

La communication de soupçons au MROS

Francesco Naef

avocat et notaire, Partner CSNLAW® cabinet
d'avocats et notaires, Lugano

Présentation exposée lors de la rencontre annuelle des
Banques Cantionales Latines du 13 octobre 2023,
Bellinzona

CSNLAW®
studio legale e notarile



1. Introduction

L'obligation centrale prévue par la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) pour les intermédiaires financiers est de communiquer les relations d'affaires et les transactions suspectes au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS).

Cette obligation, bien qu'elle ne soit pas nouvelle puisqu'elle existe depuis 1998, soulève toute une série de questions, dont certaines ont été résolues et d'autres font encore l'objet de controverses doctrinales et jurisprudentielles.

En voici quelques-unes:

- Quand faut-il communiquer les soupçons au MROS ?
- Que faire après une communication de soupçons au MROS ?
- Quand la violation de l'obligation de communiquer est-elle prescrite ?
- Quelles sont les conséquences civiles d'une violation des obligations de diligence prévues par la LBA ?

2. L'obligation de communiquer

2.1 Jurisprudence sur l'ancien texte de loi (ATF 147 IV 274)

- le soupçon est fondé si l'intermédiaire financier, **après les clarifications effectuées conformément à l'art. 6 al. 2 LBA, ne peut pas exclure que** les valeurs patrimoniales soient liées à un acte de blanchiment d'argent ou proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié (c. 2.1.3.).
- il s'agit bien d'une interprétation «évolutive» de la notion de "soupçon fondé", qui toutefois n'est pas extensive au point de violer le principe de légalité ou de l'interdiction de la rétroactivité de la loi pénale (c. 2.3.2.).

2. L'obligation de communiquer

2.2 ATF 147 IV 274 – état de fait de l'affaire

11.5.2011, ouverture d'un compte (nominatif, personne physique) dans le but d'"investir dans des projets".

12.5.2011, virement de EUR 350'000 par une société française, sans indication du motif du paiement

12.5.2011, demande urgente de retrait de CHF 100'000 en espèces et de transfert de fonds (indices 2.1.2 et 3.2.14 OBA-FINMA)

12.5.2011, la banque refuse le retrait, bloque le compte et procède à des clarifications en vertu de l'article 6 LBA.

13.5.2011, le client fournit des clarifications partiellement documentées (prêt pour l'installation de son entreprise en Suisse, achat d'une participation à Fribourg, transferts pour son entreprise, à un associé dans une affaire immobilière, remboursement d'un prêt à un ami, achat d'une œuvre d'art).

16.5.2011, le service *compliance* décide qu'il n'y a pas d'éléments suffisants pour un soupçon fondé et ne fait donc pas de communication au MROS.

2. L'obligation de communiquer

2.3 ATF 147 IV 274 - résultat

Le TF confirme le jugement de l'instance précédente qui a **condamné** le *Compliance* (art. 37 al. 2 LBA) :

- la relation d'affaires doit être clarifiée dans **sa globalité**
- non seulement l'origine des fonds, mais **aussi le but des transferts requis devaient être** clarifiés
- le but de ces transferts était, en revanche, demeuré **peu clair, peu cohérent** avec les explications données et dépourvu de preuve **documentaire**
- le soupçon initial **n'ayant pas été dissipé**, il était donc fondé: une communication au MROS s'imposait.

2. L'obligation de communiquer

2.4 Nouvelle LBA à partir du 1.1.2023 : notion de «suspçon fondé»

Art. 9 al. 1quater LBA

"Dans les cas selon l'al. 1, il y a des soupçons fondés lorsque l'intermédiaire financier dispose d'un signe concret ou de plusieurs indices laissant supposer que les critères définis à l'al. 1, let. a, pourraient être remplis pour les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires et que les clarifications supplémentaires effectuées en vertu de l'art. 6 ne permettent pas de dissiper les soupçons."

2. L'obligation de communiquer

2.5 Interprétation de la «nouvelle» notion légale de «suspçon fondé»

- dans la dernière partie de sa définition, la notion est exactement la **même que celle établie par la jurisprudence** : un suspçon est fondé si, après les clarifications supplémentaires effectuées conformément à l'art. 6 LBA, il **ne peut pas être dissipé**
 - le Législateur **a voulu inscrire dans la loi la jurisprudence** du Tribunal fédéral (Ueli Maurer, Conseiller fédéral, in : BO CE 2021, pp. 175-176)
 - le Législateur **a rejeté** la formulation (inspirée par l'OAR FSA/FSN) qui aurait voulu que l'obligation de communication ne surgisse que si les clarifications supplémentaires de l'art. 6 LBA avaient permis de *confirmer le suspçon initial*
- après les clarifications supplémentaires, il **n'y a que deux** options : si le suspçon initial est **dissipé**, il n'y a **pas d'obligation (ni de droit)** de communication ; si, en revanche, le **suspçon persiste**, l'intermédiaire financier **a l'obligation de communiquer**

2. L'obligation de communiquer

2.5 Interprétation de la «nouvelle» notion légale de «suspçon fondé» (suite)

- la première partie de la définition présente toutefois une nouveauté : il est fait référence à un **signe concret** ou **plusieurs indices**
- cela signifie-t-il que si l'intermédiaire financier **n'a qu'un seul** motif de suspicion, bien que les clarifications supplémentaires (art. 6 LBA) n'aient pas permis d'exclure (ou de confirmer) le soupçon, il n'y aurait pas d'obligation mais uniquement un *droit de communication* ?
 - il n'y a pas de trace dans les travaux parlementaires que telle était l'intention du Législateur
 - au contraire, le Législateur a voulu qu'il n'y ait que **deux cas de figure** (suspçon dissipé/suspçon non dissipé) et *non trois* (suspçon dissipé/suspçon non dissipé mais fondé sur un seul indice/suspçon non dissipé fondé sur plusieurs indices) après les clarifications supplémentaires

2. L'obligation de communiquer

2.5 Interprétation de la «nouvelle» notion légale de «suspçon fondé» (suite)

- une telle interprétation serait **contraire à la systématique de la loi**, pour laquelle il n'y a pas d'obligation ni de droit de communiquer qui *naisse sans être* précédé d'un processus de réflexion et de clarification en vertu de l'art. 6 LBA: l'art. 9 LBA et l'art. 6 LBA sont en effet interdépendants

Or, l'art. 6 al. 2 LBA impose une obligation de clarification si:

- la transaction ou la relation d'affaires paraissent **inhabituelles**
- des indices laissent supposer que les avoirs proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié (indices de blanchiment d'argent)
- la transaction ou la relation d'affaires comportent un **risque accru**
- les données correspondent à celles d'une personne figurant sur les listes de **terroristes** des Nations Unies
- ou en cas d'utilisation de **sociétés de domicile** (art. 9a OBA-FINMA)

2. L'obligation de communiquer

2.5 Interprétation de la «nouvelle» notion légale de «suspçon fondé» (suite)

- par conséquent, même un **seul élément** inhabituel entraîne l'obligation de clarification supplémentaire selon l'art. 6 LBA
 - par conséquent, le **simple fait** que la relation ou la transaction présente un **risque accru** entraîne l'obligation de clarification supplémentaire selon l'art. 6 LBA
 - par conséquent, le **simple fait** d'utiliser une **société de domicile** entraîne de clarification supplémentaire selon l'art. 6 LBA
 - à la fin du processus de clarification, on ne peut qu'appliquer la dernière partie de la définition légale : **si un doute subsiste**, il y a **obligation** de communiquer: *tertium non datur*
- l'obligation de communication **ne dépend donc pas du nombre** d'éléments ou d'indices

2. L'obligation de communiquer

2.6 Droit de communication selon l'art. 305ter al. 2 CP ?

- le droit de communication selon l'art. 305ter al. 2 CP **ne naît pas avant** que la clarification supplémentaire prévue par l'art. 6 LBA ne soit effectuée; après clarification, le nouveau texte de l'art. 9 LBA doit être appliqué :
 - si la clarification supplémentaire permet d'**exclure tout** soupçon (= légalité de la transaction), il n'y a pas d'obligation (art. 9 LBA), ni de **droit** de communication (=la transaction étant légale, il n'y a pas d'«indices fondant le soupçon» selon l'art. 305ter al. 2 CP)
 - si, en revanche, les clarifications supplémentaires **ne permettent pas dissiper** le soupçon (= le doute subsiste), il y a **obligation** de communiquer
 - le Législateur n'a pas redéfini un champ d'application pour l'art. 305ter al. 2 CP (droit de dénoncer un simple mal de ventre de l'intermédiaire financier)
- *Tertium non datur* : le droit de communication de l'art. 305ter al. 2 CP n'a plus de champ d'application propre et est devenu **lettre morte**

3. Après la communication au MROS ?

3.1 Si le MROS ne réagit pas

(nouveau) Art. 9b al. 1 LBA

"Si, dans un délai de 40 jours ouvrables suivant une communication en vertu de l'art. 9, al. 1, let. a, de la présente loi ou de l'art. 305ter, al. 2, CP, le bureau de communication ne notifie pas à l'intermédiaire financier qu'il transmet les informations communiquées à une autorité de poursuite pénale, l'intermédiaire financier peut rompre la relation d'affaires."

3. Après la communication au MROS ?

3.2 Signification du silence du MROS – Opinion du MROS

Selon le MROS (Rapport d'activité 2021, p. 40) :

- «Des décisions de non-transmission peuvent être **mal interprétées** par leurs destinataires, et perçues comme un signe selon lequel la communication de soupçons n'aurait pas été justifiée, ou selon lequel les avoirs signalés sont d'origine licite»
- «Or, le fait que le MROS décide de ne pas transmettre d'informations provenant d'une communication ne permet pas de tirer de telles conclusions(...) L'intermédiaire financier reçoit donc une décision de non-transmission, dont il devrait se garder de tirer des conclusions, par exemple sous l'angle de **l'opportunité** de sa communication ou de **la licéité des avoirs** signalés.»

3. Après la communication au MROS ?

3.3 Signification du silence du MROS - Critique

Par cette prise de position le MROS fuit ses responsabilités.

- en cas de **soupçon fondé**, le MROS est **tenu** de dénoncer **immédiatement** le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente (art. 23 al. 4 LBA).
 - par conséquent, si le MROS ne dénonce pas, les soupçons n'étaient pas fondés
 - là aussi, *tertium non datur*.
- du silence (non-transmission) du MROS, l'intermédiaire financier **doit pouvoir déduire de bonne foi** que son soupçon **n'était pas fondé** (en l'état) et ne doit donc pas nécessairement se sentir obligé de rompre la relation, puisqu'il peut présumer l'origine licite des valeurs patrimoniales en question (du moins jusqu'à ce que de nouveaux indices ou éléments surviennent)

4. Prescription de la violation de l'obligation

4.1 Certitudes : délai de prescription de l'action pénale (art. 37 LBA)

- la violation de l'obligation de communiquer des soupçons au MROS (art. 9 LBA) est punie, en vertu de l'art. 37 al. 1 LBA, d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 500'000 en cas de violation intentionnelle, tandis que la négligence est punie, en vertu de l'art. 37 al. 2 LBA, d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 150'000.
- la LBA est une loi sur les marchés financiers (art. 1 al. 1 let. f LFINMA).
- l'infraction prévue à l'article 37 LBA se prescrit par **7 ans** (article 52 LFINMA).

4. Prescription de la violation de l'obligation

4.2 Incertitudes: *dies a quo*

- ATF 142 IV 276 c. 5.4.2 : Dans le cadre d'une relation d'affaires durable, l'intermédiaire financier qui omet de communiquer au Bureau de communication **agit de manière illicite et durable** (infraction continue). Le délai de prescription commence donc à courir à partir de la fin de l'obligation de communiquer
 - ATF 142 IV 276 (Regeste) : L'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 LBA ne cesse pas avec la fin des relations d'affaires, mais **dure aussi longtemps** que les valeurs **peuvent être découvertes et confisquées**
 - ATF 144 IV 391 (Regeste) : Cette obligation ne prend pas **nécessairement** fin lorsque les autorités pénales sont saisies d'une **dénonciation** ou **lorsqu'une enquête est ouverte**. En l'espèce, les autorités pénales ont été saisies de la plainte d'un tiers faisant état de soupçons de blanchiment. Cette plainte ne comprenait pas **toutes les informations** qui auraient dû être communiquées par un intermédiaire financier en vertu de l'art. 9 LBA. La réception de cette plainte par les autorités pénales ne pouvait mettre fin à une obligation de communiquer pour l'intermédiaire financier concerné, dès lors que la possibilité de découvrir et de confisquer les valeurs litigieuses n'avait pas disparu
- *Quid iuris*, si les autorités pénales **n'ont jamais eu connaissance** de l'information permettant de découvrir et de confisquer les valeurs litigieuses?
- Violation de l'art. 37 LBA en tant qu'*infraction éternelle*? Non, maximum (art. 70 al. 3 CP) 15 ans (art. 97 CP) + 7 ans (art. 52 LFINMA) = **22 ans** à compter du crime préalable.

4. Prescription de la violation de l'obligation

4.3 Incertitudes: *dies ad quem*

- les procédures pénales pour infraction à l'art. 37 LBA ne sont pas régies par la CPP mais par la Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) (art. 50 al. 1 LFINMA) et relèvent de la compétence du Département fédéral des finances (DFF).
- en ce qui concerne les délais de prescription, le DPA renvoie au CP et à son article 97 al. 3 :
«La prescription ne court plus si, avant son échéance, un **jugement de première instance** a été rendu. »
- dans le cadre de la procédure DPA, le DFF notifie à l'inculpé un **procès-verbal final** avec les éléments constitutifs de l'infraction. (art. 61 DPA).
- ensuite, le DFF rend **mandat de répression** avec le même contenu, en plus de la peine (art. 64 DPA).
- si l'inculpé s'y oppose, le DFF rend un **prononcé pénal** (art. 70 DPA).
- si l'inculpé en fait la demande dans un délai de 10 jours, l'affaire est finalement transmise au **Tribunal pénal fédéral (TPF)** pour y être jugée.

4. Prescription de la violation de l'obligation

4.3 Incertitudes: *dies ad quem* (suite)

- quel est donc l'acte qui interrompt la prescription selon l'art. 97 al. 3 CP?
 - le procès-verbal final du DFF, le mandat de répression du DFF, le prononcé pénal du DFF ou le jugement du TPF ?
- Le TF a statué, en confirmant sa jurisprudence antérieure : c'est le **prononcé pénal du DFF** (art. 70 DPA) qui (contrairement à l'ordonnance pénale du CPP) est assimilé à un jugement de première instance interrompant la prescription, *puisqu'il est précédé d'une procédure contradictoire avec des droits de participation étendus du prévenu* (ATF 147 IV 274 c. 1).

4. Prescription de la violation de l'obligation

4.3 Incertitudes: *dies ad quem* (suite)

La jurisprudence du TF est bien établie mais inacceptable, parce qu'elle est contradictoire et déconnectée de la réalité

- l'art. 72 al. 3 DPA **prévoit quand** le prononcé pénal du DFF doit être assimilé à un jugement: si le jugement par le tribunal **n'est pas demandé** dans le délai légal. *A contrario*, s'il est demandé, le prononcé pénal ne vaut plus rien
- le TF admet lui-même que **l'ordonnance pénale** selon l'article 352 CPP **devient caduque** en cas d'opposition et n'est donc pas assimilable à un jugement de première instance (ATF 142 IV 11 c. 1.2.2)
- le TF refuse de reconnaître effet interruptif au **mandat de répression** (art. 64 DPA), parce qu'il serait rendu après un *examen sommaire*, contrairement au prononcé pénal de l'art. 70 DPA (ATF 133 IV 112 c. 9.4.4) ; mais cette différence n'existe pas, car le mandat de répression aussi est rendu après **une instruction complète** (art. 61 DPA)
- **ce n'est pas vrai** que le prononcé pénal est précédé d'une **procédure contradictoire** avec des droits de participation étendus de l'accusé: il suffit de placer les décisions refusant des preuves (ou d'autres droits de participation de l'accusé) dans trois «boîtes» (procès-verbal final/mandat de répression /prononcé pénal) pour **exclure toute voie de recours** : le fonctionnaire enquêteur est ainsi le Souverain absolu de la procédure, sans contrôle hiérarchique ni judiciaire. Ce n'est pas une procédure contradictoire.

4. Prescription de la violation de l'obligation

4.3 Incertitudes: *dies ad quem* (suite)

- l'intervention du **Législateur** est nécessaire pour corriger la situation créée par une jurisprudence qui s'est égarée sur une fausse piste
- l'occasion se présentera prochainement, **à partir de novembre 2023**, lorsque le projet de révision du DPA (suite à la motion 14.4122 Caroni «Pour un droit pénal administratif moderne») sera mis en consultation.

5. Conséquences civiles

5.1 Violation de la LBA ≠ violation de l'art. 41 CO

- ATF 134 II 529 (Regeste) : Les dispositions de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) n'ont pas pour but de protéger des intérêts patrimoniaux **individuels**. L'illicéité requise pour qu'une responsabilité extracontractuelle au sens de l'art. 41 al. 1 CO soit engagée **ne peut pas** être déduite directement **de la violation d'un devoir de diligence** ou de comportement prescrit par la LBA.
 - la violation de l'obligation de clarification selon l'art. 6 LBA ou de l'obligation de communication selon l'art. 9 LBA **ne constitue pas un acte illicite** engageant la responsabilité **civile** de la banque.
 - une condamnation pénale-administrative pour défaut de communication au sens de l'art. 37 LBA n'est donc pas pertinente du point de vue de la responsabilité civile de la banque (s'il n'est pas prouvé que les valeurs patrimoniales étaient le produit d'un crime)

5. Conséquences civiles

5.2 Toutefois : violation de l'article 305bis CP = violation de l'article 41 CO

- ATF 146 IV 211 (Regeste) : Dans les cas où les valeurs patrimoniales soumises à confiscation proviennent d'infractions contre le patrimoine, **l'infraction de blanchiment d'argent** sert non seulement l'intérêt de l'Etat à la confiscation mais également la **protection de la personne individuellement lésée par l'infraction préalable**. La responsabilité du blanchisseur s'étend également au dommage causé par l'infraction préalable à hauteur des valeurs patrimoniales dont la confiscation a été entravée par le blanchiment d'argent.
- un **acte de blanchiment d'argent** commis intentionnellement par un organe ou un auxiliaire de la banque **peut constituer un acte illicite** engageant la responsabilité civile de cette dernière (TF 4A_603/2020 du 16 novembre 2022).
- comme le blanchiment d'argent peut également être commis par **omission** (ATF 136 IV 188), en cas de défaut de clarification des faits au sens de l'art. 6 LBA ou de défaut de communication au sens de l'art. 9 LBA de la part d'un organe ou d'un auxiliaire de la banque, la responsabilité civile de cette dernière pourrait être engagée s'il est prouvé (devant le tribunal civil) que les valeurs patrimoniales étaient **le produit d'un crime** et que l'auteur a agi **intentionnellement**.

6. Pour approfondir ces questions

- [Francesco Naef/Costantino Castelli, L'avvocato e le norme antiriciclaggio-Temi scelti, in: Bohnet/Chappuis/Schiller/Schumacher \(a cura di\), Mélanges pour le 125e anniversaire de la Fédération suisse des avocats \(FSA\): Le présent et l'avenir de la profession d'avocat-e, Berne 2023, pp. 368 ss.](#)
- [Francesco Naef/Daniele Calvarese, I chiarimenti complementari nella lotta antiriciclaggio, Novità fiscali 9/2022](#)
- [Francesco Naef, Gli intermediari finanziari e la nuova LRD 2021, Novità Fiscali 9/2021](#)
- [Francesco Naef/Daniele Calvarese, Sospetto ed obbligo di comunicazione antiriciclaggio, Novità Fiscali 12/2017](#)
- [Francesco Naef/Michele Clerici, Steuerstraftaten als Vortaten der Geldwäscherei: Der Weg in *la Terreur*, Jusletter 7. April 2014](#)

Merci de votre attention !



Francesco Naef
Partner CSNLAW® cabinet d'avocats et notaires

CSNLAW®
studio legale e notarile

Via Nassa 21

6900 Lugano

Tel +41 (0)91 913 84 60

www.csnlaw.com

naef@csnlaw.com