

Autorité fédérale de surveillance des
marchés financiers (FINMA)
A l'att. de Mme Simone Tobler
Laupenstrasse 27
3003 Berne

Par courriel : simone.tobler@finma.ch

RR/jsa

312

Berne, le 16 octobre 2017

Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats concernant la révision partielle l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA)

Mesdames, Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA-SAV) vous remercie de la procédure de consultation susmentionnée.

La FSA souligne la nécessité que toute révision partielle de l'ordonnance OBA-FINMA respecte le principe fondamental de la légalité, à savoir que les modifications législatives sous-mentionnées soient prévues dans les bases légales adéquates et, ce, par le législateur suisse, à savoir le Parlement.

La FSA rappelle qu'en faisant l'impasse sur les bases légales nécessaires pour le renforcement des obligations de diligence des intermédiaires financiers, l'autorité de régulation viole de manière crasse le principe fondamental de la légalité ancré dans la Constitution fédérale (cf. art. 5 al. 1). Il est n'est pas acceptable d'insérer de telles modifications au seul niveau de l'ordonnance sans base légale, sans passer par le législateur suisse.

1. *ad* art. 9a OBA-FINMA : Identification vs. vérification de l'ayant-droit économique

Projet : Art. 9a Vérification de l'ayant droit économique

L'intermédiaire financier vérifie par des mesures basées sur les risques si la personne indiquée comme étant l'ayant droit économique est réellement l'ayant droit économique.

En droit suisse actuel, le co-contractant de l'intermédiaire financier doit remplir une déclaration indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales (cf. procédure d'identification). Une telle déclaration a une valeur probante particulière dès lors qu'elle est considérée comme un titre selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral (TF).

Il n'existe en revanche pas d'obligation à charge de l'intermédiaire financier de vérifier lui-même systématiquement si l'ayant-droit économique déclaré par le co-contractant est effectivement

l'ayant droit des valeurs patrimoniales. Ce n'est qu'en cas de doute à ce sujet que l'intermédiaire financier doit répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique en requérant une nouvelle déclaration du co-contractant et doit effectuer toutes clarifications supplémentaires à ce sujet, en application de l'OBA-FINMA dans sa version actuelle.

La modification précitée telle que proposée par la FINMA va sensiblement plus loin puisqu'elle oblige l'intermédiaire financier à vérifier systématiquement si la personne indiquée comme étant l'ayant droit économique est réellement l'ayant droit économique. Le fait que cette obligation de vérification doive être effectuée sur la base d'une approche fondée sur les risques n'y change rien. Cette nouvelle obligation ne repose pas sur la LBA, ni sur une autre base légale.

Pour le surplus, la FSA renvoie à la prise de position du Forum OAR/SRO sous ch.3.

A défaut de base légale, l'art. 9a projet OBA-FINMA en l'état viole le principe fondamental de la légalité (cf. art. 5 al. 1 Cst. féd.) et n'est donc pas acceptable.

2. ad art. 31 OBA-FINMA : Volonté de la FINMA de supprimer les alinéas 1 et 3 (concernant les doutes portant sur la relation d'affaires et droit de communication)

Projet : Art. 31 Doutes portant sur la relation d'affaires et droit de communication

Si l'intermédiaire financier n'exerce pas son droit de communication ancré prévu à l'art. 305ter, al. 2, CPS alors qu'il a des doutes portant sur la relation d'affaires comportant d'importantes valeurs patrimoniales, il en documente les raisons.

Il ne nous paraît pas justifié de supprimer les alinéas 1 et 3 de l'art. 31 OBA-FINMA au motif qu'il s'agirait d'ajuster ainsi l'ordonnance à la jurisprudence. En effet, les arrêts auxquels la FINMA se réfère ne permettent pas, pour les raisons évoquées par le Forum OAR, – la FSA renvoie à la prise de position du Forum OAR/SRO sous ch.11 –, d'arriver à la conclusion que dorénavant un simple soupçon persistant remplit les conditions légales définies à l'art. 9 al. 1 LBA (cf. « *soupsçons fondés* », en all. « *begründeter Verdacht* ») ou à l'art. 305ter al. 2 CPS (cf. « *indices fondant le soupçon* », en all. « *Wahrnehmungen, die darauf schliessen lassen* »).

Ici encore, ce n'est que par une éventuelle modification législative que les paramètres de l'intensité du soupçon pour l'exercice de l'obligation de communiquer, respectivement le droit de communiquer, pourraient être modifiés.

Enfin, s'agissant de la clause de rétroactivité prévue à l'article 78a du projet OBA-FINMA, la FSA estime que celle-ci viole le principe de non rétroactivité de la loi et que cet article n'est pas acceptable en l'état. La FSA renvoie sur ce point aussi à la prise de position du Forum OAR/SRO, sous ch.12 : violation des principes fondamentaux de non-rétroactivité, de sécurité du droit, d'égalité devant la loi et de la confiance (cf. art. 5, 8 et suivant Cst. féd.).

La FSA vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA

Urs Haegi

Secrétaire général FSA

René Rall