



Genève, le 29 novembre 2023

Le Conseil d'Etat

7582-2023

Département fédéral des finances (DFF)
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale

Par courriel :
vernehmlassungen@sif.admin.ch

Concerne : avant-projet de loi fédérale sur la transparence des personnes morales

Madame la Conseillère fédérale,

Nous avons bien reçu votre courrier concernant l'avant-projet de loi sur la transparence des personnes morales (LTPM) et le projet de révision partielle de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) et nous vous remercions d'avoir sollicité l'avis de notre Conseil.

Pour répondre à votre demande, nous vous informons que notre Conseil soutient les mesures proposées visant à renforcer notre dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Nous estimons en effet que celles-ci contribueront à renforcer la réputation de la Suisse comme place économique sûre, une dimension essentielle à ses relations commerciales avec l'étranger.

Toutefois, nous estimons que l'avant-projet devrait être étoffé sous différents aspects pour s'assurer de disposer des instruments de lutte adéquats tant pour les autorités de poursuite pénale que pour les autorités cantonales, telles notamment les registres foncier et du commerce et les autorités d'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, ces autorités intervenant au jour le jour notamment dans le cadre immobilier, lequel se prête particulièrement au blanchiment d'argent.

Nous espérons que nos observations figurant dans une annexe jointe au présent courrier seront prises en compte.

En vous réitérant nos remerciements pour votre consultation, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :

Michele Righetti-El Zayadi

Le président :

Antonio Hodgers

Annexe à la réponse de la République et canton de Genève à la consultation sur la loi fédérale sur la transparence des personnes morales (LTPM)

1. Création d'un registre fédéral des ayants droit économiques

Le canton de Genève est favorable à la création d'un tel registre qui permettra aux autorités de poursuite pénale d'accéder rapidement et de manière centralisée aux informations sur les ayants droits économiques des sociétés suisses et de certaines entités juridiques de droit étranger (art. 2 AP – LTMP). Plusieurs remarques doivent toutefois être formulées :

- (1) l'art. 44 AP – LTPM fixe à CHF 20'000 le montant maximum de l'amende permettant de renoncer à poursuivre les personnes physiques et de condamner à leur place l'entreprise. Ce montant est trop faible et doit être augmenté à CHF 50'000, à l'instar de ce que prévoit déjà l'art. 49 de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA);
- (2) l'accès au registre devrait être également prévu, sans conditions et en ligne, pour faciliter la lutte contre le blanchiment d'argent et améliorer l'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE) pour les autorités suivantes : le registre du commerce, le registre foncier, les autorités d'application de la LFAIE, ainsi que celles chargées de la vente d'immeubles aux enchères publiques, soit les offices de poursuites et faillites. Toutes ces autorités sont en effet impliquées dans le processus de vente d'immeubles et dans l'application de la LFAIE. Un accès identique doit être prévu pour les autorités en charge de l'aide sociale;
- (3) cet accès devrait également être possible à certaines conditions aux membres de la société civile luttant contre le blanchiment d'argent. Il arrive fréquemment que des journalistes d'investigation ou des associations actives dans la lutte contre la criminalité économique mènent des enquêtes d'envergure sur la base d'informations récoltées à l'étranger ou en Suisse. Moyennant qu'ils démontrent un intérêt légitime, il semble pertinent que ces journalistes et associations puissent accéder au registre dans le cadre de leurs enquêtes.

a) Définition de l'ayant droit économique

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

- Premièrement, la définition est fondée, conformément aux standards internationaux, sur une exigence de contrôle plutôt que d'avantages économiques. 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 diligence des banques (CDP 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'explications 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 (par 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 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 les 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

de la conversion de ses 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 – défini à juste titre par référence à l'art. 120 de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) – elle ne devrait viser que la coordination portant sur des affaires futures et non aussi des événements passés (par 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. 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 entités) étrangères » (rapport explicatif, pp. 60 à 61). Le respect de l'obligation de transparence par l'entité de droit étranger dans le cas 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 registre foncier, que ses ayants droits économiques sont inscrits au registre des ayants droits économiques. Il paraît judicieux de faire référence uniquement aux « entités de droit étranger », afin d'éviter toute confusion avec les 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 la 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 (par 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 ouverts, différemment des autres personnes morales. La réforme s'inscrit toutefois principalement dans la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), qui s'applique 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 des formulaires K (fondations ayant une activité opérationnelle) et S (autres fondations) auquel 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 viser uniquement toute personne ayant le pouvoir d'influencer de manière significative la composition du conseil de formation, 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) Les 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 de tous les membres du comité et des personnes autorisées à représenter l'association (art. 90a al. 1 et art. 92 let. k 1^{ère} phrase 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 GAFI, 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 art. 967j ss CO sont supprimés au profit du registre instauré par la nouvelle, l'art. 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^{er} 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 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. Introduction d'obligations de diligence pour les conseillers et les avocats (révision partielle de la LLCA et de la LBA) et sanctions

Le projet de révision partielle permet de combler une lacune importante du dispositif suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, lacune relevée à plusieurs reprises par les organismes internationaux, notamment le GAFI. Nous saluons ainsi l'introduction d'obligation de diligence pour les avocats (AP-LLCA) et les conseillers (AP – LBA), lorsque ceux-ci

interviennent pour assister leurs clients à la préparation ou à la réalisation d'une transaction mentionnée aux art. 2 al. 3 bis AP – LBA et 13a AP – LLCA.

a) Assujettissement des conseillers à la LBA en cas de sous-mandat

Il est à relever que l'avant-projet et le rapport explicatif ne traite pas de l'hypothèse des sous-mandats, à savoir lorsque le conseiller mandaté par un autre conseiller est assujéti 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) 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 être impérativement précisée. En particulier, peut-elle trouver application lorsque l'activité est effectuée hors procédure mais en prévision d'une éventuelle 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) Extension de l'obligation de communiquer

Par ailleurs, nous considérons qu'il ne se justifie pas de restreindre l'obligation de communiquer des avocats et des notaires aux conditions suivantes : (i) lorsqu'ils effectuent une transaction financière au nom et pour le compte d'un client et (ii) si les informations dont ils disposent ne sont pas protégées par le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP (art. 13e AP-LLCA et art. 9 al. 2 AP-LBA).

En effet, s'il se justifie d'exempter les avocats et les notaires d'une obligation de communiquer pour leurs activités protégées par le secret professionnel, il ne se justifie pas de les dispenser d'une telle obligation pour les activités mentionnées aux art. 2 al. 3^{bis} AP – LBA et 13a AP – LLCA non couvertes par le secret professionnel, car relevant d'une activité atypique. A titre d'exemple, la domiciliation d'une société ne relève pas de l'activité typique de l'avocat. Dans un tel cas, l'avocat, soumis à des obligations de diligence, devrait également être soumis à l'obligation de communiquer aux conditions prévues à l'art. 9 LBA.

Nous proposons ainsi de ne pas limiter l'obligation de communiquer des avocats et des notaires aux seules situations dans lesquelles ils effectuent une transaction financière pour le compte d'un client, mais de l'étendre à toutes les situations visées aux art. 2 al. 3^{bis} AP – LBA et 13a AP – LLCA, exemption faite des situations protégées par le secret professionnel.

d) Champ d'application de l'art. 37 LBA

L'art. 37 LBA réprime la violation de l'obligation de communiquer. A la lecture de l'avant-projet, cette disposition s'applique à tous les assujéti à la LBA, à l'exception des avocats LLCA. En effet, l'art. 37 LBA – non modifiée par l'avant-projet – renvoie uniquement à l'art. 9 LBA et non à l'art. 13 AP - LLCA qui consacre le devoir d'annonce de l'avocat soumis à la LLCA. Ainsi, l'avocat LCA 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 Département fédéral des finances (DFF) conformément à l'art. 37 LBA. Cette différence de traitement n'a pas lieu d'être.

e) Procédure devant les organismes d'autorégulation (OAR)

Comme le rapport explicatif l'indique, la procédure de sanction 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 prévoit expressément que la procédure s'ouvre par une annonce formelle, à l'image de l'art. 30 LFINMA.

f) 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 des 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 – sur 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 corrigé à moyen terme.

g) 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 aux conseillers, soit, cas échéant, l'entreprise elle-même) ne sont pas les mêmes que ceux de l'art. 37 LBA (personne physique par le biais des art. 6 DPA et 29 CP).

3. Suppression du seuil pour le commerce de biens immobiliers, des métaux précieux et des pierres précieuses

Le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur immobilier a été qualifié de lacunaire par le GAFI lors de l'évaluation de la Suisse en 2016. L'avant-projet prévoit plusieurs mesures pour remédier à cette lacune : (i) obligation pour les entités juridiques étrangères qui détiennent un immeuble en Suisse de s'inscrire au registre des ayants droit économiques ; (ii) instauration d'obligations de diligence pour les activités de conseil liées à la vente et à l'achat d'un bien immobilier ; (iii) suppression du seuil applicable entraînant des obligations de diligence dans le commerce des biens immobiliers.

Le canton de Genève est favorable à ces mesures qui répondent aux critiques émises par le GAFI. Il en va de même de l'abaissement de CHF 100'000 à CHF 15'000 du seuil applicable dans le négoce des métaux précieux et des pierres précieuses pour les transactions en espèces.

4. Format des communications au Money Laundering Reporting Office in Switzerland (MROS)

Le canton de Genève appuie les modifications proposées qui faciliteront le travail du MROS qui pourra ainsi gagner en efficacité.

5. Mesures pour prévenir la violation des mesures de coercition fondée sur la LEmb par les assujettis à la LBA

Le canton de Genève est favorable aux modifications proposées qui concernent essentiellement le SECO en sa qualité d'autorité de contrôle de la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales (loi sur les embargos, LEmb).