



Communication de soupçons de blanchiment après la fin de la relation d'affaires

Questions, réflexions et préoccupations suscitées par l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_503/2015

ALAIN MACALUSO*

ANDREW M. GARBARSKI**



Dans un arrêt 6B_503/2015 du 24 mai 2016, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que l'obligation de communiquer des soupçons fondés de blanchiment au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) peut subsister au-delà de la fin de la relation d'affaires. Vu les incertitudes suscitées par cette jurisprudence, une clarification, voire une modification de la loi sont nécessaires dans l'intérêt de la sécurité du droit.

Das Bundesgericht kommt im Urteil 6B_503/2015 vom 24. Mai 2016 zum Schluss, dass die Pflicht des Finanzintermediärs, der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) über einen begründeten Verdacht Meldung zu erstatten, über das Ende einer Geschäftsbeziehung hinaus fortbestehen kann. Angesichts der Unsicherheiten, die diese Rechtsprechung hervorruft, ist im Interesse der Rechtssicherheit eine Präzisierung oder gar eine Änderung des Gesetzes erforderlich.

Plan

- I. Introduction
- II. Blanchiment d'argent, devoirs de diligence et obligation de communiquer : brefs rappels
 - A. Blanchiment d'argent
 - B. Devoirs de diligence et obligation de communiquer
- III. Appréciation critique de l'arrêt 6B_503/2015
 - A. Incertitudes et difficultés pratiques
 - B. Finalité et place occupée par l'article 37 LBA dans le système de lutte contre le blanchiment d'argent
- IV. Conclusion

I. Introduction

Dans un arrêt 6B_503/2015 que nous comprenons être de principe, rendu le 24 mai 2016 et destiné à la publication au recueil officiel des ATF, le Tribunal fédéral (TF) a notamment été amené à trancher la question de savoir si l'obligation faite aux intermédiaires financiers de communiquer des soupçons de blanchiment aux termes de l'art. 9 LBA¹ cesse avec la fin de la relation d'affaires ou si, au contraire, cette obligation subsiste au-delà.

La réponse à cette question a notamment des répercussions directes sur celle du point de départ de la prescription de l'action pénale applicable en cas de violation de l'obligation de communiquer, laquelle est sanctionnée à l'art. 37 LBA.

Dans le cas porté au TF, l'intermédiaire financier concerné (lequel avait déployé une activité de fiduciaire

et de gérant de fortune) faisait valoir en substance que son obligation de communiquer avait cessé au terme de la relation d'affaires (fin janvier 2007), si bien que la prescription de sept ans applicable à la poursuite de l'infraction précitée était selon lui déjà acquise lorsque le Département fédéral des finances² (DFF) a rendu son prononcé pénal (art. 70 DPA³) en date du 4 mars 2014. A l'inverse, le DFF puis le Tribunal pénal fédéral (TPF)⁴, statuant sur opposition, avaient retenu que l'obligation de communiquer avait subsisté jusqu'à l'ouverture de l'enquête de police judiciaire par le Ministère public de la Confédération (MPC), à savoir le 15 mars 2007, vu le séquestre des avoirs bancaires ordonné par ce dernier le même jour⁵. C'est à cette date que la prescription de l'action pénale avait commencé à courir, si bien qu'elle n'était pas encore acquise au moment du prononcé pénal du DFF. Le TF a fait sienne cette approche dans l'arrêt ici commenté.

Dans le cas d'espèce, au vu de la date de survenance des faits, le TF et les instances précédentes ont conduit leur raisonnement sur la base de l'art. 37 aLBA, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008⁶. Les ré-

* ALAIN MACALUSO, docteur en droit, professeur à l'Université de Lausanne, avocat au Barreau de Genève.

** ANDREW M. GARBARSKI, docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Lausanne, avocat au Barreau de Genève.

¹ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.0).

² Pour rappel, le DFF est l'autorité de poursuite et de jugement en ce qui concerne les infractions à la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1) ainsi qu'aux lois sur les marchés financiers au sens de l'art. 1 al. 1 LFINMA, catégorie à laquelle appartient la LBA.

³ Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

⁴ TPF, SK.2014.14, 18.3.2015, not. c. 3.6 et 4.6.

⁵ Le rattachement au séquestre pénal comme événement décisif au-delà duquel une communication au sens de l'art. 9 LBA n'est objectivement plus justifiée ressort clairement du jugement TPF, SK.2014.14, 18.3.2015, c. 4.6.

⁶ Cette disposition, qui constituait déjà une contravention, prévoyait alors une amende de CHF 200'000 au plus pour quiconque aurait

flexions et considérations qui suivent conservent cependant toute leur pertinence à l'aune de la disposition révisée, telle qu'applicable depuis le 1^{er} janvier 2009⁷, étant relevé également que le délai de prescription topique dans le cadre de l'art. 37 LBA est de sept ans, aussi bien sous l'ancien que sous le nouveau droit⁸.

Comme il sera exposé ci-dessous, la solution retenue par le TF dans l'arrêt 6B_503/2015 sur la problématique de l'obligation de communiquer après la fin de la relation d'affaires ne va pas sans prêter le flanc à la critique.

Au-delà des *incertitudes et difficultés pratiques* que cette nouvelle jurisprudence ne manquera pas de susciter, en particulier pour les intermédiaires financiers soumis aux dispositions de la LBA⁹ (cf. *infra* III.A.), elle nous amène également à nous interroger, plus fondamentalement, sur la *finalité* de l'art. 37 LBA et la place que cette infraction occupe dans le système de la lutte contre le blanchiment d'argent (cf. *infra* III.B.).

Tels sont les aspects que nous nous proposons d'aborder dans la présente contribution, après un bref rappel du contenu des devoirs de diligence des intermédiaires financiers et des conséquences qui en découlent en cas de soupçons fondés de blanchiment (cf. *infra* II.).

En revanche, nous n'examinerons pas plus avant ici le point de savoir s'il est justifié, ainsi que cela a encore été rappelé dans le cas d'espèce¹⁰, qu'un prononcé pénal de l'administration (art. 70 DPA) succédant au mandat de répression (art. 64 DPA) soit assimilé à un « jugement de première instance » (aux termes de l'art. 97 al. 3 CP) ayant pour effet d'interrompre le cours de la prescription de l'action pénale. Pour les motifs que nous avons déjà eu l'occasion d'exposer dans une autre contribution, à laquelle il peut être renvoyé, nous sommes d'avis qu'un prononcé pénal ne saurait déployer un quelconque effet de droit matériel en cas d'opposition, cela d'autant moins au regard de la dernière évolution de la jurisprudence, telle que matérialisée par l'ATF 142 IV 11, laquelle dénie (à juste titre) un effet interruptif de prescription à l'ordon-

nance pénale rendue en application du CPP¹¹ et contre laquelle une opposition a été valablement formée¹².

II. Blanchiment d'argent, devoirs de diligence et obligation de communiquer : brefs rappels

A. Blanchiment d'argent

Aux termes de l'art. 305^{bis} ch. 1 CP, celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le blanchiment d'argent est une infraction de mise en danger abstraite ; sa punissabilité ne dépend ainsi pas d'un résultat concret découlant de l'acte d'entrave¹³. Selon la jurisprudence constante¹⁴, l'infraction de blanchiment doit se comprendre fondamentalement comme une *entrave à la confiscation* de valeurs patrimoniales (art. 70 CP)¹⁵, de sorte que là où une confiscation n'est pas (ou plus) possible, il n'y a pas non plus de place pour un acte de blanchiment¹⁶. Par exemple, si au moment de la commission de l'acte d'entrave, la prescription de l'action pénale relative à l'infraction préalable était déjà acquise, la confiscation des valeurs patrimoniales qui en découlent n'est juridiquement plus possible (art. 70 al. 3 CP) ; par conséquent, il ne saurait non plus être question de blanchiment d'argent aux termes de l'art. 305^{bis} CP dans un tel cas de figure, peu importe que l'acte d'entrave concerné ne soit pas encore prescrit¹⁷.

enfreint, intentionnellement ou par négligence (cf. art. 333 al. 3 aCP, correspondant à l'art. 333 al. 7 CP), l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 LBA.

⁷ Celui-ci prévoit une amende de CHF 500'000 au plus pour celui qui enfreint intentionnellement l'obligation de communiquer (al. 1), une amende de CHF 150'000 au plus si l'auteur agit par négligence et une amende de CHF 10'000 au moins en cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force (al. 3).

⁸ Voir à ce sujet l'examen (en application de la *lex mitior*) au considérant 5.3 de l'arrêt 6B_503/2015. Voir aussi le jugement TPF, SK.2014.14, 18.3.2015, c. 3.

⁹ La notion d'intermédiaire financier est notamment définie à l'art. 2 al. 2 et 3 LBA.

¹⁰ TF, 6B_503/2015, 24.5.2016, c. 5.2 et les références citées.

¹¹ Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0).

¹² ALAIN MACALUSO/ANDREW M. GARBARSKI, Commentaire de l'arrêt du TF rendu le 15.01.16, 6B_608/2015 (ATF 142 IV 11), *forum-poenale* 3/2016, 132 ss, 134 s.

¹³ ATF 128 IV 117 c. 7a, in : SJ 2002 I 450 (rés.).

¹⁴ ATF 129 IV 238 c. 3.3, in : JdT 2005 IV 87, et les nombreuses références citées. Voir aussi ATF 138 IV 1 c. 4.2.3.2.

¹⁵ BSK StGB II-PIETH, art. 305^{bis} N 37, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), *Strafrecht II*, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2013 (cit. BSK StGB II-auteur).

¹⁶ Voir aussi RENATE SCHWOB/PETER COSANDEY, in : Dieter Zobl et al. (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 (VV)*, 22^e livraison, Zurich 2014, art. 69, 70, 71, 72, 73, 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 305^{ter}, 337 CP N 73.

¹⁷ ATF 126 IV 255 c. 3b/bb, in : JdT 2001 IV 127 ; voir aussi URSULA CASSANI, art. 305^{bis} CP N 13, in : Martin Schubarth (éd.), *Com-*

Le blanchiment d'argent peut être commis *par n'importe qui*, l'art. 305^{bis} CP n'apportant aucune restriction quant au cercle des auteurs potentiels de l'infraction¹⁸. Si le blanchiment a été commis au sein d'une entreprise, il convient d'examiner les responsabilités individuelles eu égard à la division des tâches et à leur répartition interne¹⁹. S'agissant plus spécifiquement des intermédiaires financiers soumis à la LBA, le blanchiment peut aussi être réalisé par omission improprement dite, compte tenu de la position de garant qu'ils occupent en vertu des art. 3 à 10 LBA²⁰. Enfin, on rappelle que le blanchiment d'argent figure au rang des infractions susceptibles d'engager la responsabilité pénale dite primaire ou autonome de l'entreprise, selon l'art. 102 al. 2 CP²¹.

B. Devoirs de diligence et obligation de communiquer

Les règles auxquelles sont astreints les intermédiaires financiers en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sont définies dans la LBA, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998 et modifiée à plusieurs reprises depuis lors. Selon l'art. 6 al. 1 LBA, l'intermédiaire est tenu d'identifier l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée par le cocontractant. L'étendue des informations à collecter, le niveau hiérarchique compétent pour décider de l'ouverture ou de la poursuite d'une relation d'affaires ainsi que la fréquence des contrôles sont fonction du risque que représente le cocontractant. L'art. 6 al. 2 LBA énumère un certain nombre de situations dans lesquelles l'intermédiaire est tenu de clarifier l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires, notamment lorsque (let. b) des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP, qu'une organisation criminelle (art. 260^{ter} ch. 1 CP) exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs ou que celles-ci servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} al. 1 CP), ou encore lorsque (let. c) la transaction ou la relation d'affaires comportent un risque accru, notion qui est désormais très largement explicitée par les dispositions de l'OBA-FINMA²². En présence d'indices de blanchiment, notam-

ment, l'intermédiaire financier est tenu d'entreprendre, « le plus rapidement possible » (art. 17 OBA-FINMA) et « dans une mesure proportionnée aux circonstances » (art. 15 OBA-FINMA), des clarifications complémentaires. Les démarches à entreprendre dans cette perspective impliquent, entre autres, de prendre contact avec le cocontractant, dont les explications doivent être vérifiées, avec un regard critique, quant à leur plausibilité²³. Si, au terme de ces clarifications, l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de *souçons fondés*²⁴, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires sont d'origine criminelle ou proviennent d'un délit fiscal qualifié, il a l'obligation d'en référer immédiatement au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) en application de l'art. 9 LBA.

La violation de l'obligation de communiquer est sanctionnée par l'art. 37 LBA, lequel prévoit l'amende jusqu'à CHF 500'000 lorsque l'infraction est commise intentionnellement (al. 1), ou jusqu'à CHF 150'000 en cas de négligence²⁵ (al. 2). Comme déjà évoqué plus haut (cf. *supra* I.), la poursuite et le jugement sont régis par le DPA et relèvent du DFF (art. 50 al. 1 LFINMA). Lorsque l'intermédiaire financier exerce son activité sous la forme d'une entreprise, la responsabilité pénale aux termes de l'art. 37 LBA incombe, en première ligne, aux *personnes physiques* qui ont commis l'infraction ou qui auraient dû en empêcher la survenance²⁶ (art. 6 DPA). Ce n'est qu'à

financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.033.0). Selon l'art. 38 OBA-FINMA, les transactions qui font apparaître des indices de blanchiment, tels qu'énoncés dans l'annexe de cette ordonnance, sont également considérées comme comportant des risques accrus et donc déclenchent les obligations de clarifications complémentaires prévues notamment aux art. 14 ss OBA-FINMA.

²³ TF, 6B_724/2012, 24.6.2013, c. 5.2, avec renvoi aux dispositions de la circulaire 98/1 de la Commission fédérale des banques concernant le blanchiment de capitaux. Ce texte n'est plus en vigueur et il convient de se référer à l'OBA-FINMA. Voir aussi CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, 3^e éd., Genève/Zurich 2016, N 245 ss et N 590 ss.

²⁴ Par opposition à de simples « indices fondant le soupçon » (art. 31 OBA-FINMA), lesquels peuvent inciter un intermédiaire financier à faire usage de son droit de communiquer au MROS selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP.

²⁵ L'infraction est commise par négligence lorsque l'intermédiaire a omis de procéder à la communication de l'art. 9 LBA alors qu'il aurait dû reconnaître, en faisant preuve de la diligence requise, que les valeurs patrimoniales provenaient par exemple d'un crime et qu'elles étaient donc soumises à l'obligation de communiquer. Voir DAVE ZOLLINGER, in : Daniel Thelesklaf/Ralph Wyss/Dave Zollinger/Mark van Thiel (éd.), GwG, Kommentar, 2^e éd., Zurich 2009, art. 37 LBA N 6.

²⁶ On songe notamment ici aux collaborateurs du service *compliance* dont le cahier des charges comprend, en règle générale, le traitement des communications au MROS. D'éventuels supérieurs hiérarchiques, voire des mandataires externes auxquels cette fonction

mentaire du droit pénal suisse, volume 9 : Crimes ou délits contre l'administration de la justice, art. 303-311 CP, Berne 1996.

¹⁸ TF, 6B_724/2012, 24.6.2013, c. 5.1 ; BSK StGB II-PIETH (n. 15), art. 305^{bis} N 1.

¹⁹ TF, 6B_724/2012, 24.6.2013, c. 5.1 ; ATF 136 IV 188, c. 6.1.

²⁰ ATF 136 IV 188 c. 6.1.

²¹ BSK StGB II-PIETH (n. 15), art. 305^{bis} N 4.

²² Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3.6.2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le

titre subsidiaire et aux conditions (en théorie du moins) relativement strictes de l'art. 49 LFINMA que l'amende encourue (laquelle ne saurait alors dépasser CHF 50'000) peut être infligée à l'entreprise, en lieu et place des personnes physiques²⁷.

Selon la jurisprudence du TF²⁸, la violation de l'art. 9 LBA peut également, dans certaines situations, déboucher sur une condamnation pour blanchiment d'argent commis par omission (improprement dite), l'absence d'annonce au MROS étant susceptible de rendre plus difficile la confiscation des valeurs patrimoniales²⁹. A notre avis, la seule non-communication des soupçons de blanchiment ne saurait toutefois constituer *eo ipso* un acte d'entrave aux termes de l'art. 305^{bis} CP ; encore faut-il que les valeurs patrimoniales concernées aient fait l'objet d'un acte de disposition³⁰.

A noter par ailleurs que, selon la jurisprudence, la réalisation de l'infraction de l'art. 37 LBA s'examine *ex ante*, à l'aune des éléments dont disposait l'intermédiaire financier au moment où il aurait dû procéder à une communication de soupçons de blanchiment selon l'art. 9 LBA³¹. Il en découle que l'art. 37 LBA trouve à s'appliquer même si une éventuelle procédure pénale menée du chef de blanchiment en lien avec le même complexe de faits, *a fortiori* à l'encontre de l'intermédiaire financier, se solde par un classement ou un acquittement ; à tout le moins, si ceux-ci interviennent en raison de l'impossibilité pour l'accusation d'établir la provenance ou la destination criminelle

des fonds³² ou encore parce qu'il s'avère que l'infraction en amont était déjà prescrite au moment de la commission de l'acte d'entrave³³. L'art. 37 LBA constitue un délit de mise en danger abstraite, comme d'ailleurs l'art. 305^{bis} CP. Ces jurisprudences et ces pratiques ne peuvent cependant être approuvées sans nuances et nous verrons notamment ci-dessous que la solution devrait sans doute être différente si les clarifications auxquelles l'intermédiaire financier aurait dû procéder en application de l'art. 6 LBA, mais qu'il a omises, auraient conduit à lever les soupçons plutôt qu'à les confirmer (cf. *infra* III.B.).

A noter enfin que l'art. 37 LBA est conçu comme un *délit continu*, en ce sens que l'intermédiaire financier partie à une relation d'affaires durable est réputé agir en permanence de manière illicite en cas de violation de l'obligation de communiquer ancrée à l'art. 9 LBA³⁴, au demeurant qu'elle soit commise intentionnellement ou par négligence. La solution est ici calquée sur le régime qui prévaut sous l'angle de l'art. 305^{ter} al. 1 CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières³⁵), lequel constitue aussi un instrument au service de la lutte contre le blanchiment d'argent³⁶, visant à « permettre aux autorités, notamment de poursuite pénale, de reconstituer le puzzle des transactions financières et de remonter plus facilement jusqu'aux cerveaux des organisations financières »³⁷.

Cela étant, à la différence de l'art. 305^{ter} al. 1 CP, pour lequel il est admis que le devoir de vérification prend fin et la prescription de l'action pénale commence à courir au plus tard à la fin de la relation d'affaires, synonyme de cessation de l'état de fait illicite³⁸, le TF suit une approche

aurait été sous-traitée, pourraient également être mis en cause en vertu de l'art. 6 al. 2 et 3 DPA. Voir WERNER DE CAPITANI, in : Niklaus Schmid (éd.), *Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei*, volume II, Zurich 2002, art. 37 LBA N 9 ; ZOLLINGER (n. 25), art. 37 LBA N 2. Concernant l'articulation entre responsabilités individuelle et collective en droit pénal administratif, voir notamment ANDREW M. GARBARSKI, *L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif : éléments de droit matériel et de procédure*, RPS 4/2012, 413 ss.

²⁷ BSK FINMAG-SCHWOB/WOHLERS, art. 49 N 4 ss, in : Rolf Water/Nedim Peter Vogt (éd.), *Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basler Kommentar*, 2^e éd., Bâle 2011.

²⁸ ATF 136 IV 188 ; TF, 6B_724/2012, 24.6.2013.

²⁹ Même si cela n'est pas de nature à la rendre obsolète, on signaler néanmoins que cette jurisprudence a été rendue à une époque où l'annonce au MROS entraînait un blocage immédiat et obligatoire des valeurs patrimoniales concernées, ce qui n'est plus le cas depuis le 1.1.2016, sauf exceptions (art. 10 LBA).

³⁰ LOMBARDINI (n. 23), N 366 ; DE CAPITANI (n. 26), art. 37 LBA N 24 et 36 ; dans ce sens également, TF, 6B_724/2012, 24.6.2013, c. 5.6. Voir aussi MICHAEL REINLE, *Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz*, thèse St-Gall, Zurich/St-Gall 2007, N 341, note de bas de page 154 ; ZOLLINGER (n. 25), art. 37 LBA N 8.

³¹ Jugement de la Cour des affaires pénales du TPF, SK.2014.14, 18.3.2015, c. 4.5.7 *in fine*.

³² TF, 6B_503/2015, 24.5.2016, c. 2.7. Dans cette affaire, l'enquête pour soupçons de blanchiment avait été suspendue pour ce motif par le MPC (en application de la loi fédérale sur la procédure pénale fédérale, aujourd'hui abrogée), ce qui n'a pas fait obstacle à une condamnation de l'intermédiaire financier en vertu de l'art. 37 LBA.

³³ Cf. *supra* n. 17. Voir aussi La pratique du MROS, Synthèse de la pratique du MROS publiée dans les rapports annuels depuis 2004, mars 2016, ch. 5.1, où le MROS souligne (à notre avis de manière critiquable lorsque la prescription apparaît clairement acquise : cf. *infra* III.B.) que ce n'est pas la tâche de l'intermédiaire financier d'examiner l'existence d'éventuels empêchements de procéder.

³⁴ TF, 6B_503/2015, 24.5.2016, c. 5.4.2, avec référence à l'ATF 134 IV 307, relatif à l'art. 305^{ter} CP.

³⁵ Plus précisément, c'est la violation du devoir de vérifier l'identité de l'*ayant droit économique* avec la vigilance que requièrent les circonstances qui est visée par la norme. Voir CASSANI (n. 17), art. 305^{ter} CP N 15 ss.

³⁶ ATF 136 IV 127, c. 3.1.2. Voir aussi CASSANI (n. 17), art. 305^{ter} CP N 2 ; LOMBARDINI (n. 23), N 379 ss et N 387.

³⁷ TF, 6B_729/2010, 8.12.2011, c. 3.4 (non publié aux ATF 138 IV 1).

³⁸ ATF 134 IV 307 c. 2.4, in : JdT 2011 IV 43 ; BSK StGB II-PIETH (n. 15), art. 305^{ter} N 35.

différente dans son arrêt 6B_503/2015 en lien avec l'art. 9 LBA, considérant que l'obligation de communiquer peut, le cas échéant, survivre à la relation contractuelle. Les enseignements pratiques à tirer de cette nouvelle jurisprudence demeurent incertains. Il est donc nécessaire que l'on s'y attarde un instant, en espérant que les quelques réflexions qui suivent permettront de nourrir le débat en vue d'apporter à la jurisprudence les clarifications et les nuances qui nous semblent nécessaires.

III. Appréciation critique de l'arrêt 6B_503/2015

A. Incertitudes et difficultés pratiques

Comme le relève le TF au considérant 5.4.2 de l'arrêt 6B_503/2015, la question de savoir quand prend fin l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA est discutée en doctrine. Elle est cependant moins controversée qu'il n'y paraît.

En effet, la doctrine majoritaire est d'avis que cette obligation cesse avec la fin de la relation d'affaires³⁹. Pour étayer cette approche, les auteurs se fondent notamment sur le texte de l'art. 9 LBA et l'absence d'indication contraire qui résulterait des travaux préparatoires relatifs à cette disposition⁴⁰. En outre, le fait que les intermédiaires conservent la faculté de procéder en tout temps à une communication selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP militerait également en faveur d'une interprétation restrictive de l'art. 9 LBA⁴¹.

Partisans de l'opinion majoritaire, SCHWOB et COSANDEY estiment qu'une obligation de communiquer pourrait être tout au plus (« höchstens ») admise dans l'hypothèse où les soupçons fondés apparaissent très peu de temps après la fin de la relation d'affaires, de sorte que le « paper trail » permettrait encore une confiscation rapide des valeurs patrimoniales⁴². Cette solution est toutefois critiquée

comme étant une source supplémentaire d'incertitudes pour l'intermédiaire financier⁴³.

En définitive, c'est principalement THELESKLAF qui se montre favorable à ce que l'obligation de communiquer soit maintenue au-delà de la cessation de la relation d'affaires. Se référant notamment au but de l'art. 9 LBA, cet auteur considère que l'obligation devrait durer tant et aussi longtemps que subsistent des valeurs susceptibles d'être découvertes et, le cas échéant, confisquées⁴⁴. L'intermédiaire financier ne pouvant que difficilement apprécier si tel est le cas, cela justifierait d'autant plus, selon THELESKLAF, le maintien de l'obligation après la fin de la relation⁴⁵.

Le MROS se déclare lui aussi favorable à ce maintien, mais il met au premier plan la poursuite de l'auteur plutôt que la confiscation des valeurs patrimoniales, considérant notamment que « les documents disponibles pourraient [...] fournir à l'autorité de poursuite pénale des informations précieuses [...] »⁴⁶.

Dans son arrêt 6B_503/2015, notre Haute Cour dit notamment⁴⁷ se rallier à l'avis de THELESKLAF et affirme qu'il « serait choquant que l'intermédiaire financier, qui a un soupçon fondé, puisse se délier de toute obligation, en mettant un terme à la relation d'affaires ». Le TF prend également appui sur l'énoncé de l'art. 9 LBA, lequel parlerait « de manière générale de « valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires » »⁴⁸.

Dans le cas d'espèce de l'arrêt 6B_503/2015, les juges de Mon Repos ont déduit de ce qui précède que, même à supposer que la relation d'affaires ait pris fin au plus tard le 31 janvier 2007 comme le soutenait le recourant⁴⁹, intermédiaire financier, ce dernier était resté soumis à l'obligation de communiquer tant que la société, dont il était directeur, était titulaire du compte bancaire ayant servi à réceptionner, respectivement à faire transiter les valeurs patrimoniales qui auraient dû déclencher une

³⁹ DE CAPITANI (n. 26), art. 9 LBA N 18d, N 46 et N 50 ; LOMBARINI (n. 23), N 580. Dans ce sens également, voir REINLE (n. 30), N 336 ss ; SCHWOB/COSANDEY (n. 16), N 100.

⁴⁰ DE CAPITANI (n. 26), art. 9 LBA N 50, note de bas de page 92a ; SCHWOB/COSANDEY (n. 16), N 100.

⁴¹ DE CAPITANI (n. 26), art. 9 LBA N 50, note de bas de page 92a ; SCHWOB/COSANDEY (n. 26), N 100.

⁴² SCHWOB/COSANDEY (n. 16), N 100. Dans son arrêt 6B_503/2015, le TF se réfère à une livraison précédente de ce commentaire (mars 2013), dont la teneur est toutefois restée inchangée. En outre, elle était déjà corédigée par ces deux auteurs, même si notre Haute Cour ne fait état que du nom de SCHWOB.

⁴³ DE CAPITANI (n. 26), 9 LBA N 50, note de bas de page 92a, lequel parle de « spekulative Vagheit » ; REINLE (n. 30), N 341.

⁴⁴ DANIEL THELESKLAF, in : Daniel Thelesklaf/Ralph Wyss/Dave Zollinger/Mark van Thiel (éd.), GwG, Kommentar, 2^e éd., Zurich 2009, art. 9 LBA N 7.

⁴⁵ THELESKLAF (n. 44), art. 9 LBA N 7.

⁴⁶ La pratique du MROS (n. 33), ch. 8.6.

⁴⁷ Le TF se réfère également à SCHWOB (recte : SCHWOB/COSANDEY [n. 16]), N 100. Cela est toutefois surprenant, dès lors que ces auteurs, comme exposé ci-dessus, sont plutôt réticents au maintien de l'obligation de communiquer après la fin de la relation d'affaires.

⁴⁸ TF, 6B_503/2015, 24.5.2016, c. 5.4.2.

⁴⁹ A la lecture du jugement querellé du TPF du 18.3.2015 (c. 3.6), nous comprenons qu'il n'était pas possible dans le cas d'espèce de déterminer avec certitude, sur la base des contrats conclus, le jour où auraient cessé les relations d'affaires liant ces sociétés comme l'un des points de départ de la prescription de l'action pénale.

annonce au MROS. Selon le TF, ce n'est qu'avec l'ouverture de l'enquête de police judiciaire par le MPC, le 15 mars 2007, que cette obligation avait pris fin et donc que la prescription de l'action pénale relative à l'art. 37 LBA avait commencé à courir. Le délai de prescription de sept ans, arrivant à échéance le 15 mars 2014, n'était ainsi pas encore échu lorsque le DFF a rendu son prononcé pénal le 4 mars 2014⁵⁰.

Sans prétention aucune à l'exhaustivité, les considérants du TF appellent notamment les commentaires et interrogations suivants :

1. Contrairement à ce que pourrait laisser penser l'arrêt 6B_503/2015, l'élément décisif pour la cessation de l'état de fait illicite, respectivement le point de départ de la prescription de l'action pénale semble avoir été non pas l'ouverture de l'enquête pénale, mais bien plus le *séquestre des valeurs patrimoniales* ordonné le même jour par le MPC⁵¹.

Or, le séquestre relève d'une décision de l'autorité de poursuite, sur laquelle l'intermédiaire financier n'a aucune emprise. On peut donc se demander s'il est équitable, en cas de violation de l'art. 37 LBA, de faire dépendre la durée de l'obligation de communiquer et donc le point de départ de la prescription de l'action pénale d'un événement incertain et en dehors de la sphère d'influence de l'intermédiaire.

2. Nous comprenons des développements du TF et de sa référence à l'avis de THELESKLAF que l'obligation de communiquer *ne perdure pas indéfiniment* après la fin de la relation d'affaires, mais uniquement tant que subsistent des valeurs patrimoniales confiscables, ce qui est cohérent dans le contexte du système suisse de lutte contre le blanchiment d'argent, lequel se conçoit comme une entrave à la confiscation. Le seul fait que les dossiers de l'intermédiaire financier puissent contenir des informations qui pourraient intéresser les autorités de poursuite pénale ne suffit donc pas à faire perdurer l'obligation de communiquer, contrairement à l'opinion soutenue par le MROS⁵².

3. Cela étant, le point de savoir si des valeurs sujettes à confiscation subsistent est une question potentiellement complexe, que l'intermédiaire sera le plus souvent incapable d'apprécier dans les faits⁵³, puisqu'il

perd en principe tout pouvoir de disposition et/ou droit de regard sur les valeurs patrimoniales à la fin de la relation d'affaires. Il arrive d'ailleurs fréquemment que lesdites valeurs soient transférées auprès d'un autre intermédiaire financier, en Suisse ou à l'étranger. La jurisprudence du TF revient ainsi là encore à faire dépendre le maintien de l'obligation de communiquer et corollairement le début de la prescription de l'action pénale relative à l'art. 37 LBA de circonstances qui échappent totalement à l'emprise de l'intermédiaire.

4. En outre, il découle du cas d'espèce porté devant le TF qu'après la fin de la relation d'affaires, dont la date n'avait pas pu être déterminée avec certitude sur la base de la documentation disponible⁵⁴, le recourant était resté directeur avec pouvoir de signature individuelle de la société dont le compte bancaire avait servi à réceptionner, respectivement faire transiter des avoies de source potentiellement criminelle⁵⁵.

Il s'agit là de *circonstances particulières* qui peuvent en partie expliquer l'approche suivie *in casu* par le TF, mais qui ne justifient en tous les cas pas l'adoption d'une jurisprudence de principe telle que l'arrêt 6B_503/2015, dont la portée s'étend à des situations factuellement incomparables avec ce cas précis.

5. Le TF ne traite pas expressément de la question de savoir si l'obligation de communiquer perdure uniquement dans l'hypothèse où l'intermédiaire financier *nourrissait déjà des soupçons fondés* au sens de l'art. 9 LBA pendant la relation d'affaires ou si, au contraire, sa jurisprudence est également susceptible de s'appliquer lorsque de tels soupçons apparaissent, pour la première fois, après la fin de ladite relation.

La remarque formulée par notre Haute Cour au consid. 5.4.2, selon laquelle « il serait choquant que l'intermédiaire financier, qui a un soupçon fondé, *puisse se délier* de toute obligation, *en mettant un terme* à la relation d'affaires »⁵⁶, laisse à penser que seul le premier scénario évoqué ci-dessus est concerné⁵⁷, mais la situation demeure en l'état incertaine.

On relèvera d'ailleurs, incidemment, que la rupture d'une relation d'affaires en présence de soupçons fon-

⁵⁰ TF, 6B_503/2015, 24.5.2016, c. 5.4.2.

⁵¹ Voir le jugement de la Cour des affaires pénales du TPF du 18.3.2015 (affaire SK.2014.14), c. 4.6 : « Compte tenu du séquestre ordonné le même jour par le MPC, une communication postérieurement à cette date n'était objectivement plus justifiée. »

⁵² Cf. *supra* n. 46.

⁵³ THELESKLAF (n. 44), art. 9 LBA N 7.

⁵⁴ Jugement de la Cour des affaires pénales du TPF, SK.2014.14, 18.3.2015, c. 3.6.

⁵⁵ Voir jugement de la Cour des affaires pénales du TPF, SK.2014.14, 18.3.2015, lit. A.1 et A.2.

⁵⁶ C'est nous qui mettons en évidence.

⁵⁷ Cela est également appuyé par le passage suivant tiré de THELESKLAF (n. 44), art. 9 LBA N 7 : « Es wäre stossend, wenn der FI zwar *wusste, dass er bis vor Kurzem einen Verbrecher als Kunden hatte* [...], aber nicht verpflichtet wäre, die Behörden darüber zu informieren » (c'est nous qui mettons en évidence).

dés est prohibée par l'art. 32 al. 3 OBA-FINMA. Le risque envisagé par le TF, même s'il ne peut être écarté, ne nécessitait ainsi pas, selon nous, que le champ de l'art. 9 LBA soit élargi de manière aussi ample au-delà de la fin de la relation d'affaires, sauf à devoir comprendre de l'exemple donné par le TF qu'il entendait, en réalité, circonscrire sa jurisprudence à ce type de comportements « crasses ».

6. Pour justifier le maintien de l'obligation de communiquer au-delà de la cessation de la relation d'affaires, le TF se réfère également⁵⁸ à l'énoncé légal de l'art. 9 al. 1 lit. a LBA, lequel parle de manière générale de « valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ». Cet argument n'emporte pas la conviction. D'une part, on peut également comprendre cette phrase comme supposant l'existence d'une relation d'affaires (active)⁵⁹. D'autre part, on ne voit pas pourquoi l'interprétation du texte légal, peu précis, devrait se faire en défaveur des intermédiaires financiers. Si le législateur avait voulu prolonger l'obligation de communiquer au-delà de la rupture d'une relation d'affaires, il lui appartenait de le préciser, ce qui n'est pas le cas et ne ressort pas non plus des travaux préparatoires. Enfin, il est indéniable que l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) est étroitement liée au blocage des avoirs⁶⁰ (art. 10 LBA), lequel devait, jusqu'à récemment⁶¹, obligatoirement intervenir en cas d'annonce au MROS. Or, l'existence d'avoirs susceptibles de blocage présuppose, en principe, une relation d'affaires qui soit toujours en cours.
7. S'il semble acquis que l'on ne saurait exiger de la part d'un intermédiaire financier qu'il continue à surveiller ou réunir proactivement des informations en lien avec une relation d'affaires clôturée⁶², l'arrêt 6B_503/2015 soulève en revanche la question d'éventuelles *clarifications* à entreprendre, dans l'hypothèse où des indices de blanchiment devaient apparaître après la clôture de la relation, par exemple sur la base d'articles de presse, d'une ordonnance de séquestre émanant d'une autorité de poursuite pénale, etc.

Vu les incertitudes qui demeurent à l'heure actuelle quant à la portée exacte de cette jurisprudence⁶³, une *approche prudente est de mise*. Nous aurions ainsi tendance à conseiller à l'intermédiaire dans un tel cas de figure de procéder, dans la mesure du possible et du raisonnable, à des clarifications complémentaires⁶⁴, de documenter ses démarches (cf. art. 7 LBA) et de décider, sur la base des éléments recueillis de la sorte, si une communication au MROS se justifie, que ce soit en vertu de l'art. 9 LBA ou, le cas échéant, selon l'art. 305^{ter} al. 2 CP.

En définitive, l'arrêt 6B_503/2015 constitue une véritable *boîte de pandore*, puisqu'il suscite davantage de questions qu'il n'en résout. En attendant les clarifications que cette jurisprudence appelle, il serait intéressant de suivre l'évolution du nombre de communications enregistrées par le MROS depuis sa parution en lien avec des relations clôturées et de voir à quand remonte leur clôture. Il ne serait pas étonnant, en effet, qu'en raison des incertitudes créées par la dernière jurisprudence du TF, les intermédiaires financiers viennent à multiplier – sans prendre le recul nécessaire – les communications de relations hypothétiquement douteuses, clôturées il y a de nombreuses années et pour lesquelles il n'existe, depuis fort longtemps, plus aucun actif confiscable.

Les incertitudes esquissées ci-dessus obligent également à s'interroger sur la place véritable de l'obligation de communiquer et de la sanction pénale en cas de violation, dans le système suisse de lutte contre le blanchiment. Il n'est pas certain de ce point de vue que la position relativement monolithique revendiquée par le MROS et parfois admise par la jurisprudence se justifie pleinement. C'est ce que nous allons examiner ci-dessous.

B. Finalité et place occupée par l'article 37 LBA dans le système de lutte contre le blanchiment d'argent

Nonobstant la jurisprudence⁶⁵ et la pratique du MROS⁶⁶, on ne saurait faire abstraction, dans l'examen (*ex ante*

⁵⁸ TF, 6B_503/2015, 24.5.2016, c. 5.4.2. Voir aussi THELESKLAF (n. 44), art. 9 LBA N 7, lequel relève que le texte légal ne parle pas expressément d'une relation d'affaires en cours.

⁵⁹ Message du Conseil fédéral du 17 juin 1996 relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier, FF 1996 III 1057, 1086 : « S'il existe une relation d'affaires [...] »

⁶⁰ Message, FF 1996 III 1089.

⁶¹ Cf. *supra* n. 29.

⁶² THELESKLAF (n. 44), art. 9 LBA N 7.

⁶³ Voir aussi l'accueil critique réservé à cet arrêt par KONRAD JEKER, Zum Ende der Meldepflicht nach Art. 9 GWG, publié online sur <http://www.strafprozess.ch/> (consulté le 19.9.2016) : « Dass damit die Frage nach der Dauer der Meldepflicht geklärt wäre, sehe ich nicht. Klar ist nun höchstens, dass man sich einer Meldepflicht nicht durch Beendigung der Geschäftsbeziehung entziehen kann. »

⁶⁴ A moins que les éléments nouveaux en possession de l'intermédiaire soient limpides et donnent lieu à des soupçons fondés aux termes de l'art. 9 LBA.

⁶⁵ TF, 6B_503/2015, 24.5.2016, c. 2.7. rappelé ci-dessus.

⁶⁶ La pratique du MROS (n. 33), ch. 5.1.

donc) d'une éventuelle violation de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA, de la finalité de la norme et du contexte législatif dans lequel elle s'inscrit. En effet, nous avons rappelé plus haut que la LBA, et plus particulièrement l'obligation de communiquer les soupçons fondés de blanchiment, est l'un des éléments du dispositif suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. L'obligation de communiquer ne saurait donc s'examiner abstraitement, d'une façon en quelque sorte détachée de la finalité assignée à l'ensemble du système.

Or, nous avons également rappelé que le blanchiment d'argent est, dans la conception suisse, une entrave à la confiscation des valeurs patrimoniales, notamment d'origine criminelle : là où une confiscation n'est pas envisageable, il ne saurait y avoir de blanchiment.

Dès lors, l'obligation d'annonce prévue à l'art. 9 LBA a également pour finalité de permettre la confiscation de ces valeurs. Si cette confiscation apparaît d'emblée impossible pour un motif juridique, l'annonce selon l'art. 9 LBA n'est *objectivement* pas justifiée et, à plus forte raison, son défaut ne saurait faire l'objet d'une sanction pénale.

La LBA ne sanctionne en effet pas des obligations de pure forme, vides de sens ; elle fait, au contraire, appel en priorité au discernement de l'intermédiaire financier qui, avant toute éventuelle obligation d'annonce, se voit imposer une obligation de clarification⁶⁷ (art. 6 LBA). Cela déjà dans le but d'éviter un engorgement du MROS et des autorités de poursuite pénale, mais aussi pour assurer la finalité assignée à cette loi : lutter contre le blanchiment d'argent, en permettant la confiscation des valeurs patrimoniales concernées, aux conditions fixées aux art. 70 ss CP.

Cette exigence de discernement, conforme d'ailleurs au principe de la proportionnalité, ne se rapporte pas uniquement à l'existence d'une infraction pénale visée par l'art. 9 LBA. Elle concerne également la réalisation d'autres conditions posées à la constatation et à la poursuite d'une infraction ou au prononcé de la confiscation, telle la question de la prescription.

Certes, on peut imaginer des situations dans lesquelles un devoir d'annonce pourrait exister, alors même que la confiscation (et les infractions qui la fondent) serait finalement jugée prescrite ou l'établissement des éléments constitutifs de l'infraction impossible à satisfaction de droit. D'où l'exigence jurisprudentielle d'examiner *ex ante* le respect ou non de cette obligation de communiquer, à l'aune des éléments dont disposait l'intermédiaire

financier au moment où il aurait dû procéder à une communication de soupçons de blanchiment selon l'art. 9 LBA.

En revanche, sauf à méconnaître la place de l'art. 9 LBA dans le système suisse de lutte contre le blanchiment d'argent, cet examen *ex ante* ne saurait conduire à considérer, sans nuance aucune, qu'il y aurait infraction à l'art. 37 LBA à chaque fois que l'intermédiaire financier aura renoncé à communiquer des « soupçons » fondés, parce qu'il lui est apparu que le blanchiment était impossible pour des raisons juridiques, y compris sous l'angle d'une prescription évidente. A défaut, on pourrait aboutir à devoir communiquer des soupçons relatifs à des faits vieux, à l'absurde, de plusieurs siècles.

Ainsi et contrairement à ce qu'affirme trop péremptoirement le MROS, même la prescription peut être l'affaire de l'intermédiaire financier, du moins lorsqu'il n'y aura pas de doute possible au sujet de son acquisition.

C'est ainsi le lien existant entre l'art. 9 et l'art. 6 LBA auquel il convient de s'intéresser. En effet, une approche trop stricte du principe de l'examen *ex ante* de l'obligation de communiquer pourrait conduire au final à sanctionner pénalement, en application de l'art. 37 LBA, non pas la violation de l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 LBA, mais bien, *pour elle-même*, la violation de l'obligation de clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires prévue par l'art. 6 LBA.

On comprend bien la relation qui existe entre les art. 6 et 9 LBA lorsqu'une clarification, si elle avait été faite correctement, eût pu donner naissance aux soupçons fondés qui justifient la communication obligatoire : il s'agit, en quelque sorte, d'empêcher la cécité fautive de l'intermédiaire financier, qu'elle intervienne intentionnellement ou par négligence.

En revanche, on ne saurait punir au travers de l'art. 37 LBA une absence de communication fondée sur un défaut de clarification qui, si elle avait été opérée, aurait conduit à *écarter tout soupçon fondé de blanchiment*, d'origine criminelle ou autre au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LBA. Ainsi, une situation apparemment étrange, voire suspecte qui, si elle avait fait l'objet de clarifications, se serait révélée de nature purement fiscale (en dehors des cas d'application de l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP) ou encore comme relevant d'une infraction de degré contraventionnel, ne devrait pas conduire à une quelconque sanction sous l'angle de l'art. 37 LBA.

L'inverse reviendrait, en effet, non pas à sanctionner la violation d'une obligation de communiquer un soupçon de blanchiment, mais à réprimer pénalement la violation

⁶⁷ Message, FF 1996 III 1083 ; Circ.-CFB 98/1, n° 26 ; REINLE (n. 30), N 395 et N 404 ss ; THELESKLAFF (n. 44), art. 9 LBA N 7.

exclusive de l'art. 6 LBA. Tel n'a certainement pas été la volonté du législateur⁶⁸, l'art. 37 LBA ne visant que la violation de l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA⁶⁹. Du point de vue de la légalité criminelle, il est d'ailleurs douteux que l'art. 37 LBA constitue une base légale suffisante pour réprimer pour elle-même une violation du seul art. 6 LBA.

Le fait que l'art. 37 LBA sanctionne un délit de mise en danger abstraite ne signifie pas que l'on pourrait s'affranchir des conditions légales posées à une possibilité de blanchiment, faute de quoi on devrait reconnaître la même portée à l'art. 305^{bis} CP et sanctionner les actes d'entrave indépendamment de leur relation effective à un crime avéré ou à la possibilité d'en confisquer les produits. Cela équivaldrait, en quelque sorte, à faire de l'art. 37 LBA une infraction « formelle surabstraite », indépendante même de toute mise en danger, détachée du système de lutte contre le blanchiment d'argent dans lequel elle s'inscrit pourtant et sans base légale suffisante.

Cela ne signifie pas pour autant que la violation de l'art. 6 LBA demeurerait sans conséquence dans les hypothèses évoquées ci-dessus : la loi prévoit notamment des mesures relevant du droit de la surveillance⁷⁰ et plus particulièrement de l'*enforcement*⁷¹, la sanction pénale devant, là comme ailleurs, demeurer l'*ultima ratio*, dans des situations qui doivent strictement correspondre à l'état de fait légal envisagé.

IV. Conclusion

En définitive, compte tenu des éléments mis en exergue ci-dessus, il ne nous paraît pas souhaitable que l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA soit systématiquement et dans n'importe quelle situation maintenue au-delà de la fin d'une relation d'affaires.

Dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité du droit, l'arrêt 6B_503/2015 doit ainsi, selon nous, recevoir une *interprétation restrictive*, vu aussi les répercussions sur la prescription de l'action pénale relative à l'art. 37 LBA. Il convient également de garder à l'esprit que le cas d'espèce porté au TF se démarquait par un certain nombre de particularités (intermédiaire resté organe de la société impliquée dans les flux financiers, absence de documentation contractuelle claire, etc.). Il ne s'agissait donc pas d'un précédent pouvant servir de « cas d'école ».

Ce n'est ainsi que tout au plus dans certains scénarios spécifiques que le maintien de l'obligation de communiquer pourrait éventuellement se justifier, en particulier si l'intermédiaire financier disposait déjà de soupçons fondés avant la clôture de la relation et qu'il a omis, *a fortiori* intentionnellement, de procéder à l'annonce prévue à l'art. 9 LBA. En revanche, si de tels soupçons n'apparaissent pour la première fois qu'après la fin de la relation d'affaires, il ne semble pas opportun de faire en quelque sorte resurgir l'obligation d'annonce ; seule la communication facultative de l'art. 305^{ter} al. 2 CP devrait entrer en ligne de compte dans une telle hypothèse.

Pour ce qui concerne la durée du maintien de l'obligation d'annonce au-delà du terme de la relation d'affaires, celle-ci doit être *raisonnablement limitée dans le temps*, compte tenu de la principale finalité poursuivie par l'art. 9 LBA, à savoir la mise sous main de justice de valeurs patrimoniales potentiellement confiscables. Dans l'intérêt de la sécurité du droit et vu l'importance du sujet, il serait souhaitable que toutes ces questions soient clairement réglées dans la LBA ou, à tout le moins, dans l'OBA-FINMA, afin que les intermédiaires financiers sachent exactement dans quels cas de figure et sur la base de quels critères l'obligation de communiquer est susceptible de survivre à une relation d'affaires donnée.

Il convient également d'examiner avec plus de nuance la relation existant entre l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA et celle de clarifier l'arrière-plan économique consacrée à l'art. 6 LBA. La violation de cette dernière obligation n'est pas sanctionnée pénalement pour elle-même. Ainsi, lorsque la clarification omise aurait fait disparaître le soupçon initial, il ne semble pas possible de réprimer l'intermédiaire financier sur la base de l'art. 37 LBA. Des mesures relevant du droit de la surveillance, *lato sensu*, apparaissent adéquates et suffisantes dans un tel cas.

⁶⁸ BO CE 1997, 601 (intervention d'Anton Cottier) : « L'obligation de communiquer telle qu'elle est définie à l'article 9 est en rapport direct avec l'article [37], qui prévoit en somme la sanction dont est assortie cette obligation de communiquer. » Voir aussi BO CE 1997, 604 (intervention de Niklaus Küchler). Il est à noter que le projet de LBA n'avait pas encore envisagé de sanctionner pénalement la violation de l'obligation de communiquer. Ce n'est qu'au stade des travaux parlementaires qu'une disposition spécifique a été introduite (alors art. 36^{bis}).

⁶⁹ ZOLLINGER (n. 25), art. 37 LBA N 5 ss. Voir aussi DE CAPITANI (n. 26), art. 37 LBA N 13.

⁷⁰ L'art. 7 al. 2 OBA-FINMA dispose par exemple que « L'acceptation par négligence de valeurs patrimoniales provenant d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié peut remettre en question la garantie d'une activité irréprochable exigée de l'intermédiaire financier ». Voir aussi, dans le même sens, le Message, FF 1996 III 1113. A cela s'ajoute, par ailleurs, le risque encouru par l'intermédiaire d'une poursuite pénale pour blanchiment par omission (improprement dite), fondé sur l'art. 305^{bis} CP.

⁷¹ Selon le site internet de la FINMA, on entend par *enforcement* « l'ensemble des enquêtes, procédures et mesures que la FINMA a à sa disposition pour tirer au clair et sanctionner les manquements au droit de la surveillance ».