



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.



International Sanctions as a Risk of Responsibility for Financial Intermediaries

Frédérique Bensahel [Attorney-at-Law, FBT Avocats SA, Geneva, Paris]

At a time when international sanctions adopted by Switzerland are on the rise, financial intermediaries are more and more exposed to the risk of running afoul of numerous ordinances regarding sanctions and anti-money laundering provisions, or even to risks of a prudential nature.

In Switzerland, since 2003, the law on international sanctions (*Embargo Act* or *Emba/Loi sur les embargos*) enables the Confederation, through the agency of the Federal Council, to issue coercive measures in the form of ordinances to implement international sanctions. These sanctions can be decreed by the United Nations Security Council (which are directly applicable in Switzerland), by the OSCE or by Switzerland's major trading partners such as the European Union. Among these coercive measures figure notably restrictions on payments and circulation of capital. The most recent ordinance promulgated by the Federal Council under the *Emba* is that of 4 March 2022, enacting measures linked to the situation in Ukraine. It comprises both trade restrictions, in particular in the area of arms and energy, and finan-

cial restrictions. Such restrictions designate by name the physical and legal persons targeted by the sanctions and also impose certain obligations in relation to persons generically designated (such as Russian nationals without a passport from Switzerland or from an EEA member state).

The drafting of ordinances on economic sanctions is under the authority of the State Secretariat for Economic Affairs (SECO), which is also required to publish sanctions lists on its site and to keep them up to date. It also publishes Frequently Asked Questions (FAQs) allowing constituents to find answers to their most common questions. However, these FAQs do not always cover the very numerous questions raised by sanctions regimes,

often decided upon in haste. Finally, the SECO site offers a useful search engine allowing one to determine if a specifically named person is sanctioned. Further, a subscription to the FINMA's flux rss offers the possibility of one being regularly notified of sanctions lists and their updates.

The SECO's mission is to receive the required declarations of persons and financial institutions holding or managing assets, or that have knowledge of economic resources, subject to a freeze. These persons are required to communicate to the authority the name of the beneficiary as well as the nature and value of the assets and economic resources concerned. However, these obligations are independent of the illicit origin of the assets. In other words, the funds of a person under sanction can have passed the anti-money laundering test and nonetheless be subject to an obligation to freeze and to report the funds if they belong to persons on the sanctions list.

The broad obligation to report to the SECO applies mainly to financial establishments directly or indirectly connected to persons under sanction. These persons may be subject to unannounced visits by the SECO or by other authorities, such as the cantonal or communal police or the Federal Customs and Border Security Office. All violations of sanctions issued by the Federal Council on the basis of the *EmBA*, even if resulting from negligence, are subject to criminal penalties, which run from three months to five years in prison in the most serious cases. Fines can run as high as CHF 500,000 in lieu of imprisonment. Lesser violations are subject to a fine.

If there are valid reasons, the persons under sanction can try to request a delisting (the removal from a name-specific sanctions list) by means of a long and formalist procedure and imposing an obligation to cooperate in the establishment of the facts. Nonetheless, the burden of proof is on the authority as regards justifying the listing of the person, which often involves political considerations.

Both the legislation and the Federal Council's ordinances on sanctions provide for the possibility of a partial unfreezing of assets, in particular in hardship cases, in cases necessitating the honoring of existing contracts or, occasionally, for humanitarian reasons.

What are the obligations of financial intermediaries?

The measures taken in implementing the *EmBA* generally impose obligations first of all on financial intermediaries, such as those who have a power of disposal over assets belonging to physical or legal persons subject to sanctions. These obligations include the freezing of assets and the requirement to communicate their existence to the SECO.

While the *EmBA* contains its own criminal provisions, the violation of sanctions can carry other risks for financial intermediaries. They are generally subject to the Anti-Money Laundering Act (*AMLA*), which imposes strict requirements regarding the identification of clients, their beneficiaries and the origin of their wealth. These requirements are applicable when clients and/or their beneficiaries are designated as *politically exposed persons* or PEPs. Sanctions lists comport numerous PEPs, for sanctions are generally driven by political considerations and seek to weaken foreign governments and those close to them.

While banks are generally well organized and have substantial technical means (such as transaction monitoring systems) so as to ensure proper sanctions implementation, it is otherwise regarding lesser actors, of whom the legislation does not require the same level of technology but nonetheless expects the same level of vigilance. Such minor actors do not have the same transaction monitoring systems to screen their clients, the clients' beneficiaries and co-contractors and concomitant transactions, all in light of the published lists. Moreover, their personnel assigned to compliance work is modest and not necessarily specialized in the area of sanctions. This deficiency has an effect on the observance of a law that is nonetheless rigorous, effectively imposing a requirement of communication to the MROS in the event of a match between names on the sanctions lists for terrorism and the name of a cocontractant or an economic beneficiary. A match between clients' names and those on other sorts of sanctions lists requires that the financial intermediary undertake further clarifications in order to determine if the intermediary is required to send a communication to the MROS. In other words, the obligations to communicate to the SECO are independent of, and add to the obligations of, communication under the *AMLA* and to

the duty to communicate under the criminal code. When in doubt, the financial intermediary will use its right to communicate.

From violation of the *AMLA* to sanctions by the FINMA there is but one small step. The FINMA is the oversight authority in the implementation of the *AMLA*. As such, it can recur to the arsenal of measures and sanctions provided for by law on the FINMA to sanction the non-observance of anti-money laundering measures, especially those applicable to the internal organization of financial intermediaries.

Violation of sanctions rules can come to the attention of authorities following audits of financial intermediaries. In the event of suspicion of serious violation, it can also come to light in the context of FINMA enforcement procedures. FINMA sanctions, of an administrative nature yet often very incisive, run from the rectification of the legal order to a blunt prohibition to practice. They are accompanied sometimes by the confiscation of the gain acquired by the financial intermediary in the framework of the relation(s) for which the law was broken.

Lastly, it is worth noting that the oversight bodies of asset managers and trustees can also impose sanctions, particularly in the form of fine or exclusion.

Conclusion

Sanctions regimes, the most recent of which concern Ukraine, are dealt with in publications that financial intermediaries are expected to keep up on. They are published on the SECO site and communicated by the FINMA to anybody requesting them. While certain financial intermediaries such as independent asset managers can, to some extent, count on the controls carried out by custodian banks, there is no lessening of their own obligation to report to the SECO in the event of a match between names of clients or economic beneficiaries and persons on the sanctions lists. This also applies to their responsibility regarding the fight against money laundering. Observance of these obligations must be scrupulous in that any failure can entail serious consequences of a prudential nature and put in jeopardy the authorization to practice from the FINMA. ■