

Aux affiliés à l'OAR FSA / FNS

Bulletin d'information 1/2012

1. **Obligation de clarification selon l'art. 6 LBA et les art. 41 ss. du Règlement OAR**
2. **Obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA et les art. 61 ss. du Règlement OAR**
3. **Obligations de nature financière à l'égard de l'OAR FSA/FNS**
4. **Article d'Andreas Landtwing et Patrick Schelbli sur le thème : « Le formulaire R et son utilisation par les avocats zurichoïses » et observations de l'OAR FSA/FNS à ce propos in Revue de l'Avocat 5/2012, p.237 ss**
5. **Article (en deux parties) de Christian Lippuner sur le thème « Risques des avocats et des notaires dans la lutte contre le blanchiment d'argent » in Revue de l'Avocat 8/2012 et 9/2012**

Chers Confrères,

1. **Obligation de clarification selon l'art. 6 LBA et les art. 41 ss. du Règlement OAR**

Lors des contrôles opérés auprès des affiliés conformément aux Statuts de l'OAR, il a été constaté que l'obligation de procéder à des clarifications dans le cadre de certaines relations d'affaires et/ou transactions n'est pas toujours observée ou est insuffisamment observée. Des procédures disciplinaires ont dû être ouvertes à ce titre.

Même si le processus de clarification a fait l'objet de plusieurs séminaires de formation, il convient de revenir encore une fois sur cette question.

1.1. Clarification en cas de risque accru et présence d'un soupçon

Lorsqu'une relation d'affaires ou une transaction paraît inhabituelle, que ce soit d'emblée ou à un stade ultérieur, et qu'ainsi elle comporte un risque accru de blanchiment, l'affilié doit, en fonction des circonstances, prendre les mesures appropriées pour clarifier l'arrière-plan économique de la relation ou de la transaction en question (Art. 41 du Règlement OAR). L'étendue des informations à recueillir dans le cadre de la procédure de clarification est fonction de l'importance du risque engendré par la relation d'affaires ou la transaction (Art. 6 al. 1 LBA).

A cet égard, est particulièrement fondamentale, l'obligation pour chaque affilié, selon sa structure et son type de clientèle, d'établir les critères permettant de distinguer les risques « normaux » et les risques accrus, et de tenir effectivement compte de ces critères dans le cadre de la gestion des dossiers.

En présence de soupçons, lesquels peuvent être d'une intensité variable (simple rumeur non confirmée¹, supposition², début de soupçon³, soupçon fondé⁴, soupçon fondé particulièrement intense⁵, certitude), les clarifications doivent être entreprises, selon les circonstances, à un stade déjà très précoce. Même une vague rumeur peut, selon les cas, nécessiter de la part de l'intermédiaire financier une opération de clarification, consistant par exemple en un examen approfondi de transactions sous l'angle de la plausibilité du caractère licite de ces dernières.

Lorsqu'un client ou un ayant-droit économique est l'objet d'une procédure d'entraide judiciaire ou d'une procédure pénale nationale en relation avec des faits pouvant être constitutifs de blanchiment d'argent, il s'impose de procéder (au moins) à une clarification particulière.

Les mesures à prendre dans cette hypothèse peuvent consister à obtenir des renseignements par téléphone ou par écrit de la part du cocontractant, de l'ayant-droit économique ou de tiers, à examiner les documents déjà au dossier et ceux qu'il est possible de collecter, à rendre visite au cocontractant ou à l'ayant-droit économique, que ce soit en Suisse ou à l'étranger, afin d'obtenir des renseignements complémentaires de vive voix.

Quant aux détails, il convient de se référer à l'art. 45 du Règlement OAR tout en gardant à l'esprit que la liste des points à tirer au clair, qui figure dans cette disposition, n'a pas de caractère exhaustif et doit dépendre de la situation concrète.

1.2. Obligation de documenter

Les opérations de clarification opérés par l'intermédiaire financier doivent être documentées de manière qu'un tiers puisse se faire une idée objective du respect par l'intermédiaire financier des obligations prévues par la LBA, les statuts, le Règlement OAR et toutes autres dispositions émanant de l'OAR (Art. 50 al.1 Règlement OAR).

En outre, l'affilié doit être en mesure de donner suite aux demandes d'information ou de saisie de la part des autorités de poursuite pénale dans un délai approprié, de manière que les

¹ Par exemple article de presse isolé, vagues informations par un tiers, informations contradictoires

² Par exemple information dont la véracité est possible, présence d'indices non vérifiés

³ Par exemple transactions douteuses, article de presse « sérieux »

⁴ Par exemple référence concrète à des transactions douteuses

⁵ Par exemple remise d'un gros montant d'argent en espèces par une personne connue dans le milieu du trafic de drogue.

transactions puissent être reconstituées (Art. 50 al.2 Règlement OAR). Or, cette reconstitution n'est possible que lorsque la documentation pertinente figure au dossier.

Le contenu minimum est déterminé aux art. 51 ss. du Règlement OAR. Doivent également figurer au dossier les éléments concrets qui ont provoqué l'émergence d'un soupçon et qui ont déterminé l'intensité (plus ou moins grande) de ce soupçon. Selon l'organisation de l'Etude et les circonstances du cas, cette démarche peut aller d'un renvoi aux directives internes et aux critères de risque qui y sont définis jusqu'à une description détaillée et exhaustive de la situation. Quant à la description de la relation d'affaires (profil-client), elle sera faite de manière plus ou moins dense et détaillée selon les circonstances. Ainsi, par exemple en cas de structures patrimoniales complexes ou lorsque de nombreuses personnes physiques et morales sont reliées au cocontractant, les exigences en la matière augmentent.

Il convient de souligner que l'obligation de documenter le processus de clarification est également applicable lorsqu'en définitive, l'affilié considère que la relation d'affaires peut reprendre son cours normal, sans autres mesures. Dans un tel cas, l'affilié note au dossier, de manière plausible, les raisons qui l'amènent à une telle conclusion. A défaut, une violation de l'obligation d'établir et de conserver des documents devra être constatée, violation pouvant conduire à des sanctions statutaires.

En d'autres termes, il ne faut pas se limiter à faire des clarifications, mais il faut encore en retranscrire les résultats de manière appropriée. Lorsque les clarifications ont été entreprises par un tiers, il convient de veiller à ce que ces clarifications figurent aux dossiers et de les accompagner d'une note faisant état de la propre appréciation de l'affilié quant à la pertinence des clarifications ainsi intervenues.

2. Obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA et les art. 61 ss du Règlement OAR

Sur la base des clarifications effectuées, l'affilié doit décider si une communication au bureau de communication doit être faite ou non. Cette décision doit elle aussi être documentée et justifiée. Les art 9 LBA et 61 ss du Règlement OAR s'appliquent.

On rappellera qu'une communication doit être faite si l'affilié sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires

1. ont un rapport avec l'une des infractions mentionnées aux art. 260ter, al.1 ou 305 bis CP,
2. proviennent d'un crime,
3. sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle,
4. servent au financement du terrorisme (art. 260 quinquies, al.1 CP)

2.1. Quant est-on en présence d'un « soupçon fondé » ?

La présence d'un soupçon fondé ne signifie pas que ce soupçon doive atteindre un degré confinant à la certitude. Un soupçon est considéré comme fondé lorsqu'il existe un signe

concret ou plusieurs indices qui font craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales (cf Message LBA, FF 1996 III 1086).

Les différents niveaux de soupçon qu'un intermédiaire financier peut avoir forment une palette qui va d'un point de rattachement non spécifique jusqu'à la certitude (cf. aussi 1.1, paragraphe 1 ci-dessus). Un soupçon fondé se situe donc quelque part entre les situations qui nécessitent une clarification particulière au sens de l'art 6, al.2 LBA et la certitude d'un état de fait relevant sous l'angle du blanchiment (cf. Graber / Oberholzer, Zurich 2009, 3.A, cm9 ad art. 9).

Une obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA existe lorsqu'il y a vraisemblance prépondérante que les valeurs patrimoniales ont un rapport avec l'une des infractions visées à l'art. 9 LBA, c'est-à-dire lorsque :

- les faits/indices qui sont évalués sont d'une haute vraisemblance et
- ils conduisent à la conclusion très nettement plausible que les valeurs patrimoniales concernées par la relation d'affaires ont été « contaminées ».

2.2. Prise en compte de conditions procédurales ?

De l'avis du Bureau de communication, les intermédiaires financiers ne sont pas compétents pour examiner les éventuelles conditions procédurales (par exemple la prescription) d'éventuels agissements punissables pénalement. En d'autres termes ils doivent procéder à une communication sans égard aux éventuelles conditions ou objections de nature procédurale, et se conformer strictement aux conséquences légales (blocages des avoirs selon l'art. 10 LBA et interdiction d'informer selon l'art. 10a LBA, art. 63 ss Règlement OAR).

2.3. Question de la « double communication »

L'obligation de communiquer demeure même lorsque l'état de fait est connu, en tout ou partie, des autorités pénales (art. 61 al.2 Règlement OAR).

Par ailleurs, il est fermement recommandé à l'affilié de faire lui-même une communication au Bureau de communication, même s'il sait avec certitude, que l'état de fait est absolument identique à celui contenu dans une communication faite auparavant par un autre intermédiaire financier. Déterminer dans quelle mesure l'affilié peut se référer à la « première » communication dépend du cas d'espèce et est de la seule responsabilité de l'affilié.

3. **Obligation de nature financière à l'égard de l'OAR FSA/FSN**

Malheureusement, l'OAR FSA/FSN constate que quelques affiliés, heureusement peu nombreux, persistent à ne pas respecter leurs obligations financières à l'égard de l'OAR ou à les remplir tardivement ceci malgré plusieurs rappels. En pareils cas, des actes de poursuite doivent être entrepris afin de recouvrer les cotisations annuelles, les frais de contrôle et d'enquête, etc...

Indépendamment du fait que l'affilié provoque de la sorte des frais totalement inutiles et surcharge tout aussi inutilement le Secrétariat, nous vous rendons attentifs au fait que le non-paiement des cotisations annuelles malgré un rappel constitue une cause d'exclusion conformément à l'art.31, lettre b des Statuts. Une exclusion peut aussi être prononcée en application de l'art.38, al.3, lettre e. Malheureusement, l'OAR a déjà été amené à ouvrir des procédures d'exclusion pour ce motif.

4. Article d'Andreas Landtwing et Patrick Schelbli sur le thème : « Le formulaire R et son utilisation par les avocats zurichois » et observations de l'OAR FSA / FSN à ce propos in Revue de l'Avocat 5/2012, p.237 ss

Nous saisissons cette occasion pour vous rendre attentifs à l'article et aux commentaires précités, parus dans la Revue de l'Avocat 5/2012.

5. Article (en deux parties) de Christian Lippuner sur le thème « Risques des avocats et des notaires dans la lutte contre le blanchiment d'argent in Revue de l'Avocat 8/2012 et 9/2012

Il en va de même pour les articles parus dans la Revue de l'Avocat 8/2012 et 9/2012.

Le Secrétariat général et les membres du Bureau ci-dessous restent à votre disposition pour toute question éventuelle.

Avec nos salutations les meilleures.

OAR FSA/FSN

Christian Lippuner, Chargé de l'information

Secrétariat général, Marktgasse 4, 3011 Berne, Tél. : 031 313 06 00

Français : Me Didier de Montmollin, didier.demontmollin@dgepartners.com, Tél. : 022 761 66 66

Allemand : Me Christian Lippuner, lippuner@advlippuner.ch, Tél. : 071 227 11 30

Italien : Me Pietro Crespi, pietro.crespi@crespi.ch, Tél. : 091 825 15 52