

Procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques (LTPM) et modifications de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA) du 30 août 2023

Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève du 16 octobre 2023

A. Appréciation d'ensemble

La Faculté de droit de l'Université de Genève salue l'avant-projet qu'elle juge positivement dans son ensemble. Les modifications proposées s'inscrivent dans les standards internationaux en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

La lutte contre le blanchiment d'argent est une préoccupation majeure des agendas international et suisse. Face à un phénomène transnational par excellence, la nécessité, pour les Etats, de combattre le blanchiment d'argent de manière coordonnée ne fait pas de doute. Cette coordination suppose une harmonisation des standards en la matière¹, standards que la Suisse, par son appartenance au GAFI, s'est d'ailleurs engagée à respecter.

Les principales mesures proposées sont au nombre de cinq.

Il s'agit, premièrement, de l'introduction, par le biais d'une nouvelle loi fédérale, d'un registre électronique des ayants droit économiques des personnes morales de droit privé suisse et de certaines entités étrangères présentant un lien particulier avec la Suisse.

La thématique de l'identification des ayants droit économiques est – à juste titre – sortie du Code des obligations pour faire l'objet d'une nouvelle loi de droit public, ouvrant la voie à de possibles sanctions administratives y relatives. La nouvelle procède aussi à une uniformisation bienvenue du concept d'ayant droit économique et à une extension du concept par rapport à l'art. 697j al. 1 CO au-delà des actionnaires, afin d'englober tous les autres moyens de contrôle (art. 4 al. 1 let. b LTPM). L'obligation d'annonce touche ainsi tant l'actionnaire que l'ayant droit économique avec des délais d'annonce uniformisés. C'est également à raison que la détention à titre fiduciaire doit être déclarée.

Cette mesure en faveur d'un registre électronique des ayants droit économiques s'inscrit dans le cadre de la modification, en mars 2022, de la recommandation 24 du GAFI, sur la transparence et les bénéficiaires effectifs des personnes morales. La recommandation requiert désormais que les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des personnes morales soient accessibles « au travers d'un registre ou d'un mécanisme alternatif ». Selon l'avant-projet et conformément à l'arrêt C-37/20 et C-601/20 du 22 novembre 2022 de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), ce registre n'est pas public. L'accessibilité est limitée aux autorités et, pour les besoins de la lutte anti-blanchiment, aux assujettis au dispositif anti-blanchiment. Le cercle des personnes autorisées à consulter le registre procède d'une pondération adéquate entre la protection de la sphère privée et la transparence nécessaire à la lutte contre le blanchiment d'argent et, ainsi, à la bonne réputation de la place financière suisse.

Les quatre autres propositions ont trait à des modifications de la LBA (la première conduisant également à des modifications de la loi sur la libre circulation des avocats [LLCA]).

¹ Voir, en particulier, les recommandations du GAFI 22, 23 et 24, ainsi que les notes interprétatives y afférentes.

L'avant-projet entend tout d'abord inclure dans le champ d'application du dispositif anti-blanchiment des activités – exercées à titre professionnel – liées à la création et la gestion de sociétés, de fondations ou de trusts, ainsi que les conseils juridiques ou comptables en matière d'achat et de vente d'un immeuble. Un régime spécial pour les avocats soumis à la LLCA est prévu dans cette dernière loi. Une nouvelle catégorie de personnes soumises au dispositif anti-blanchiment est ainsi créée : les conseillers. Au niveau international (recommandations du GAFI) et européen (droit de l'Union européenne) ce type d'activités est depuis longtemps assujéti au régime anti-blanchiment. Le secteur financier n'est en effet pas le seul domaine à risque et d'autres activités en amont de l'implication de flux financiers, telles que des opérations liées à la création et l'organisation d'entités juridiques, peuvent servir (ensuite) à des fins de blanchiment.

Le gouvernement propose également d'abaisser le seuil du paiement en espèces pour le respect des obligations de diligence des négociants en métaux et pierres précieuses de CHF 100'000.- à CHF 15'000.-. Par métaux et pierres précieuses il faut entendre le produit brut et non pas le produit fini, de sorte que la nouvelle n'inclut pas le commerce de détail (montres, bijoux, etc.). La mesure correspond aux standards internationaux². Pour les négociants en immeubles, tout paiement en espèces déclenche les obligations anti-blanchiment, sans seuil minimal.

Dans un autre registre, l'avant-projet propose de faire « basculer » le mécanisme sanctionnateur des organismes d'autorégulation (OAR), actuellement prévu dans les règlements des OAR, dans la loi sur le blanchiment d'argent. En d'autres termes, le système passe du droit privé au droit public. Cette modification anticipe un potentiel changement de jurisprudence du Tribunal fédéral. Les Juges de Mon Repos ont en effet indiqué dans l'une de leurs décisions³ – reprise dans leur rapport de gestion 2021 (p. 16) –, qu'au vu de l'évolution de la lutte contre le blanchiment d'argent – qui est aujourd'hui une tâche publique essentielle – il n'était pas exclu qu'ils qualifient dans le futur les sanctions prononcées par les OAR de sanctions de droit public. La problématique a également été soulevée par la doctrine⁴. La nouvelle a pour conséquence d'introduire des sanctions administratives pécuniaires en matière de violations des obligations de diligence anti-blanchiment, vu le « transfert » des peines conventionnelles actuellement prévues par les règlements des OAR dans la LBA. Dans l'ensemble, la modification proposée ne peut être qu'approuvée.

Enfin, la révision prévoit un élargissement de l'objet de la loi sur le blanchiment d'argent (art. 1 LBA), qui mentionnerait désormais également la prévention de violations des mesures de coercition fondées sur la loi sur les embargos. Concrètement, cela signifie – à ce stade – une modification de l'art. 8 LBA : l'assujéti doit non seulement prendre les mesures nécessaires pour empêcher le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, mais également pour prévenir les violations des sanctions internationales. Les compétences du SECO ne s'en trouveraient pas modifiées, mais la FINMA et les OAR devront, en sus, contrôler que le niveau de diligence mis en place par l'assujéti dans le domaine est suffisant. A l'heure actuelle, le SECO peut effectuer des contrôles, mais ne supervise pas l'organisation de l'assujéti. Une surveillance des mesures prises par celui-ci dans le domaine des sanctions internationales ne peut que contribuer au respect de celles-ci.

Si le projet dans sa globalité emporte notre adhésion, certains points sont à préciser ou à revoir, ou encore une réflexion doit être engagée sur le plus long terme.

² Voir la note interprétative des recommandations 22 et 23 du GAFI.

³ TF, 2C_887/2017 du 23 mars 2021, c. 4.

⁴ Cf. Bovet C./Delaloye V., LEFin-LSFin : des assujéttis face aux nouveaux organes et organismes, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 2/2020, p. 117 ss, p. 123 s.

B. Remarques critiques

1) Sur le registre électronique des ayants droit économiques et l'annonce des interventions à titre fiduciaire

a) La définition d'ayant droit économique

La définition d'ayant droit économique à l'art. 4 LTPM appelle trois commentaires.

Premièrement, la définition est fondée, conformément aux standards internationaux⁵, sur une exigence de contrôle plutôt que d'avantage économique. Respecter le langage en distinguant le « détenteur du contrôle » de l'« ayant droit économique », à l'instar de ce que fait la convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), permettrait d'éviter de nombreux amalgames.

Deuxièmement, les deux modes de contrôle définis à l'art. 4 al. 1 let a et b LTPM font l'objet de deux pages d'explication dans le rapport explicatif. La notion mérite en effet d'être précisée. Idéalement, référence devrait être faite à la notion de contrôle en droit comptable, comme c'est le cas actuellement pour l'interprétation des art. 967j ss CO. A défaut d'adopter cette approche, une ordonnance d'exécution devrait alors préciser les contours de la notion de contrôle, tout en veillant à créer un système praticable et dans la mesure du possible proche des principes éprouvés (p. ex. en matière de droit comptable, publicité des participations, droit fiscal et droit de la concurrence). Par ailleurs, certains concepts évoqués dans le rapport explicatif restent néanmoins (trop) flous. Que sont les « responsables équivalents de la société » dont la nomination (pour plus de la moitié) témoigne d'un contrôle par d'autres moyens ? De même, jusqu'à quel degré de parenté ou de proximité doivent aller les liens avec des membres des gestionnaires ou dirigeants pour qu'il y ait contrôle par d'autres moyens ? Enfin, certains moyens sont évoqués – à tort – comme conférant un pouvoir de contrôle. Tel est le cas des droits d'acquisition ultérieure d'actions ou de titres de participation (rapport explicatif, p. 63). Le contrôle ne peut se réaliser qu'au moment de l'acquisition ou de la conversion de ces droits. L'obligation d'annonce ne devrait en principe naître qu'à partir de ce moment-là et non au moment de l'acquisition.

Troisièmement, concernant l'hypothèse de l'action de concert – définie à juste titre par référence à l'art. 120 LIMF – elle ne devrait viser que la coordination portant sur des affaires futures et non aussi des événements passés (p. ex. votes de décharge ou la révision des comptes). Il conviendrait de le préciser dans le rapport explicatif final.

b) Application aux entités juridiques de droit étranger

L'art. 2 al. 2 LTPM vise également les entités juridiques de droit étranger. Le rapport explicatif emploie de manière indistincte la notion de « société de droit étranger » et de « société (ou entité) étrangère » (rapport explicatif, pp. 60 à 61). Le respect de l'obligation de transparence par l'entité de droit étranger dans le cadre de l'acquisition d'un bien immobilier situé en Suisse s'effectue de telle sorte qu'elle doit prouver, dans le cadre de la réquisition d'inscription au registre foncier, que ses ayants droit économiques sont inscrits au registre des ayants droit économiques. Il paraît judicieux de faire référence uniquement aux « entités de droit étranger », afin d'éviter toute confusion avec les

⁵ Voir, en particulier, les recommandations du GAFI 24 et 25, ainsi que les notes interprétatives y afférentes.

personnes morales (suisses) considérées comme des personnes à l'étranger au sens de la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE). De par leur accès au registre, les autorités en charge de l'application de la LFAIE pourront désormais vérifier si un immeuble est détenu par une personne morale dont le siège est à l'étranger ou par une personne morale de droit suisse dans laquelle une personne étrangère est réputée ayant droit économique. Reste que le seuil de déclenchement de l'annonce selon la LTPM est fixé à 25% alors que le seuil de définition de la « position dominante » au sens de la LFAIE est arrêté au tiers (voir art. 6 LFAIE). Autrement dit, une personne morale suisse pourra être considérée comme contrôlée par des personnes à l'étranger au sens de la LTPM sans qu'il n'y ait encore de « position dominante » au sens de la LFAIE. Il paraît judicieux de préciser dans les travaux préparatoires que ces deux concepts restent autonomes et s'interprètent indépendamment l'un de l'autre.

c) Le cas particulier de la fondation

Contrairement à ce qui est le cas dans d'autres juridictions (p. ex. en Allemagne, en France et en Italie), toute fondation suisse a l'obligation de s'inscrire au registre du commerce, dont les données sont publiquement accessibles, et d'y inscrire les membres de son conseil de fondation, avec leur nom, lieu d'origine et lieu de domicile. La date de naissance résulte de la pièce d'identité à produire au registre du commerce, qui n'est pas publiquement accessible, mais dont copie pourrait être transmise aux autorités suisses (notamment fiscales ou pénales) sur la base des règles sur l'assistance administrative.

Par ailleurs, la notion de contrôle dans une fondation ordinaire fait peu de sens. La fondation est une personne morale particulière. Il s'agit du seul établissement de droit suisse. On dit d'ailleurs que la fondation s'appartient pour ainsi dire à elle-même. En l'absence de membres, une autorité de surveillance relevant du droit public veille à la réalisation correcte du but spécial auquel les actifs ont été affectés, que ce soit pour les fondations ordinaires ou de prévoyance professionnelle. Cette surveillance englobe également les activités de la fondation, y compris, la lutte contre le blanchiment d'argent, même si les réglementations des autorités de surveillance pourraient être plus explicites à cet égard. En d'autres termes, il peut être justifié de traiter les fondations, en particulier celles à but d'utilité générale avec un cercle de bénéficiaires ouvert, différemment des autres personnes morales. La réforme s'inscrit toutefois principalement dans la mise en œuvre des recommandations du GAFI, qui s'appliquent également aux organisations à but non lucratif, appelées OBNL, dans le but d'harmoniser les exigences entre les différentes parties prenantes.

L'art. 5 al. 3 LTPM prévoit des règles spéciales pour tenir compte des caractéristiques particulières des fondations. Ce principe est louable, mais il aurait été préférable d'avoir une disposition distincte traitant des fondations plutôt qu'un simple paragraphe, afin de mettre davantage en lumière leur spécificité par rapport aux autres personnes morales. Contrairement à ce qui est mentionné à la page 66 du rapport explicatif, l'art. 5 al. 3 LTPM couvre un éventail potentiellement plus large de personnes à identifier que ce que prévoient les formulaires K (fondations ayant une activité opérationnelle) et S (autres fondations) auxquels renvoie la CDB 20. Dans cette optique, l'art. 5 al. 3 let. b LTPM ne devrait viser que les bénéficiaires (déterminés ou déterminables) dont le droit d'obtenir des distributions de la fondation est inconditionnel. De même, l'art. 5 al. 3 let. c LTPM devrait uniquement viser toute personne ayant le pouvoir d'influencer de manière significative la composition du conseil de fondation, car seul ce conseil a la compétence d'attribuer les distributions ou de désigner les bénéficiaires (ou conserve une tâche de surveillance en cas de délégation). Utiliser la formule figurant dans le formulaire S (qui reste moins large que celle de l'art. 5 al. 3 let. c LTPM) ne serait pas une solution optimale. Il serait préférable que l'art. 5 al. 3 let. c LTPM vise uniquement ceux qui ont le pouvoir de nommer des membres de l'organe suprême de direction qui détiennent, seuls ou collectivement, la majorité des voix.

d) Des exigences à uniformiser pour les associations

Depuis le 1^{er} janvier 2023, est tenue de s'inscrire au registre du commerce toute association qui, à titre principal, collecte ou distribue directement ou indirectement des fonds à l'étranger à des fins caritatives, religieuses, culturelles, éducatives ou sociales (art. 61 al. 2 ch. 3 CC). Cette obligation dont l'irrespect est pénalement punissable s'accompagne de nouvelles obligations connexes dont (i) la tenue d'une liste des membres (avec leur nom et adresse) (art. 61a CC) ainsi que (ii) l'inscription au registre du commerce des tous les membres du comité et des personnes autorisées à représenter l'association (art. 90a al. 1 et art. 92 let. k 1^{ère} phr. ORC). La mesure s'inscrit dans la lutte contre le blanchiment d'argent et la révision de la LBA. L'obligation légale de tenir une liste des membres répond plus précisément à la recommandation 24 du GAFI⁶ FF 2019 5237, 5280. Néanmoins, comme cela ressort implicitement du message, tous les membres n'ont pas accès aux avoirs financiers de l'association ou ne peuvent en influencer la distribution. De la même manière que les article 967j ss CO sont supprimés au profit du registre instauré par la nouvelle, l'article 61a CC devrait aussi être supprimé. La tenue (par principe) d'une liste de membres ne fait pas de sens dans le contexte de la lutte contre le blanchiment d'argent. Les dispositions de la nouvelle suffisent à cette fin. L'exemption prévue à l'art. 61 al. 2^{ter} CC qui entraîne un non-assujettissement à la nouvelle est d'ailleurs à saluer dans ce contexte.

e) Annonce des rapports de fiducie

Le rapport explicatif (p. 73) précise que l'annonce du rapport de fiducie est exigée indépendamment de la hauteur de la participation détenue. Le seuil de 25% n'est ainsi pas applicable dans le cadre de cette obligation. Ceci pourrait être précisé à l'art. 14 LTPM, car la référence à la notion d'ayant droit économique peut être trompeuse. Par ailleurs, cette obligation d'annonce des rapports de fiducie entraîne une double obligation d'annonce à charge de l'entité : une fois auprès du registre du commerce et une autre auprès du registre des ayants droit économiques. Une seule annonce avec transmission automatique des informations de l'une à l'autre serait préférable.

2) Sur la modification de la LBA

a. Sur l'assujettissement des conseillers à la LBA en cas de sous-mandat

L'avant-projet et le rapport explicatif ne traitent pas de l'hypothèse des sous-mandats, à savoir lorsque le conseiller est mandaté par un autre conseiller assujetti aux obligations LBA (ou à une réglementation équivalente à l'étranger). Dans une telle constellation, un régime à l'image de celui applicable au secteur bancaire devrait être prévu (renonciation à l'identification de l'ayant droit économique, cf. art. 33 CDB 20 applicable à toutes les banques et les maisons de titres conformément à l'art. 35 OBA-FINMA).

b. L'exception à l'assujettissement des avocats LLCA en cas de représentation en justice

Selon l'art. 13a al. 2 AP LLCA, l'avocat qui effectue une activité de « conseiller » dans le cadre de procédures judiciaires, pénales, administratives ou arbitrales n'est pas soumis aux obligations de diligence LBA. Cette exception doit impérativement être précisée. En particulier, peut-elle trouver application lorsque l'activité est effectuée hors procédure mais en prévision d'une éventuelle

⁶ FF 2019 5237, 5280.

procédure future ? Dans l'affirmative, quel doit être le « degré » de prévisibilité de cette procédure (en particulier dans une optique de réduction des risques d'abus) ?

c. Le champ d'application de l'art. 37 LBA

L'art. 37 LBA réprime la violation de l'obligation de communiquer. A lecture de l'avant-projet, cette disposition s'applique à tous les assujettis à la LBA, à l'exception des avocats LLCA. En effet, l'art. 37 LBA – non modifié par l'avant-projet – renvoie uniquement à l'art. 9 LBA et non à l'art. 13e AP LLCA qui consacre le devoir d'annonce de l'avocat soumis à la LLCA. Ainsi, l'avocat LLCA qui viole son obligation de communiquer est « mieux traité » que les autres conseillers, en ce qu'il s'expose à une amende disciplinaire maximale de CHF 100'000.-, prononcée par l'autorité cantonale de surveillance (art. 17a LLCA), et non à une amende maximale de CHF 500'000.-, prononcée par le DFF conformément à l'art. 37 LBA. Cette différence de traitement n'a pas lieu d'être.

d. La procédure devant les organismes d'autorégulation

Comme le rapport explicatif l'indique, la procédure de sanctions devant les OAR devrait désormais être menée conformément à la loi fédérale sur la procédure administrative. Dans cette optique, il serait opportun que la loi prévoie expressément que la procédure s'ouvre par une annonce formelle, à l'image de l'art. 30 LFINMA.

e. Les sanctions administratives pécuniaires pour violation des obligations de diligence LBA

Le passage, du droit privé au droit public, du système de sanctions des OAR a pour conséquence l'introduction de sanctions administratives pécuniaires prononcées par le DFF à l'encontre d'un affilié en cas de violation de obligations de diligence LBA. La présente prise de position ne remet pas en cause le bien-fondé d'une telle sanction, mais souligne que la nouvelle crée une discrédance entre les assujettis soumis à un OAR – soit les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA et les conseillers – et les assujettis soumis à la surveillance de la FINMA. Les premiers peuvent se voir infliger une sanction pécuniaire, les seconds non. Une telle discrédance devrait être corrigée à moyen terme.

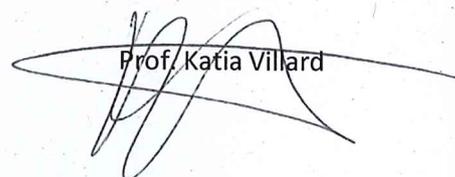
f. Le lien entre sanctions administratives pécuniaires et l'art. 37 LBA

Selon l'art. 19b al. 4 AP-LBA, lorsqu'un état de fait met en cause une violation de l'obligation de communiquer, les sanctions sont régies exclusivement par l'art. 37 LBA. La portée de ce renvoi devrait être précisée, dans la mesure où les destinataires de l'art. 19b AP-LBA (intermédiaires financiers ou conseillers, soit, cas échéant, l'entreprise elle-même) ne sont pas les mêmes que ceux de l'art. 37 LBA (personnes physiques par le biais des art. 6 DPA et 29 CP).

g. L'élargissement de l'objet de la LBA

Au vu de l'actualité internationale, donner à une autorité de surveillance la compétence de contrôler les mesures organisationnelles mises en place pour prévenir le contournement des sanctions internationales paraît approprié. Dans cette optique, le choix de modifier la LBA présente évidemment des avantages pratiques. Cela étant, une réflexion doit être menée sur la question de savoir si, sur le plan systématique, l'ancrage est le bon et ne risque pas de créer un amalgame indésirable – et déjà largement effectué au sein de la société civile – entre sanctions internationales et blanchiment d'argent.


Prof. Giulia Neri-Castracane


Prof. Katia Villard