



Chronique de la réglementation et de la jurisprudence en droit bancaire (public)

Vers une intensification de la lutte contre le blanchiment d'argent?

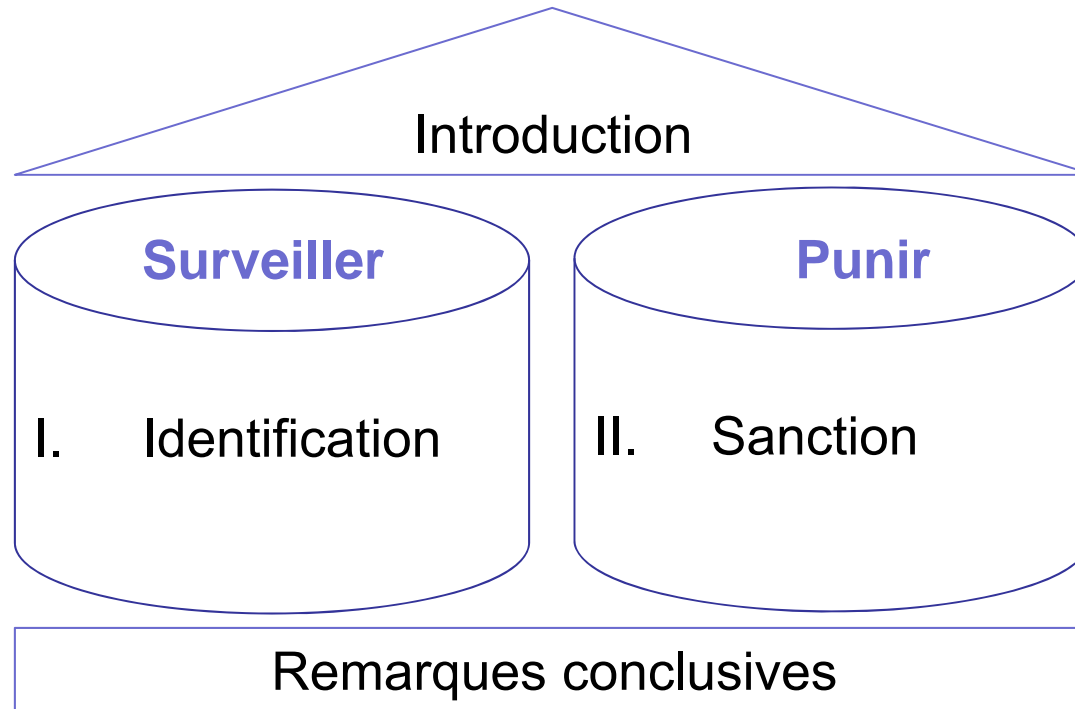
Fabien LIÉGEOIS, Avocat, LL.M (Chicago Law School)
fabien.liegeois@cms-vep.com

Etat au 15.09.16



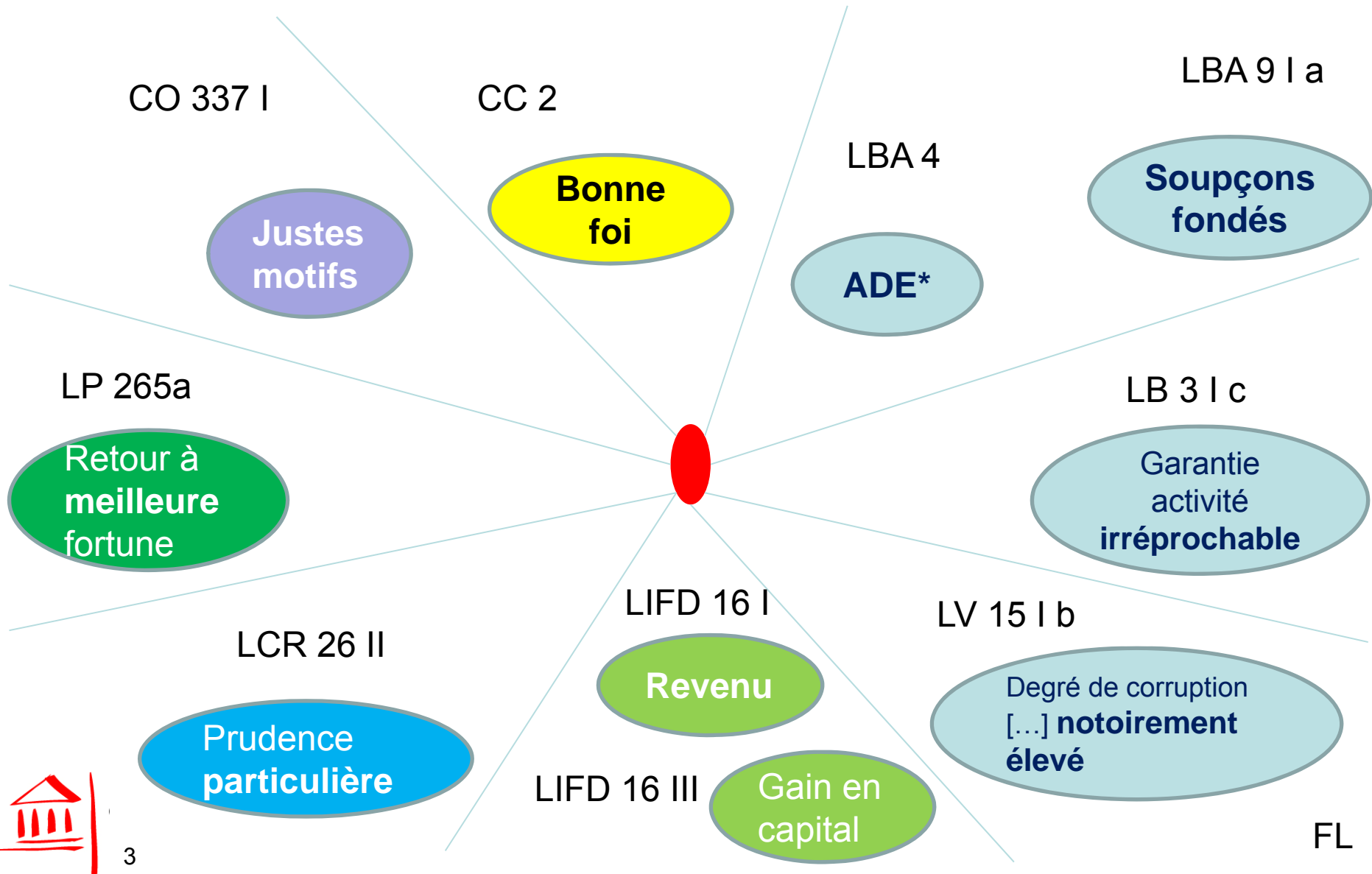


Plan





Introduction: Un point commun entre ces dispositions légales?





Introduction

Détermination *ex ante*

- Dédution
 - Raisonnement syllogistique
 - «*Top-down*»
- Législateur
- Rigidité/Sécurité
- Prévisibilité

Vs.

Détermination *ex post*

- Inférences non-déductives
 - Argumentation et intime conviction du juge
 - «*Bottom-up*»
- Juge
- Flexibilité/latitude
- Adaptation à l'ensemble des circonstances concrètes

Forme ?

Substance ?



Plan (déroulement)

Surveiller

Introduction

I. Identification



I. GAFI et détenteur du contrôle

Surveiller

Bases légales:

Art. 2a al. 3 LBA *cum* art. 2 let. f OBA-FINMA *cum* art. 56 OBA-FINMA
eg. art. 20 CDB-16

Règle:

Si cocontractant =

- PM ou société de personnes
- Non cotée en bourse
- Exerçant activité opérationnelle

Alors,

Identification du détenteur du
contrôle comme ADE

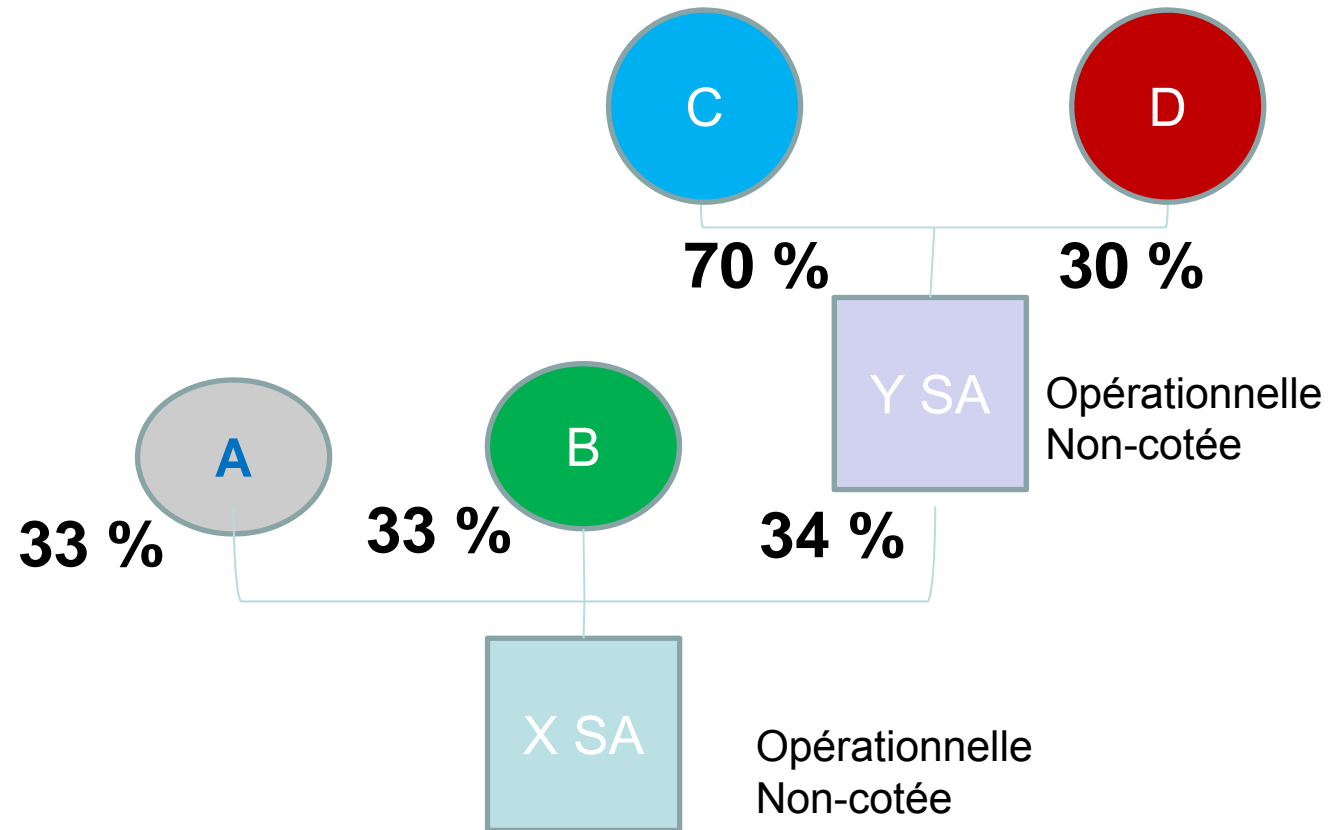


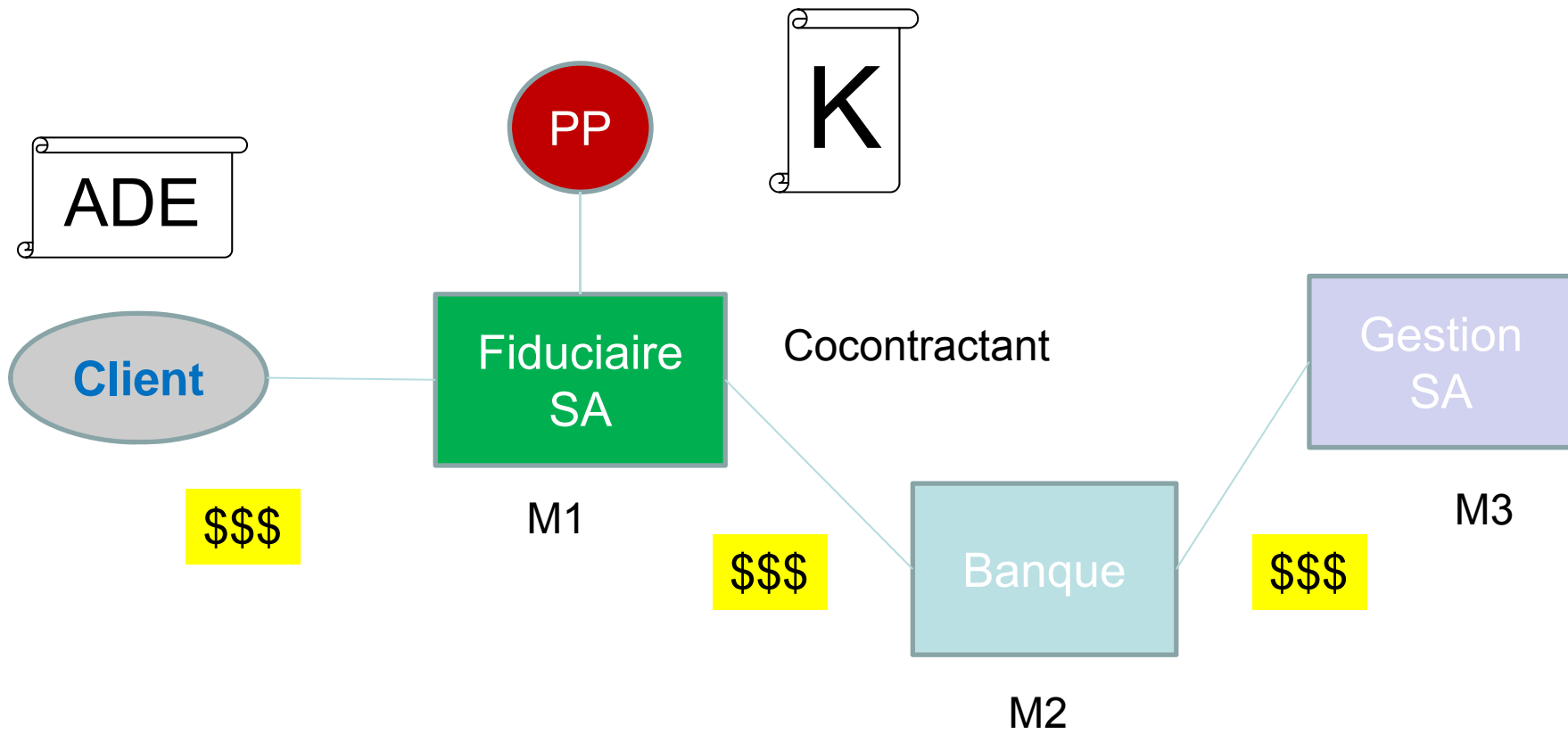


I. GAFI et Formulaire K (25 %)

Surveiller

Form. K
A: OUI
B: OUI
C: OUI
D: NON





FL

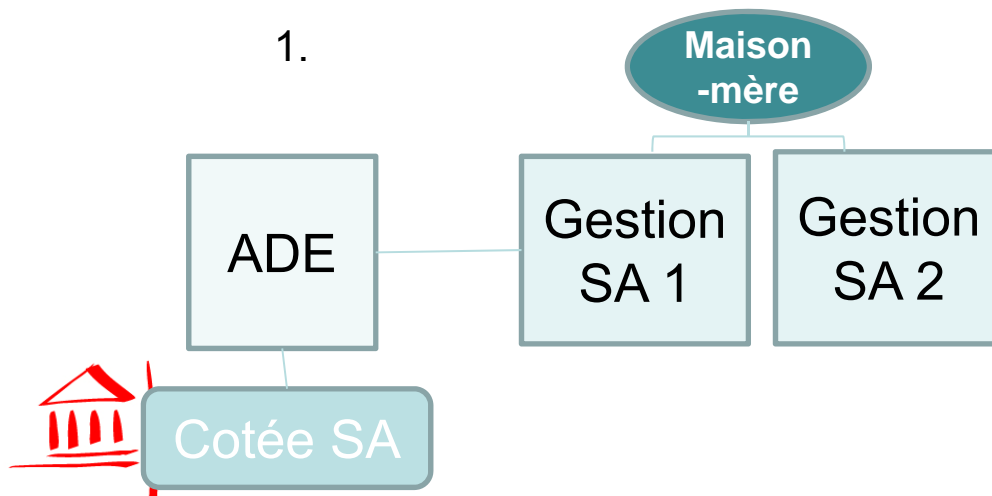
I. Publicité de participations dans sociétés cotées

Surveiller

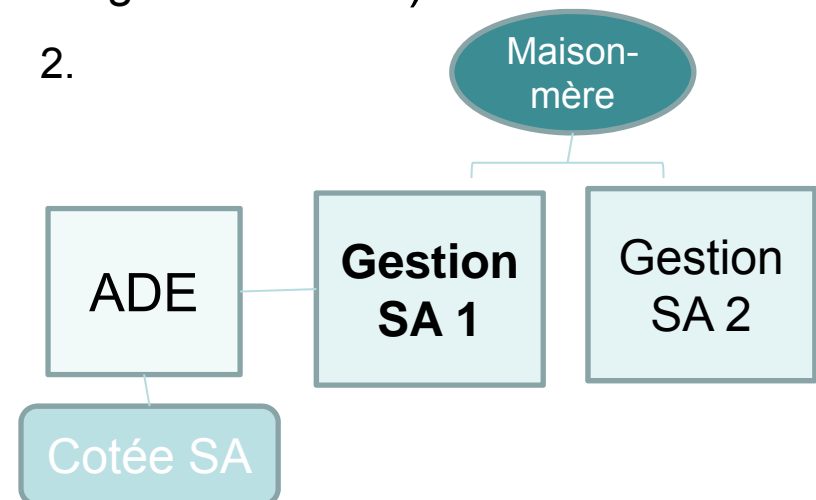
Devoirs d'annonce (3, 5, 10, 15, 20, 25, 33 $\frac{1}{3}$, 50 ou 66 $\frac{2}{3}$ % des droits de vote)

- Historique: Arrêt du TF 2C_98/2013
- Bases légales: LIMF 120 III et OIMF FINMA
- Conditions:
 - Participation dans une société cotée
 - Détenue pour le compte d'un tiers
 - Libre exercice des droits de vote (p. ex. gérant d'actifs)

1.



2.



I. « SOUPÇONS FONDÉS » (LBA 9 I A)

Éléments de comparaison internationale					
Critères	Action	Etats	Données	+	-
Transaction > certain montrant	Envoi	Canada Etats-Unis	Flot Info.	Quantité	Qualité
«Fait suspect»	Signalements	Royaume- Uni	~ 350'000	Quantité	Qualité
		Hong-Kong Singapour	~ 30'000		
<ul style="list-style-type: none"> Soupçons fondé (<i>begründeten Verdacht</i>) Vers un soupçon concret? 	Obligation et Droit de communiquer	Suisse	1753 (2014) 2367 (2015)* <small>* Rapport annuel MROS</small>	Qualité Haute	Quantité Faible



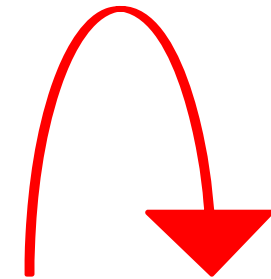
I. Transactions avec «risques accrus» (OBA-FINMA 14)

- Importance IN & OUT



- Divergences significatives par rapport à la

- Nature
- Volume
- Fréquence des transactions **pratiquées habituellement**
 - Sur le compte client en particulier
 - Par rapport à des «relations d'affaires comparables»



- Ouverture de la relation:

Apport VP > à CHF 100'000





I. Annexe OBA-FINMA (Art. 38)

Transactions



1.1: « Les intermédiaires financiers doivent observer les indices de blanchiment signalant des relations d'affaires ou des transactions comportant des risques accrus énumérés ci-dessous »

■ Indices **généraux**

- But illicite ou but économique non-reconnaissable
- Compte de passage
- Choix de la banque incompréhensible
- Inactif → actif
 - Sans raison «plausible»
- Client donne de faux renseignements
- Pays «*high risks*»

■ Indices **particuliers** (caisse)

- Petites coupures échangées contre grosses coupures
- Chèques
- Clients occasionnels, virement à l'étranger, absence raison apparente
- Opérations caisses fréquentes < 1'000
- Titres porteurs + livraison physique



I. Annexe OBA-FINMA (Art. 38)

Surveiller

Transactions

■ Indices particuliers (compte)

- Retraits fréquents de gros montants en espèce
- Moyen financement du commerce international sans rapport avec activité client
- Comptes utilisés intensivement pour les paiements
- Grand nombre de comptes, excès liquidités
- Transfert sans indication du bénéficiaire
- Entreprises artisanale, commerciale ou industrielle utilise des pseudo/numériques

■ Indices qualifiés

- Client veut clôturer un compte pour en ouvrir un à sa famille sans laisser de «*paper trail*»
- Client veut effectuer transfert avec indication inexacte du bénéficiaire
- Garanties sans réalité économique
- Poursuites pénales contre un client
 - Crime
 - Corruption
 - Détournement fonds publics
 - Délit fiscal qualifié



I. LBA & Coffre-fort

Surveiller

Conservation physique de valeurs patrimoniales



Intermédiation financière

- Pas obligation de **diligence** ou de **communiquer**
- En revanche, CPS 305^{bis} et 305^{ter} applicables



I. LBA & Coffre-fort

Surveiller

Caractéristiques spécifiques

- Accord contractuel
- Espace clos
- Cession en vue d'utilisation
- Utilisation payante
- Accès limité



Caractéristiques favorisant les abus

- Niveau de sécurité élevé
- Stockage illimité dans le temps





I. LBA & Coffre-fort

Risque Blanchiment	Sécurité	Identification client	Durée	Evaluation
Coffres-forts non bancaires	Très élevée	Prête-nom envisageable	Illimitée	+
Coffres-forts bancaires	Très élevée	Oui: autorégulation (CDB 16 1 III et 4 II d)	Illimitée	+
Box individuels d'entreposage	Elevée	Prête-nom envisageable	Illimitée	+
Entrepôts	Elevée	Prête-nom envisageable	Illimitée	+
Ports-francs	Elevée	Prête-nom envisageable	Illimitée	+
Casiers	Assez élevée	Prête-nom envisageable	Limitée	Neutre



I. Loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite (LV)

CA Matériel et **Personnel** (LV 1):

(1) Blocage, (2) confiscation et (3) restitution
de valeurs patrimoniales

de personnes politiquement exposées (**PEP**) à
l'étranger ou de leurs proches

Acquises par des actes de corruption, gestion déloyale
ou par d'autres **crimes**

CA Temporel (LV 33 II LV *cum* ACF du 25.05.16)

Entrée en vigueur le **1^{er} juillet 2016**

Abrogation de loi sur la restitution des avoirs illicites (LRAI)





I. Valeurs patrimoniales (VP)



Définition (LV 2 c)

Biens de quelque nature que ce soit, matériels ou immatériels, mobiliers ou immobiliers.

Durée de blocage conservatoire (LV 6 I)

4 ans (+ 1 an renouvelable, si Etat d'origine exprime sa volonté de coopérer)

10 ans au maximum

Communication obligatoire au MROS (LV 7 I)

La **personne** et les **institutions** qui **détiennent** ou **gèrent** des VP

Avocats et **notaires** ne sont pas obligés de communiquer si astreints au secret professionnel de l'art. 321 CPS (LV 7 V)





I. Admissibilité du blocage conservatoire LV 3 II

Surveiller
Punir

- a. « [...] le pouvoir ou un changement de celui-ci apparaît **inexorable**
- b. Le degré de corruption dans l'Etat d'origine est **notoirement élevé**
- c. Il **apparaît vraisemblable** que [VP acquises par des actes de corruption, gestion déloyale ou autres crimes]
- d. La **sauvegarde** des **intérêts de la Suisse** [l']exige



! Conditions cumulatives

I. Confiscation



Surveiller
Punir

Autorité (LV 14 I) :

DFF ouvre action devant le **TAF**

Présomption d'illicéité (LV 15):

- a. **Accroissement exorbitant du patrimoine** de l'ADE ou de la PEP ayant le pouvoir de disposition
- b. **Degré de corruption** de l'Etat d'origine ou de la PEP **notoirement élevé** durant la période en cause

Droit des tiers réservés (LV 15)

Autorité suisse fait valoir ses droits

Acquisition de bonne foi par des tiers



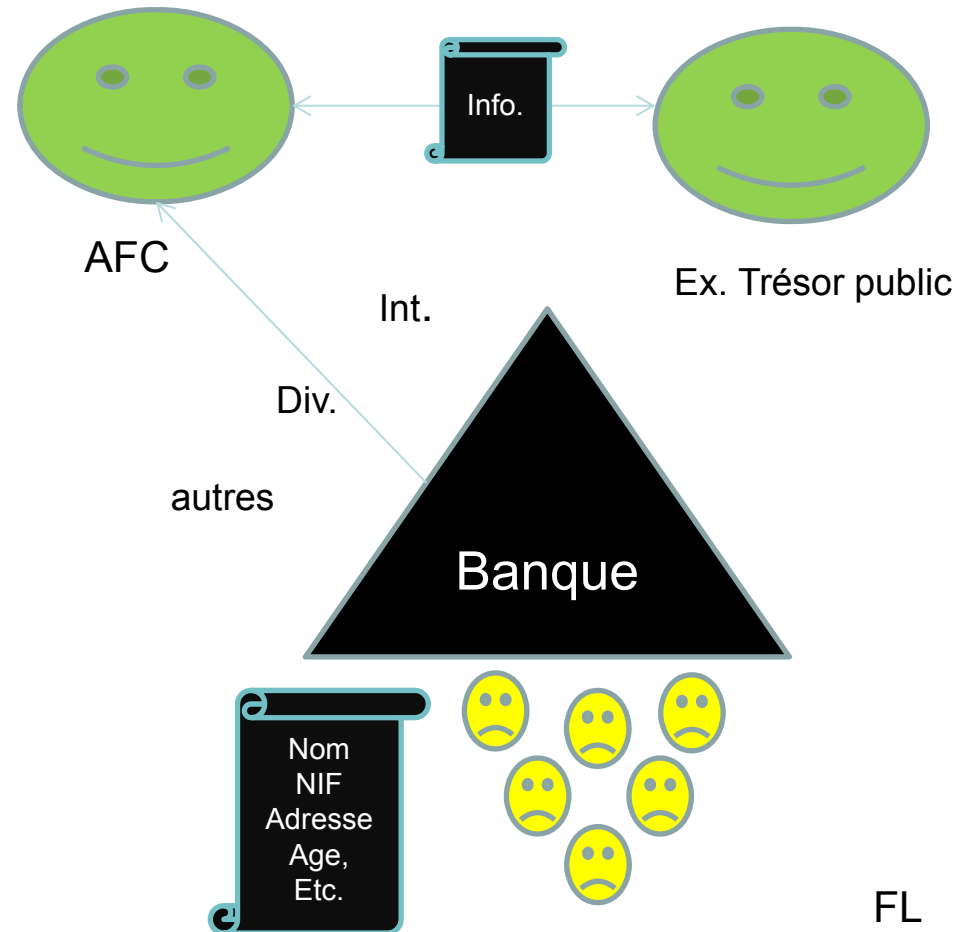
I. GAFI et OCDE : Identification (rappel)

Blanchiment 1^{er} janvier 2016

- **B.I. 305bis ch. 1 et 1bis CP**
 - cf. ég. modif. art. 305ter CP et LBA
- **Comportement**
 - Faux dans les titres
 - Renvoi à 186 LIFD
- **Résultat**
 - Avantage économique au détriment du fisc
 - Min. 300'000 CHF soustraits
- **D.t** → inapplicable aux délits commis avant 01.01.2016



Echange automatique dès 2018



Plan (déroulement)

Punir

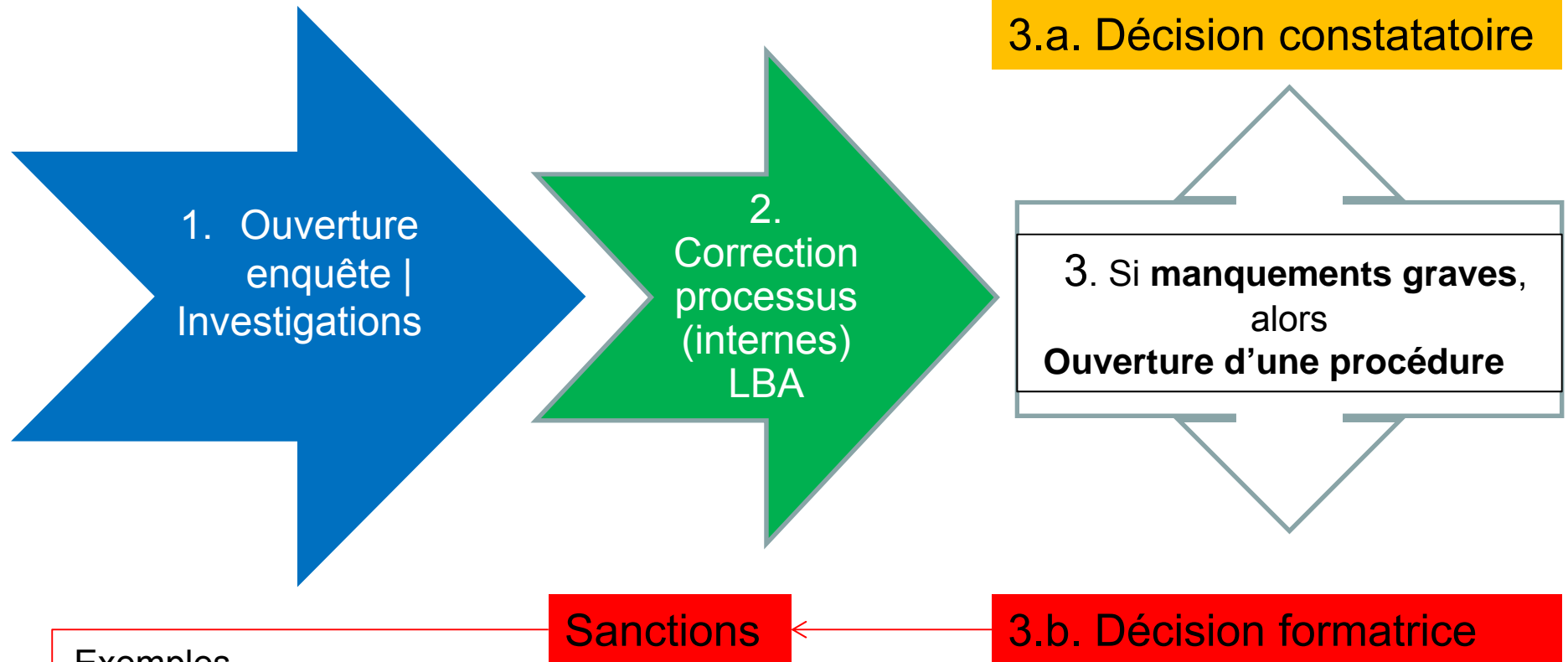
Introduction

- I. Identification
- II. Sanction



II. La FINMA applique le droit «*Enforcement*»

« Blâme » ou manifestation la + légère du « mécontentement » de la FINMA



Exemples

- Confiscation des gains
- Interdiction d'entamer des relations avec «PEP» pendant une durée X
- Renouvellement du CA | Interdictions d'exercer pour une durée X de managers de banque
- Retrait de l'autorisation | Liquidation forcée

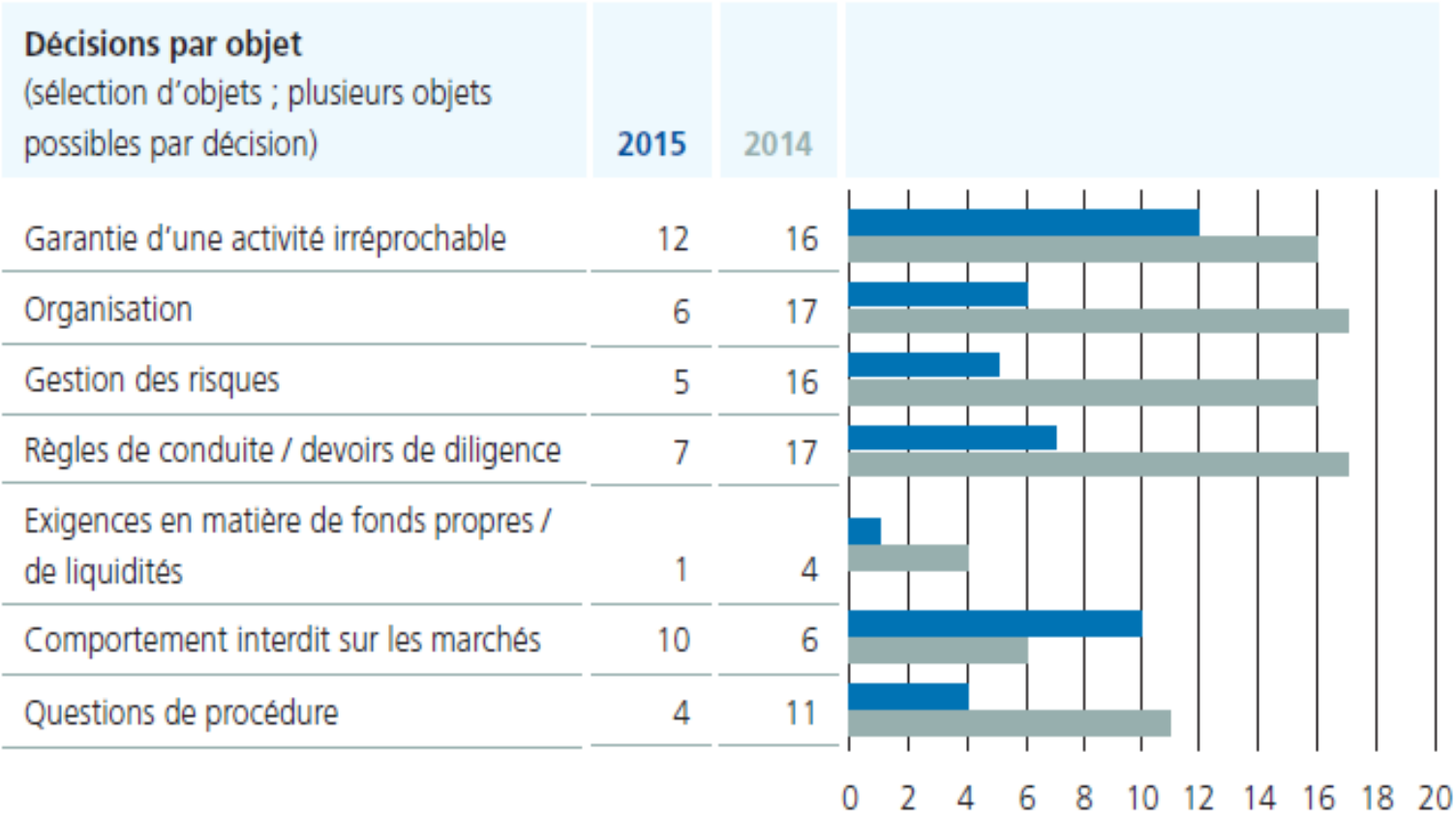


II. La FINMA applique le droit «*Enforcement*»



Statistiques

Domaine autorisé et surveillance des marchés

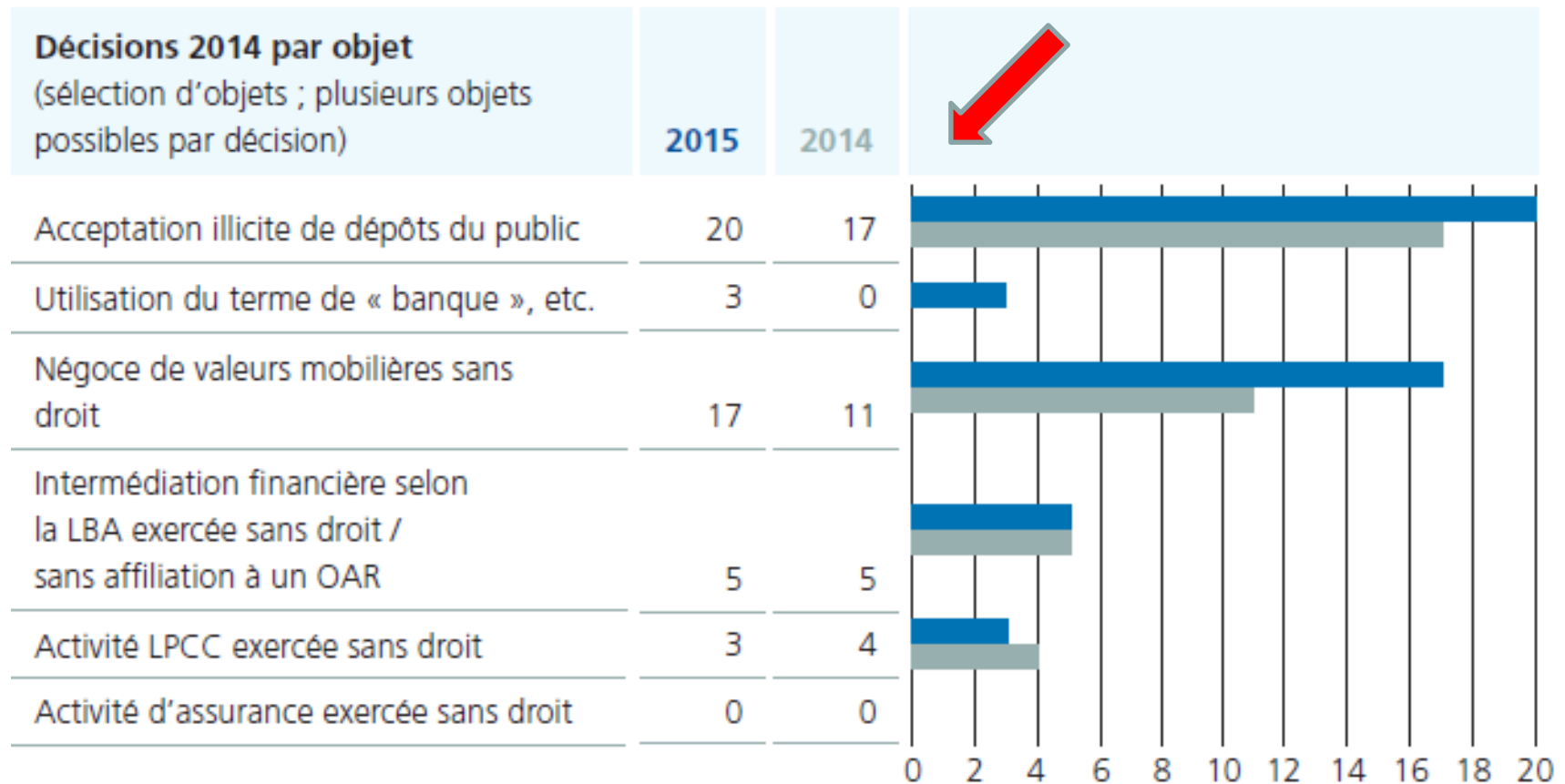


II. La FINMA applique le droit «*Enforcement*»

Punir

Statistiques

Prestataires de services financiers exerçant leur activité sans droit



II. Communiqué FINMA du 24 mai 2016 : 1MDB

Punir

Blanchiment d'argent ?

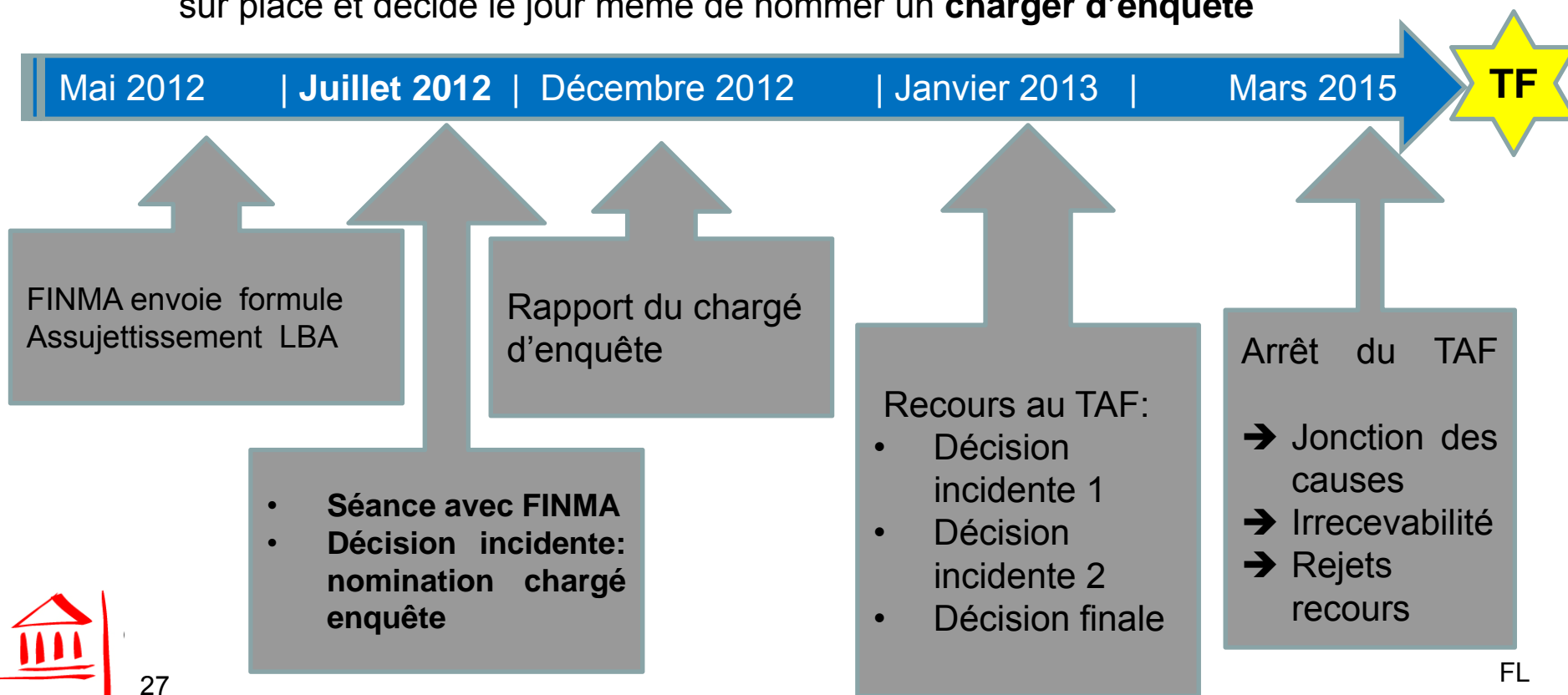
- Face à un apport de USD 20 millions, la banque se contente de l'explication du client: il s'agit d'un « cadeau »
- Transactions avec des documents contradictoires
- Contrats de prêt sans explication sur les circonstances réelles
- Opérations de passage
- Transactions ~ USD 100 Mios sans clarification de l'arrière-plan économique
 - Mise en place de structures complexes soutenues par la banque
 - Email interne: «*My team is implementing these transactions without really knowing what we are doing and why and I am uncomfortable with this. (...) there should be a stronger governance process around all this*».
- Clients obtiennent des dérogations aux processus internes
- Rapports entre la banque et sa filiale à Singapour



II. Activité exercée sans droit : Arrêt du TF 2C_358/2015 du 28.12.15

Eléments de faits et problème posé

- X. SA exerce une activité de fiduciaire et conseils en entreprises. Entre 2004 et 2012, nombreux échanges de courriers avec la FINMA pour savoir si X. SA est un intermédiaire financier au sens de la LBA.
- En juillet 2012, la FINMA se rend dans les bureaux de la société pour une séance sur place et décide le jour même de nommer un **chargé d'enquête**



II. Insolvabilité: Banque Hottinger & Cie AG

Punir

■ Faits

- Banque avec filiale importante à Genève, active aux Etats-Unis
~145 Mios au bilan, 1500 clients, 50 employés
- Pertes importantes et diminutions répétées de la masse sous gestion
- Pas d'investisseur «convenable» prêt à racheter →
Assainissement impossible

■ Droit

- Prononcé de la faillite et nomination d'un liquidateur
- Dépôts privilégiés couverts (→ CHF 100'000)
- Dépôt titres des clients distraits et restitués

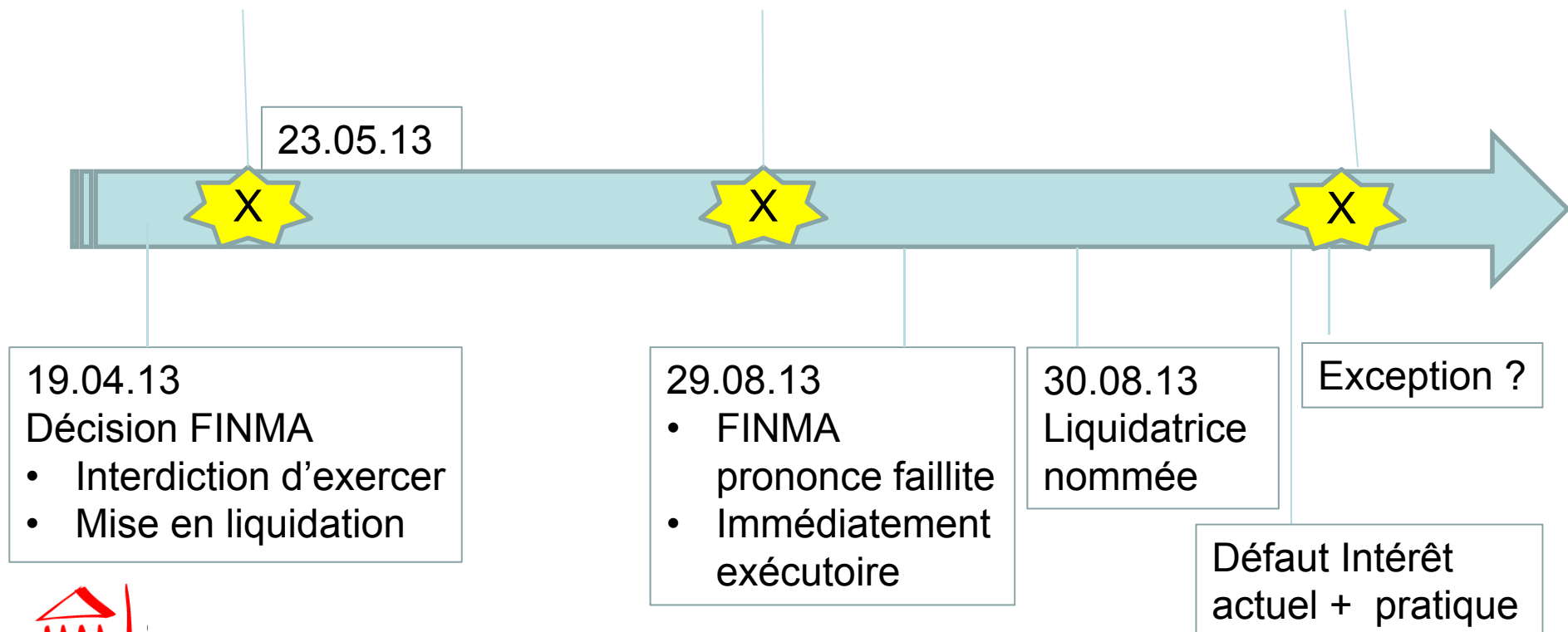


II. Arrêt du TAF B-2421/2013 du 14 avril 2015 (suite)



- Intérêt digne de protection = actuel + pratique
- L'intérêt à l'annulation/modification doit dès lors exister :

Dépôt du recours Pendant : examen du recours Et enfin : décision sur recours



II. Décisions de la FINMA du 11.12.15

Punir

Négoce Devises

- Faits
 - Manipulation de valeurs de référence sur le marché des devises afin de générer un profit pour la banque ou pour des tiers et concertation avec d'autres banques
 - Utilisation de chat, diffusion d'informations au sujet de clients
 - *Front Running et utilisation détournées de stop-loss*
- Personnes impliquées
 - 2 dirigeants
 - 4 «négociants» et «managers» d'UBS
- Sanctions
 - Interdictions d'exercer une fonction dirigeante (4 ans et 5 ans)
 - Interdictions d'exercer d'au moins 12 mois pour les négociants



Conclusions

Surveiller



Punir

