Les **sanctions** internationales comme **risque** de **responsabilité** des intermédiaires **financiers**

Frédérique Bensahel
[Avocate, FBT Avocats SA, Genève, Paris]

À l'heure où se multiplient les sanctions internationales souvent reprises par la Suisse, les intermédiaires financiers sont de plus en plus exposés à des risques de violation des nombreuses ordonnances sur les sanctions et des dispositions anti-blanchiment, ou encore à des risques de nature prudentielle.

En Suisse, depuis 2003, la loi sur les sanctions internationales (dite « loi sur les embargos » ou « LEmb ») permet à la Confédération, soit pour elle le Conseil fédéral, d'édicter des mesures de coercition sous la forme d'ordonnances pour appliquer les sanctions internationales. Ces sanctions peuvent être décrétées par le Conseil de sécurité de l'ONU (lesquelles sont alors directement applicables en Suisse), par l'OSCE ou par les principaux partenaires commerciaux de la Suisse, comme l'Union Européenne. Au nombre des mesures de coercition figurent notamment les restrictions en matière de paiement et de circulation des capitaux. La dernière ordonnance promulguée par le Conseil fédéral en application de la LEmb est l'ordonnance du 4 mars 2022 instituant des mesures en lien avec la situation avec l'Ukraine. Celle-ci comporte tant des restrictions commerciales, notamment dans le domaine de l'armement et de l'énergie, que des restrictions en matière financière. Elles désignent nommément les personnes physiques et morales visées par les sanctions et imposent également certaines obligations en relation avec des personnes désignées de manière générique (comme les ressortissants russes qui ne bénéficient pas d'un passeport suisse ou d'un Etat membre de l'EEE).

La rédaction des ordonnances sur les sanctions à caractère économique tombe dans l'escarcelle du Secrétariat d'Etat à l'économie (le « SECO »), lequel est également chargé de publier régulièrement les listes de sanctions sur son site et de les actualiser. Il publie par ailleurs des FAQ *(Frequently Asked Questions)* permettant aux administrés d'obtenir des réponses à leurs questions les plus fréquentes. Ces FAQ ne répondent toutefois pas aux très nombreuses interrogations que soulèvent les régimes de sanctions, souvent décidés dans l'urgence. Enfin, le site du SECO offre utilement un moteur de recherche permettant de déterminer si une personne est nommément sous sanction. En dernier lieu, l'abonnement au flux rss de la FINMA offre la possibilité d'être notifié régulièrement des listes de sanctions et de leurs mises à jour.

Le SECO a la mission de recueillir les déclarations obligatoires des personnes et institutions financières qui détiennent ou gèrent des avoirs ou qui ont connaissance de ressources économiques qui font l'objet d'une mesure de gel. Ces personnes sont tenues de communiquer à l'Autorité le nom du bénéficiaire ainsi que la nature et la valeur des avoirs et des ressources économiques concernées. Ces obligations sont toutefois indépendantes de l'origine illicite des avoirs. En d'autres termes, les fonds d'une personne sous sanction peuvent avoir passé le test anti-blanchiment et pour autant être soumis à des obligations de gel et d'annonce s'ils appartiennent à des personnes figurant sur les listes de sanctions.

Frédérique Bensahel

L'obligation très étendue de renseigner le SECO vise notamment les établissements financiers en lien direct ou indirect avec des personnes sous sanctions. Ces derniers peuvent être exposés à des visites sans préavis par le SECO ou par d'autres autorités, comme la police des cantons et des communes ou l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières. Toute violation des sanctions édictées par le Conseil fédéral sur la base de la LEmb, même commise par négligence, est passible de peines pénales. Les peines encourues vont de trois mois à cinq ans d'emprisonnement dans les cas les plus graves. Des amendes s'élevant jusqu'à CHF 500'000 peuvent être prononcées en lieu et place de peines d'emprisonnement. Les violations de moindre importance sont punies par l'amende.

S'il existe de justes motifs, les personnes faisant l'objet de sanctions peuvent tenter de requérir un *delisting*, soit la suppression de la liste nominative des sanctions, moyennant une procédure longue et formaliste et une obligation de coopérer à l'établissement des faits. L'Autorité supporte néanmoins le fardeau de la preuve de la justification de l'inscription de la personne sur la liste de sanctions, laquelle repose souvent sur des considérations politiques.

Tant la législation que les ordonnances du Conseil fédéral sur les sanctions prévoient la possibilité de libération partielle des avoirs gelés, en particulier dans les cas dits de rigueur, soit notamment en cas de nécessité d'honorer des contrats existants ou parfois pour des motifs humanitaires.

Quelles sont les obligations des intermédiaires financiers ?

Les mesures prises en application de la LEmb imposent généralement des obligations en premier lieu aux intermédiaires financiers, soit ceux qui ont un pouvoir de disposition sur les actifs appartenant aux personnes physiques ou morales visées par les sanctions. Ces obligations incluent le gel d'avoirs et l'obligation de communiquer leur existence au SECO.

Si la LEmb comporte ses propres dispositions pénales, la violation de sanctions peut comporter d'autres risques pour les intermédiaires financiers. Ces derniers sont généralement soumis à la Loi sur le blanchiment d'argent («LBA»), laquelle impose des exigences strictes en matière d'identification des clients, de leurs ayants droit et de l'origine de leur fortune. Ces exigences sont accrues lorsque les clients et/ou leurs ayants droit sont qualifiés de personnes politiquement exposées (*politically exposed persons* ou «PEP»). Or, les listes de sanctions comportent de nombreux PEP puisque les sanctions sont généralement motivées par des raisons politiques et visent à affaiblir des gouvernements étrangers et leurs proches.

Si les banques sont généralement organisées et disposent de moyens techniques importants (comme le filtrage automatisé des données) pour veiller à la bonne application des régimes de sanctions, il en va différemment des acteurs de moindre envergure, dont la législation n'exige pas le même outillage technologique mais attend néanmoins le même degré de vigilance. Ces derniers ne disposent pas des mêmes systèmes de filtrage informatiques pour passer au crible leurs clients, les ayants droit et cocontractants de ces derniers et les transactions à l'aune des listes publiées. Par ailleurs, leur personnel dédié aux tâches de compliance est peu nombreux et nécessairement non spécialisé dans le domaine des sanctions. Or, ce défaut de moyens a une incidence sur le respect d'une loi pourtant exigeante. Celle-ci prévoit en effet une obligation de communication au MROS en cas de concordance des noms figurant sur les listes de sanctions ciblant le terrorisme avec le nom d'un cocontractant ou un ayant droit économique. La concordance du nom des clients avec les listes relatives aux autres types de sanctions doit quant à elle conduire l'intermédiaire financier à procéder à de nouvelles clarifications afin de déterminer s'il est tenu d'effectuer une communication au MROS. En d'autres termes, les obligations de communication au SECO sont indépendantes et s'ajoutent aux obligations de communication en vertu de la LBA et au droit de communication en vertu du Code pénal. Dans le doute, l'intermédiaire financier fera usage de son droit de communiquer.

De la violation de la LBA aux sanctions de la FINMA il n'y a qu'un pas. La FINMA est l'autorité de surveillance de l'application de la LBA. En cette capacité, elle peut avoir recours à l'arsenal des mesures et des sanctions que prévoit la loi sur la FINMA pour sanctionner le non-respect des mesures anti-blanchiment, notamment celles qui ont trait à l'organisation interne des intermédiaires financiers.

La violation des règles sur les sanctions peut parvenir à la connaissance de l'Autorité suite aux audits des intermédiaires financiers. Elle peut aussi être révélée, en cas de soupçon de violations graves, dans le cadre de procédures dites d'*enforcement* conduites par la FINMA. Les sanctions de la FINMA, de nature administrative mais néanmoins parfois très incisives, vont du rétablissement de l'ordre légal à l'interdiction pure et simple d'exercer. Elles s'accompagnent parfois de la confiscation du gain acquis par l'intermédiaire financier dans le cadre de la ou des relations pour lesquelles la loi a été violée.

Il convient de noter en dernier lieu que les organismes de surveillance des gestionnaires de fortune et des trustees peuvent également prononcer de leur côté des sanctions, notamment sous forme d'amende ou d'exclusion.

Conclusion

Les régimes des sanctions, dont les plus récents concernent l'Ukraine, font l'objet de publications que les intermédiaires financiers sont tenus de surveiller. Ils sont publiés sur le site du SECO et communiqués par la FINMA à toute personne qui le souhaite. Si certains intermédiaires financiers, comme les gérants de fortune indépendants, peuvent se reposer dans une certaine mesure sur les contrôles effectués par les banques dépositaires, leur devoir d'annonce au SECO en cas de concordance des noms de clients ou d'ayants droit économiques avec les personnes figurant sur les listes de sanctions reste entier. Il en va de même de leur responsabilité en matière de lutte contre le blanchiment. Le respect de ces obligations doit être absolu dès lors que tout manquement peut comporter de graves conséquences de nature prudentielle et mettre en péril l'autorisation d'exercer qui leur a été délivrée par la FINMA.