, une association qui désire recevoir des dons importants ou conclure des contrats devra être reconnue d'utilité publique. Ce statut est assujéti à des conditions supplémentaires. En Allemagne, l'exonération fiscale de l'association nécessite un examen détaillé mené par l'autorité fiscale qui contrôle expressément l'absence de finance-

ment du terrorisme. En Italie, l'association qui désire transférer une somme d'argent supérieure à 1000 euros devra obligatoirement passer par un intermédiaire financier. Ces systèmes sont également combinés avec la tenue d'un registre national des associations enregistrées et donc titulaires de la capacité juridique. En principe, les changements dans l'organisation ou dans les statuts doivent être annoncés à l'entité étatique responsable de l'inscription.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Loi sur le blanchiment d'argent

Art. 2, al. 1, let. c

L'art. 2, al. 1, est complété par la let. c. Cette nouvelle disposition étend le champ d'application de la LBA aux prestations spécifiques en lien avec des sociétés et des structures de sociétés, ainsi qu'à la fonction d'actionnaire agissant pour le compte d'une autre personne. Les personnes exerçant les activités citées sont regroupées sous une nouvelle catégorie d'acteurs, à savoir celle des «conseillers», qui vient s'ajouter à celles des intermédiaires financiers et des négociants. Afin de garantir l'égalité de traitement de tous les groupes professionnels, on a opté pour une approche axée sur les activités. Sont donc concernées toutes les personnes physiques et morales qui préparent ou exercent les activités énumérées aux ch. 1 à 5. Toutefois, comme pour les intermédiaires financiers et les négociants, les acteurs concernés ne seront tenus de respecter les obligations de diligence prévues que s'ils fournissent leurs prestations à titre professionnel. Relevons qu'aussi bien la préparation que l'exercice des activités énumérées à l'art. 2, al. 1, let. c entrent dans le champ d'application des nouvelles dispositions, si bien que les obligations de diligence devront être respectées même lors de la simple élaboration d'un concept. Cependant, les auxiliaires – par analogie avec ceux décrits à l'art. 2, al. 2, let. b, OBA en relation avec les intermédiaires financiers – ne tomberont pas sous le coup des nouvelles dispositions pour ce qui est des activités de préparation. Les auxiliaires sont des personnes choisies avec soin par le conseiller, soumises aux instructions et au contrôle de ce dernier, intégrées dans les mesures organisationnelles prévues à l'art. 8d AP-LBA et bénéficiant d'une formation initiale et d'une formation continue appropriées. Ils n'agissent en outre qu'au nom et pour le compte du conseiller, sont rémunérés par ce dernier et non par le client final et ont conclu avec le conseiller une convention écrite portant sur l'ensemble de ces exigences.

Le ch. 1 couvre la préparation ou la fourniture de prestations en lien avec la création, la gestion et l'administration de sociétés ou de trusts. Par création, on entend tous les actes exécutés en vue de la constitution légale d'une société ou d'un trust. La gestion comprend quant à elle toutes les tâches de direction opérationnelle, tandis que l'administration regroupe celles incombant au conseil d'administration. Dans ce contexte, il convient de souligner que, conformément à la LBA, l'exercice d'une activité d'organe d'une société de domicile est considéré comme l'exercice d'une activité d'intermédiaire financier (art. 6, al. 1, let. d, OBA). Il s'ensuit que s'il exerce lui-même une telle activité, le conseiller sera soumis aux règles applicables aux intermédiaires financiers.

Le ch. 2 couvre l'organisation des apports en lien avec les activités visées au ch. 1. Par organisation des apports, on entend les activités telles que, par exemple, l'ouverture de comptes bancaires destinés à la consignation du capital.

Avec le ch. 3, le champ d'application est étendu à l'achat ou à la vente de sociétés visées au ch. 1.

Le ch. 4 porte sur la mise à disposition d'une adresse ou de locaux destinés à servir de siège à des sociétés et à des trusts tels que mentionnés au ch. 1. Cette activité consiste en ceci que le conseiller met par exemple sa propre adresse commerciale à la disposition d'une tierce personne, en tant qu'adresse du siège d'une société. Cette adresse sera alors inscrite au registre du commerce comme adresse du siège.

Enfin, le ch. 5 couvre l'exercice de la fonction d'actionnaire agissant pour le compte d'une autre personne. Cette situation se présente lorsqu'une tierce personne se substitue au véritable actionnaire vis-à-vis de la société concernée et s'inscrit à sa place au registre des actionnaires. C'est ainsi qu'un conseiller peut par exemple s'inscrire au registre des actionnaires d'une société anonyme pour le compte d'un client actionnaire de cette société. Le véritable actionnaire peut alors exercer tous ses droits sociaux par l'intermédiaire du conseiller, tout en préservant son anonymat vis-à-vis de la société. Cet anonymat est également préservé vis-à-vis de toute autorité qui consulterait le registre des actionnaires. En garantissant l'anonymat de l'actionnaire vis-à-vis de la société ainsi que des autorités, ce genre de situation réduit sensiblement la transparence. Parce qu'elle ne peut pas se présenter en Suisse pour une société suisse, le champ d'application est limité aux sociétés domiciliées à l'étranger. Néanmoins, il est possible qu'un conseiller suisse remplisse cette fonction pour l'un de ses clients vis-à-vis d'une société étrangère.

Le champ d'application de l'art. 2, al. 1, let. c suit une approche fondée sur les risques. Une distinction est donc faite selon que les prestations fournies sont en lien avec des sociétés ayant leur siège à l'étranger ou en Suisse. Pour les premières, le champ d'application couvre toutes les sociétés sans exception, alors que pour les secondes, seule la fourniture de prestations en lien avec des sociétés de domicile obligera le conseiller à respecter les obligations de diligence. En ce qui concerne la définition de société de domicile, il y a lieu de se référer à la pratique suivie de longue date par la FINMA, en particulier à la définition figurant à l'art. 2, let. a, OBA-FINMA. Selon cette définition, les sociétés de domicile sont des personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables qui ne sont pas opérationnelles, autrement dit qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale. Ne sont pas considérées comme sociétés de domicile les sociétés qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens, ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, ni les sociétés qui détiennent majoritairement des participations dans une ou plusieurs sociétés opérationnelles, afin de les rassembler sous une direction unique, par le biais d'une majorité de voix ou par d'autres moyens, et dont le but ne consiste pas essentiellement dans la gestion du patrimoine de tiers (sociétés holding et sociétés sous-holding). La société holding ou de sous-holding doit réellement exercer ses possibilités de direction et de contrôle. Enfin, le champ d'application couvre aussi les conseils en lien avec des trusts au sens de l'art. 2 de la Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (convention de La Haye)⁷⁸.

Art. 4, al. 1, 1^{re} phrase

Selon la nouvelle teneur de l'art. 4 proposée dans le présent avant-projet, il s'agira non plus seulement d'identifier l'ayant droit économique mais également de vérifier les informations reçues, le tout avec la diligence requise par les circonstances. Le titre de l'article reste inchangé. Sa teneur est quant à elle modifiée en ceci que la vérification des informations concernant l'ayant droit économique est explicitement mentionnée comme faisant partie des obligations à respecter. La jurisprudence a déjà précisé de longue date, en relation avec l'art. 305^{ter} CP, que l'identification de l'ayant droit économique nécessitait de procéder également à une vérification matérielle des informations reçues⁷⁹. Selon l'arrêt concerné, celui qui se contente des déclarations du client concernant l'ayant droit économique et qui, malgré des invraisemblances, ne procède pas à des clarifications ultérieures n'a pas identifié l'ayant droit économique et a enfreint son obligation de diligence. Le présent avant-projet propose donc de créer une base

⁷⁸ RS 0.221.371

⁷⁹ ATF 125 IV 139, consid. 4

légale explicite pour une obligation qui existe déjà implicitement. Il tient compte ainsi des critiques formulées dans le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse et renforce la sécurité juridique. Les intermédiaires financiers seront donc tenus d'examiner de manière critique les informations concernant l'ayant droit économique et de prendre – avec la diligence requise par les circonstances – les mesures nécessaires pour s'assurer de leur plausibilité. Ce faisant, ils devront, à l'avenir également, suivre une approche fondée sur les risques et s'appuyer sur différentes sources, notamment sur leur propre connaissance du profil du client, sur des informations publiques et, au besoin et si possible, sur des informations fournies par un service externe.

Art. 7, al. 1^{bis}

Ce nouvel alinéa introduit une obligation générale et explicite de vérifier périodiquement que les documents nécessaires obtenus dans le cadre des obligations de diligence sont encore actuels et, si tel n'est pas le cas, de les mettre à jour. Il s'agit ici d'appliquer une approche fondée sur les risques. Une formulation similaire à celle de l'art. 6, al. 1, 2^e phrase, LBA est proposée.

Le terme générique de «documents» est utilisé afin d'assurer la cohérence de l'art. 7 LBA dans son ensemble. Ce terme ne doit toutefois pas être interprété de manière restrictive. Il est utilisé pour refléter de manière générale les différents documents, informations ou données collectées dans le cadre de l'application des obligations de diligence. L'ensemble du profil client établi par l'intermédiaire financier peut être classé sous ce terme générique, de même que la copie d'un document d'identité, un formulaire rempli par le client et des informations consignées par l'intermédiaire financier dans le dossier client, sous forme d'annotations manuscrites ou électroniques. Remarque: le fait qu'un document déjà utilisé auparavant pour vérifier l'identité d'un cocontractant ne soit plus valable au moment de la vérification prévue à l'art. 7, al. 1^{bis}, AP-LBA n'implique pas obligatoirement une nouvelle vérification de l'identité si les données relatives à l'identité du client n'ont pas changé depuis lors.

Contrairement à l'art. 5 LBA, les données à actualiser ne se limitent pas nécessairement à la vérification de l'identité du client et à l'identification de l'ayant droit économique. Selon les circonstances, il sera nécessaire de vérifier si l'objet et le but de la relation d'affaires sont toujours actuels, en effectuant, au besoin, des clarifications complémentaires (art. 6 LBA). Il appartient à l'intermédiaire financier de déterminer, sur la base d'une approche fondée sur les risques, quelles données devront être mises à jour, en fonction principalement de leur pertinence pour la classification ou la surveillance de la relation d'affaires.

La vérification de l'actualité des données n'est pas non plus dictée par des événements particuliers, comme dans le cas de l'art. 5 LBA, mais devra être effectuée périodiquement. Il appartiendra à chaque intermédiaire financier de déterminer, sur la base d'une approche fondée sur les risques, à quelle fréquence il vérifiera l'actualité des données de ses différents clients. La fréquence pourra varier en fonction de la catégorie de risques dans laquelle se trouve chaque client. Ainsi, une relation d'affaires considérée comme à risque accru impliquera une vérification plus fréquente qu'une relation d'affaires à risque faible. L'obligation d'actualisation vise toutefois l'ensemble des relations d'affaires d'un intermédiaire financier et n'est pas limitée aux seules catégories de relations d'affaires à risque accru.

Il va de soi que l'obligation d'actualisation s'appliquera aussi bien aux nouvelles relations d'affaires qu'à celles qui existaient déjà à l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition. En outre, la mise à jour des données doit être effectuée sur la base des règles en vigueur au moment où cette dernière a lieu. En cas de changement des règles entre le moment où les données déterminantes ont été obtenues et le moment où l'intermédiaire financier vérifie leur actualité, il y a lieu de déterminer si ces données sont toujours actuelles au regard des nouvelles règles. Si tel n'est pas le cas, elles doivent alors être mises à jour en tenant compte des nouvelles règles en vigueur.

Art. 8a, al. 4^{bis} et 5, 2^e phrase

L'art. 8a règle les obligations de diligence des négociants et s'applique également au commerce des métaux précieux et des pierres précieuses. Suite aux critiques émises par le GAFI dans le 4^e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, il est proposé d'abaisser de 100 000 à 15 000 francs le seuil applicable dans le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses. Cet abaissement du seuil est arrêté dans le nouvel al. 4^{bis}, let. a et b. Ne sont pas concernés par cette mesure les négociants en métaux précieux visés à l'art. 2, al. 3, let. c, LBA, en relation avec l'art. 5, al. 1, let. a et e, OBA, qui font le commerce de métaux précieux bancaires pour leur propre compte ou pour le compte de tiers et exercent ainsi une activité d'intermédiaire financier.

L'approche de solution proposée, qui doit être acceptable pour la branche, exclut du champ d'application le commerce des produits contenant des métaux précieux et des pierres précieuses typiquement destinés à être vendus à des clients finaux. Dans ce contexte, la définition des métaux précieux et des pierres précieuses qui entreront dans le champ d'application de ce nouvel alinéa est déterminante, comme expliqué ci-après. L'al. 5 stipule que le Conseil fédéral désigne les métaux précieux et les pierres précieuses visés à l'al. 4^{bis}. La description des termes correspondants figurera par conséquent dans l'OBA.

En ce qui concerne les métaux précieux, le présent avant-projet se fonde sur la définition légale qui en est donnée dans l'art. 1, al. 1, LCMP. D'après cette définition, sont réputés métaux précieux l'or, l'argent, le platine et le palladium. De plus, selon la LCMP et l'OCMP, les métaux précieux se présentent sous les formes de produits suivantes:

- ouvrages en métaux précieux⁸⁰: produits entièrement finis en métaux précieux, tels que bijoux ou statuettes;
- ouvrages multimétaux⁸¹: ouvrages constitués de métaux précieux à un titre légal et de métaux communs, par exemple or à un titre de 750 millièmes allié à de l'acier;
- produits semi-ouvrés⁸²: produits tels que les plaques, fils, tubes, profilés et pièces ébauchées, à un titre légal et destinés à la fabrication d'ouvrages;
- matières pour la fonte⁸³: métaux précieux provenant de l'extraction des matières premières ou de l'affinage; déchets provenant de la mise en œuvre de métaux précieux ou de leurs alliages et susceptibles d'être récupérés; matières contenant des métaux précieux susceptibles d'être récupérés;
- produits de la fonte⁸⁴: lingots, plaques, barres ou grenailles obtenus par la fonte ou par la refonte de métaux précieux ou de matières pour la fonte.

Alors que les ouvrages en métaux précieux et les ouvrages multimétaux sont des produits typiquement destinés à être vendus à des clients finaux, les produits semi-ouvrés, les matières pour la fonte et les produits pour la fonte ne sont en principe pas vendus à ce type de clients. C'est pourquoi l'art. 8a, al. 4^{bis}, let. a, AP-LBA ne s'appliquera qu'aux personnes qui font le commerce de l'or, de l'argent, du platine et du palladium sous la forme de produits semi-ouvrés, de matières pour la fonte et de produits pour la fonte.

En ce qui concerne les pierres précieuses, il n'en existe pas de définition légale en Suisse. Conformément à l'approche fondée sur les risques, il s'agit par conséquent d'appliquer la nouvelle règle aux pierres les plus onéreuses et les plus fréquemment négociées en Suisse. Après

⁸⁰ Art. 1, al. 4, LCMP

⁸¹ Art. 1, al. 5, LCMP

⁸² Art. 52, al. 2, OCMP

⁸³ Art. 1, al. 3, LCMP

⁸⁴ Art. 1, al. 2, LCMP

consultation des représentants de la branche à ce sujet, les pierres qu'il est proposé de soumettre au nouvel alinéa sont les suivantes: les rubis, les saphirs, les émeraudes et les diamants. Ces pierres précieuses sont négociées aussi bien sous forme isolée qu'intégrées à des bijoux et à d'autres produits similaires. Selon les règles du tarif des douanes, sont considérées comme non encore transformées en un produit final les pierres non enfilées, non montées et non serties. Les définitions du tarif des douanes sont appliquées à l'échelle internationale. Entreront donc dans le champ d'application de l'art. 8a, al. 4^{bis}, let. b, AP-LBA les personnes qui font le commerce de rubis, de saphirs, d'émeraudes et de diamants non enfilés, non montés et non sertis.

Section 1b Obligations de diligence des conseillers

Art. 8b Obligations de diligence

La LBA est complétée par une nouvelle section 1b «Obligations de diligence des conseillers». L'art. 8b énonce les obligations de diligence que devront remplir les conseillers. Elles incluent, outre la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique, les obligations d'établir et de conserver des documents et de clarifier. L'identification de l'ayant droit économique prescrite à l'al. 1, let. b, portera, dans le cadre de la création, de la gestion et de l'administration d'une société, sur l'ayant droit économique de la société, au sens de l'art. 2a, al. 3, LBA; dans le cadre de l'organisation des apports, ce sera aussi l'identification de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales utilisées qui pourra être déterminante. Quant à la clarification de l'arrière-plan et du but de l'activité souhaitée conformément à l'al. 2, elle devra avoir lieu dans tous les cas, et non uniquement lorsque l'activité paraîtra inhabituelle ou suspecte. Pour chacune des obligations de diligence de l'al. 1, l'avant-projet renvoie par analogie à la norme correspondante de la LBA concernant les intermédiaires financiers. Les obligations de diligence devront être précisées dans l'OBA.

Art. 8c Échec de l'exécution des obligations de diligence

S'il n'est pas en mesure de remplir ses obligations de diligence de la manière prescrite, le conseiller sera tenu de refuser l'activité ou de rompre la relation d'affaires. L'art. 8c inscrit explicitement cette obligation dans la loi.

Art. 8d Mesures organisationnelles

Par analogie avec les dispositions de l'art. 8 LBA concernant les intermédiaires financiers, il est proposé, avec l'art. 8d, de soumettre les conseillers à des obligations similaires. Font partie des mesures organisationnelles une formation suffisante des personnes chargées de remplir les obligations de diligence, ainsi que la réalisation de contrôles internes. Cela signifie que les personnes chargées de remplir les obligations de diligence devront disposer des connaissances nécessaires à cet effet et que le respect de ces obligations devra faire l'objet de contrôles par échantillonnage. Les mesures organisationnelles permettront à la fois de garantir et de surveiller l'exécution correcte des obligations de diligence en interne.

Art. 9a, 10, al. 1, et 10a, al. 1, 1^{re} phrase

Le droit de communiquer étant abrogé, la référence à l'art. 305^{ter}, al. 2, CP est supprimée de ces différentes dispositions.

Art. 10a, al. 6 (ne concerne que les versions française et italienne)

Dans le cadre des débats parlementaires relatifs à la loi GAFI de 2014, le législateur a souhaité introduire une nouvelle exception à l'interdiction d'informer lorsqu'il s'agit de sauvegarder des intérêts propres dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative. Cette exception à l'interdiction d'informer doit viser aussi bien l'intermédiaire financier que le négociant qui a effectué une communication de soupçon. Outre la question de l'égalité de traitement, cela

découle de la référence expresse aux al. 1 à 5 figurant à l'al. 6 (les al. 1 à 4 portent sur l'intermédiaire financier, alors que l'al. 5 porte sur le négociant). Or, les versions française et italienne ne visent expressément que l'intermédiaire financier et ne sont donc pas en ligne avec la version allemande. Cette incohérence doit par conséquent être corrigée afin d'aligner les trois versions linguistiques. À cette fin, une référence expresse au négociant est ajoutée dans cet alinéa.

Art. 10b Refus ou rupture de la relation d'affaires

Le présent avant-projet ne prévoit, en relation avec les prestations des conseillers, ni obligation ni droit de communiquer. C'est pourquoi il propose d'adopter, dans le cadre des obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent, une nouvelle disposition s'appliquant aux conseillers et qui soit plus acceptable pour la branche. L'art. 10b prévoit en l'occurrence que s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que l'opération souhaitée par le client est en rapport avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou avec une organisation criminelle, le conseiller sera tenu de la refuser ou de rompre la relation d'affaires. Dans un tel cas de figure, le conseiller aura aussi à tout moment la possibilité de faire une dénonciation à la police concernant le blanchiment d'argent, une infraction préalable, le financement du terrorisme ou une organisation criminelle. Après avoir pesé les intérêts en présence, il pourra également faire usage de cette possibilité de dénonciation si ses soupçons naissent alors qu'il a déjà fourni les prestations. À noter en outre qu'un conseiller peut être puni pour complicité de blanchiment d'argent selon l'art. 305^{bis} CP ou de financement du terrorisme selon l'art. 260^{quinquies} CP s'il ouvre ou poursuit une relation d'affaires malgré le soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme. La disposition interdira *de facto* la fourniture de prestations ayant un lien présumé avec le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme ou une organisation criminelle, garantissant ainsi l'intégrité de la place financière suisse.

Art. 11, al. 2, et 11a, al. 1

Le droit de communiquer étant abrogé, la référence à l'art. 305^{ter}, al. 2, CP est supprimée de ces deux dispositions. En ce qui concerne plus particulièrement l'art. 11, al. 2, toute la référence à «l'intermédiaire financier qui procède à une communication au sens de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP» est supprimée. En outre, il est proposé d'étendre par analogie l'art. 11, al. 2, aux entreprises de révision qui adressent de bonne foi une communication au MROS selon l'art. 15, al. 5, ou une dénonciation au DFF selon l'art. 15, al. 6. Une exclusion explicite de la responsabilité pénale et civile sera donc également inscrite dans la LBA pour les entreprises de révision et garantira que celles-ci ne subissent pas de conséquences négatives à la suite d'une communication ou d'une dénonciation selon l'art. 15.

Art. 15, titre et al. 1 à 4 et 6

Obligation de contrôler incombant aux négociants et aux conseillers

Il est proposé d'étendre l'application de l'actuel art. 15 aux conseillers. Les dispositions concernant les négociants sont intégralement reprises et le champ d'application de l'article est simplement complété par la mention de la nouvelle catégorie d'acteurs. Il s'ensuit que les conseillers seront également tenus de mandater une entreprise de révision chargée de contrôler les dossiers impliquant l'exécution d'obligations de diligence. Les dispositions de l'al. 6 sont par contre entièrement nouvelles et ne s'appliqueront qu'aux conseillers. Elles prévoient que l'entreprise de révision sera tenue de procéder à une dénonciation si elle constate ou présume, sur la base de soupçons fondés, que le conseiller a enfreint son obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires conformément à l'art. 10b AP-LBA. Le cas échéant, l'entreprise de révision devra dénoncer la violation de l'art. 10b au Service de droit pénal du DFF. La violation de l'art. 10b sera punie conformément à l'art. 39 AP-LBA. Étant donné que les conseillers ne seront pas soumis à une autorité de surveillance à même d'examiner les rapports

de révision, l'obligation de dénoncer garantira l'efficacité des contrôles et, *in fine*, empêchera la fourniture de conseils en rapport avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou avec une organisation criminelle.

Par souci d'exactitude, le texte de l'art. 15 a en outre été adapté. L'expression «organe de révision» a été remplacée par celle «d'entreprise de révision». L'expression «organe de révision» désigne, en droit des sociétés, un organe d'une société qui a des droits et des obligations spécifiques et qui a pour but principal le contrôle des comptes annuels et statutaires. Ainsi, le rôle d'un organe de révision vise essentiellement l'audit financier. Or, le contrôle du respect des obligations de diligence est une activité d'audit prudentiel. De plus, l'art. 15, al. 2, a été modifié afin que seules des entreprises de révision selon l'art. 6 de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR)⁸⁵ puissent être mandatées, et non des réviseurs selon l'art. 5 de cette même loi. Le fait qu'une personne physique puisse effectuer le contrôle des obligations de diligence des négociants et des conseillers est contraire au système actuellement en vigueur dans le domaine de l'audit financier et de l'audit prudentiel. En effet, une personne physique ne peut fournir, à titre indépendant, une prestation de révision légalement prescrite que si elle est inscrite au registre du commerce en tant qu'entreprise individuelle et si elle-même et son entreprise individuelle ont été agréées par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (art. 8 de l'ordonnance sur la surveillance de la révision, OSRev⁸⁶). Il est précisé que les entreprises individuelles sont qualifiées d'entreprises de révision (art. 2, let. b, LSR). Le fait de devoir disposer d'une entreprise de révision permet d'assurer une meilleure qualité des prestations dès lors que ces entreprises doivent être dotées d'un système d'assurance-qualité (cf. art. 6, al. 1, let. d, LSR et art. 9, al. 1, OSRev). L'art. 22 OBA sera également adapté en conséquence.

Art. 23, al. 5 et 6

Le délai d'analyse du MROS de 20 jours ouvrables pour les communications basées sur l'obligation de communiquer est supprimé de l'al. 5. La loi ne prévoit donc désormais plus de délai maximal pour effectuer cette analyse. Le MROS veillera toutefois à effectuer ses analyses dans les meilleurs délais et à traiter prioritairement les communications de soupçons graves. L'obligation du MROS d'indiquer à l'intermédiaire financier s'il transmet ou non les informations communiquées à une autorité de poursuite pénale reste, par contre, inchangée, puisqu'un blocage éventuel des valeurs patrimoniales dépend de cette indication (cf. art. 10, al. 1, LBA). L'al. 6 concernant le droit de communication est abrogé.

Art. 29, al. 1^{bis} et 2^{ter}

L'al. 1^{bis} introduit dans la LBA une base légale permettant au MROS et aux OAR d'échanger tous les renseignements nécessaires à l'application de la LBA, dans le cadre de l'assistance administrative. Seuls sont visés les OAR reconnus au sens de l'art. 24 LBA, c'est-à-dire les organismes qui se sont vu attribuer par le législateur une tâche de réglementation et de surveillance des intermédiaires financiers qui leur sont affiliés. Ces OAR sont, selon la jurisprudence, délégataires d'une tâche de puissance publique⁸⁷. Afin d'être en mesure d'effectuer leurs tâches, il est nécessaire qu'ils aient, eux aussi, à l'instar de la FINMA ou de la CFMJ, accès aux informations nécessaires détenues par le MROS.

Les renseignements peuvent être échangés aussi bien spontanément que sur demande. L'assistance administrative est réciproque, en ce sens que les renseignements peuvent être transmis du MROS aux OAR ou des OAR au MROS. La seule limite est que les renseignements échangés doivent être nécessaires à l'application de la LBA.

Le MROS étant une autorité administrative qui produit de l'intelligence financière, il ne peut en principe échanger avec les autorités suisses ou étrangères que des renseignements (ou des

⁸⁵ RS 221.302

⁸⁶ RS 221.302.3

⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2011 2C-887/2010, considérant 9.3

informations) et non pas des documents (cf. art. 30, al. 3, et 29, al. 2^{bis}, LBA; cf. toutefois art. 23, al. 5, LBA concernant les communications selon l'art. 9, al. 1, let. a, LBA). C'est donc en toute connaissance de cause que l'échange avec les OAR est limité aux renseignements.

L'al. 2^{ter} reflète un principe important de la coopération internationale selon lequel l'autorisation préalable exprime d'une cellule de renseignements financiers est nécessaire pour transmettre à une autorité nationale tierce les renseignements qui proviennent de cette cellule. Ce principe vaut de manière générale indépendamment de la qualité de l'autorité tierce concernée. En d'autres termes, elle est également nécessaire lorsque l'autorité tierce est une autorité compétente en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme. Or, aux termes mêmes de l'al. 2^{ter}, la nécessité d'une autorisation préalable exprime n'est prévue qu'en cas de transmission aux autorités fédérales, cantonales ou communales visées à l'al. 2, mais pas en cas de transmission à la FINMA ou à la CFMJ. Une référence aux autorités de surveillance visées à l'al. 1 est donc ajoutée pour corriger cette lacune et inscrire dans la loi un principe que le MROS applique déjà aujourd'hui dans l'assistance administrative avec la FINMA et la CFMJ.

Le principe de l'autorisation préalable exprime vaut également en cas de transmission à un tiers qui n'est pas une autorité (publique) proprement dite. Une référence expresse aux OAR visés à l'al. 1^{bis} doit donc également être prévue à l'al. 2^{ter}.

Art. 29a, al. 2^{bis}

Une des missions principales confiées au MROS est de soutenir les autorités de poursuite pénale dans la lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le MROS exécute cette tâche notamment à travers les analyses approfondies des communications de soupçons que lui font parvenir les intermédiaires financiers. Ces analyses se basent sur les informations en provenance de différentes sources tant confidentielles (informations policières ou autres) que publiques. Le MROS utilise aussi l'échange d'informations avec ses homologues étrangers pour obtenir des informations.

Ce dernier canal est d'une importance cruciale du fait que la majorité des infractions préalables dans les cas communiqués au MROS sont commises à l'étranger⁸⁸. Dès lors, l'obtention des informations nécessaires par le biais des homologues étrangers des pays concernés est indispensable pour réunir les éléments permettant de transmettre aux autorités de poursuite un dossier complet. Or, les homologues étrangers soumettent généralement l'utilisation des informations remises au MROS à certaines conditions. Le Conseil fédéral s'est déjà exprimé sur l'obligation des cellules de renseignements financiers de respecter les conditions d'utilisation des informations imposées par leurs homologues étrangers⁸⁹. Les autres autorités suisses auxquelles les informations reçues de l'étranger sont transmises par le MROS doivent également respecter les conditions d'utilisation.

Un grand nombre d'homologues du MROS autorisent par exemple la transmission de ces informations aux autorités de poursuite pénale, mais ne permettent pas que ces dernières soient utilisées dans la procédure pénale, par exemple en tant que moyens de preuve.

Ancré dans le code de procédure pénale (CPP)⁹⁰, le respect des droits de la défense est un pilier du système judiciaire d'un État de droit comme la Suisse. L'interprétation qui en est faite n'est toutefois pas unanime au sein des ministères publics. Certains procureurs l'interprètent comme une obligation d'intégrer au dossier de procédure tous les documents reçus du MROS, même s'ils ne constituent pas des moyens de preuve. Il se pourrait que les documents du

⁸⁸ GCBF, Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse, juin 2015, p. 4

⁸⁹ Message du Conseil fédéral du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2012 6449, p. 6462 et 6463.

⁹⁰ RS 312.0

MROS incluent des informations provenant d'un homologue dont le dépôt au dossier a été expressément interdit. Pour éviter une éventuelle utilisation des informations qui violerait les conditions posées par l'homologue étranger, la solution la plus simple pour le MROS est de ne pas transmettre ce type d'information aux autorités de poursuite pénale. Cette situation n'est pas idéale car la connaissance même de certaines informations peut être très utile, voire cruciale, dans le cadre d'une procédure pénale. En outre, sachant que certaines informations existent, les autorités de poursuite pénale pourront, au besoin, passer par l'entraide judiciaire pour les obtenir sous forme de moyens de preuve pouvant être utilisés valablement dans la procédure pénale.

Les informations provenant d'un homologue étranger et transmises par le MROS aux autorités de poursuite pénale doivent donc obéir à un régime particulier, prévu par la LBA en tant que loi spéciale, qui permet aux procureurs d'en prendre connaissance selon les conditions précisées par le MROS et sans avoir l'obligation de les verser au dossier de la procédure. À cette fin, un nouvel al. 2^{bis} est introduit à l'art. 29a LBA. Pour préciser que ces restrictions s'appliquent uniquement aux informations reçues de l'étranger, une référence à l'art. 29, al. 2^{ter}, LBA (autorisation de l'homologue étranger pour la transmission des informations) a été introduite dans la nouvelle disposition.

Art. 34, titre et al. 1 et 3

Fichiers en rapport avec les communications et les informations transmises au bureau de communication

Titre

Le titre actuel de l'art. 34 LBA est déjà aujourd'hui trop restreint par rapport au contenu de cette disposition qui vise les fichiers aussi bien en rapport avec l'obligation que le droit de communiquer (cf. actuel al. 3). Nonobstant l'abrogation du droit de communiquer, une formulation plus générique du titre se référant aux fichiers en rapport avec les communications (en général) est proposée. Le titre doit également être étendu afin de couvrir les informations transmises au bureau de communication par des intermédiaires financiers en application de l'art. 11a LBA.

Al. 1 et 3

L'obligation prévue à l'al. 1 de gérer des fichiers séparés doit être expressément étendue aux documents se rapportant aux demandes du MROS en vertu de l'art. 11a LBA.

L'art. 11a LBA permet au MROS d'obtenir des intermédiaires financiers des informations supplémentaires nécessaires à l'analyse des communications de soupçons. En vertu de l'art. 11a, al. 4, LBA, l'intermédiaire financier auquel le MROS s'adresse est soumis à l'interdiction d'informer le client du fait qu'une communication a été effectuée, prévue à l'art. 10a, al. 1, LBA.

Lorsque le MROS demande des informations supplémentaires à l'intermédiaire financier qui a lui-même effectué la communication, les documents remis au MROS en lien avec cette demande font partie du dossier de communication déjà couvert par l'al. 1. En ce qui concerne ces documents, l'art. 34, al. 3, LBA exclut – actuellement temporairement – le droit d'accès de la personne concernée au sens de l'art. 8 LPD. Par contre, lorsque le MROS demande des informations supplémentaires à un autre intermédiaire financier que celui qui a effectué la communication, comme le prévoit l'art. 11a, al. 2, LBA, les documents en lien avec cette demande ne font pas partie du dossier de communication visé à l'al. 1, et l'art. 34, al. 3, LBA n'est pas applicable. Si la personne concernée demande l'accès au dossier, l'intermédiaire financier se retrouve dans une situation juridiquement incertaine: d'un côté, l'art. 34 LBA ne l'autorise pas à refuser à la personne concernée l'accès aux documents remis au MROS. D'un autre côté, en accédant à la demande de la personne concernée, l'intermédiaire financier violerait l'interdiction d'informer prévue à l'art. 10a, al. 1, en relation avec l'art. 11, al. 4, LBA,

puisque la personne concernée serait, par ce biais, informée qu'une communication de soupçon la concernant a été effectuée par un autre intermédiaire financier. Il y a donc une lacune dans la loi qu'il convient de corriger en étendant l'art. 34, al. 1, LBA aux documents se rapportant aux demandes du MROS en vertu de l'art. 11a LBA.

L'al. 3 de l'art. 34 LBA doit également être modifié pour corriger une insécurité juridique similaire. Depuis le 1^{er} janvier 2016, l'interdiction d'informer le client selon l'art. 10a, al. 1, LBA est illimitée dans le temps, alors que l'exclusion du droit d'accès selon l'art. 34, al. 3, LBA est, elle, limitée. Elle ne vaut que durant l'analyse de la communication par le MROS ou tant que dure le blocage prévu à l'art. 10 LBA. Pour éviter, ici également, que l'intermédiaire financier se retrouve dans la situation juridiquement incertaine évoquée plus haut, l'exclusion du droit d'accès doit être illimitée dans le temps. Cette exclusion illimitée vaut aussi bien pour les fichiers séparés contenant les documents se rapportant aux communications que pour ceux se rapportant aux demandes du MROS en vertu de l'art. 11a LBA, de par l'extension proposée de l'al. 1.

L'exclusion illimitée dans le temps du droit d'accéder aux fichiers qui doivent être gérés séparément par les intermédiaires financiers selon l'al. 1 permet d'assurer la cohérence entre les art. 34 et 10a LBA, ce qui renforce la sécurité juridique. Elle répond également à un souci d'efficacité du système de communication de soupçons. Une fois que l'analyse du MROS et le blocage prévu à l'art. 10 LBA ont pris fin, il se peut que la personne concernée accède aux fichiers, alors même que le dossier fait encore l'objet de vérifications préliminaires de la part d'une autorité de poursuite pénale. La personne concernée apprendra, par ce biais, non seulement qu'une communication de soupçon la concernant a été effectuée, mais également que celle-ci a été transmise aux autorités pénales. Si ces dernières n'ont pas (encore) décidé de bloquer les fonds, on ne peut exclure que la personne concernée tente de les soustraire à une éventuelle confiscation en Suisse en les transférant dans une juridiction connue pour son manque de coopération en matière d'entraide judiciaire. La procédure pénale pourrait alors être mise en danger.

Un autre aspect concerne l'intermédiaire financier qui a communiqué. En donnant accès au client au dossier de la communication au MROS, l'intermédiaire financier lui dévoile les soupçons qu'il a éprouvés le concernant. Par conséquent, le plus souvent, le client rompt la relation d'affaires, car le lien de confiance avec son intermédiaire financier n'existe plus. Dans des cas plus rares, certains clients peuvent même tenter des procédures contre l'intermédiaire financier. Dans la mesure où l'intermédiaire financier a effectué une communication au MROS en étant de bonne foi, il est protégé en vertu de l'art. 11 LBA. Il n'en demeure pas moins qu'une procédure civile ou pénale peut entraîner des désagréments plus ou moins importants. La perte de clients et les autres désagréments liés au droit d'accéder au dossier pourraient avoir pour effet de dissuader les intermédiaires financiers de communiquer au MROS. Or, afin d'atteindre le but de la LBA, à savoir la lutte efficace contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, les intermédiaires financiers doivent pouvoir communiquer au MROS sans craindre de perdre leur client ou de devoir affronter d'autres désagréments.

Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral est d'avis qu'une base légale formelle, au sens de l'art. 9, al. 1, let. a, LBA, empêchant en tout temps l'accès du client aux fichiers gérés séparément selon l'art. 34, al. 1, LBA se justifie par l'intérêt général de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Art. 35, al. 1^{bis}

L'échange d'informations entre les cellules de renseignements financiers est soumis aux procédures prévues par les principes du Groupe Egmont. Le Conseil fédéral s'est déjà exprimé sur l'obligation des cellules de renseignements financiers de respecter les conditions d'utilisation des informations imposées par leurs homologues étrangers⁹¹. Les normes du GAFI ont

⁹¹ Message du Conseil fédéral du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent,

repris expressément certains principes du Groupe Egmont, comme la nécessité d'une autorisation préalable expresse pour transmettre à un tiers les informations provenant d'un homologue étranger.

Si une personne concernée demande au MROS l'accès au dossier, la LBA ne prévoit actuellement pas de conditions particulières s'agissant de l'accès aux informations en provenance d'un homologue étranger. Or, de manière générale, les conditions d'utilisation imposées par les cellules de renseignements financiers étrangères interdisent expressément la prise de connaissance de ces informations par la personne concernée. Au vu des circonstances particulières⁹² et en accord avec le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, il est déjà arrivé, lors de certaines demandes d'accès au dossier, que le MROS s'adresse aux homologues étrangers concernés pour leur demander l'autorisation d'informer la personne concernée du contenu des renseignements qui lui avaient été transmis à l'époque. En l'absence d'opposition de la part des homologues étrangers, les personnes concernées ont pu être dûment informées des renseignements à disposition du MROS.

Fort de ce constat, le Conseil fédéral propose de ne pas refuser de manière systématique l'accès aux informations provenant d'un homologue étranger du seul fait qu'au moment de l'envoi de ces informations au MROS, l'homologue en a interdit la transmission à la personne concernée. Le Conseil fédéral veut, au contraire, permettre la communication à la personne concernée avec l'autorisation expresse de l'homologue étranger. En d'autres termes, en cas de demandes d'accès au dossier, le MROS devra s'adresser à l'homologue étranger d'où proviennent les informations (qui est souvent la cellule de renseignements financiers du pays dont la personne est ressortissante) afin de lui demander l'autorisation de donner à la personne concernée l'accès auxdites informations. De cette manière, le Conseil fédéral veut s'assurer que les autorités concernées entreprennent toutes les démarches possibles pour garantir le maximum de transparence et le respect le plus large possible du droit d'obtenir des renseignements prévu par l'art. 8 de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération⁹³.

Art. 38, al. 1 et 2

La disposition pénale en vigueur pour les négociants en cas de violation de l'obligation de contrôler est étendue aux conseillers, afin de garantir le respect de cette obligation.

Art. 39 Violation de l'obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires

En cas de soupçon de blanchiment d'argent, les conseillers seront tenus de refuser ou de rompre la relation d'affaires. L'art. 39 AP-LBA prévoit une norme pénale réprimant la violation de cette obligation. Cette solution suit la systématique actuelle de la LBA et fait partie de la solution plus acceptable pour la branche, du fait qu'en cas de soupçon de blanchiment d'argent, seuls le refus ou la rupture de la relation d'affaires sont prévus, en lieu et place de l'obligation de communiquer. La violation de l'obligation de refuser ou de rompre la relation d'affaires constituera une contravention passible d'une amende et pouvant être commise intentionnellement ou par négligence. Le montant maximal de l'amende s'élèvera à 500 000 francs en cas de violation intentionnelle et à 150 000 francs en cas de violation par négligence et correspondra ainsi aux peines encourues en cas de violation de l'obligation de communiquer. La poursuite pénale est de la compétence du DFF⁹⁴. Combinée à l'obligation de contrôler, la

FF 2012 6449, p. 6462 et 6463

⁹² Par exemple, l'information étrangère était ancienne ou la personne concernée avait déjà été condamnée pour les mêmes faits dans le pays de provenance desdites informations.

⁹³ RS 361

⁹⁴ Art. 50 LFINMA

norme pénale proposée vise à garantir qu'aucun conseil en rapport avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme ou avec une organisation criminelle ne soit fourni par des acteurs suisses.

2.2 Code civil

Art. 61

Al. 2, ch. 3

Selon le droit actuel, seules les associations qui exercent une activité commerciale ou qui, en raison de leur importance économique, sont soumises à l'obligation de faire réviser leurs comptes, sont tenues de se faire inscrire au registre du commerce. Le projet prévoit d'étendre cette obligation d'inscription aux associations qui présentent un risque particulier d'abus, à savoir à celles qui sont impliquées, à titre principal, dans la collecte ou la distribution de fonds à des fins caritatives à l'étranger. Le projet vise à couvrir les situations dans lesquelles soit la collecte soit la distribution de fonds a lieu en dehors du territoire suisse. Cela inclut les cas où la collecte des fonds a lieu en Suisse et sa distribution à l'étranger, où la collecte et sa distribution ont lieu à l'étranger et où la collecte a lieu à l'étranger et sa distribution en Suisse. Les associations qui ne se conforment pas à leur obligation d'inscription pourront faire l'objet d'une procédure d'inscription d'office au registre du commerce, conformément à la procédure décrite dans l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC)⁹⁵.

Trois critères doivent être cumulativement remplis pour qu'une association tombe dans le champ d'application des nouvelles règles de transparence: 1) la collecte ou la distribution de fonds à des fins caritatives, 2) l'exercice de cette activité à titre principal et 3) des fonds collectés ou distribués à l'étranger.

1. Collectes et distributions de fonds à des fins caritatives

Le critère de l'activité de collecte ou de distribution de fonds à des fins caritatives correspond à la définition d'OBNL donnée par le GAFI⁹⁶. À relever que le GAFI définit la notion de fonds de manière large⁹⁷. La définition d'OBNL du GAFI implique que les fonds collectés soient affectés à un but caritatif, religieux, culturel ou éducatif, ou pour d'autres types de «bonnes œuvres». Le but caritatif au sens des nouvelles dispositions correspond au but d'utilité publique utilisé en droit fiscal. La notion de but caritatif ne devrait donc pas causer de difficultés de délimitation. Les associations sportives, les associations de loisirs et les groupes d'entraide ne sont pas considérés comme poursuivant un tel but⁹⁸. De même, les associations économiques, comme les associations professionnelles, patronales ou ouvrières, qui ont pour but la défense des intérêts économiques communs de leurs membres, ne répondent pas à la définition énoncée ci-dessus et ne sont par conséquent pas visées par le projet de réforme.

Sont considérées comme collectes de fonds toutes les contributions qui ont principalement pour but d'apporter une aide à l'association ou aux bonnes œuvres qu'elle soutient. Peu importe à cet égard que les contributions aient été sollicitées ou non. Par contre, les cotisations

⁹⁵ RS 221.411, art. 152 ss

⁹⁶ Cf. Glossaire du GAFI selon lequel l'expression OBNL désigne les personnes morales, constructions juridiques ou organisations qui à titre principal sont impliquées dans la collecte et la distribution de fonds à des fins caritatives, religieuses, culturelles, éducatives, sociales ou confraternelles ou dans d'autres types de «bonnes œuvres».

⁹⁷ Cf. Glossaire des 40 recommandations: «Le terme fonds désigne tous les types d'avoirs, matériels ou immatériels, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, quel que soit leur mode d'acquisition, ainsi que les actes juridiques ou instruments sous toute forme, y compris électronique ou numérique, attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs».

⁹⁸ Cf. GCBF, Rapport OBNL 2017, ch. 1.3; cf. également Confédération suisse, Administration fédérale des contributions: Circulaire n°12. Exonération de l'impôt pour les personnes morales poursuivant des buts de service public ou de pure utilité publique ou des buts culturels; déductibilité des versements bénévoles, 1994

versées par les membres de l'association⁹⁹, les subventions étatiques, le revenu de leurs activités, les prestations de sponsoring et, de manière générale, toutes les contributions qui ont pour but l'obtention d'une contre-prestation de la part de l'association, n'entrent pas dans la définition de collecte de fonds. De façon symétrique, la distribution de fonds englobe toutes les contributions versées par l'association sans contre-prestation, dans le but d'apporter une aide à son destinataire. Les contributions en nature et l'offre de services peuvent être assimilées à une distribution de fonds dans la mesure où les biens qui en sont l'objet sont acquis au moyen des ressources de l'association.

Le projet de réforme couvre toutes les formes de collectes de fonds, indépendamment de leur contexte ou de l'identité voire du nombre des donateurs. Il couvre aussi bien les collectes organisées sur la voie publique que les appels aux dons effectués par courrier, porte-à-porte, téléphone, e-mail ou sur Internet. Le projet renonce volontairement à limiter l'application des nouvelles règles de transparence aux seules collectes publiques, ce qui aurait eu pour effet d'exclure les appels aux dons effectués auprès des membres de l'association ou de ses sympathisants, notamment les quêtes effectuées dans les édifices du culte et celles effectuées dans le cadre d'une manifestation organisée par l'association et en rapport avec son but. En effet, ce type de collecte présente un potentiel d'abus similaire à celui des appels adressés au public. On pense par exemple à la problématique des sectes ou aux inquiétudes liées au financement des mosquées qui, dans la plupart des cas, privilégient le recours aux fonds versés par des adhérents ou d'autres organisations associées et renoncent aux appels publics aux dons. De plus, l'introduction de dérogations pour certains types de collectes entraînerait des difficultés d'application et offrirait des possibilités de contourner les nouvelles règles, ce qui nuirait à leur efficacité.

2. Activité principale

Les libéralités de moindre importance ou faites de manière occasionnelle n'entrent en principe pas dans le champ d'application des dispositions introduites par le projet. En effet, seules les associations qui sont impliquées à titre principal dans des activités de collecte ou de distribution de fonds sont visées par ces nouvelles règles. Cela sera le cas dès lors que les fonds collectés constituent une part substantielle des ressources de l'association, ou que les fonds distribués consomment une importante partie de ses ressources. Il appartiendra, le cas échéant, au Conseil fédéral de fixer les seuils permettant de retenir si une association est ou non soumise à l'obligation d'inscription. Les limites devraient être fixées de manière à ne pas entraver les associations qui souhaitent faire des dons modiques ou consacrer une petite partie de leurs ressources au soutien d'organisations tierces.

3. Fonds collectés ou distribués à l'étranger

Le dernier critère concerne l'exercice à l'étranger des activités de collecte et de distribution de fonds. En effet, selon les études réalisées sur la question, les OBNL les plus exposés aux abus sont ceux qui opèrent dans des zones de conflit, où des organisations terroristes sont actives sur le terrain et où la menace d'actes terroristes est importante¹⁰⁰. De toute évidence, les associations purement locales, qui déploient leurs activités sur le territoire suisse et dont les donateurs et les bénéficiaires se trouvent en Suisse, ne répondent pas à ces critères. Il en va différemment dès lors que les fonds collectés transitent par l'étranger. Il est alors plus difficile de vérifier l'affectation finale des fonds et de s'assurer qu'ils ne transitent pas par des zones de conflit. De même, la provenance des fonds collectés à l'étranger est plus difficile à établir quel que soit le lieu de leur distribution. Fort de ce constat, le projet de réforme limite le

⁹⁹ Par quoi il faut entendre les cotisations des membres actifs, fixées statutairement, pour lesquelles chaque membre ou chaque catégorie de membres reçoit la même prestation (par ex. journal, entrée, rabais) en guise de contre-prestation.

¹⁰⁰ GCBF, Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse, juin 2015, p. 52; GCBF, Rapport OBNL 2017, p. 37

champ d'application des nouvelles règles de transparence aux associations qui reçoivent des fonds ou qui en distribuent en dehors des frontières suisses.

Al. 2^{bis}, 2^{ter} et 2^{quater}

En raison de l'évolution constante de la situation, sur le plan tant national qu'international, il se justifie de conférer au Conseil fédéral une certaine marge de manœuvre pour lutter de manière efficace contre les fléaux que sont le financement du terrorisme et le blanchiment d'argent. Le projet propose ainsi d'introduire dans le CC une norme de délégation autorisant le Conseil fédéral à préciser les conditions d'assujettissement aux règles de transparence des associations visées (al. 2^{bis}) et à prévoir des exemptions en fonction du montant des fonds collectés ou distribués, de leur provenance, de leur destination ou de leur affectation (al. 2^{quater}). Il sera ainsi possible de fixer par voie d'ordonnance les montants à partir desquels une association est tenue de se faire inscrire ou de prévoir des exemptions à l'obligation d'inscription en lien avec des pays considérés comme moins risqués.

La norme de délégation de l'al. 2^{ter} permet également d'étendre l'obligation d'inscription au registre du commerce à d'autres types d'associations, qui ne répondent pas à la définition d'OBNL mais qui, pour d'autres motifs, présentent un risque accru d'être exploitées à des fins de financement du terrorisme ou de blanchiment d'argent. À titre d'exemple, le Conseil fédéral aurait ainsi la possibilité de soumettre à l'obligation d'inscription les grandes associations sportives actives dans des pays considérés comme à haut risque ou non coopératifs par le GAFI.

Art. 61a Liste des membres

À l'instar de la règle applicable aux sociétés du code des obligations¹⁰¹, ce nouvel article oblige les associations tenues de se faire inscrire au registre du commerce à dresser une liste de leurs membres, avec indication du nom et de l'adresse, de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse, et à conserver les pièces justificatives de l'inscription sur la liste pendant au moins dix ans après la radiation du membre concerné. Le délai de dix ans prévu pour la conservation des pièces justificatives de l'inscription doit permettre d'identifier les personnes qui ont quitté l'association et ne figurent par conséquent plus sur la liste des membres. Contrairement aux dispositions du CO, le projet de loi ne fixe aucune exigence sur la forme des pièces justificatives requises pour l'inscription sur la liste des membres. Celle-ci peut donc être déterminée librement par les associations. En principe, les statuts prévoient que l'entrée et la sortie d'un membre nécessitent un acte écrit, mais ce n'est pas toujours le cas. Lorsque l'adhésion se fait sur simple déclaration, l'association devra conserver des copies des différentes versions des listes de membres pendant au moins dix ans pour répondre à l'exigence de conservation des pièces justificatives.

Art. 69, al. 2

Par analogie avec le droit des sociétés¹⁰², le projet introduit l'obligation pour toutes les associations tenues de s'inscrire au registre du commerce d'avoir un représentant domicilié en Suisse et ayant accès à la liste des membres. Si aucune des personnes domiciliées en Suisse ne dispose d'une signature individuelle, l'exigence en matière de domicile peut également être remplie grâce au concours de plusieurs personnes. Cette obligation est de nature impérative. En cas de manquement, l'association présente une carence dans son organisation au sens de l'art. 69c CC et s'expose aux conséquences prévues par cette disposition.

¹⁰¹ Art. 686, 790 et 837 CO

¹⁰² Art. 718, 814 et 898 CO

2.3 Code des obligations

Art. 941a, al. 3

Selon le droit actuel, seules les carences d'une association relatives à l'organe de révision autorisent le préposé au registre du commerce à en appeler au juge pour qu'il prenne les mesures nécessaires. Le projet propose de modifier cette disposition pour garantir une mise en œuvre effective du nouvel art. 69, al. 2, CC qui oblige les associations inscrites au registre du commerce à avoir un représentant domicilié en Suisse. Les associations tenues de s'inscrire au registre du commerce seront désormais soumises à un régime analogue à celui des autres personnes morales. Le préposé au registre du commerce sera habilité à saisir le juge pour toute carence dans l'organisation impérativement prescrite par la loi (par exemple si, après sommation, l'association n'a pas désigné de représentant en Suisse) et pas uniquement pour celles qui concernent l'organe de révision.

2.4 Code pénal

Art. 305^{er}, titre marginal et al. 2 Défaut de vigilance en matière d'opérations financières

Au regard de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de «soupçons fondés» de l'art. 9 LBA, l'état de fait visé par le droit de communiquer tombe déjà en grande partie sous l'obligation de communiquer. Le droit de communiquer n'a donc plus de raison d'être et est supprimé. Par conséquent, l'al. 2 est abrogé et le *titre marginal* de cette disposition est modifié afin de supprimer la référence au droit de communication.

2.5 Loi sur le contrôle des métaux précieux

Chapitre IV Commerce des produits de la fonte et des matières pour la fonte

Art. 31a Patente d'acheteur de matières pour la fonte

Al. 1 et 2

Ces nouvelles dispositions prévoient l'adoption d'un mécanisme de contrôle de l'achat de métaux précieux usagés. Dans la LCMP, ces métaux entrent dans la définition des matières pour la fonte au sens de l'art. 1, al. 3, let. b et c, LCMP. En font notamment partie les (vieux) bijoux ainsi que les déchets de fabrication destinés à être éliminés, mais contenant des métaux précieux susceptibles d'être récupérés. Par contre, les métaux précieux provenant de l'extraction des matières premières ou de l'affinage au sens de l'art. 1, al. 3, let. a, LCMP ne sont pas concernés.

Il s'agit aujourd'hui d'adopter un régime d'autorisation (patente) pour l'achat de métaux précieux usagés à titre professionnel (al. 1). Sera toutefois exclu de ce régime l'achat de ces métaux par des titulaires d'une patente de fondeur (al. 2). Ceux-ci sont en effet déjà largement soumis aux obligations de diligence et de documentation résultant de la LCMP et de l'OCMP. Ils sont en outre réputés intermédiaires financiers au sens de la LBA. Conformément à la LBA, les acteurs concernés par ces exclusions sont réputés intermédiaires financiers et sont donc déjà soumis à des obligations de diligence et de documentation similaires à celles inscrites dans la LCMP.

L'achat de produits de la fonte au sens de l'art. 1, al. 2, LCMP ne sera pas concerné par le régime d'autorisation proposé. Les métaux précieux bancaires, qui sont considérés comme des produits de la fonte et dont le commerce est déjà réglé dans la LBA, en seront également exclus. Enfin, le régime d'autorisation ne s'appliquera pas non plus aux produits semi-ouvrés (par ex. barres de travail) provenant d'un artisan ou d'un fabricant et pourvus de l'indication d'un titre légal. Ces produits ne sont pas considérés comme des matières pour la fonte au sens de la LCMP et ne sont donc pas concernés par la présente révision de la loi.

Al. 3

Le Conseil fédéral précisera dans l'OCMP les activités qui sont considérées comme des achats soumis à autorisation. Le caractère professionnel de l'activité sera également défini dans ce contexte. Ce caractère est donné lorsque les achats sont effectués en continu, peu importe qu'il s'agisse d'une activité principale ou accessoire. La définition des achats soumis à autorisation implique notamment de tenir compte des risques que représentent de tels achats en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme.

Les conditions formelles et la procédure d'octroi et de retrait de la patente d'acheteur ainsi que les obligations des titulaires de la patente seront aussi réglées dans l'OCMP (art. 34, al. 1, et 59, al. 2, LCMP). Elles seront soumises par analogie aux mêmes dispositions que celles régissant la patente de fondeur, à savoir les art. 164 à 166b et 168 à 168d OCMP, exception faite des normes non pertinentes pour la patente d'acheteur (par ex. art. 168c, al. 2, let. f, OCMP). Le titulaire d'une patente d'acheteur ne pourra donc accepter des matières pour la fonte que de personnes en mesure d'établir leur qualité de propriétaire légitime. Il sera en outre tenu de vérifier l'identité du client au moyen d'un document probant, tel qu'un passeport ou une carte d'identité. De plus, le vendeur devra donner des informations sur la provenance des matières pour la fonte. Enfin, les titulaires d'une patente d'acheteur devront être en mesure de prouver à tout moment qu'ils respectent systématiquement les obligations de diligence qui leur incombent (obligation de documenter).

Conformément à l'art. 55 LCMP, celui qui, intentionnellement ou par négligence, contreviendra aux obligations de diligence et de documenter arrêtées dans l'OCMP encourra une amende pouvant atteindre 2000 francs.

Al. 4

Pour ce qui est des conditions matérielles ainsi que de l'octroi, du renouvellement et du retrait de la patente d'acheteur, les dispositions régissant la patente de fondeur (art. 25 et 26 LCMP) s'appliqueront par analogie. Par conséquent, seuls pourront obtenir une patente d'acheteur les particuliers, les sociétés commerciales, les coopératives et les succursales suisses de sociétés étrangères inscrits au registre suisse du commerce, jouissant d'une bonne réputation et offrant toute garantie que leurs activités commerciales sont irréprochables. Ils devront en outre avoir leur domicile ou leur siège en Suisse. La patente d'acheteur sera octroyée pour une période de quatre ans, renouvelable si les conditions légales sont toujours remplies. L'octroi et le retrait de la patente seront publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

Art. 34, al. 1, 1^{re} phrase, 36, al. 2, 2^e phrase, 41, 3^e phrase, et 48

Les dispositions en vigueur pour la patente de fondeur relatives à la procédure d'autorisation (art. 34), aux attributions du Bureau central du contrôle des métaux précieux (art. 36) et à l'autorisation d'exercer des essayeurs du commerce (art. 41) seront explicitement étendues à la patente d'acheteur.

Les dispositions pénales réprimant le commerce illicite (art. 48) seront aussi explicitement étendues à l'exercice illicite des activités couvertes par la patente d'acheteur. Par conséquent, celui qui, sans être titulaire d'une patente d'acheteur, se sera livré à des opérations pour lesquelles cette patente est exigée sera puni d'une amende. Conformément à l'art. 106, al. 1, CP, l'amende pourra atteindre 10 000 francs au plus.

Art. 49, 1^{re} ligne

Le renvoi à l'art. 28 LCMP doit être supprimé, car ce dernier a été abrogé par le ch. I 5 de la loi fédérale du 21 décembre 2007 sur la suppression et la simplification de procédures d'autorisation¹⁰³.

¹⁰³ RO 2008 2265

Art. 57a Disposition transitoire relative à la modification du ...

Au cours des douze premiers mois suivant l'entrée en vigueur du nouveau droit, une patente ne sera pas encore exigée pour exercer le métier d'acheteur de matières pour la fonte. Si des personnes exercent leur activité sans patente après cette période transitoire, l'art. 48 LCMP leur sera applicable.

3 Conséquences

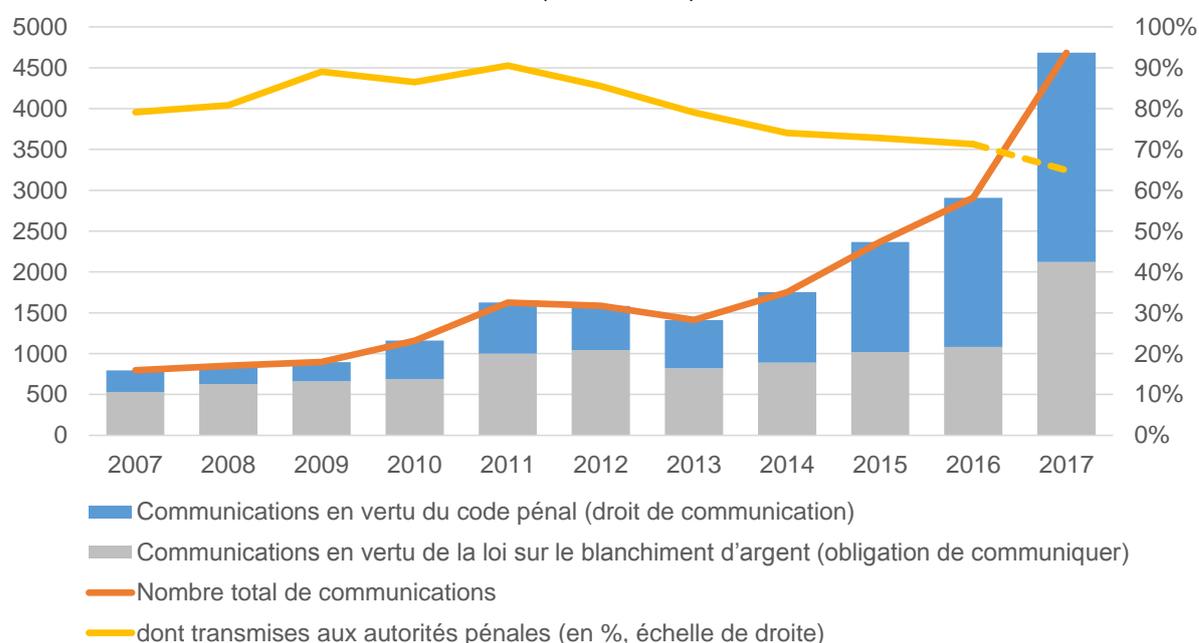
3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Les cantons et les communes ne sont pas concernés par le projet. Les conséquences pour la Confédération sont présentées ci-après.

3.1.1 Adaptation du système de communication au MROS

Depuis plus de vingt ans, les intermédiaires financiers peuvent communiquer les cas suspects au MROS en s'appuyant sur deux bases légales distinctes: d'une part, l'obligation de communiquer prescrite dans la LBA et, d'autre part, le droit de communiquer inscrit dans le CP. L'augmentation des risques de réputation incite déjà les intermédiaires financiers à procéder à des communications pour plus de sûreté. Celles-ci sont souvent effectuées volontairement, en vertu de l'art. 305^{ter}, al. 2, CP, même dans les cas où il existe une obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA. Le nombre de cas suspects s'est d'ailleurs nettement accru ces dernières années (cf. illustration 1), en raison principalement de l'augmentation des communications effectuées selon l'art. 305^{ter}, al. 2, CP. Il en est résulté une augmentation parallèle du nombre de communications non encore traitées par le MROS.

Illustration 1: Communications au MROS (2007-2017)



Source: rapports annuels du MROS

Malgré l'augmentation importante du nombre total de communications en 2017, on constate nouvellement une diminution du pourcentage des communications de soupçons fondées sur le droit. Il est encore trop tôt pour interpréter ces chiffres, mais on peut supposer que cette diminution est en partie liée au fait que la jurisprudence relative à la notion de «soupçons fondés» commence à produire ses effets. La confirmation récente de cette jurisprudence par

la plus haute cour fédérale ainsi que la sensibilisation des intermédiaires financiers par le MROS et la FINMA pourraient encore accentuer cette tendance dans les statistiques pour 2018 et 2019.

Fedpol s'attend à ce que le nombre des communications de soupçons augmente considérablement au cours des prochaines années. Se basant sur les données statistiques, l'expérience de ces dernières années ainsi que la sensibilité croissante de la place financière, Fedpol estime que le nombre de postes supplémentaires nécessaires au MROS sera inférieur à dix. Les besoins seront quantifiés de manière plus précise lors du message concernant le projet de loi. Dans le cadre de cette analyse, il conviendra notamment d'examiner l'effet de la jurisprudence relative à l'interprétation de la notion de «soupçons fondés» sur le comportement des intermédiaires financiers en termes de communications de soupçons.

3.1.2 Adoption d'un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés

Se fondant sur une estimation de la branche, le Bureau central du contrôle des métaux précieux, rattaché à l'Administration fédérale des douanes (AFD), s'attend à délivrer au moins un millier de patentes d'acheteur, lesquelles devront ensuite être périodiquement renouvelées. Pour l'heure, on estime que le traitement des demandes d'autorisation ainsi que les mesures de contrôle et d'exécution nécessiteront deux postes supplémentaires. Le traitement des demandes étant soumis à émoluments, il en résultera pour la Confédération des recettes supplémentaires qui devront couvrir entièrement les coûts des postes supplémentaires nécessaires au Bureau central du contrôle des métaux précieux. Les besoins financiers effectifs seront évalués plus précisément dans le cadre des travaux de ces prochains mois.

3.2 Conséquences économiques

3.2.1 Adoption d'obligations de diligence relatives à certaines prestations en lien avec des sociétés et des trusts (conseillers)

Pour renforcer le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent conformément aux recommandations du GAFI, il faut inclure la fourniture de certaines prestations en lien avec la création, la gestion et l'administration de sociétés et de trusts dans le champ d'application des obligations de diligence prévues dans la LBA. Ces prestations de conseil sont fournies typiquement par des notaires, des avocats, des fiduciaires ou des conseillers fiscaux, mais peuvent aussi l'être par d'autres groupes professionnels. Ne relevant toutefois pas des activités des intermédiaires financiers au sens de la loi, elles ne sont actuellement pas soumises aux dispositions de la LBA¹⁰⁴. C'est aussi pour cette raison qu'il n'est guère possible d'estimer de manière fiable le nombre d'acteurs opérant dans ce domaine. Ce qu'il est en revanche possible d'estimer approximativement – sur la base de données empiriques tirées des audits prudentiels visant à contrôler le respect de leurs obligations de diligence par les gestionnaires de fortune –, ce sont les charges qui seront occasionnées par le contrôle des dossiers pour lesquels les conseillers devront remplir des obligations de diligence, car les audits prudentiels des activités des intermédiaires non financiers comportent des points de contrôle analogues à ceux des audits des intermédiaires financiers.

En 2016, l'audit prudentiel d'un intermédiaire financier directement soumis à la FINMA (IFDS) a nécessité, en moyenne, environ 39 heures de travail et coûté 8500 francs à l'entreprise concernée¹⁰⁵. Les fourchettes effectives des heures de travail nécessaires (de 25 à 180 heures)

¹⁰⁴ Sont réputées intermédiaires financiers, outre les banques et les assurances, toutes les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers.

¹⁰⁵ Source: Rapport annuel 2016 de la FINMA (p. 8 et 97)

Coûts de surveillance prudentielle des marchés (IFDS): 1,7 million de francs / 199 IFDS = 8542 francs

et des coûts (de 6000 à 40 000 francs) sont toutefois très larges. Outre de la taille de l'entreprise, les coûts de surveillance prudentielle dépendent en particulier du degré de complexité des dossiers. Ainsi, les dossiers d'entreprises opérant dans les affaires grand public en Suisse et dont la plupart des dossiers clients sont simples n'occasionnent généralement que des charges de surveillance prudentielle relativement peu élevées. Si l'on prend toutefois deux entreprises comptant le même nombre de clients, mais dont l'une gère des dossiers plus complexes, les coûts de surveillance prudentielle peuvent, selon les experts, être de deux à quatre fois supérieurs pour l'entreprise présentant les cas plus complexes que pour l'autre, car l'examen des dossiers est d'autant plus long. Les coûts de surveillance prudentielle sont en outre plus élevés dans les domaines d'activité fortement automatisés (par ex. celui des systèmes de paiement) – où il s'agit de contrôler des systèmes informatiques complets – que dans les cas où les contrôles sont essentiellement manuels.

À la différence des intermédiaires financiers, qui sont par définition tenus de remplir les obligations de diligence de la LBA pour chacun de leurs clients, les conseillers ne devront le faire que pour les activités spécifiées. Les conséquences économiques des nouvelles obligations de diligence pour les acteurs concernés dépendront donc largement de la fréquence à laquelle ils fourniront des prestations en lien avec des sociétés et des trusts. Ceux qui n'opèrent pas dans ce domaine n'auront pas de coûts supplémentaires à supporter, car ils ne feront jamais l'objet d'audits prudentiels. Pour ce qui est de ceux qui fournissent de telles prestations à titre d'activité accessoire, prenons un exemple concret, à savoir un conseiller gérant dix dossiers clients tout aussi complexes, si ce n'est plus complexes, que ceux d'un IFDS ordinaire, et dont trois dossiers sont audités manuellement par un expert lors de contrôles par échantillonnage: les coûts qu'il aura à supporter sont estimés à 5000 ou 6000 francs par année. Enfin, pour les spécialistes fournissant ces prestations à titre d'activité principale et gérant par conséquent des dossiers clients plus nombreux ou plus complexes, les coûts pourront être beaucoup plus élevés.

3.2.2 Abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses

En abaissant de 100 000 à 15 000 francs le seuil pour les paiements en espèces de métaux précieux et de pierres précieuses, la Suisse donne suite à une recommandation explicite du rapport d'évaluation mutuelle du GAFI. Étant donné que les produits finis, comme les bijoux, n'entrent pas dans le champ d'application de la nouvelle règle, le commerce de détail ne sera pas concerné. Quant aux négociants en métaux précieux et en pierres précieuses soumis à la nouvelle disposition, ils ne supporteront quasiment pas de frais supplémentaires, car ils ont aujourd'hui déjà presque entièrement renoncé aux paiements en espèces. On ne dispose d'aucune donnée sur le nombre d'acteurs concernés.

3.2.3 Banques et autres intermédiaires financiers

Inscrire dans la loi une obligation de vérification matérielle des informations concernant l'ayant droit économique ainsi qu'une obligation d'actualisation des informations sur les clients, toutes deux fondées sur les risques, permettra de combler les lacunes législatives relevées par le GAFI. Soulignons que l'approche fondée sur les risques est conforme aux principes adoptés par le Conseil fédéral en matière de politique des marchés financiers¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Cf. rapport du Conseil fédéral d'octobre 2016 «Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive» <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64199.html>

3.2.3.1 Vérification des informations concernant l'ayant droit économique

La vérification des informations concernant l'ayant droit économique n'est pas une nouvelle obligation à proprement parler. Il s'agit simplement d'inscrire dans la loi une pratique existante dictée également par la jurisprudence. Les charges que la vérification occasionnera dépendront des risques que présentera le cocontractant. Les vérifications ne devraient toutefois entraîner quasiment aucuns frais matériels supplémentaires, ni aucune détérioration du rapport coûts/revenus, en particulier pour ce qui est des activités exercées en Suisse.

3.2.3.2 Actualisation des données des clients

Les intermédiaires financiers actualisent déjà régulièrement les informations sur leurs clients. Les banques profitent d'ailleurs souvent des entretiens convenus à cet effet pour informer les clients sur certains produits ou faire de la publicité pour des prestations supplémentaires. Toutefois, dans les relations avec les petits clients, avec lesquels les contacts personnels sont généralement moins étroits, ces occasions d'actualiser les informations font défaut. Le présent avant-projet comble cette lacune, tout en garantissant aux intermédiaires financiers, grâce à l'approche fondée sur les risques, la plus grande flexibilité possible en ce qui concerne aussi bien la fréquence que l'étendue des mises à jour. Celles-ci pourront néanmoins occasionner aux établissements concernés des coûts uniques ou périodiques au titre de la mise en conformité de leurs activités avec les règles en vigueur (*compliance*). Il n'est actuellement pas possible d'estimer l'ordre de grandeur de ces coûts.

3.2.4 Amélioration de la transparence des associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme

Selon le présent avant-projet, les associations impliquées dans la collecte ou la distribution de fonds à des fins caritatives à l'étranger seront tenues de s'inscrire au registre du commerce. L'inscription au registre du commerce implique l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes conformément aux règles du CO (art. 957, al. 1, CO). De plus, les associations concernées devront tenir une liste de leurs membres et s'assurer de pouvoir être représentées par une personne domiciliée en Suisse. L'inscription au registre du commerce leur occasionnera certains frais uniques. À l'émolument de 400 francs dû à l'office du registre du commerce¹⁰⁷ pourront s'ajouter des coûts minimes de légalisation de signatures. Les légalisations peuvent être opérées directement par l'office du registre du commerce¹⁰⁸, ce qui entraîne des frais moins élevés que si elles le sont par un officier public¹⁰⁹. À cela s'ajoutent les frais relatifs aux modifications des faits inscrits, en particulier en ce qui concerne les membres de la direction. Ces frais se situent dans une fourchette allant de 20 à 100 francs selon l'ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce. Le nombre de modifications varie fortement d'une association à l'autre. Il n'est donc pas possible d'estimer les coûts globaux liés à ces modifications. En ce qui concerne la tenue d'une liste des membres et la représentation par une personne domiciliée en Suisse, il ne devrait pas en résulter de coûts supplémentaires directs. Par contre, l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter les comptes selon les règles du CO entraîne des coûts supplémentaires pour les associations qui ne tenaient jusqu'alors qu'une comptabilité des recettes et des dépenses ainsi que du patrimoine. Il n'est pas possible d'estimer le nombre d'associations concernées.

¹⁰⁷ Art. 1, al. 1, de l'ordonnance du 3 décembre 1954 sur les émoluments en matière de registre du commerce; RS 221.411.1

¹⁰⁸ Art. 21 ORC

¹⁰⁹ Conformément à l'art. 9 de l'ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce, l'émolument perçu pour la légalisation d'une signature s'élève à 10 francs.

3.2.5 Adoption d'un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés

Le retour¹¹⁰ à un régime d'autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés à titre professionnel ainsi que l'adoption des obligations de diligence associées à l'autorisation ne sont pas en rapport direct avec l'évaluation mutuelle de la Suisse par le GAFI, mais garantiront l'égalité des conditions de concurrence entre les acteurs concernés et les 25 titulaires actuels d'une patente de fondeur. À l'avenir, les acteurs opérant sur le marché des métaux précieux usagés à titre professionnel pourront compter sur le fait que les obligations de diligence de la LCMP seront respectées par tous, ce qui pourra faciliter le commerce de ces métaux en Suisse (en particulier entre les fondeurs et les négociants domiciliés en Suisse). Les manquements pourront soit être dénoncés, soit être découverts à la faveur des contrôles par échantillonnage du respect des obligations de diligence. Seront également concernées les personnes qui achètent des métaux précieux usagés à des particuliers à titre professionnel.

Les titulaires de la patente d'acheteur pourront remplir les obligations de diligence prévues à moindres frais et sans grande bureaucratie supplémentaire. Lors de tout achat de métaux précieux usagés, il faudra établir l'identité du vendeur de manière probante, ainsi que documenter la marchandise acquise en la photographiant et éventuellement en la pesant. Étant donné que l'on trouve sur le marché plusieurs progiciels offrant des possibilités suffisantes en la matière, les investissements informatiques nécessaires ne seront pas très importants. Chaque dossier pourra ensuite être conservé sous forme électronique et il ne sera pas nécessaire de gérer des dossiers physiques. Ces obligations de diligence devraient s'avérer efficaces, car on peut présumer que le seul fait d'exiger une copie d'une pièce d'identité aura un certain effet dissuasif sur les personnes ayant des intentions malhonnêtes.

Les titulaires d'une patente d'acheteur devront déboursier tous les quatre ans des émoluments pour le renouvellement de la patente. Le montant de ces émoluments pour la patente de fondeur ou d'acheteur, qui sera fixé par voie d'ordonnance¹¹¹, revêt une importance centrale pour l'évaluation des effets possibles sur le marché. Le montant exact des émoluments pour la patente d'acheteur n'est pas encore connu. Pour le déterminer, il faudra tenir également compte des émoluments perçus pour la patente de fondeur. Actuellement, ceux-ci sont trop bas (420 francs pour quatre ans). L'AFD envisage cependant de demander leur augmentation lors de la fixation des émoluments pour la patente d'acheteur. Les émoluments seront fixés en tenant compte du principe de l'équivalence et du principe de la couverture des coûts (art. 46a, al. 3, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration; LOGA¹¹²). La détermination des tarifs des émoluments devra également prendre en compte l'intérêt public ainsi que l'intérêt de la personne assujettie ou de l'utilité que celle-ci retire de la décision ou de la prestation (art. 5, al. 2, de l'ordonnance générale sur les émoluments; OGE¹¹³). Lors de la fixation du montant des émoluments pour la patente d'acheteur, il faudra aussi tenir compte du fait que son champ d'application est plus restreint (la patente de fondeur vaut également patente d'acheteur, mais la réciproque n'est pas vraie). La patente d'acheteur devrait donc être moins chère que la patente de fondeur. Des émoluments plus élevés pourraient créer des barrières à l'entrée sur le marché, ce qui aurait un impact négatif sur l'ensemble de l'économie, et limiter l'intensité de la concurrence entre les acteurs du marché, entraînant éventuellement une augmentation des prix pour les clients des fondeurs ou des acheteurs.

¹¹⁰ En 2007, dans le cadre de la suppression et de la simplification de procédures d'autorisation, on a aboli l'autorisation qui était alors nécessaire pour acheter et vendre des matières pour la fonte à titre professionnel, au motif qu'elle n'était pas un instrument approprié pour lutter contre le commerce illégal et le recel de ces matières et des produits de la fonte. La patente d'acheteur proposée aujourd'hui est plus complète que l'autorisation de l'ancien droit, dans la mesure notamment où elle concernera aussi l'achat de métaux précieux usagés à des particuliers à titre professionnel.

¹¹¹ Dans l'ordonnance du 17 août 2005 sur les taxes du contrôle des métaux précieux; RS **941.319**

¹¹² RS **172.010**

¹¹³ RS **172.041.1**

3.2.6 Attrait de la place financière

Avec le présent projet soumis à consultation, la Suisse se donne la possibilité de combler l'essentiel des lacunes législatives constatées par le GAFI et, partant, de mettre un terme au processus de suivi renforcé. Le renforcement fondé sur les risques du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent qui en résultera permettra en outre de préserver l'attrait de la place financière. La garantie de l'intégrité des intermédiaires financiers et de la place financière suisse en général est dans l'intérêt non seulement de cette dernière, mais de tout le pays. Elle contribue en outre à réduire la probabilité de contre-mesures économiques et accroît la fiabilité des conditions-cadres en vigueur.

3.2.7 Impact sur la croissance économique et la concurrence

Étant donné que le présent projet concerne un grand nombre d'intermédiaires financiers et en particulier d'intermédiaires non financiers, il est difficile d'estimer quels en seront les effets cumulés sur la croissance économique globale et sur la concurrence. Les obligations supplémentaires vont certes se traduire par une certaine augmentation des charges administratives des entreprises, en particulier pour les acheteurs de métaux précieux usagés et les conseillers, mais la croissance économique et la concurrence ne devraient guère en pâtir.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

4.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹¹⁴, ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹¹⁵. Début 2016, l'évaluation de la Suisse par le GAFI venait de commencer. Il n'était pas encore possible, à ce moment-là, de savoir dans quels domaines le GAFI recommanderait à la Suisse de prendre des mesures supplémentaires pour améliorer la conformité de son dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme avec les normes du GAFI ainsi que son efficacité.

4.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

Tant l'approche fondée sur les risques que la mise en conformité de la législation suisse sur le blanchiment d'argent avec les normes internationales sont conformes aux principes de la politique du Conseil fédéral en matière de marchés financiers¹¹⁶.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et légalité

Les modifications proposées des différentes lois reposent sur les mêmes bases constitutionnelles que celles sur lesquelles se fondent déjà les lois en question.

¹¹⁴ FF 2016 981

¹¹⁵ FF 2016 4999

¹¹⁶ Cf. rapport du Conseil fédéral d'octobre 2016 «Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive» <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64199.html>

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La Suisse participe activement aux efforts déployés par la communauté internationale pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Elle est notamment membre fondateur du GAFI, dont les recommandations constituent les normes internationales en la matière. Bien que les recommandations du GAFI n'aient pas la même valeur juridique contraignante qu'une convention internationale ratifiée par un État, tout État qui les approuve prend l'engagement politique de les mettre en œuvre dans son ordre juridique. À cet égard, le GAFI reconnaît que les États sont dotés de systèmes juridiques et financiers divers, et qu'en conséquence, tous ne peuvent pas prendre des mesures identiques afin de réaliser l'objectif commun. Les recommandations établissent par conséquent des normes minimales qui requièrent l'adoption par les pays de mesures de mise en œuvre précises, en fonction de leurs circonstances particulières et de leurs cadres constitutionnels. Les recommandations du GAFI ont également été mises en œuvre par des États non membres du GAFI et ont été reconnues par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale comme les normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

La Suisse a, comme les autres États membres du GAFI, approuvé les recommandations révisées. Elle s'est ainsi engagée à les mettre en œuvre en droit interne. Suite à l'évaluation de 2016, des mesures supplémentaires sont nécessaires pour améliorer la conformité de la législation suisse avec les normes du GAFI ainsi que son efficacité. Tel est l'objet du présent projet.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet fixe des règles de droit. Or l'art. 164, al. 1, Cst. prescrit que toutes les dispositions qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

5.4 Frein aux dépenses

Le projet ne prévoit pas de dépenses soumises au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

5.5 Conformité à la loi sur les subventions

Le projet ne prévoit ni aides financières ni subventions.

5.6 Délégation de compétences législatives

Abaissement du seuil pour le commerce des métaux précieux et des pierres précieuses

L'art. 8a, al. 5, 2^e phrase, AP-LBA prévoit que le Conseil fédéral désignera les métaux précieux et les pierres précieuses visés à l'al. 4^{bis}. La description des termes correspondants figurera dans l'OBA.

Adoption d'obligations de diligence pour les conseillers

L'art. 8b, al. 3, AP-LBA prévoit que le Conseil fédéral précisera les obligations de diligence des conseillers et en réglera les modalités d'application. Ces précisions et modalités pourront être arrêtées dans l'OBA, comme c'est déjà le cas des dispositions correspondantes applicables aux négociants.

Amélioration de la transparence des associations présentant un risque accru en matière de financement du terrorisme

L'art. 61, al. 2^{bis}, AP-CC autorise le Conseil fédéral à préciser les conditions d'inscription au registre du commerce des associations visées par le présent projet. L'art. 61, al. 2^{ter}, AP-CC

autorise, quant à lui, le Conseil fédéral à étendre l'obligation d'inscription au registre du commerce à d'autres types d'associations que celles visées par le présent projet, présentant un risque accru d'être exploitées à des fins de financement du terrorisme ou de blanchiment d'argent. Enfin, le Conseil fédéral peut, sur la base de l'art. 61, al. 2^{quater}, AP-CC, exempter de l'obligation d'inscription certaines associations visées à l'art. 61, al. 2, ch. 3, AP-CC, en raison notamment du montant des fonds collectés ou distribués, de leur provenance, de leur destination ou de leur affectation.

Adoption de l'obligation d'obtenir une autorisation pour l'achat de métaux précieux usagés

L'art. 31a, al. 2, AP-LCMP prévoit que le Conseil fédéral précisera quelles sont les activités soumises à une patente d'acheteur. Ce faisant, il tiendra notamment compte des risques que représentent ces activités en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. L'art. 34, al. 1, 1^{re} phrase, AP-LCMP prévoit que le Conseil fédéral édictera les prescriptions à suivre pour l'octroi, le renouvellement et le retrait des patentes d'acheteur, de manière analogue à ce qui est déjà prévu aujourd'hui pour la patente de fondeur.