

Partie 2

Le dispositif suisse de contrôle du blanchiment d'argent: cadre légal, organisation, données relatives à sa pratique et comparaison avec le dispositif canadien

1. Introduction

Rappelons que l'objet de la recherche ne porte pas sur le phénomène du blanchiment lui-même, mais bien sur le *fonctionnement du dispositif de contrôle* qui a été mis en place, en Suisse et au Canada, pour tenter de contrer ce phénomène criminel.

La Suisse et le Canada ne sont pas restés en marge de ce phénomène. La localisation géographique de la Suisse au cœur de l'Europe et son rôle de place financière et bancaire de premier ordre en font une cible privilégiée pour les blanchisseurs. C'est en 1990, à la suite de scandales liés au blanchiment de l'argent de la drogue et aux pressions internationales exercées d'abord par les Etats-Unis, puis par le GAFI et le Conseil de l'Europe, que la Suisse a pris conscience de l'ampleur du phénomène et a entrepris une vaste réforme de sa législation, dénommée « *trains de mesures* » tant au niveau pénal qu'administratif. L'élaboration de ce dispositif a été assez houleuse et a donné lieu à de vives controverses de la part des milieux économiques et financiers, d'une part, qui étaient de prime abord peu enclins à se soumettre à une quelconque surveillance ou à l'accomplissement de tâches policières et, d'autre part, des observateurs nationaux et internationaux, qui reprochaient au système suisse sa complexité et ses lourdeurs. Certains ont parlé de « *contrôle social négocié* »¹ voire de « *combat de façade* »² pour définir la politique suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Le Canada, quant à lui, n'est pas non plus épargné par la problématique du blanchiment. Sa proximité avec les Etats-Unis et son territoire « refuge » de certaines mafias et autres groupes criminels³ constituent également une cible de choix pour le recyclage de fonds criminels. Le GAFI estime qu'il s'y blanchirait

¹ CASSANI U., La criminalité financière : un état des lieux, in BOLLE P.-H. / STEFFEN H. (Eds.), *La criminalité financière – Finanzkriminalität – Financial Crime*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 28ss.

² PEILLON V. & MONTEBOURG A., *La lutte contre le blanchiment des capitaux en Suisse : un combat de façade*, Paris, Les Arènes, 2001.

³ Notamment mafias italiennes et bandes de motards criminalisés.

environ 17 milliards \$can par année. Au-delà des chiffres et conformément à ses engagements internationaux, le Canada a également entrepris une réforme de sa législation dès 1989. Comme en Suisse, la mise en marche de ce processus a également donné lieu à de vives critiques. Il en a résulté un dispositif présentant des similitudes avec la Suisse, tant par les normes adoptées que par le rôle des acteurs publics et privés impliqués dans le fonctionnement du système.

Après une période initiale difficile de mise en marche et d'adaptation, les arsenaux anti-blanchiment des deux pays semblent avoir trouvé aujourd'hui leur rythme de croisière. La mise en œuvre des dispositifs dépend fondamentalement de la bonne contribution de chacune de leurs composantes : les acteurs privés (banques, autres intermédiaires financiers et organismes privés) qui jouent un rôle de prévention et de contrôle en amont, et les acteurs publics (autorités administratives et organes de poursuites) qui jouent un rôle de contrôle et de sanction en aval.

Un aspect très intéressant de notre comparaison est que le Canada possède, comme la Suisse, une structure fédérale, mais qu'il connaît une tradition juridique provenant d'un mélange de *common law* et de droit européen (français) et qu'il a mis en place un dispositif anti-blanchiment assez proche du système des USA, en particulier en ce qui concerne l'annonce systématique au CANAFE (Centre d'analyse des opérations et déclarations financières) de toutes les transactions financières à partir d'un montant de 10'000 dollars canadiens.

Notre comparaison des dispositifs suisse et canadien de contrôle du blanchiment d'argent est basée sur une méthodologie comparative d'abord *descriptive*, pas à pas, puis *transversale*, entre les données suisses et les données canadiennes.

La première phase a consisté en une recherche comparative documentaire selon les sources disponibles, portant notamment sur :

- les normes légales et les cadres institutionnels mis en place ;
- les rôles, les obligations et les modes de surveillance des différents acteurs (privés et publics) de chaque dispositif ;
- les critères selon lesquels les différents acteurs décident ou non d'effectuer une communication ou un renvoi à une autre instance du dispositif.

Ce sont les éléments et analyses de cette première phase qui composent la présente partie 2 de ce rapport.

La deuxième phase fut celle des entretiens (dont les aspects de méthode et l'analyse des données sont développés dans la partie 3 de ce rapport). Par les

données recueillies lors des interviews, nous avons cherché à déterminer en particulier :

- en quoi les acteurs se différencient entre eux sous l'angle de leurs attitudes et comportements et si ces différences permettent de dégager une typologie des rationalités des acteurs du contrôle du blanchiment d'argent ;
- les éléments d'efficacité de chaque dispositif de contrôle, leurs atouts, leurs points faibles et leur marge de perfectionnement.

Enfin, la troisième phase, celle de la confrontation et comparaison interne (à chaque pays) et internationale (Suisse – Canada) des aspects 'théoriques' et 'pratiques' des dispositifs, fait l'objet de la partie 4 de ce rapport.

Tableau 1 : Comparaisons

<p><i>I. Cadre légal et organisationnel des dispositifs</i></p> <p>1) <i>en Suisse</i></p> <p>2) <i>au Canada</i></p> <p>3) <i>comparaison Suisse – Canada</i></p>
<p><i>II. Points de vue des acteurs des dispositifs</i></p> <p>1) <i>en Suisse</i></p> <p>2) <i>au Canada</i></p> <p>3) <i>comparaison Suisse – Canada</i></p>
<p><i>III. Confrontation des données relatives aux dispositifs 'sur le papier' (I.) et 'dans la pratique' (II.)</i></p> <p>1) <i>comparaison en Suisse</i></p> <p>2) <i>comparaison au Canada</i></p> <p>3) <i>comparaison Suisse – Canada</i></p>

2. Genèse de la législation

Nous accordons de l'importance aux faits qui ont conduit à l'élaboration des dispositifs de contrôle du blanchiment, car ils ont influencé les orientations de la législation et des principes d'organisation et ils marquent encore le point de vue d'une partie des acteurs chargés de leur application.

2.1 En Suisse

Au cours des années 1970, le monde bancaire suisse vivait une forte expansion grâce à un afflux massif de capitaux étrangers dont l'origine laissait parfois à désirer en raison de l'absence de contrôle en la matière. Si la réputation de la place financière helvétique avait été jusque là épargnée, l'affaire Texon/Crédit suisse de Chiasso provoqua dès 1969 de profonds remous qui lui portèrent sérieusement ombrage⁴. Les établissements bancaires furent poussés à réagir et conclurent une sorte de « *Gentleman's agreement* » : ce fut la première convention de diligence des banques (CDB de 1977).

En 1985, Paolo Bernasconi, procureur du Sottoceneri dans le canton du Tessin, soulignait l'absence de normes réprimant le blanchiment lors d'un exposé prononcé lors de la Journée suisse des juristes à Bâle⁵. Sur mandat du DFJP, P. Bernasconi créa les bases de l'article 305^{bis} CPS tel que nous le connaissons aujourd'hui, en tentant de combler les lacunes de la commission d'experts qui planchait alors sur la révision des dispositions relatives aux infractions contre le patrimoine et qui proposait d'introduire une norme spécifique contre le blanchissage dans la loi fédérale sur les stupéfiants.

L'intervention du Conseiller national Sergio Salvioni, en 1986⁶, visait à alarmer le Parlement fédéral et exigeait du Conseil fédéral qu'il fournisse des données sur l'état de la criminalité organisée et du blanchiment en Suisse. Pour le Gouvernement de l'époque, il était superflu d'élaborer une disposition spécifique en raison de l'absence de définition même du phénomène de blanchiment d'argent. Tout au plus proposait-il d'introduire une infraction contre le patrimoine visant à tenir les affaires frauduleuses à l'écart de la place

⁴ Ernst KURMEIER directeur de la succursale du Crédit suisse de Chiasso dès 1957, attirait ses clients en leur proposant un intérêt de deux pour cent supérieur à celui de ses concurrents et leur assurait de ne pas devoir payer d'impôts en Suisse en investissant dans un fonds spécial situé au Liechtenstein. Afin de tenir ses promesses et grâce à l'aide d'avocats locaux, il créa une société du nom de Texon, dont certains investissements étaient assurés par la succursale de Chiasso. Par le truchement de cette société, il investissait dans des sociétés italiennes jusqu'à en contrôler plus de 150... Cependant, dès 1969, la lire italienne connut une très forte dépréciation de sa valeur (jusqu'à 60% de baisse), créant ainsi au sein du Crédit suisse un déficit considérable estimé à 1 milliard de francs. La succursale fut alors l'objet d'un contrôle et le scandale éclata. Pour un exposé détaillé : cf. SKIPPER Anne-Mette, *La Suisse, les banques et l'argent sale*, Paris, Ed. Esprit Ouvert, 2001. Voir également PIETH et al., *A comparative Guide to Anti-Money Laundering*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004, p. 123ss.

⁵ WEISS I., Die Einziehung in der Schweiz liegender Vermögen aus ausländischen Drogenhandel, *Revue pénale suisse*, 1985, 193ss.

⁶ Interpellation du 08.10.1986 (86.928).

financière suisse, tout en soutenant la révision de la Convention de diligence des banques de 1977 qui arrivait à échéance⁷.

Deux années plus tard, suite aux événements liés à la « *Lebanon Connection* »⁸ et au scandale *Kopp* qui s'en suivit, le Conseil fédéral fut amené à prendre des mesures et chargea le Département fédéral de Justice et Police d'élaborer un projet de normes sur le blanchiment, indépendamment des travaux qui étaient menés en parallèle sur les infractions contre le patrimoine.

L'impact de la « *Lebanon Connection* » sur les travaux de la commission d'experts en charge du projet⁹ amena cette dernière à reprendre les travaux de P. Bernasconi et la norme fut construite comme un instrument central de la lutte contre la criminalité organisée¹⁰ ainsi que contre sa source principale de revenus illicites, le trafic de stupéfiants¹¹. La focalisation du discours politique sur ces thèmes se mesure par le nombre très important d'interventions parlementaires exigeant des explications sur la surveillance du secteur financier, du contrôle des stupéfiants et de l'argent sale¹².

Inséré dans les infractions contre l'administration de la justice, l'article 305^{bis} CPS (*Blanchiment d'argent*) est inspiré de la législation américaine¹³. Il s'agit d'une infraction d'entrave ou de mise en danger abstrait du bon fonctionnement de la justice, qui consiste à adopter un comportement intentionnel de nature à empêcher la découverte du lien entre un crime et les valeurs patrimoniales qui en découlent¹⁴.

⁷ Rappelons qu'en matière de contrôle du secteur bancaire et à l'exception de la Loi fédérale sur les banques, seule existait la CDB et que le secteur non bancaire se singularisait par une absence de contrôle.

⁸ La « *Lebanon Connection* » démontra le rôle de la place financière suisse dans le recyclage international de l'argent de la drogue et le rôle trouble du mari de la Conseillère fédérale en charge de la justice et de la police, l'avocat Hans Kopp. Mme Kopp fut poussée à démissionner du Gouvernement après avoir donné un fameux coup de téléphone à son mari depuis son bureau de Cheffe du Département de Justice et Police.

⁹ Voir également : PIETH M. et al., *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering*, 2004, p. 130ss.

¹⁰ L'art. 260^{ter} CPS sur la criminalité organisée n'est entré en vigueur qu'en 1994. Précisons que Le Tribunal fédéral a cependant confirmé l'absence d'exigence de lien avec la criminalité organisée, notamment in ATF 119 IV 61.

¹¹ A remarquer qu'une effervescence identique régnait autour de ce thème au niveau international, puisque c'est à cette époque qu'a été conclue la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

¹² Le message du Conseil fédéral fait état d'au moins 23 interventions parlementaires. Voir FF 1989 II 961 (978, 996-996).

¹³ FF 1989 II 961 (973-975), ATF 120 IV 327.

¹⁴ CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse*, vol.2, 2^e éd., Berne, Stämpfli, 2002, p. 528.

L'idée de la mise sur pied de l'article 305^{ter} CPS (*Défaut de vigilance en matière d'opérations financières*) était de rendre le secteur financier responsable et attentif à la problématique du blanchiment. De vives discussions eurent lieu, notamment sur le fait de savoir si l'on devait créer une infraction par négligence ou s'il fallait définir des obligations concrètes, dont la violation serait punissable indépendamment de ses conséquences. La seconde solution fut finalement retenue en raison des difficultés à délimiter un devoir de diligence, dont la violation serait punissable.

Ce premier « *train de mesures* », entré en vigueur en août 1990, marqua les premiers pas de la Suisse dans un long processus d'édification d'un dispositif de lutte contre le blanchiment et contre la criminalité organisée.

Puis la Suisse a adopté en 1994 un « *deuxième train de mesures* », avec les articles 59, 260^{ter}, 305^{ter} al. 2 CPS, respectivement l'introduction du droit de confiscation de valeurs patrimoniales provenant d'une infraction, de la punissabilité de la participation et du soutien à une organisation criminelle et du droit de communication des intermédiaires financiers. Ce dernier s'inspire des 40 Recommandations du GAFI (1990) et de la Directive des Communautés européennes (1991) et permet à un intermédiaire financier soumis à l'obligation de diligence de communiquer des soupçons fondés de blanchiment aux autorités compétentes sans se heurter au devoir du secret professionnel (dont la violation est réprimée par l'article 321 CPS) ou à la violation du secret bancaire (sanctionnée par l'article 47 de la Loi fédérale sur les banques).

Pourtant, les pressions exigeant une meilleure surveillance des banques et du secteur financier en général ne cessaient de se succéder. En effet, il était reproché aux banques de ne pas remplir leur rôle, en tant qu'intermédiaires financiers, dans la lutte contre l'accueil de capitaux illicites, causant ainsi des dommages considérables à la réputation de la place financière helvétique. Certains parlementaires estimaient d'ailleurs que la « *Convention de diligence des banques, qui est sans valeur, son contournement systématique et l'acceptation de fonds d'origine criminelle nuisent au bon renom des banques qui s'y tiennent ou voudraient s'y tenir, et partant, à toute la place financière suisse* »¹⁵. Il devenait alors urgent de combler les lacunes de la CDB et d'élaborer des règles précises en matière d'identification de la clientèle et de démarches à suivre lorsque l'intermédiaire se trouve en présence de fonds de provenance douteuse.

¹⁵ Voir motion Leuenberger du 10 oct. 1986 (86.956). Voir également : motion du groupe socialiste du 28 nov. 1988 (88.804), postulat UCHTENHAGEN du 28 nov. 1988 (88.805), interpellation GRENDELMEIER du 30 nov. 1988 (88.815).

A cette fin et en vue de respecter ses engagements internationaux, le Conseil fédéral élaborait un projet de loi de nature administrative visant à contribuer à la lutte contre la criminalité organisée et contre le blanchiment, basé sur le principe de *l'autorégulation* : la loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

Les travaux qui ont mené à l'adoption de la LBA ont été laborieux. En juillet 1992, un groupe d'experts¹⁶ élaborait un avant-projet qui s'inspirait directement de la CDB récemment modifiée et qui servait de base au projet du Conseil fédéral. Élément important à souligner, cet avant-projet ne se basait pas sur le principe de l'autorégulation et la surveillance incombait soit à l'Administration fédérale des finances, soit à l'Office fédéral de la justice.

Lors de la procédure de consultation le projet fut vivement contesté. La majeure partie des milieux consultés¹⁷ s'opposèrent non pas au but de la loi, mais à la manière dont elle était construite, estimant trop compliqué ce cumul de dispositions pénales, de directives de la CFB, de la CDB et de la nouvelle loi. Les avis critiques craignaient des chevauchements tout en doutant qu'il soit possible d'étendre au secteur non bancaire les principes de la CDB, étant donné que les structures de ce dernier divergent fortement de celles du secteur bancaire. En guise de solution, ils proposaient de développer le droit pénal ou de créer une loi cadre de police à combiner avec des mesures *d'autorégulation*. Ce dernier point représentait une opposition ferme aux compétences données par le projet au Conseil fédéral de pouvoir régler les points de détail par voie d'ordonnance¹⁸. De plus, les intermédiaires financiers reprochaient également au projet d'être dirigiste et trop pointu en matière de clarification et d'obligation de communication. Une telle obligation était d'ailleurs largement rejetée par tous les milieux consultés.

En janvier 1995, le Conseil fédéral prenait acte de la procédure de consultation et chargea le Département fédéral des finances ainsi qu'un groupe d'experts¹⁹ de modifier le projet en conséquence. A nouveau, le projet remanié fit l'objet de vives critiques et, élément politique historique, elles ont donné lieu à des

¹⁶ Composition : Banque nationale suisse, Commission fédérale des banques, Office fédéral de la police, Office fédéral des assurances privées, Département fédéral des affaires étrangères.

¹⁷ Association suisse des banquiers, Fédération suisse des avocats et notaires, Chambre fiduciaire, Union fiduciaire suisse et les partis bourgeois.

¹⁸ Particulièrement sur la manière de mettre en œuvre la loi, notamment en matière d'identification, de recherche et de communication de soupçons fondés de blanchiment.

¹⁹ Conférence cantonale des directeurs de justice et police, PTT, Association suisse des banquiers, Office fédéral des assurances privées, Fédération suisse des avocats et notaires, Chambre fiduciaire et le Prof. M. PIETH de l'Université de Bâle.

entretiens bilatéraux intenses²⁰ entre l'Administration fédérale des finances, la Commission fédérale des banques et les principaux intermédiaires financiers²¹. Ces derniers refusaient le principe de l'obligation de communication en cas de soupçons de blanchiment, mais approuvaient néanmoins l'idée que l'activité d'intermédiaire financier ne pouvait s'exercer qu'à certaines conditions précises.

Le projet instaura le principe de *l'autorégulation*, le Conseil fédéral n'ayant plus de pouvoirs délégués. Désormais, la surveillance se ferait de trois manières en distinguant :

- les intermédiaires financiers surveillés par une autorité instituée par une loi spéciale (et qui peut également s'affilier à un organisme d'autorégulation ou OAR) ;
- les intermédiaires financiers non surveillés par une loi spéciale, mais qui doivent s'affilier à un organisme d'autorégulation et qui ne sont surveillés que par ce dernier ;
- les intermédiaires financiers qui ne sont pas affiliés à un organisme d'autorégulation et qui sont alors directement soumis à l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent.

Mentionnons encore que la question de savoir comment devaient agir les intermédiaires financiers en cas de soupçons fondés de blanchiment a, elle aussi, été très controversée dans la mesure où les milieux en question ne voulaient pas se voir confier des tâches de nature policière. Il s'agissait, en fait, de trancher entre deux voies : les intermédiaires financiers devaient-ils communiquer leurs soupçons à une autorité ou devaient-ils opérer un simple blocage des fonds ? Le Conseil fédéral trancha finalement pour la première solution en se basant sur le but de la loi : la lutte contre la criminalité organisée et le blanchiment de capitaux ; tout en précisant que la *« loi ne doit donc pas seulement servir à détecter et à confisquer les fonds d'origine criminelle. Il s'agit bien plus d'identifier les personnes qui se dissimulent (...) et de les poursuivre pénalement. Si les intermédiaires financiers n'étaient tenus que de bloquer les valeurs patrimoniales incriminées en cas de soupçon fondé de blanchiment, le but général de la loi ne serait pas atteint. Ce n'est qu'à partir du moment où, en vertu de l'obligation de communiquer, le soupçon fondé d'un intermédiaire financier doit être communiqué aussitôt aux autorités pénales, qu'il y a des chances réelles d'appréhender les personnes ayant droit aux valeurs patrimoniales incriminées. Le contraire serait à craindre si l'on se contentait du*

²⁰ FF 1996 III 1057 (1067).

²¹ PTT, Association suisse des banquiers, Fédération suisse des avocats et notaires, Chambre fiduciaire suisse, Union suisse des assurances privées, Banque nationale suisse.

simple blocage des valeurs patrimoniales : ce blocage alerterait les personnes soupçonnées de blanchiment (...) »²².

Bien que les Recommandations du GAFI de 1990 eussent reconnu, comme outil de lutte contre le blanchiment, l'obligation d'annoncer toute transaction en liquide à partir d'un certain montant, la Suisse a catégoriquement refusé d'introduire une telle obligation générale d'annonce contrairement à la pratique internationale et notamment celle des Etats-Unis (qui ont à l'époque réactivé une ancienne disposition bancaire pour lutter contre les revenus, généralement sous forme liquide, du trafic de stupéfiants). Différentes raisons expliquent l'opposition suisse : tout d'abord, le contexte historique de l'époque joue certainement un rôle non négligeable, puisqu'au début des années 1990 une grande partie des transactions domestiques étaient encore opérées en liquide ; en conséquence, un nombre disproportionné de cas aurait abouti au Bureau de communication, ce qui n'aurait pas forcément été compatible avec la pratique suisse qui se base sur l'identification du client et sur la traçabilité des fonds (« *paper trail* ») garanties par les normes de « *due diligence* ». Ensuite, une telle notification se serait heurtée au secret bancaire contenu à l'article 47 de la Loi fédérale sur les banques²³.

Plus récemment, la Suisse a poursuivi ses efforts en étendant, en 1999, les compétences fédérales de poursuite (par le Ministère public de la Confédération) et de jugement des affaires de criminalité organisée et de criminalité économique et financière (article 340^{bis} CPS) et en adoptant les articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CPS relatifs à la responsabilité pénale de l'entreprise (responsabilité primaire en matière de blanchiment d'argent notamment)²⁴. Enfin, depuis le 1^{er} octobre 2003, l'article 260^{quinquies} CPS incrimine le 'noircissement' d'argent ou le financement du terrorisme.

²² FF 1996 III 1057 (1070).

²³ RS 952.0

²⁴ Voir ROTH R., Une responsabilité sans culpabilité ? L'entreprise, la faute d'organisation et le droit pénal, *L'Expert comptable suisse*, 2003 p. 17-24. Voir également : MACALUSO A., *La responsabilité pénale de l'entreprise*, Genève ; Zurich ; Bâle, Schulthess, 2004.

2.2 Au Canada

La genèse de la législation canadienne en matière de contrôle et de répression du blanchiment d'argent est également semée d'embûches.

Bien qu'il existât déjà, en 1975, dans le Code criminel canadien, une norme (art. 345 CCC) sur la confiscation de biens obtenus de manière criminelle, la législation canadienne en matière de blanchiment d'argent se caractérisait par l'absence de contrôle. Pourtant, le pays, et plus particulièrement son secteur financier, n'étaient pas épargnés par la problématique du recyclage de fonds criminels. Aussi, le GAFI, estimait en 1997²⁵, que 70% des revenus criminels canadiens provenaient du trafic de stupéfiants, complétés par d'autres trafics illégaux comme la contrebande de cigarettes, la traite d'êtres humains, la contrefaçon ou la criminalité informatique. Cela peut s'expliquer par le fait que le Canada possède un lien avec la « *grande criminalité* » plus étroit que la Suisse, où la police estime qu'elle ne jouerait qu'un rôle de transit ou de finalité des activités délictueuses²⁶ et qui ne semble pas connaître d'organisations indigènes « *domiciliées* » comme les mafias sévissant au Canada.

En 1988, le Canada prenait son premier engagement international en la matière en signant la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et des substances psychotropes qui prescrit que chaque Etat partie doit prendre des mesures contre le recyclage des produits de la criminalité.

C'est ainsi qu'en 1989, le blanchiment d'argent est devenu un acte criminel au Canada avec l'adoption de la partie XII.2 du Code criminel canadien. Cette division du Code criminel a la particularité qu'il ne s'agit pas d'une modalité de droit pénal général ou spécial, mais de l'adjonction d'un véritable code de la confiscation traitant non seulement des aspects pénaux (art. 462.31ss CCC), mais également des éléments relatifs aux mandats de perquisition spéciaux, aux ordonnances de blocage et au régime de la confiscation en général.

Cependant, malgré l'adoption de dispositions pénales, l'ensemble du secteur financier échappait à toute surveillance et c'est pourquoi le Bureau du surintendant des institutions financières a commencé, dès 1990, à diffuser des lignes directrices et des pratiques exemplaires dans le domaine de la lutte contre le blanchiment. Ces dernières aboutiront à l'adoption de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* une année plus tard. Bien que pionnière, elle ne prévoyait que des obligations générales en matière de tenue de dossiers sur les

²⁵ GAFI, *IX^e rapport annuel 1997-1998*, Paris, p. 12-13.

²⁶ Office fédéral de la police, *Rapport sur la sécurité intérieure 2004*, Berne 2005.

transactions importantes (dès 10'000 \$can) et un système de déclaration volontaire de transactions jugées douteuses.

L'origine de la limite de déclaration automatique dès 10'000\$can semble avoir été adoptée sous la pression des Etats-Unis qui reprochaient au Canada de servir de base arrière et de refuge pour les fonds de certaines organisations criminelles sévissant sur sol américain. Les Etats-Unis connaissaient déjà un tel mode de déclaration depuis 1990, date à laquelle a été créé le FinCen²⁷.

En 1997, suite aux pressions nationales et internationales, notamment exercées par le GAFI qui venait d'évaluer le Canada et qui lui recommandait de mettre en place un système de déclaration obligatoire des transactions douteuses, le Parlement canadien s'est penché sur le projet de loi C-22 sur le *recyclage des produits de la criminalité*. Comme en Suisse, le projet fut très mal accueilli. Une majorité des parlementaires et des milieux concernés, même s'ils reconnaissaient la nécessité d'une intervention dans ce domaine, reprochaient au projet d'être trop vague et de ne pas s'inscrire dans une politique générale de lutte contre la criminalité organisée. Par ailleurs, la mise en œuvre de la loi suscita de vifs débats pour ce qui a trait à l'extension du pouvoir de certains agents étatiques, à l'applicabilité de l'obligation de déclaration aux professions soumises au secret (avocats)²⁸, au système de déclaration prévu ou encore aux moyens et ressources à disposition des organes chargés de l'application de la loi.

Le projet, amendé à de nombreuses reprises²⁹, reçut finalement la sanction royale en juin 2000. Depuis, la loi a déjà été modifiée quatre fois, dont la principale en 2001, puisqu'y ont été incluses les normes relatives au financement du terrorisme, pour devenir la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (LRPCFAT).

3. La notion de blanchiment en droit suisse et canadien

3.1 Généralités

Selon une approche historique, le terme *blanchiment* serait né aux Etats-Unis pour décrire la mainmise de la mafia sur des laveries automatiques lors de la prohibition de l'alcool. Afin de convertir leurs revenus illicites, les gangsters

²⁷ Financial Crime Enforcement Network.

²⁸ Les avocats avaient été finalement inclus dans l'assujettissement à la loi. Ils y sont exclus depuis mars 2003, suite à leur contestation devant les tribunaux qui a eu gain de cause.

²⁹ Certains parlementaires parlent d'amateurisme quant au traitement accordé par le Parlement au projet de loi.

investissaient massivement dans des chaînes de laveries automatiques, les « *laundromats* ». Les revenus qui y étaient encaissés étant surtout en monnaie fiduciaire, les chiffres d'affaires réalisés échappaient à tout contrôle, offrant ainsi la possibilité d'investir des revenus occultes et illicites dans des entreprises légales et respectables. Dans les années 20, le gangster Al Capone, chef de la famille mafieuse de Chicago, racheta une chaîne entière de ces laveries où les ménagères payaient leur lessive en argent liquide. L'objet du projet était de camoufler la provenance de ses capitaux. Il ne restait plus qu'à rajouter l'argent sale du trafic d'alcool à l'argent propre des blanchisseries pour en faire des sommes d'apparence complètement licite.

Si le blanchiment est ainsi nommé, c'est parce que le terme décrit parfaitement le processus mis en œuvre : on fait subir à une certaine somme d'argent illégale, donc « sale », un cycle de transactions visant à le rendre légal, c'est-à-dire à le « laver ». En d'autres termes, il s'agit d'effacer peu à peu l'origine de fonds obtenus illégalement à travers une succession d'opérations financières, jusqu'au moment où ces fonds pourront réapparaître sous forme de revenus légitimes. Soulignons qu'en Suisse, le terme de *blanchiment* s'est finalement imposé sur celui de *blanchissage*, après une longue lutte sémantique. Alors que *blanchissage* signifie laver pour rendre propre, le *blanchiment* consiste à faire disparaître une couleur au détriment d'une autre³⁰.

3.2 Les méthodes du blanchiment

La doctrine distingue généralement trois phases dans le processus du blanchiment d'argent :

- La *dissimulation* ou le *placement*, qui consiste à introduire des fonds illicites dans le circuit économique et financier légal ;
- *l'empilage* ou *enfouissage*, qui sert à brouiller l'origine des fonds par des opérations diverses ;
- le *recyclage* ou *l'intégration*, qui consiste à faire ressortir les fonds blanchis, pour les utiliser après leur avoir donné l'apparence d'une origine licite.

Cependant, selon certains auteurs³¹, une telle approche en trois étapes est trop restrictive, car elle ne permet pas saisir les contours du phénomène au-delà d'un certain seuil. De plus, cette approche ignore la diversité des destinations possibles de l'argent blanchi en se focalisant sur une utilisation traditionnelle de consommation et de (ré)investissement. Ainsi, si les volumes blanchis sont trop

³⁰ Dictionnaire *Le petit Larousse*.

³¹ Notamment : J. de MAILLARD, *Un monde sans loi*, éd. Stock, 2000.

importants, cette vision ne serait pas applicable, car les criminels ne peuvent réintroduire de telles masses de fonds dans l'économie légale.

Par conséquent, une approche basée sur les *objectifs* des blanchisseurs, sur le *statut* des fonds et sur la *plausibilité* de l'utilisation de ces derniers paraît mieux à même d'appréhender le phénomène, car elle s'intéresse non pas à des processus de transformation, mais aux *circuits empruntés* par les fonds illicites. Une telle méthode semblerait également plus adéquate, notamment en matière de financement du terrorisme (« *noircissement* ») où la provenance des fonds est double : une part licite et l'autre illicite.

3.3 La notion suisse

La définition du blanchiment d'argent, en Suisse, est de source pénale. Plus précisément, l'article 305^{bis} CPS précise qu'il s'agit d'une infraction qui consiste à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'origine est criminelle. Par son comportement, l'auteur empêche ou rend plus difficile l'établissement d'un lien de provenance entre des valeurs patrimoniales et une, voire plusieurs, infraction(s) pénale(s) préalable(s) (ou 'délits précurseurs').

L'idée est que l'auteur empêche le « *paper trail* », autrement dit, qu'il camoufle par l'entremise d'opérations diverses ou de sociétés écrans par exemple, la traçabilité des fonds et le chemin remontant à la véritable origine des fonds. Le législateur suisse a cependant restreint les actes sources de revenus illicites aux infractions qualifiées de *crimes*. En d'autres termes, il s'agit d'infractions génératrices de profits qui sont passibles de la réclusion comme peine la plus grave³².

3.4 La notion canadienne

Au Canada, le blanchiment d'argent est le processus en vertu duquel de l'argent sale, produit d'une activité criminelle, est transformé en actifs qui ne peuvent pas être facilement retracés jusqu'à leur origine illégale. Comme en Suisse, il s'agit d'un acte d'entrave qui empêche de retrouver et de confisquer les produits du crime³³. De par son lien avec les organisations criminelles, le blanchiment

³² Selon l'article 9 al. 1 CPS. Cette distinction disparaîtra avec l'entrée en vigueur de la partie générale révisée du Code pénal suisse, prévue pour 2007.

³³ BACHER J.-L & GAGNON C., Le dispositif canadien de lutte contre le blanchiment, *Revue internationale criminologie et de police technique et scientifique*, 2004 (4), p. 428-437.

d'argent est donc une infraction grave qui porte atteinte à la sûreté économique et sociale du Canada.

En l'occurrence, comme en Suisse, la définition du blanchiment d'argent trouve sa source dans le droit pénal, et plus particulièrement à l'art. 462.31 de la partie XII.2 du Code criminel canadien qui, contrairement à la norme suisse, représente un véritable code de la confiscation au sein du Code criminel. Cette partie englobe, en plus de la disposition pénale, tout un catalogue de dispositions sur le recyclage des produits de la criminalité avec, par exemple, des règles sur le mandat de perquisition, sur l'ordonnance de blocage ou sur le régime de la confiscation.

Ainsi, tant au niveau du concept général que de sa définition opératoire, nos deux législations sont identiques dans le sens où le blanchiment s'inscrit dans un processus visant à entraver la véritable origine de fonds provenant d'infractions préalables génératrices de profits illégaux.

3.5 Le financement du terrorisme

La nature et l'ampleur des attentats perpétrés aux Etats-Unis le 11 septembre 2001 ont apporté une nouvelle dimension dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, que cela soit au niveau international, régional ou national. Bien avant ces tragiques événements, la Communauté internationale avait déjà conscience de la nécessité de lutter contre le terrorisme et divers organismes avaient déjà entrepris de nombreux travaux en la matière. Le caractère éminemment international de cette forme de criminalité a entraîné une réelle volonté de la Communauté internationale de lutter conjointement et d'instaurer une coopération internationale en la matière. Compte tenu de sa vocation internationale de maintien de la paix, la plupart de ces instruments ont été érigés sous l'égide des Nations unies, mais d'autres organismes comme le Conseil de l'Europe, le G-7 ou le GAFI participent également à ces efforts.

Les actions terroristes du 11 septembre 2001 ont amené les dirigeants à revoir et à étendre leurs stratégies et leurs concepts. En effet, les premiers instruments internationaux, adoptés dès les années 1960, traitaient d'aspects spécifiques ou de formes particulières de terrorisme. Jusqu'à la fin des années 1990, la Suisse et le Canada ont adhéré aux initiatives de l'ONU pour faire face aux conséquences de certaines menaces terroristes. Cependant, les approches sectorielles, utilisées jusque là, ont dû désormais se centrer sur une approche plus globale du phénomène. A ce titre, le Canada en 2002 et la Suisse en 2003 ont ratifié les conventions de l'ONU pour la répression d'actes terroristes à

l'explosif³⁴ et contre le financement du terrorisme³⁵. Immédiatement après les actes dirigés contre New York, Washington et Pennsylvanie, nos pays ont également appliqué les mesures de contraintes du Conseil de sécurité³⁶ et les recommandations émises par d'autres organismes internationaux, comme les Recommandations spéciales du GAFI³⁷.

Outre la nécessité de lutter contre les actes terroristes en eux-mêmes, la stratégie de lutte a été étendue aux sources du financement de ce type d'activités criminelles. Dès lors, un parallèle doit être fait avec le blanchiment d'argent au sens strict, dans la mesure où les deux activités semblent user des mêmes canaux financiers, mais avec des objectifs différenciés ; un groupe terroriste qui souhaite *in fine* accomplir un acte de violence doit être en mesure de mettre sur pied une structure financière efficace de financement. Pour ce faire, il peut tirer des revenus d'activités illicites qui nécessiteront des mesures de blanchiment afin de ne pas éveiller de soupçons. De plus, il peut user de sources légitimes qui exigeront également des mesures de camouflage afin de brouiller l'usage et la destination future de ces fonds, comme la mise en place d'une logistique ou l'achat de matériels tels que des armes ou des explosifs³⁸. Cette source de revenus légitimes à des fins terroristes est, en réalité, le processus inverse du blanchiment, puisque de l'argent *propre* s'oriente vers un acte *sale*. Ce processus inverse et parfois appelé *noircissement* d'argent (Fig. 2).

L'utilisation de revenus licites à des fins terroristes pose d'importantes difficultés en matière de détection. Ce d'autant plus que les criminels usent également de systèmes financiers parallèles légaux comme les Hawalas (cf. Annexe II) qui offrent la particularité d'être opaques et ne laissant quasiment aucune trace de mouvements financiers.

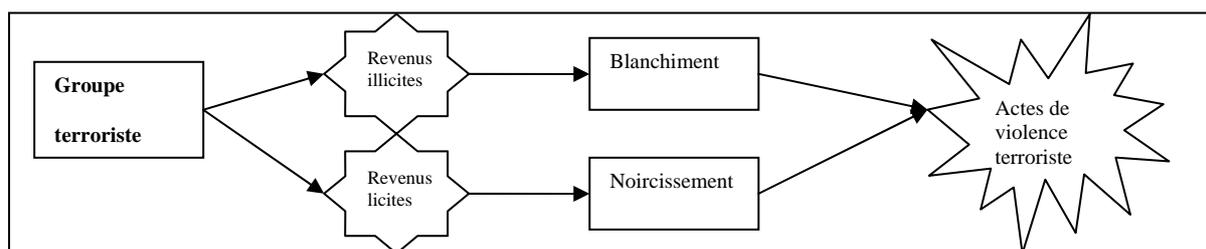
³⁴ RS 0.351.1

³⁵ RS 0.351.22

³⁶ Voir la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'ONU.

³⁷ Avant les événements du 11 septembre 2001, la question du financement du terrorisme n'était pas le centre des préoccupations du GAFI. Immédiatement après, les Etats membres de l'Union européenne demandèrent que le mandat du GAFI soit étendu pour traiter spécifiquement de cette question. Le 6 octobre 2001, les ministres des finances du G7 donnèrent mandat au GAFI de publier des recommandations spéciales sur la question du financement du terrorisme, parallèlement à la révision des 40 Recommandations.

³⁸ Voir par exemple : GAFI, *Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux 2001-2003*, p. 2ss.

Fig. 2 : **Financement du terrorisme (noircissement)**

Nos deux pays ont intégré la problématique de l'utilisation des circuits financiers par les groupes terroristes dans leur dispositif anti-blanchiment respectif, tel que préconisé par le GAFI dans ses Recommandations spéciales. Les mesures de diligence y relative demeurent les mêmes que dans les cas de blanchiment simple, l'intermédiaire financier et l'entité déclarante étant tenus d'identifier, de clarifier et d'annoncer les cas où ils soupçonnent que des fonds appartiennent ou servent à des fins terroristes. A cela s'est encore ajouté un nombre impressionnant de listes contenant des noms de personnes soupçonnées d'être proches des milieux terroristes, dont la transcription (parfois en Arabe) ne se fait pas toujours sans mal. De ce fait, la politique en matière de financement du terrorisme est identique à celle du blanchiment et présente deux volets : le premier, préventif, intègre les normes de diligence relatives au contrôle du blanchiment d'argent, afin d'éviter que le système financier ne soit utilisé pour le financement de tels actes et le second, répressif, incrimine l'acte de financement en lui-même ainsi que les actes de violence qui en découlent.

C'est ainsi qu'en 2005, le MROS et le CANAFE ont reçu, respectivement, 20 et 24 communications en lien avec le terrorisme, ce qui représente une part bien modeste par rapport au total des annonces effectuées.

4. Les sources législatives suisses et canadiennes en matière de contrôle et de sanction du blanchiment

4.1 La présentation des dispositifs : un « squelette » identique

Comme nous aurons l'occasion de le voir plus en profondeur, l'architecture des deux dispositifs converge, bien qu'elle soit issue de sensibilités et de systèmes juridiques différents. Dans un premier temps, la base du système s'articule autour de normes pénales dont l'objectif est de jouer un rôle de prévention générale à l'égard des délinquants potentiels. Ce noyau pénal est complété par un volet administratif complexe qui consiste à prévenir et à surveiller le secteur financier par des organismes et des normes de nature étatique. Enfin, la surveillance et le contrôle sont complétés par les acteurs *du front*, à savoir par

les intermédiaires financiers et les entités déclarantes qui sont en tout premier lieu responsables de la bonne application des 'règles du jeu' des dispositifs (Fig 3). Les intermédiaires financiers suisses, contrairement à leurs homologues canadiens, présentent la particularité, pour ce qui est du secteur non bancaire, d'être surveillés dans certains cas par des organismes privés qui interviennent avant le contrôle étatique (Fig. 4 et Annexe I).

Fig. 3 : Le « squelette » de la lutte anti-blanchiment

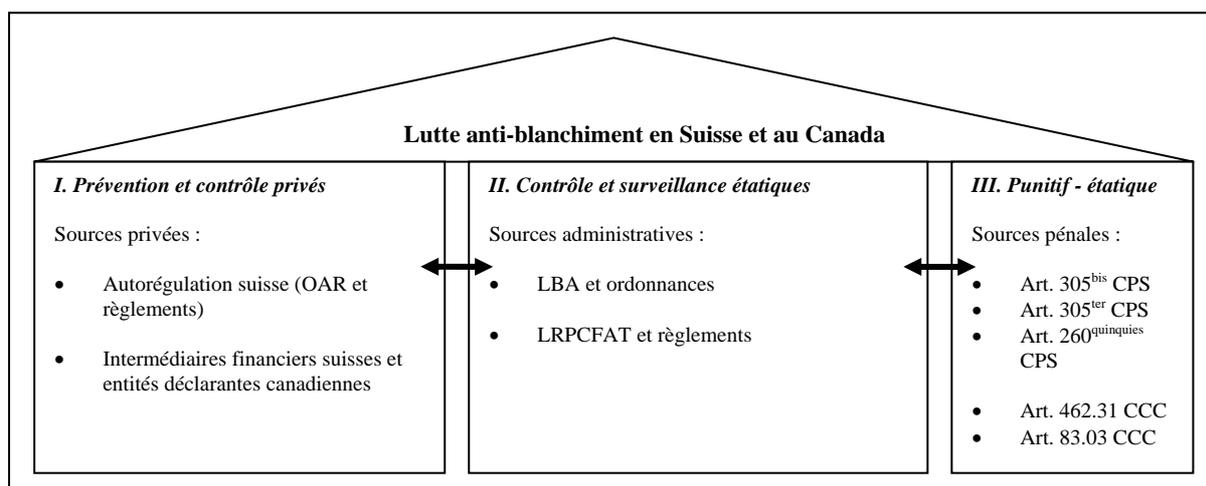
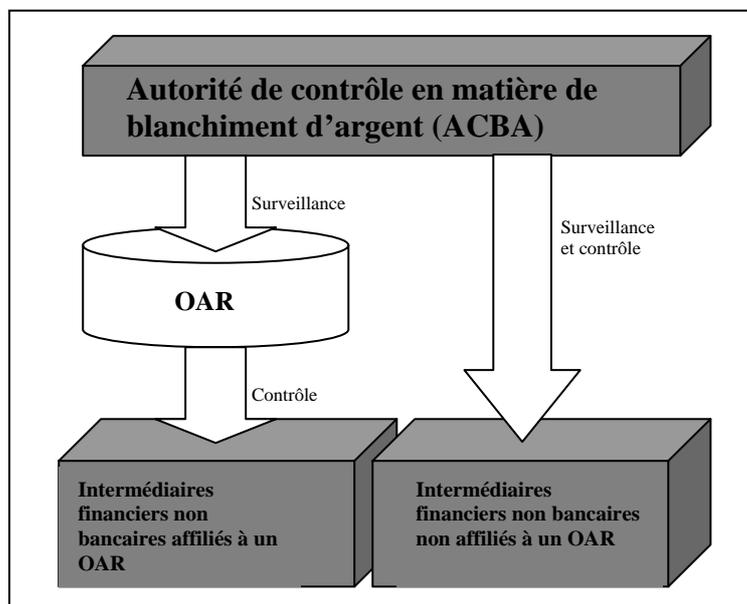


Fig. 4 : La surveillance du secteur non bancaire en Suisse



4.2 Le code pénal suisse (CPS)

Les sources pénales (au sens étroit) helvétiques en matière de répression du blanchiment sont constituées par les articles 305^{bis} et 305^{ter} CPS, qui incriminent respectivement le *blanchiment d'argent* et le *défaut de vigilance en matière d'opérations financières* et qui sont insérées dans le titre 17^{ème} du code pénal relatif aux infractions contre l'administration de la justice. En gardant à l'esprit la volonté du législateur, dont le but est la lutte contre la criminalité organisée dans son ensemble, nous devons retenir que les articles 305^{bis} et 305^{ter} CPS s'inscrivent dans les divers « *trains de mesures* » et sont accompagnés des articles 59 CPS sur la *confiscation*, 260^{ter} CPS sur la *participation ou le soutien à une organisation criminelle*, 260^{quinquies} CPS sur le *financement du terrorisme*, 340^{bis} sur l'attribution des *compétences juridictionnelles à la Confédération*, ainsi que 100^{quater} et 100^{quinquies} sur la *responsabilité pénale de l'entreprise*.

4.2.1 L'article 305^{bis} CPS

Le comportement répréhensible de l'article 305^{bis} CPS consiste à entraver ou à tenter d'entraver la justice pénale en rendant plus difficile l'établissement d'un lien de provenance entre des valeurs patrimoniales et un crime. Il s'agit d'une mise en danger abstraite. L'infraction ne consiste donc pas uniquement en un acte d'entrave à la « confiscation » au sens de l'art. 59 CPS, mais également en un acte d'entrave à « l'identification de l'origine » et à la « découverte » des valeurs patrimoniales illicites³⁹. Afin de lutter contre la dimension souvent internationale du blanchiment, l'article 305^{bis} ch. 3 CPS permet d'ouvrir des poursuites pour acte de blanchiment en Suisse si l'infraction préalable a été commise à l'étranger, pour autant qu'elle soit aussi réprimée dans l'Etat où elle a été commise et qu'elle constitue un crime selon droit suisse.

Etant donné qu'il s'agit d'un acte d'entrave à l'action de la justice, cela signifie que tout comportement propre à brouiller les pistes quant à la provenance criminelle des valeurs patrimoniales suffit pour que l'infraction soit consommée.

³⁹ FF 1989 II 962 (983) et CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse*, 2002, vol. II, p. 534, note 31.

Art. 305^{bis} CPS⁴⁰**Blanchiment d'argent⁴¹**

1. *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, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.*

2. *Dans les cas graves, la peine sera la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement. La peine privative de liberté sera cumulée avec une amende d'un million de francs au plus.*

Le cas est grave, notamment lorsque le délinquant:

a. Agit comme membre d'une organisation criminelle;

b. Agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent⁴²;

c. Réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en faisant métier de blanchir de l'argent.

3. *Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise.*

Ayant certains points communs avec l'infraction de recel (art. 160 CPS), qui est aussi un acte d'entrave subséquent à une infraction préalable, le blanchiment s'en différencie notamment dans la mesure où cette dernière doit être un crime, qu'elle peut être de n'importe quelle nature (et pas seulement dirigée contre le patrimoine comme dans le cas du recel) et qu'elle n'a pas besoin d'avoir été commise par un tiers (cas du recel), l'auteur du blanchiment pouvant aussi être l'auteur du 'crime précurseur'.

Le blanchiment vise également à entraver l'accès de la justice pénale au butin d'un crime⁴³. Ainsi, le comportement délictueux consiste à rendre plus difficile l'établissement d'un lien entre un crime et les valeurs patrimoniales qui en découlent.

La sanction est l'emprisonnement jusqu'à 3 ans, pouvant être cumulée à une amende jusqu'à 40'000.- francs. Dans les cas aggravés (blanchiment par métier,

⁴⁰ Introduit par le ch. I de la LF du 23 mars 1990, en vigueur depuis le 1^{er} août 1990 (FF 1989 II 961).

⁴¹ Nouvelle teneur selon l'art. 43 de la loi du 10 oct. 1997 sur le blanchiment d'argent, en vigueur depuis le 1^{er} avril 1998.

⁴² Nouvelle teneur selon l'art. 43 de la loi du 10 oct. 1997 sur le blanchiment d'argent, en vigueur depuis le 1^{er} avril 1998.

⁴³ ATF 124 IV 276.

en bande, ou comme membre d'une organisation criminelle), l'auteur peut se voir infliger une peine de réclusion jusqu'à 5 ans et une amende d'un montant maximum de 1 million de francs suisses.

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 305^{bis} CPS en août 1990, le Tribunal fédéral (cf. Annexe I) a eu à se prononcer à de nombreuses reprises sur la portée de cette disposition et en particulier sur :

- le dol éventuel qui suffit comme intention délictueuse ;
- la portée de l'entrave : l'acte de blanchiment doit être propre à entraver l'administration de la justice et ne doit pas causer effectivement une telle entrave;
- le blanchiment comme produit de sa propre activité criminelle : l'auteur du crime préalable peut être le propre blanchisseur du produit illicite obtenu ;
- le blanchiment d'un crime produit à l'étranger : si l'infraction préalable a été commise à l'étranger, le blanchiment commis en Suisse est punissable si l'infraction principale est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise ;
- le blanchiment comme rattachement avec la Suisse en vue de la confiscation : bien que la confiscation nécessite une compétence du juge suisse, cette dernière ne doit pas être minimisée dans la mesure où elle peut découler de l'art. 305^{bis} CPS ;
- le blanchiment comme fondement de la responsabilité civile : l'art. 305^{bis} CPS ne vise pas exclusivement l'administration de la justice, mais il a également vocation à protéger le patrimoine de la personne lésée par le crime antérieur et constitue donc un acte illicite en vue de prétentions civiles au sens de l'art. 41 du code des obligations⁴⁴.

4.2.2 L'article 305^{ter} CPS

Le défaut de vigilance en matière d'opérations financières joue un rôle préventif en obligeant les acteurs financiers suisses à se montrer attentifs aux problèmes de blanchiment d'argent. L'article 305^{ter} CPS complète donc l'article 305^{bis} CPS en ce sens qu'il impose un devoir de vérifier, avec la diligence requise par les circonstances, l'identité de l'ayant-droit économique des fonds. Cette disposition est complétée par la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA)⁴⁵.

Le défaut de vigilance englobe toute activité exercée à titre régulier pour en tirer des revenus et qui se trouve en rapport avec le traitement de valeurs qui se

⁴⁴ RS 220

⁴⁵ RS 955.0

prêtent au blanchiment. Sont notamment visées : les banques, les instituts financiers, les fiduciaires, les conseillers en placement, les administrateurs financiers, les agents de change, les marchands en métaux précieux, les avocats et notaires d'affaires, etc. Un critère de délimitation est que l'auteur, dans le cadre de sa profession, reçoit des valeurs patrimoniales d'autrui, les conserve, aide à les placer ou à les transférer et cela indépendamment du fait qu'elles proviennent ou non d'un crime.

Art. 305^{ter} CPS⁴⁶

Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication⁴⁷

¹ *Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende.*

² *Les personnes visées par l'al. 1 ont le droit de communiquer aux autorités suisses de poursuite pénale et aux autorités fédérales désignées par la loi les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime⁴⁸.*

A noter que l'ayant-droit économique est « le propriétaire » au sens économique du terme des valeurs en cause. Il n'est pas partie à la relation entre le client et l'intermédiaire financier. Son identité doit alors être recherchée, si aux vues des circonstances, et sous réserve des obligations de la LBA, il y a des raisons de croire que le nom du cocontractant est faux ou qu'il n'est pas lui-même l'ayant-droit économique des fonds. L'infraction ne semble donc pas réalisée si, l'identité de l'ayant-droit économique dûment établie, il apparaît après coup que les valeurs en cause proviennent d'un crime⁴⁹.

L'article 305^{ter} al. 2 CPS instaure le droit de communication du financier. Les personnes visées à l'alinéa premier ont ainsi le droit de communiquer aux autorités suisses compétentes les indices qui fondent que les valeurs patrimoniales sont d'une origine douteuse, que l'infraction de blanchiment ait déjà été commise ou qu'elle soit sur le point d'être commise et même si l'infraction préalable a été commise à l'étranger. Grâce à cette disposition, l'intermédiaire financier n'est alors pas punissable pour violation du secret

⁴⁶ Introduit par le ch. I de la LF du 23 mars 1990, en vigueur depuis le 1^{er} août 1990 (FF 1989 II 961).

⁴⁷ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 18 mars 1994, en vigueur depuis le 1^{er} août 1994 (FF 1993 III 269).

⁴⁸ Introduit par le ch. I de la LF du 18 mars 1994, en vigueur depuis le 1^{er} août 1994 (FF 1993 III 269).

⁴⁹ ATF 125 IV 143.

professionnel⁵⁰ ou bancaire⁵¹. Cependant, cette dérogation légale demeure limitée au blanchiment d'argent et ne permet pas à l'intermédiaire financier de réagir de manière spontanée dans d'autres cas de figure, comme par exemple s'il apprenait que son client est sur le point de commettre un vol ou une escroquerie.

Mentionnons encore que l'article 305^{ter} CPS est subsidiaire par rapport à l'article 305^{bis} CPS et que l'auteur peut, s'il s'avère que les valeurs patrimoniales en cause appartiennent une organisation criminelle, être également poursuivi pour « soutien » à une telle organisation au sens de l'article 260^{ter} CPS.

L'auteur risque jusqu'à un an d'emprisonnement et une amende jusqu'à 40'000.- francs.

4.2.3 L'article 260^{quinquies} CPS

Tout d'abord, il convient de préciser que la version actuelle de cette disposition sur le financement du terrorisme est sensiblement différente de celle qui avait été proposée par le projet du Conseil fédéral⁵². En effet, le projet initial prévoyait deux dispositions à savoir un article 260^{quinquies} comme norme pénale générale visant à réprimer le terrorisme et un article 260^{sexies} centré spécifiquement sur le financement du terrorisme. Le projet ayant reçu un accueil fort mitigé du Parlement, la première disposition a finalement été biffée lors des débats, la majorité des parlementaires estimant que le droit en vigueur incrimine déjà suffisamment les actes à caractères terroristes via les normes sur l'assassinat, le génocide, la séquestration, la prise d'otage ou encore les infractions créant un danger collectif⁵³.

Le comportement punissable consiste à réunir ou à mettre à disposition des fonds, c'est-à-dire à collecter des fonds ou à les remettre à autrui en vue de leur utilisation à des fins de violence criminelle. Un transfert effectif n'est pas nécessaire, ce qui implique que l'administration de fonds à des fins terroristes est incluse dans l'incrimination. Par « fonds », il faut entendre des valeurs patrimoniales telles que définies à l'article 59 CPS ou aux articles 305^{bis} et ^{ter} CPS⁵⁴. En d'autres termes, l'intermédiaire financier qui administrerait des fonds pour une personne susceptible d'être membre d'une organisation terroriste,

⁵⁰ Art 321 CPS.

⁵¹ Art. 47 LB.

⁵² FF 2002 5014. Mentionnons que le CF pressé par les événements du 11 septembre 2001 avait renoncé à la procédure de consultation. BOCE 2002 698ss.

⁵³ BOCE 2002 1079ss, BOCN 2003 221ss.

⁵⁴ Voir également FF 2002 5065.

serait punissable alors même qu'il n'a pas encore effectué un transfert effectif de valeurs, à condition qu'il ait le dessin de favoriser une action terroriste⁵⁵.

Art. 260^{quinquies} CPS⁵⁶

Financement du terrorisme

¹ *Celui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.*

² *Si l'auteur n'a fait que s'accommoder de l'éventualité que les fonds en question servent à financer un acte terroriste, il n'est pas punissable au sens de la présente disposition.*

³ *L'acte n'est pas considéré comme financement du terrorisme lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un Etat de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci.*

⁴ *L'al. 1 ne s'applique pas si le financement est destiné à soutenir des actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit international applicable en cas de conflit armé.*

L'alinéa 2 exclut le dol éventuel : c'est le dessein de soutenir des actions terroristes qui rend le financement répréhensible⁵⁷. Pour être punissable, l'auteur doit avoir pour but de financer le terrorisme ; il ne suffit pas qu'il s'accommode de l'éventualité que les fonds en cause soient susceptibles de soutenir une action terroriste.

Par « terrorisme », le Code pénal entend un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à un acte ou à une omission. Il s'agit d'un crime (art. 9 CPS) impliquant l'usage de la violence⁵⁸ et qui est passible d'une peine maximale de 5 ans de réclusion.

Les alinéas 3 et 4 sont des clauses de dépolitisation et de garantie qui découlent des conventions de l'ONU à la source de cette disposition⁵⁹. Ils proviennent

⁵⁵ CASSANI U., *Le train de mesure contre le financement du terrorisme : une loi nécessaire ?*, SZW/RSDA, 2003, p. 297.

⁵⁶ Introduit par le ch. I 1 de la LF du 21 mars 2003 (Financement du terrorisme), en vigueur depuis le 1^{er} oct. 2003 (FF 2002 5014).

⁵⁷ Cette solution avait d'ailleurs été vertement critiquée lors des travaux préparatoires. Voir, par exemple, l'intervention MARTY in BOCE 2002 1081.

⁵⁸ FF 2002 5062.

⁵⁹ Voir point 3.5.

principalement du fait que lors de leur élaboration, la Communauté internationale ne s'est pas mise d'accord sur une définition commune et unanime du terrorisme ; certains prônant l'établissement d'une liste d'actes considérés comme actions terroristes, d'autres préférant définir largement la notion. De plus, la difficulté de distinguer un véritable acte terroriste, dont l'essence est par définition politique, d'un acte entrant dans le cadre d'un conflit armé « légitime » contre un pouvoir qui ne l'est pas, a amené notre pays à adopter ces deux alinéas. Ainsi, le caractère relatif de la notion de terrorisme et la légitimité de certains combats politiques armés font que l'acte n'est pas considéré comme terroriste lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un Etat de droit ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci. Il en va de même dans le cadre du processus inverse (terrorisme d'Etat), dans la mesure où les actes en question ne sont pas incompatibles avec les règles sur le droit international en cas de conflit armé.

4.2.4 Les cas de blanchiment en Suisse : enregistrements et condamnations

1) Statistiques de police, du MROS⁶⁰ et de condamnations

Le Tableau 2 et la Figure 5 ci-après font état, pour les affaires de blanchiment, de données assez proches entre le nombre d'enregistrements opérés par les services cantonaux de police (de 1990 à 2004, moyenne annuelle de 92 enregistrements) et le nombre de jugements de condamnation finalement prononcés (78 en moyenne annuelle) par les juges et tribunaux pénaux de toute la Suisse. Il ne faut toutefois pas en déduire que le taux d'élucidation et de sanction des affaires connues de la police est si remarquablement élevé, car

⁶⁰ Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent ou MROS : dans les échanges internationaux, c'est l'abréviation en anglais du Bureau de communication qui s'est imposée, à savoir « *Money laundering Reporting Office Switzerland* ».

**Tableau 2 : Enregistrements en Suisse de cas de blanchiment d'argent (art. 305bis CPS)
et de défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305ter CPS)**

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
<i>Statistiques de POLICE</i> ⁶¹ : total de cas enregistrés (305bis et 305ter CPS)	0	9	109	35	41	73	34	103	129	262	73	132	123	156	99
<i>Statistiques du MROS</i> ⁶² :															
- total des communications reçues	--	--	--	--	--	--	--	--	160	303	311	417	652	863	821
- communications transmises ensuite à la justice pénale	--	--	--	--	--	--	--	--	107	200	240	380	515	661	623
<i>Statistiques de CONDAMNATION</i> ⁶³ :															
- 305bis CPS	0	2	9	18	45	50	65	62	111	127	142	125	113	140	133
- 305ter CPS	0	0	0	0	0	0	2	1	3	2	1	2	12	5	5
- En tout	0	2	9	18	45	50	67	63	114	129	143	127	125	145	138

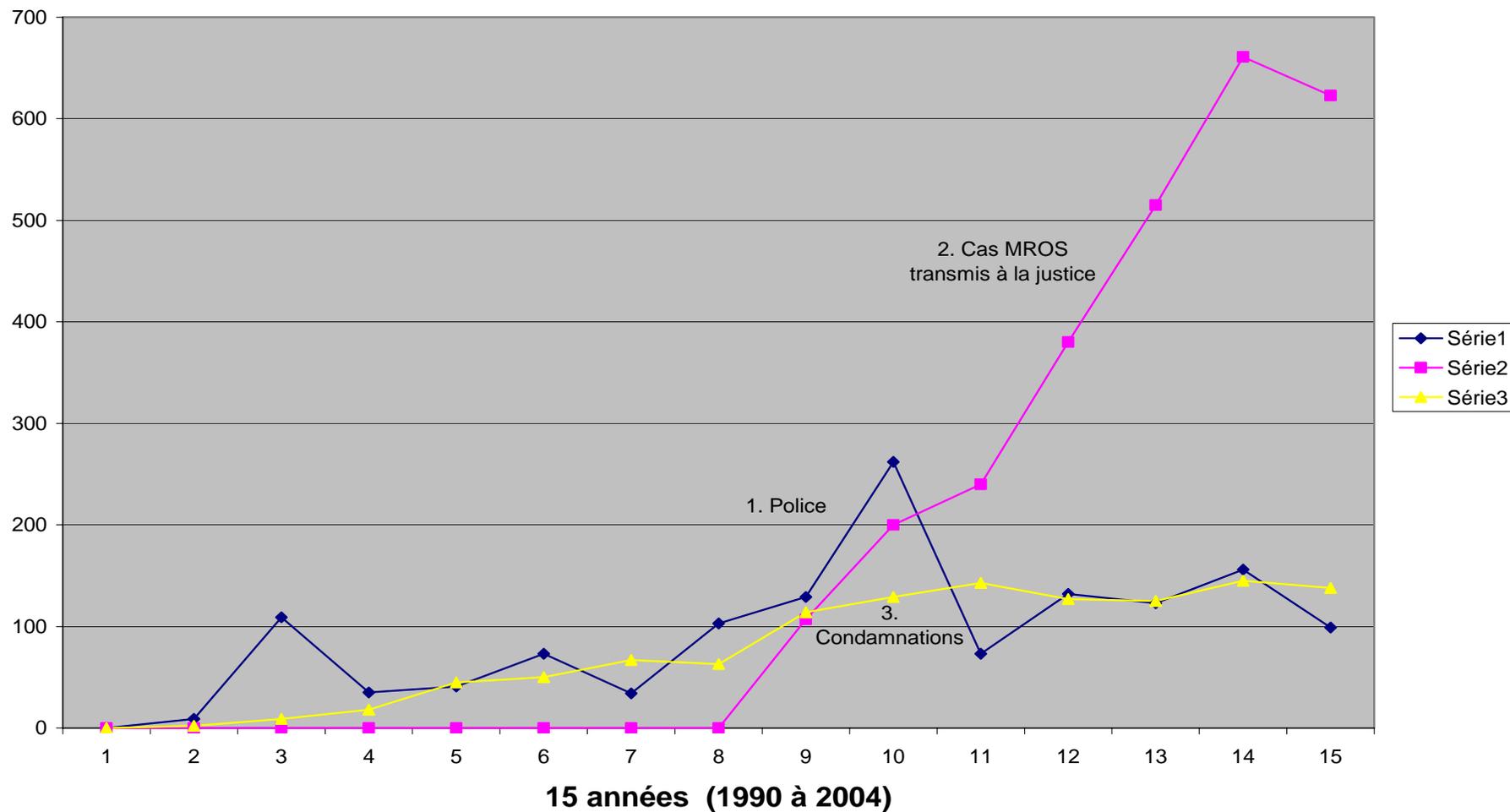
⁶¹ Source : Statistique policière de la criminalité, Office fédéral de la Police, Berne.

⁶² Source : MROS, en activité depuis le 1.04.1998, <http://www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/themen/kriminalitaet/geldwaescherei.html>

⁶³ Source : Condamnations pénales (adultes), Office fédéral de la statistique, Neuchâtel.

Figure 5 :

Evolution de l'ensemble des cas enregistrés de blanchiment en Suisse



l'approvisionnement des autorités judiciaires n'est pas assuré seulement par les services de police dans les cantons, mais également et bien davantage, au niveau fédéral, par le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), auquel les intermédiaires financiers eux-mêmes doivent communiquer les cas de soupçons fondés de blanchiment qu'ils rencontrent dans leurs affaires⁶⁴.

Ainsi, lorsqu'on prend en considération l'ensemble des cas de blanchiment d'argent qui sont officiellement enregistrés en Suisse (à savoir les cas connus des divers services de police ainsi que ceux qui ont été communiqués au MROS et transmis par lui aux instances de la justice pénale : 3'700 cas de 1998 à 2004 ou 529 cas en moyenne annuelle), le taux d'élucidation et de sanction des affaires de blanchiment (avec 921 condamnations prononcées par la justice entre 1998 et 2004, soit 132 en moyenne annuelle⁶⁵) est de 25%, soit 1 affaire seulement de blanchiment qui est finalement sanctionnée sur 4 affaires qui sont officiellement connues. Comme « *l'infraction préalable a souvent été commise à l'étranger* », la Suisse est « *donc dépendante de la coopération de l'Etat dans lequel* » cette infraction préalable au blanchiment a été commise : si les preuves relatives aux infractions préalables ne sont pas fournies ou sont insuffisantes, la sanction du blanchiment ne peut alors pas aboutir en Suisse⁶⁶.

2) La division « Analyse » du Service d'analyse et de prévention de l'Office fédéral de la police s'est penchée sur les décisions qui ont été rendues sur la base des articles 305^{bis} et 305^{ter} CPS par les autorités fédérales et cantonales pour la période allant d'avril 1998 à juillet 2003. Loin d'être exhaustive, cette étude interne aux autorités permet néanmoins d'avoir une idée générale du sort pénal réservé aux communications qui sont transmises au MROS. Il ressort des données disponibles⁶⁷ que, d'après les informations communiquées par les autorités de poursuite pénale (selon l'article 29 al. 2 LBA), 1'134 procédures judiciaires ont été ouvertes sur la base de l'article 305^{bis} CPS d'avril 1998 à décembre 2004. Elles ont abouti à 537 condamnations, dont 481 pour blanchiment simple (ch. 1), 8 pour blanchiment aggravé pour participation ou soutien à une organisation criminelle (ch. 2 lit. a) et 48 pour blanchiment aggravé pour infraction commise en bande ou par métier (ch. 2 lit. b et c).

⁶⁴ Cf. ci-dessous : 4.4.3.1.8 et 5.1.2.

⁶⁵ Alors qu'en Suisse, de 1994 à 1999, 460 condamnations ont été prononcées pour blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CPS), pendant la même période, dans les 15 Etats membres de l'Union européenne, ce sont environ 700 condamnations qui ont été rendues pour ce motif (source : GAFI, *Examen des systèmes anti-blanchiment du GAFI*, 2001).

⁶⁶ Office fédéral de la police, *Rapport sur la sécurité intérieure 2005*, 2006, p. 11.

⁶⁷ Le 7^{ème} rapport annuel du MROS pour la période 2004 fait mention de cette étude. Malheureusement, l'OFP n'a pas voulu nous transmettre les résultats de son analyse.

Pour ce qui est des 597 décisions restantes, la justice a prononcé 329 non-lieux, 120 acquittements et 113 décisions de non entrée en matière. Enfin, 35 procédures étaient en suspend au 31 décembre 2004.

Tableau 3 : Sort des procédures judiciaires pour blanchiment d'argent en Suisse (art. 305^{bis} CPS : d'avril 1998 à décembre 2004)

Procédures judiciaires, en tout :	1'134	100%
- Décisions de condamnation :	537	47,5%
- Décisions de non lieu :	329	29,0%
- Décisions d'acquittement :	120	10,5%
- Décisions de non entrée en matière :	113	10,0%
- Décisions en suspend :	35	3,0%

Ainsi, un peu plus de la moitié des décisions rendues par la justice pénale n'aboutit pas à une condamnation, ce qui confirme les grandes difficultés pratiques (en matière de recueil de preuves tout spécialement) que pose l'application de l'article 305^{bis} CPS.

Par ailleurs, il est intéressant de relever que les cantons qui représentent d'importantes places financières, comme Zurich, Genève et le Tessin, ne sont pas forcément ceux dans lesquels la justice pénale prononce le plus de condamnations. C'est le canton de Vaud qui arrive en tête des jugements de condamnation pour blanchiment. Cela s'explique par les disparités cantonales en matière de répression et par le fait notamment que le canton de Vaud joue un rôle de plaque tournante dans le trafic de stupéfiants ; outre les infractions à la Loi fédérale sur les stupéfiants (LStup)⁶⁸, les autorités vaudoises poursuivent, si les conditions sont réunies, aussi quasi systématiquement les dealers pour blanchiment d'argent (Tableau 4).

Tableau 4 : Condamnations pour blanchiment d'argent dans les cantons de Zurich, Vaud, Genève et Tessin (d'avril 1998 à décembre 2004)

	Art. 305^{bis} ch. 1	Art. 305^{bis} ch. 2 lit. a	Art. 305^{bis} ch. 2 lit. b et c
Vaud	127	1	3
Zurich	113	3	13
Tessin	24	1	3
Genève	20	--	2

⁶⁸ RS 812.121

Dans la majorité des cas, les infractions préalables au blanchiment étaient liées au trafic de stupéfiants, suivies par l'escroquerie, le vol, la corruption et le brigandage. Seuls quelques cas isolés concernaient la traite d'êtres humains et le trafic d'armes.

Il convient également de mentionner que les autorités n'ont prononcé que peu de jugements dans lesquels des prévenus ont été condamnés pour blanchiment aggravé en tant que membre d'une organisation criminelle (art. 260^{ter} CPS). En effet, beaucoup de jugements de condamnation prononcés en première instance ont fait l'objet de recours et ont ainsi été cassés en seconde instance. Cela s'explique à la fois par la spécificité de l'article 260^{ter} CPS relatif à la participation à une organisation criminelle, dont les éléments constitutifs sont très difficiles à établir et à prouver, et par la dimension internationale de la criminalité organisée et des cas de blanchiment qui y sont associés (avec les difficultés et risques de l'entraide internationale).

Soulignons encore que, dans les jugements de condamnation pour blanchiment aggravé commis par métier (art. 305^{bis} ch. 2 lit. c CPS), le Tribunal fédéral a fixé à 100'000.- francs le chiffre d'affaires annuel minimal que l'auteur doit avoir visé et obtenu pour que l'acte soit considéré comme un cas de blanchiment par métier⁶⁹ ; ou alors, l'auteur doit avoir recherché et acquis un gain « *important* », à savoir un bénéfice de 10'000.- francs au moins⁷⁰.

Enfin, les modes opératoires qui ressortent des dossiers ainsi que les sommes impliquées varient sensiblement. Cependant, dans quasiment la moitié des cas, les fonds n'ont jamais transité par les circuits financiers légaux, ce qui implique que la place financière suisse ne serait pas uniquement utilisée dans la seconde phase du blanchiment ('empilage'), mais également dans la première phase ('dissimulation' ou 'placement').

⁶⁹ ATF 129 IV 188 / JdT 2004 IV 42.

⁷⁰ ATF 129 IV 253.

4.3 Le Code criminel canadien (CCC)

4.3.1 L'article 462.31 CCC

Au Canada, la source répressive en matière de lutte contre le blanchiment d'argent est constituée par l'article 462.31 CCC, inséré dans la partie XII.2 relative aux produits de la criminalité.

Art. 462. 31 CCC

(1) Celui qui utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits – ou en transfère la possession – dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant ou croyant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou partie, directement ou indirectement :

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction désignée ;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction désignée ;

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel et est passible d'un emprisonnement maximal de dix ans ;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) N'est pas coupable de l'infraction prévue au paragraphe (1) l'agent de la paix ou la personne qui agit sous la direction d'un agent de la paix qui fait l'un des actes mentionnés à ce paragraphe dans le cadre d'une enquête ou dans l'accomplissement de ses autres fonctions.

Il s'agit d'une infraction contre l'administration de la justice, dont l'infraction préalable doit être de nature qualifiée (« désignée ») et qui génère des profits. Sur le plan économique et social, le recyclage des produits de la criminalité est donc une infraction grave, dangereuse pour la sûreté économique du Canada et qui est susceptible d'accroître le pouvoir des organisations criminelles.

Le comportement punissable consiste dans le fait de cacher ou de convertir des biens, ou le produit de ces biens, tout en sachant ou en croyant qu'ils ont été obtenus par la perpétration d'une infraction désignée par le Code criminel canadien.

Par « infraction désignée », le droit canadien entend tout acte criminel aux termes du Code criminel ou d'une autre loi fédérale, à l'exception des actes criminels désignés par règlement⁷¹.

⁷¹ Il s'agit des infractions aux lois mentionnées dans le Règlement DORS/2002-63.

L'infraction englobe également le complot ou la tentative en vue de commettre un tel acte, le fait d'en être complice ou d'en conseiller la préparation (art. 462.3 CCC).

Enfin, le chiffre (3) de l'art. 462.31 CCC fait directement allusion aux enquêtes sous couverture régies en Suisse par la Loi fédérale du 29 juin 2003 sur l'investigation secrète⁷².

L'auteur risque une peine d'emprisonnement de 10 ans au maximum.

Les tribunaux supérieurs canadiens se sont prononcés afin de préciser certains aspects de cette disposition. Deux décisions importantes ont concerné, d'une part, une question d'interprétation entre les versions anglaise et française de la norme⁷³ et, d'autre part, une précision sur la *mens rea* de l'article 462.31 CCC⁷⁴.

4.3.2 Les cas de blanchiment au Canada : enregistrements et condamnations

Bien que les statistiques rassemblées pour le Canada dans le Tableau 5 (ci-après) ne soient pas complètes, elles permettent toutefois de constater (cf. Tab. 2 ci-dessus) des différences frappantes, puisque :

- entre 1998 et 2004 (soit une période de 7 ans), les services de police du Canada n'ont enregistré, en moyenne annuelle, que 12 cas de blanchiment par an (84 en tout), alors que les services de police suisses ont enregistré 139 cas par an (974 en tout) ; le nombre de cas de blanchiment enregistrés par la police était ainsi, pendant cette période récente, près de 12 fois inférieur au Canada qu'en Suisse ;
- entre 1994 et 2003 (période de 10 ans), le nombre de condamnations prononcées au Canada pour blanchiment d'argent (art. 462.31 CCC : 93 condamnations) était au moins 10 fois inférieur au nombre de condamnations prononcées en Suisse pour blanchiment d'argent (art. 305bis CPS : 980 condamnations).

⁷² RS 312.8

⁷³ Arrêt R. c. Daoust de la Cour suprême du Canada (2004).

⁷⁴ Arrêt USA c. Dynar de la Cour suprême du Canada (1997).

Tableau 5 : **Enregistrements de cas de blanchiment d'argent au Canada (art. 462.31 CCC)**

NB : Ces statistiques sont malheureusement incomplètes car elles ne comprennent pas les données de toutes les provinces du Canada

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Statistiques de POLICE ⁷⁵											
- nombre de cas enregistrés	?	?	?	?	4	6	6	8	14	9	37
- personnes mises en accusation	?	?	?	?	4	54	17	13	25	23	44
Statistiques de CONDAMNATION ⁷⁶											
- En tout	5	5	6	4	11	8	9	6	20	19	?
- avec peine d'emprisonnement	1	1	1	2	0	2	2	0	4	2	?
- avec peine de probation	0	1	0	0	0	4	1	0	2	0	?
- avec peine d'amende	0	0	0	0	0	0	2	0	1	0	?
- avec peine inconnue	4	3	5	2	11	2	4	6	13	17	?

⁷⁵ Source : UCR2 Trend Database, Canadian Centre for Justice Statistics, Ottawa.

⁷⁶ Source : Adult Criminal Court Survey, Canadian Centre for Justice Statistics, Ottawa.

NB : c'est l'année fiscale (d'avril 1994 à mars 1995, etc.) qui est ici prise en considération.

4.3.3 Les articles 83.02 CCC et suivants

Dans la même optique que le législateur helvétique, le Canada n'est pas resté en marge dans le domaine de la lutte contre le terrorisme et son financement. Le pays a d'ailleurs ratifié la majorité des conventions internationales en la matière ainsi que les instruments internationaux nés après les événements du 11 septembre 2001. Il s'est ainsi immédiatement soumis à la résolution 1373 des Nations unies et a adhéré aux conventions internationales qui en ont découlé : respectivement en février 2002 pour la convention réprimant le financement du terrorisme et en avril 2002 pour la répression des actes terroristes à l'explosif.

Comme pour la Suisse, l'intégration de ces instruments s'est faite d'abord par l'adoption de normes pénales spécifiques, puis par une extension de la pratique de la lutte contre le blanchiment, les « *entités déclarantes* » étant également tenues de déclarer les actes de financement du terrorisme.

Le financement du terrorisme est défini à l'article 2 de la LRPCFAT qui se réfère aux infractions des articles 83.02, 83.03, 83.04 et 83.12 du CCC. Plus précisément, le CCC réprime le fait de réunir, fournir, faire bénéficier des biens ou des services dans l'intention de les voir utilisés pour des activités terroristes ou par un groupe terroriste.

Par « *groupe terroriste* », le droit canadien entend une « *entité inscrite* » : il s'agit des entités figurant sur une liste établie en vertu de l'article 83.05 CCC. Plus précisément, il faut entendre toute personne, groupe, fiducie, société de personnes ou de fonds, organisation ou association pour lesquels il existe des motifs de croire que :

- l'entité s'est livrée, a tenté, a participé ou a facilité une activité terroriste ;
- qu'elle agit sciemment au nom d'une autre entité, sous sa direction ou en collaboration avec elle, qui elle s'est livrée ou a tenté de se livrer à une activité terroriste, y a participé ou l'a facilitée.

A côté des entités inscrites sont également répréhensibles les « *groupes terroristes* », autrement dits les groupements de terroristes et les associations de groupes terroristes.

Par « *acte terroriste* », la loi se réfère⁷⁷ aux actes visés par les Conventions des Nations unies en la matière ainsi qu'aux actes commis au nom d'un but, d'un des objectifs ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique en vue d'intimider la population quant à sa sécurité ou de contraindre un

⁷⁷ Art. 83.01 CCC.

gouvernement à accomplir un acte en causant intentionnellement des blessures graves à une personne ou sa mort ou en mettant sa vie en danger, ou en causant des dommages matériels considérables dans des circonstances telles qu'il est probable que des blessures graves seront infligées à des personnes ou en perturbant gravement ou en paralysant des services, des installations ou des systèmes essentiels.

Le financement du terrorisme est puni d'une peine allant jusqu'à 10 ans de prison.

4.4 Le droit administratif

4.4.1 Aperçu

Les sources administratives des dispositifs suisse et canadien anti-blanchiment représentent un autre volet de la stratégie de lutte contre l'argent sale. Il s'agit d'une surveillance *en amont* du blanchiment, qui vise à empêcher autant que possible la réalisation même d'actes de blanchiment via le secteur financier en imposant des obligations et une surveillance du marché financier et plus particulièrement des acteurs qui le composent. La collaboration de l'économie privée à cette lutte constitue un défi majeur pour l'efficacité du mécanisme de surveillance et de sanction, car il appartient essentiellement au secteur privé d'alimenter en déclarations d'opérations douteuses, via des organismes spécifiques d'enregistrement, les autorités de poursuite pénale.

Sur ce point, l'axe central de la surveillance dans les deux pays est différent. Le principe de base du système suisse est l'*autorégulation*. Ainsi, et comme nous l'avons laissé entendre dans la partie consacrée à la genèse de la législation, le régime de surveillance administratif distingue (cf. Figure 4) :

- Les intermédiaires financiers surveillés par une autorité instituée par une loi spéciale. Il s'agit des banques⁷⁸, des maisons de jeu et des assurances privées ;
- les intermédiaires financiers, non régis par une loi spéciale, qui sont affiliés à un organisme d'autorégulation (OAR) et qui ne sont surveillés que par ce dernier ;
- les intermédiaires financiers, non régis par une loi spéciale, qui ne sont pas affiliés à un organisme d'autorégulation et sont alors directement soumis à la surveillance de l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent, cette dernière étant également l'organe de surveillance des OAR.

En conséquence, il convient de prendre en considération tout à la fois :

- une loi cadre : la loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA) ;
- six ordonnances :
 - l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de blanchiment d'argent (OBA-CFB)⁷⁹ ;
 - l'Ordonnance de l'Office fédéral des assurances privées en matière de blanchiment d'argent (OBA)⁸⁰ ;

⁷⁸ Y compris les directions de fonds et les négociants en valeurs mobilières.

⁷⁹ RS 955.022

- l'Ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu en matière de blanchiment d'argent (OCFMJ-LBA)⁸¹ ;
 - l'Ordonnance sur le bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA)⁸² ;
 - l'Ordonnance de l'Autorité de contrôle concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA-AdC)⁸³ ;
 - l'Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel (OAP-LBA)⁸⁴ ;
- et quatorze règlements d'OAR⁸⁵.

Le dispositif canadien est plus simple à saisir dans le sens où il ne connaît pas *l'autorégulation*. Cependant, comme en Suisse, le secteur privé joue également un rôle important dans l'efficacité du système (cf. Figure 7). Au Canada, une seule loi, la LRPCFAT régit l'ensemble des acteurs du système financier. Elle s'accompagne de trois règlements (sortes d'ordonnances), qui précisent certains éléments de sa mise en œuvre. Il s'agit du :

- règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes (DORS)⁸⁶ ;
- règlement sur la déclaration des opérations douteuses relatives aux produits de la criminalité et au financement des activités terroristes (DOD)⁸⁷ ;
- règlement sur la détection des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets (MTEE)⁸⁸.

⁸⁰ RS 955.032

⁸¹ RS 955.021

⁸² RS 955.23

⁸³ RS 955.16

⁸⁴ RS 955.20

⁸⁵ Il y a 11 OAR reconnus par l'Autorité de contrôle, mais nous avons tenu compte de la CDB-03, du règlement de l'Association suisse d'assurances et de la Fédération suisse des casinos.

⁸⁶ DORS/2002-814

⁸⁷ DORS/2001-137

⁸⁸ DORS/2002-412

Figure 6 : La lutte contre le blanchiment en Suisse

Source : Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent

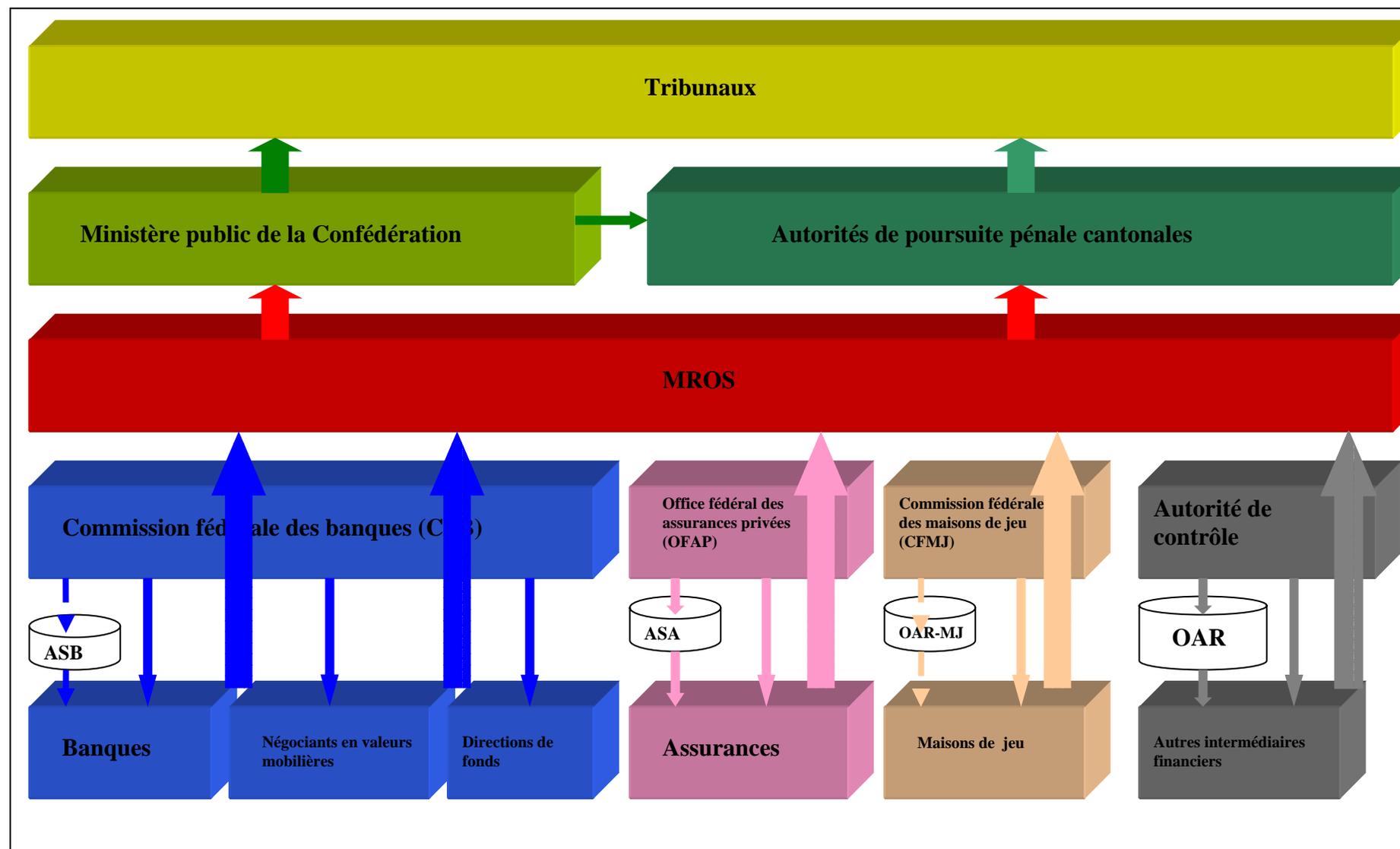
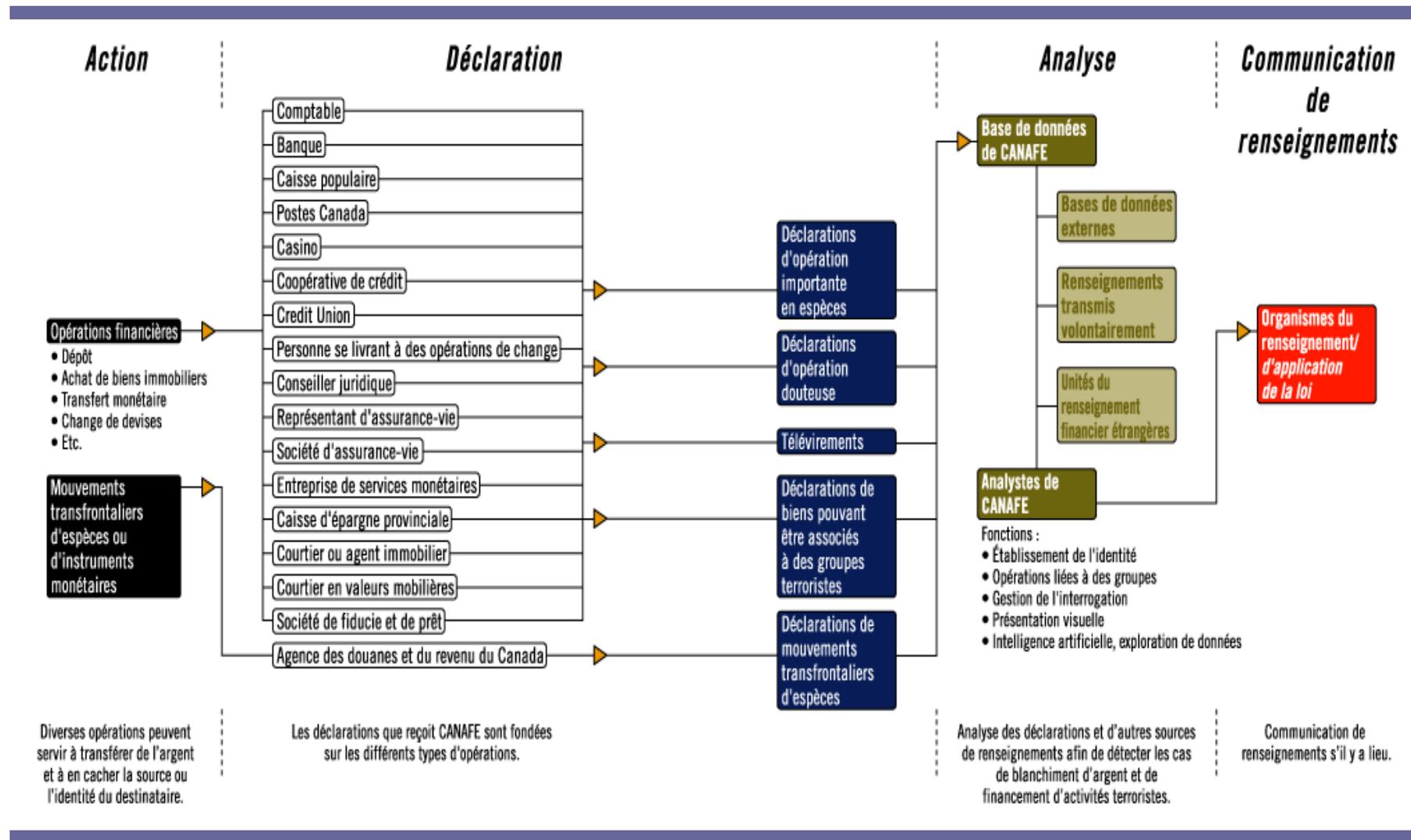


Figure 7 : La lutte contre le blanchiment au Canada

Source : CANAFE



4.4.2 Le champ d'application de la surveillance anti-blanchiment

Mise à part la terminologie qui parle d'*intermédiaire financier* en Suisse et d'*entité déclarante* au Canada, le champ d'application des acteurs et activités assujettis à surveillance est assez semblable dans les deux pays. Nous noterons du point de vue de la technique législative, que la Suisse a opté pour une définition large de l'*intermédiaire financier*, alors que le Canada a émis une liste d'activités soumises à la loi.

Ainsi, selon l'article 2 LBA, le dispositif suisse de contrôle s'applique aux *intermédiaires financiers*, à savoir aux personnes physiques et morales qui exercent à titre principal ou accessoire l'activité d'intermédiation financière. En résumé, il s'agit des intermédiaires directement soumis à une loi spéciale (banques, négociants en valeurs mobilières, maisons de jeu et assureurs privés) et de tous les autres services susceptibles d'être utilisés dans un schéma de blanchiment. De par l'ampleur des activités et des branches soumises, la Suisse a donc opté pour une définition très large de l'intermédiation financière faisant ainsi du secteur privé le point d'ancrage de la lutte contre le blanchiment.

Au Canada, la notion d'*entité déclarante* vise selon l'article 5 LRPCFAT :

- les banques, les coopératives d'épargne et de crédit, les caisses populaires, les sociétés coopératives de crédit ou des sociétés de fiducie et de prêt ;
- les assureurs vie ;
- les courtiers en valeurs mobilières ;
- les courtiers et agents immobiliers ;
- les courtiers en change ;
- les entreprises de service monétaire ;
- les comptables ;
- les casinos.

L'ensemble du secteur financier suisse et canadien représente un ensemble d'acteurs d'environ 7'500 *intermédiaires financiers* en Suisse et 180'000 *entités déclarantes* au Canada.

Parmi les activités assujetties, nous devons relever une lacune de la législation canadienne, puisque les professions juridiques et plus particulièrement les avocats et notaires ne sont pas assujettis à la LRPCFAT. En effet, alors que les activités de conseils juridiques étaient soumises à la loi lors de son entrée en vigueur, ces dernières ont obtenu une dérogation suite à leur contestation devant

les tribunaux et leur gain de cause au motif que les exigences de déclaration de la LRPCFAT sont incompatibles avec la nature des relations entre un client et son avocat⁸⁹. Alors que le Canada occupe la place de présidence du GAFI pour la période 2005-2006, cette lacune a été relevée par la Vérificatrice générale du Canada⁹⁰ lors de son dernier rapport annuel : « *Le GAFI a attiré l'attention sur le recours croissant à des circuits de distribution à l'extérieur du secteur financier pour blanchir des fonds. Les membres du Groupe soulignent que les avocats et les notaires constituent désormais une composante commune dans les mécanismes complexes de blanchiment de capitaux. Cette tendance est évoquée par tous les membres du GAFI (...). Il est admis dans une large mesure que les Recommandations du GAFI sont la norme internationale au titre des mesures nationales de lutte contre le blanchiment d'argent. Le non assujettissement des avocats et notaires aux exigences de déclaration de la loi au Canada fait que notre système de lutte contre le blanchiment d'argent ne satisfait pas pleinement aux normes internationales, alors que la conformité à ces normes constitue l'un des objectifs de l'Initiative nationale de lutte contre le blanchiment d'argent* »⁹¹.

En Suisse, les avocats et les notaires sont soumis à la LBA pour les opérations d'intermédiation financière lorsque celles-ci n'entrent pas dans le champ traditionnel de leurs activités de conseils.

4.4.3 Les ordonnances et les obligations du secteur financier suisse

4.4.3.1 Le secteur bancaire : l'OBA - CFB

4.4.3.1.1 Introduction

Autorité instituée par loi spéciale⁹², la Commission fédérale des banques a, conformément aux dispositions de la LBA, publié une ordonnance en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 et a remplacé la directive 98/1 en matière de blanchiment de capitaux. Cependant, les intermédiaires bancaires ont eu jusqu'au 30 juin 2004 pour mettre en œuvre certaines dispositions de l'ordonnance.

⁸⁹ Arrêt *Lavallée, Rackel & Heinz c. Canada* de la Cour suprême du Canada du 13 décembre 2002.

⁹⁰ Membre du Bureau du Vérificateur général, bureau indépendant, qui a pour tâche de vérifier les activités du gouvernement fédéral (les différents ministères, les organismes, etc.). Il dépend directement du Parlement et ne relève d'aucun ministère. Cf. la Loi A-17 sur le Vérificateur général du Canada.

⁹¹ Rapport de la Vérificatrice générale du Canada de novembre 2004 p. 10-11, notes 2.30 – 2.33.

⁹² Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB), RS 952.0

Toujours conformément à la LBA, l'OBA-CFB concrétise les dispositions de la LBA. Elle se caractérise par les cinq points principaux suivants :

- les intermédiaires bancaires ont l'interdiction d'accepter des valeurs patrimoniales acquises de manière délictueuse. Ils évitent ainsi toutes les valeurs dont ils savent ou doivent présumer qu'elles proviennent d'origine criminelle. Les relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées à l'étranger sont considérées comme « à risques accrus » et nécessitent des clarifications complémentaires ;
- les intermédiaires bancaires ont l'interdiction d'entretenir des relations d'affaires avec des personnes ou des entreprises dont ils savent ou doivent présumer qu'elles sont membres d'une organisation terroriste ou d'une organisation criminelle ou qu'elles la financent ;
- les intermédiaires bancaires sont tenus de fixer des critères signalant les risques pouvant mettre leur réputation en danger. Ces critères doivent permettre de déterminer les relations d'affaires et les transactions particulières présentant des risques accrus. La diligence doit donc être intensifiée ;
- les intermédiaires bancaires doivent mettre en place un système informatisé de surveillance des transactions, afin de détecter les transactions à risques accrus⁹³ ;
- enfin, les intermédiaires bancaires doivent clarifier l'arrière-plan économique et le but de toute relation d'affaires ou de toute transaction.

Une des principales caractéristiques de l'ordonnance est qu'elle laisse une grande marge de manœuvre dans sa mise en œuvre dans le sens où elle impose des objectifs aux banques, mais ne dit pas forcément comment y parvenir. Cela a pour conséquences que la pratique peut sensiblement varier d'un établissement à un autre, alors que l'obligation imposée par l'ordonnance semble *a priori* respectée.

Le risque central pour les intermédiaires bancaires est la remise en question d'une activité bancaire irréprochable, nécessaire à l'octroi de l'autorisation d'exercer, avec la dégradation de la réputation qui peut en découler.

⁹³ Comme nous le verrons, les intermédiaires financiers de petite taille ont la possibilité de faire la demande d'exercer ce contrôle manuellement, afin de leur éviter des surcoûts préjudiciables.

4.4.3.1.2 Personnes politiquement exposées (PEP)

L'ordonnance introduit la notion de personnes politiquement exposées. Il s'agit de personnes occupant des fonctions publiques importantes à l'étranger comme les chefs d'Etat ou de gouvernement, les politiciens de haut rang, les hauts fonctionnaires de l'administration, de la justice, de l'armée et des partis ainsi que les organes des entreprises étatiques.

Dans ce cadre, toute relation d'affaires conclue avec des PEP est, de fait, considérée comme présentant des risques accrus et nécessite donc des clarifications complémentaires.

Les personnalités publiques suisses sont exclues de la notion de PEP. Cependant, la banque peut, sur la base de ses propres critères, considérer une personnalité publique suisse comme présentant des risques accrus.

4.4.3.1.3 Les principes de l'ordonnance

L'OBA – CFB :

- interdit l'acceptation de valeurs patrimoniales provenant de crimes, même s'ils ont été commis à l'étranger. L'ordonnance précise que l'acceptation par négligence peut remettre en cause la garantie d'une activité irréprochable ce qui peut avoir un impact en matière d'octroi d'autorisation ;
- interdit toute relation d'affaires avec des organisations criminelles ou terroristes au sens de l'article 260^{ter} CPS ;
- interdit toute relation d'affaires avec des banques correspondantes qui n'ont pas de présence physique dans l'Etat selon le droit duquel elles sont organisées, sauf si elles font partie d'une société consolidée faisant l'objet d'une consolidation suffisante et adéquate.

4.4.3.1.4 Mesures organisationnelles

Il appartient à l'intermédiaire bancaire de fixer les critères déterminant les relations d'affaires et les transactions présentant des risques accrus. Afin d'y parvenir, l'ordonnance se contente de donner quelques critères à titre exemplatif. Elle mentionne, notamment :

- le siège ou le domicile et la nationalité du cocontractant et de l'ayant-droit économique ;
- la nature et le lieu d'activité commerciale du cocontractant et de l'ayant-droit économique ;

- l'absence de rencontre avec le cocontractant et l'ayant-droit économique ;
- le type de prestations ou de produits sollicités ;
- l'importance des valeurs patrimoniales remises ;
- le mouvement des valeurs patrimoniales ainsi que leur pays de destination ;
- le domaine d'activités du client ;
- l'existence de divergences, d'actes insolites sur le compte du client par rapport au déroulement normal de la relation d'affaires ;
- etc.

Cependant, toutes les transactions atteignant une contre-valeur supérieure à 100'000.- francs, effectuées en une fois ou de manière échelonnée, sont considérées comme présentant des risques accrus et nécessitent des clarifications complémentaires.

Il en est de même pour les cas se conformant aux indices de blanchiment annexés à l'ordonnance.

L'ordonnance impose aux banques d'établir des directives internes en matière de lutte anti-blanchiment qui doivent régler :

- les critères applicables (décidés par la banque) à la détermination des relations d'affaires et des transactions présentant des risques accrus (exception faite de l'art. 8 al. 3 lit. a OBA-CFB) ;
- la manière dont sont déterminés et contrôlés ces risques ;
- les principes applicables en matière de surveillance des transactions ;
- le fonctionnement du service interne de lutte anti-blanchiment ;
- la formation des collaborateurs aux problèmes de blanchiment ;
- la pratique en ce qui concerne les PEP ;
- les compétences internes pour les communications au MROS ;
- les montants limites permettant d'aider à la détermination d'une relation et d'une transaction à risques accrus.

Comme déjà mentionné, l'intermédiaire doit veiller à ce que son personnel bénéficie d'une formation régulière. Dans la même philosophie, il doit se doter d'un service interne de lutte contre le blanchiment. Ce dernier veillera à soutenir et à conseiller les collaborateurs ainsi que la hiérarchie, sans pour autant la dégager de sa responsabilité. En effet, l'ensemble des relations et des

transactions risquées sont du domaine de la responsabilité de la direction à son plus haut niveau. Il appartient donc au service de lutte contre le blanchiment :

- d'établir les directives internes de lutte anti-blanchiment ;
- de veiller et de surveiller la mise en œuvre des directives en relation avec les réviseurs internes et externes ainsi qu'avec la hiérarchie ;
- de planifier et surveiller la formation des collaborateurs ;
- de définir les paramètres de la surveillance des transactions et de procéder à l'analyse des cas suspects ;
- de procéder ou de faire procéder aux clarifications complémentaires ;
- d'assister l'organe de direction dans la décision d'accepter ou de refuser des relations à risques accrus.

Ces tâches peuvent cependant être déléguées à un service externe en raison de la taille de l'intermédiaire ou si sa création ne paraît pas appropriée⁹⁴.

4.4.3.1.5 Obligations de diligence générales

Quoiqu'il arrive, la banque a l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant et de l'ayant-droit économique. Cette identification⁹⁵ doit s'opérer à :

- l'ouverture de compte ou de livrets ;
- l'ouverture de dépôts de titres ;
- l'exécution de placements fiduciaires ;
- la location de places de coffre-fort ;
- l'acceptation de mandat de gestion de biens de tiers ;
- l'exécution d'opérations commerciales portant sur des valeurs mobilières, de devises ainsi que des métaux précieux ou autres marchandises dont les montants ou la contre-valeur sont supérieurs à 25'000.- francs ;
- l'exécution d'opérations de caisse portant sur des montants ou sur une contre-valeur supérieur à 25'000.- francs.

La banque doit indiquer l'identité du donneur d'ordre⁹⁶ pour tout virement effectué à l'étranger. Elle se doit également de prendre les mesures de

⁹⁴ C'est notamment le cas pour les systèmes informatisés de surveillance des transactions où les petits établissements ont la possibilité de demander à la CFB l'autorisation de rester à un système manuel de contrôle.

⁹⁵ Ces critères sont directement repris de la Convention de diligence des banques (CDB-03).

clarification nécessaires en matière de commerce international de billets de banque.

4.4.3.1.6 Obligations de diligence accrues

En cas de relation d'affaires ou de transaction inhabituelle, l'intermédiaire bancaire doit entreprendre des clarifications systématiques allant au-delà des mesures d'identification requises de manière routinière par la CDB-03. Elles doivent permettre de se procurer les informations additionnelles permettant d'évaluer les risques liés à la relation ou à la transaction et de procéder à des éclaircissements approfondis ciblés en fonction des risques de blanchiment.

L'ordonnance mentionne, à titre exemplatif, les points qui devront faire l'objet d'éclaircissements. Il s'agit en particulier :

- de savoir si le cocontractant est l'ayant-droit économique des valeurs patrimoniales ;
- de déterminer quelle est l'origine des valeurs patrimoniales remises et à quelles fins elles sont destinées ;
- de déterminer si les mouvements de fonds sont plausibles, notamment en rapport avec la fortune et l'activité du cocontractant et de l'ayant-droit économique ;
- de savoir si le cocontractant et/ou l'ayant-droit économique sont des PEP ;
- de bien clarifier qui se cache derrière une personne morale ;
- etc.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'ordonnance donne les objectifs à atteindre mais n'indique pas, outre les quelques éléments ci-dessus, comment et jusqu'où peut aller l'intermédiaire pour y parvenir. Tout au plus, se contente-elle de mentionner que les clarifications peuvent se faire sur la base de prise de renseignements écrits, de visite des lieux où le cocontractant et l'ayant-droit économique ont leur activité, de consultation de banques de données ou de renseignements recueillis au près de personnes dignes de confiance. Elle précise, tout de même, que ces clarifications doivent se faire dans le respect de la sphère privée.

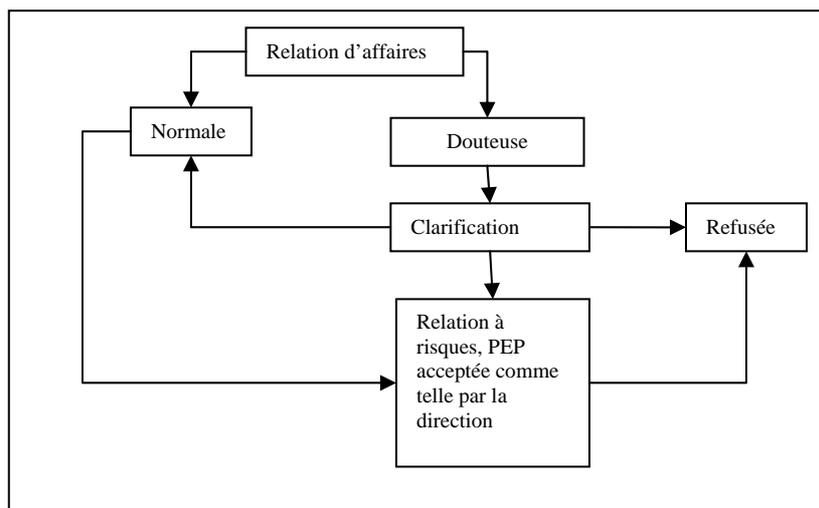
Enfin, rappelons que l'acceptation d'une relation d'affaires ou d'une transaction douteuse n'est pas en soi interdite. Elle requiert simplement une vigilance accrue. De plus, la responsabilité de telles relations incombe à la direction à son

⁹⁶ Nom ou numéro d'identification, numéro de compte et domicile du cocontractant.

plus haut niveau, même si l'ordonnance l'autorise à déléguer cette tâche à une unité spéciale dans le cadre d'une organisation composée de nombreux niveaux hiérarchiques.

Nous pouvons tenter d'expliquer le cheminement d'une relation d'affaires à l'aide du schéma ci-dessous :

Fig. 8 : **Chemin d'une relation d'affaire (sans communication)**



4.4.3.1.7 Devoirs de documentation

La banque doit, conformément à la LBA⁹⁷, conserver toute la documentation relative à l'identification de ses clients et aux clarifications (« *paper trail* »). Elle doit être en mesure de pouvoir fournir rapidement des informations aux autorités habilitées et aux autorités de poursuite pénale⁹⁸.

4.4.3.1.8 Le comportement de la banque en cas de soupçons fondés de blanchiment d'argent

La banque doit communiquer ses soupçons de blanchiment au MROS conformément aux dispositions de la LBA.

⁹⁷ Art. 7 LBA.

⁹⁸ L'ordonnance précise que la banque doit également être en mesure d'établir si le compte/dépôt possède une procuration. Curieusement, cette disposition (art. 23 let. c OBA-CFB) ne se situe pas dans le chapitre consacré aux obligations de diligence, alors que l'identification des *fondés de procuration* joue un rôle essentiel en matière de blanchiment. En effet, quid du fondé de procuration qui a en réalité une position d'ayant-droit économique et qui n'est pas identifié comme tel dans la relation ?

Lors de l'établissement d'une relation d'affaire, la banque doit rompre ses pourparlers avec son client et adresser sans retard une communication au MROS s'il s'avère qu'il a un lien avec une organisation criminelle ou terroriste ou que l'intermédiaire a un autre soupçon fondé de blanchiment. Il en va de même en matière de transaction inhabituelle.

L'ordonnance précise que, si pendant les 5 jours ouvrables⁹⁹ après la communication, la banque n'a pas reçu de réponse du MROS, elle peut librement décider de la poursuite de la relation.

En cours de relation d'affaires, la banque doit, en plus de la communication, procéder au blocage des fonds.

Il se peut que la banque n'ait pas de *soupçons fondés*, mais qu'elle ait un simple *doute* sur une relation. Elle peut alors faire usage de son droit de communication basé sur l'article 305^{ter} al. 2 CPS.

Dans cette même situation, la banque peut également ne pas faire de communication et mettre fin à la relation d'affaires. Dans ce cas, tout retrait de fonds nécessite un « *paper trail* ».

Enfin, l'intermédiaire doit informer la CFB des communications mettant en jeu des sommes importantes ou si l'affaire qui a entraîné la communication risque de nuire à la réputation de l'intermédiaire.

4.4.3.1.9 Délai

Les banques ont eu jusqu'au 30 juin 2004 pour mettre en œuvre les dispositions relatives aux mesures organisationnelles, aux obligations de diligence générales et accrues.

⁹⁹ Selon la LBA, le MROS doit rendre une réponse à l'intermédiaire qui lui envoie un soupçon fondé de blanchiment dans les 5 jours (ouvrables) qui suivent la communication.

4.4.3.2 Les maisons de jeu : l'OCFMJ – LBA

L'ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concrétise la mise en œuvre de la LBA en matière de casinos. Les obligations qu'elle impose en matière de diligence sont assez similaires à celles des autres intermédiaires financiers.

4.4.3.2.1 Identification lors d'opérations de caisse

Lors d'opérations de caisse¹⁰⁰, la maison de jeu doit identifier le client lorsqu'une transaction (ou plusieurs transactions qui semblent liées entre elles) atteint la somme de 15'000.- francs. Si l'opération est effectuée en monnaie étrangère, la limite est fixée à 5'000.- francs.

Tout gagnant doit être identifié pour tout gain supérieur à 15'000.- francs.

La maison de jeu doit également, comme en matière bancaire, identifier l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Cette identification sera répétée en cours de relation d'affaires si des doutes surviennent quant à son identité.

Elle doit procéder à des clarifications complémentaires si des constatations inhabituelles surviennent ou qu'il apparaît que les fonds proviennent d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerce sur eux un pouvoir de disposition. Ces clarifications visent à se renseigner sur :

- l'activité professionnelle et/ou commerciale du visiteur ;
- l'origine des apports.

Dans une telle éventualité, la maison de jeu doit renoncer à nouer une relation d'affaires ou la rompre si elle est déjà amorcée. Toutefois, elle ne peut le faire que si les conditions d'une communication sur la base de soupçons fondés sont réunies.

L'intermédiaire peut, à la demande du visiteur, enregistrer les gains en jeu.

Comme en matière bancaire, les maisons de jeu doivent prendre des mesures afin de satisfaire aux obligations de la LBA : directives internes, organisation interne avec une personne dévouée à ce problème, formation interne continue.

¹⁰⁰ Il s'agit de l'achat / vente de jetons ou de crédits de jeu, des opérations de change et de l'établissement / encaissement de chèques.

4.4.3.2.2 OAR

L'OCFMJ – LBA autorise les maisons de jeu à créer un OAR. La CFMJ demeure cependant la haute autorité de surveillance en la matière.

4.4.3.3 Les assureurs privés : l'OBA

4.4.3.3.1 Introduction

En matière d'assurance privée, la législation est (comme en matière bancaire) triple. D'une part, nous avons la loi cadre qu'est la LBA, puis la présente ordonnance et enfin le règlement émis par l'organisme d'autorégulation de l'Association suisse d'assurance (OA-ASA).

La législation fonctionne alors de la manière suivante :

- les assureurs affiliés à l'OA-ASA sont directement soumis au règlement;
- les assureurs qui ne sont pas affiliés à l'OA-ASA sont directement soumis à l'OBA.

Rappelons tout de même que l'OBA a pour but de mettre en œuvre les dispositions de la LBA et que l'ordonnance est similaire au règlement.

Enfin, elle s'applique :

- aux institutions d'assurances au sens de la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées¹⁰¹ qui exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie ou proposent ou distribuent des parts de fonds de placement ;
- aux organismes d'autorégulation des institutions d'assurances privées.

Cette ordonnance fonctionne selon les mêmes principes que les ordonnances vues précédemment. Nous ne mentionnerons donc que ses éléments principaux.

4.4.3.3.2 Identification du cocontractant

L'ordonnance (de même que le règlement) impose une identification du cocontractant :

¹⁰¹ RS 961.01

- lors de la souscription d'assurances-vie individuelles, si la prime unique ou les primes périodiques dépassent le montant de 25'000.- francs par contrat, en cinq ans ;
- lors d'un versement dépassant 25'000.- francs effectué sur un compte de primes afférant à une assurance-vie individuelle, s'il n'existe pas encore de contrat d'assurance ;
- lors de la vente de parts de fonds de placement.

L'identification se fait à l'aide des documents usuels en matière de personnes physiques et morales.

Il n'y a cependant pas lieu à identification :

- lors de la modification du contrat d'assurance ou de la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance, si l'identité du preneur d'assurance a déjà été vérifiée lors de la conclusion du contrat initial ;
- lorsque le cocontractant est une personne morale dont l'identité est notoirement connue. Tel est notamment le cas si elle est cotée en bourse ;
- lorsque le cocontractant a déjà été identifié de manière équivalente au sein du groupe auquel appartient l'institution d'assurance ;
- lorsque la proposition d'assurance est reçue par un intermédiaire financier soumis à la LBA et qu'il a déjà procédé à la vérification de l'identité du cocontractant, en relation avec d'autres affaires financières.

4.4.3.3 Identification de l'ayant-droit économique

Contrairement aux autres dispositions énumérées ci-dessus, l'OBA est la seule qui définit l'ayant-droit économique. En effet, selon l'article 10 OBA, est considéré comme *ayant-droit économique* :

- la personne qui paie effectivement les primes d'un point de vue économique (bailleur de fonds) ;
- le bénéficiaire désigné dans la police d'assurance.

L'objectif est de découvrir l'ayant-droit économique effectif se cachant derrière un homme de paille. Son identité n'a qu'une importance mineure si le cocontractant n'a pas de droits sur les valeurs patrimoniales faisant l'objet de la transaction.

L'institution d'assurance doit requérir une déclaration écrite du cocontractant si ce dernier n'est pas l'ayant-droit économique ou qu'elle a un doute à ce sujet et en particulier si :

- le cocontractant agit en tant que représentant d'un tiers ;
- le cocontractant est une société de domicile ;
- une disproportion existe entre la valeur de l'assurance souscrite ou le versement effectué et la situation économique du cocontractant.

4.4.3.3.4 Clarifications complémentaires

L'identification du cocontractant et de l'ayant-droit économique devra être renouvelée si des doutes surviennent quant à l'exactitude des données enregistrées, sur le fait que le cocontractant est l'ayant-droit économique ou sur la conformité des déclarations.

L'institution d'assurance doit procéder à des clarifications complémentaires, préciser l'arrière-plan économique et le but de la relation d'affaires notamment si :

- le cocontractant désire verser un montant supérieur à 25'000.- francs en espèces ;
- le cocontractant demande une discrétion qui dépasse les exigences habituelles dans ce domaine, en particulier, s'il demande que le contrat ne soit pas introduit dans la banque de données, ou qu'il soit introduit sous un nom d'emprunt ou un numéro ;
- l'arrière-plan économique de l'affaire ou les intérêts des ayants droit ne sont pas clairs ou pas plausibles ;
- le cocontractant exige en plus de la police d'assurance une déclaration de garantie.

Dans ce cas, l'institution ne peut requérir que :

- le but de la conclusion du contrat ;
- la provenance des valeurs patrimoniales ;
- l'activité professionnelle ou commerciale du cocontractant et de l'ayant-droit économique ;
- la situation financière du cocontractant et de l'ayant-droit économique.

Tout soupçon de blanchiment doit naturellement être communiqué au MROS selon les modalités déjà vues auparavant.

4.4.3.3.5 Conservation des documents

Toute la documentation doit être conservée (au minimum 10 ans dès l'échéance ou la résiliation du contrat) et accessible. Elle doit permettre à l'OFAP de vérifier si les institutions d'assurances respectent leurs obligations et renseigner les autorités pénales.

4.4.3.3.6 OAR

L'ordonnance prévoit que les assurances peuvent se doter d'un organisme d'autorégulation. L'OA-ASA est l'OAR en matière d'assurances privées. Il compte 28 membres. Il a édicté un règlement précisant les obligations de l'ordonnance tout comme la CDB en matière bancaire.

4.4.3.4 Les intermédiaires financiers directement soumis : l'OBA - AdC

4.4.3.4.1 Introduction

La présente ordonnance a pour objectif d'harmoniser la législation *en matière non bancaire* et de préciser les obligations de diligence des intermédiaires financiers tout en gardant un équilibre compte tenu des tailles et des activités variées de ceux auxquels elle s'adresse. Ainsi, l'OBA-AdC est, à peu de chose près, construite de la même façon que la législation anti-blanchiment dans le secteur bancaire¹⁰² :

- éléments définitoires ;
- détermination de la palette de documents servant à la vérification de l'identité du cocontractant ;
- description de l'attestation d'authenticité des documents d'identité ;
- précision des exigences lorsque la relation d'affaires s'est nouée par correspondance ;
- valeurs seuils entraînant l'obligation d'identification du cocontractant et de l'ayant-droit économique et description des cas d'exemption ;
- obligation pour l'intermédiaire financier de classer ses relations en fonction des risques, à laquelle s'ajoutent les clarifications complémentaires, y compris en matière de PEP et de transactions à risques accrus ;

¹⁰² Etant donné l'autorégulation, nous considérons que les textes émanant des OAR, bien qu'ils ne proviennent pas d'organes étatiques, font partie intégrante de la législation anti-blanchiment. De ce fait, beaucoup de similitudes proviennent de la Convention de diligence des banques.

- obligation pour l'intermédiaire financier de définir les critères de classification et de clarification ;
- mise en place d'une structure interne anti-blanchiment en collaboration avec la direction ;
- description de la marche à suivre en cas de soupçons de blanchiment.

Elle ne s'adresse qu'aux intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis, mais elle trouve un écho important dans les règlements des OAR.

Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004 et a remplacé celle datant de 1998. Elle contient également des délais transitoires au 31 décembre 2004 et au 1^{er} janvier 2005 pour la détermination des critères et la classification des relations d'affaires.

4.4.3.4.2 Aspects définitoires

On se référera aux articles suivants concernant les aspects définitoires :

- article 2 lit. a, b, c, OBA-AdC concernant les opérations de caisse, la transmission de fonds et de valeurs et les groupes qui sont identiques à ce qui est défini dans la Convention de diligence des banques (CDB) ;
- article 2 lit. d OBA-AdC, concernant les PEP, identique à l'art. 1 lit. a OBA-CFB ;
- article 3 et 4 OBA-AdC identique à l'art. 4 CDB sur les sociétés de domicile ;
- article 5 OBA-AdC et la note 24 CDB concernant l'exécution des relations d'affaires et des transactions.

4.4.3.4.3 Vérification de l'identité du cocontractant

L'intermédiaire doit vérifier l'identité du cocontractant à l'aide d'un document d'identité délivré par une autorité suisse et contenant une photographie ou un passeport étranger ou un autre document reconnu par l'Office de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration.

Il doit, comme en matière bancaire, saisir le nom, le prénom, la date de naissance, l'adresse de domicile et la nationalité de son client. S'il s'agit d'une personne morale, la vérification se base sur un extrait du registre du commerce (RC), un extrait tiré sur papier d'une banque de données administrée par les autorités du RC ou un extrait tiré sur papier d'une banque de données fiables. Si la société ou la personne morale n'est pas inscrite au RC, la vérification

s'effectue à l'aide des statuts, le contrat de fondation, une attestation de l'organe de révision, une autorisation officielle ou un extrait tiré sur papier d'une banque de données fiable.

Si la relation d'affaires est nouée par correspondance, l'intermédiaire doit exiger du cocontractant une photocopie de sa pièce de légitimation avec une attestation d'authenticité ne datant pas de plus de 12 mois.

4.4.3.4.4 Moment de la vérification

Elle s'effectue :

- à l'ouverture d'une relation d'affaires ;
- lors de virements (indication du donneur d'ordre) ;
- lors d'opérations de caisse lorsqu'une ou plusieurs transactions paraissant liées entre-elles atteignent ou excèdent 25'000.- francs ou, lors d'opérations de change, lorsqu'une ou plusieurs transactions paraissant liées entre elles atteignent ou excèdent la somme de 5'000.- francs.

4.4.3.4.5 Vérification de l'identité de l'ayant-droit économique

L'intermédiaire doit systématiquement identifier l'ayant-droit économique en ce qui concerne les opérations de caisse.

Il en va de même en ce qui concerne les sociétés de domicile et les fondations de famille.

Dans les autres cas, l'intermédiaire doit également demander une déclaration écrite du cocontractant indiquant l'identité de l'ayant-droit économique, lorsqu'il n'est pas l'ayant-droit économique ou que l'intermédiaire a un doute à ce sujet et en particulier si :

- une personne qui n'a pas de liens suffisamment étroits avec le cocontractant dispose d'une procuration ;
- les valeurs patrimoniales remises sont manifestement hors de proportion avec la situation financière du cocontractant ;
- les contacts avec le cocontractant l'amènent à faire d'autres constatations insolites ;
- la relation d'affaires est établie sans qu'une rencontre n'ait eu lieu avec le cocontractant.

Dans la déclaration, l'intermédiaire doit s'assurer que le cocontractant donne des informations sur le nom, le prénom, la date de naissance, l'adresse de domicile et la nationalité.

L'OBA-AdC contient une disposition en matière de trust et autres patrimoines organisés. Ainsi, l'intermédiaire doit identifier :

- le fondateur effectif ;
- les personnes habilitées à donner des instructions au cocontractant ou à ses organes ;
- le cercle de personnes, par catégorie, pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires.

L'identification du cocontractant et/ou de l'ayant-droit économique sera répétée, notamment lorsque des doutes apparaissent sur :

- l'exactitude des indications concernant l'identité du cocontractant ;
- le fait que le cocontractant est lui-même l'ayant-droit économique ;
- l'exactitude de la déclaration remise par le cocontractant au sujet de l'ayant-droit économique.

4.4.3.4.6 Vérifications complémentaires

Comme en matière bancaire, en cas de relations d'affaires ou de transactions inhabituelles, l'intermédiaire est obligé d'opérer des clarifications allant au-delà de l'identification routinière, ceci afin de déterminer les risques qui y sont liés. Il doit, notamment, clarifier les points suivants :

- origine des valeurs patrimoniales remises ;
- utilisation des valeurs patrimoniales prélevées ;
- arrière-plan économique des versements ;
- origine de la fortune du cocontractant et de l'ayant-droit économique ;
- activité professionnelle ou commerciale du cocontractant et de l'ayant-droit économique ;
- situation financière du cocontractant et de l'ayant-droit économique ;
- personnes contrôlant les personnes morales ;
- en cas de transmission de fonds et de valeurs : le nom, le prénom et l'adresse des personnes destinataire des fonds.

L'intermédiaire doit classer sa clientèle en fonction des risques et conserver toute sa documentation de manière à ce qu'elle soit accessible aux autorités de poursuite pénale et de contrôle.

4.4.3.4.7 Eléments structurels

L'intermédiaire doit :

- veiller à la formation de son personnel ;
- établir des directives internes en matière de blanchiment ;
- mettre sur pied un service interne de lutte anti-blanchiment et de contrôle interne s'il a plus de cinq collaborateurs.

Rappelons que la mise en pratique de toutes ces obligations fait l'objet d'une révision.

4.4.3.4.8 Comportement en cas de soupçons fondés

Comme en matière bancaire, l'intermédiaire qui se trouve en présence de soupçons fondés de blanchiment doit opérer une communication au MROS. Parallèlement, il doit bloquer¹⁰³ les valeurs patrimoniales pendant le délai de cinq jours (ouvrables) imposé par la LBA. Entre-temps, aucune transaction majeure ne peut être effectuée. A défaut de nouvelles des autorités passé ce délai, l'intermédiaire agit librement.

Il doit également refuser d'entrer en relation d'affaires lorsque les informations données par son client se révèlent erronées ou que ses soupçons sur les indications du cocontractant ou de l'ayant-droit économique se confirment. Cependant, et contrairement à ce qui se passe en matière bancaire, l'intermédiaire n'a pas l'obligation d'effectuer une communication au MROS lorsqu'il décide de ne pas entrer en relation d'affaires sur la base de ses soupçons.

¹⁰³ Si l'intermédiaire n'a pas ce pouvoir, il en informe immédiatement l'intermédiaire financier qui maîtrise les valeurs patrimoniales.

4.4.3.4.9 Délai

La classification de la clientèle devait se faire au 31 décembre 2004. L'ensemble des mesures structurelles devait être mises en œuvre au 1^{er} janvier 2005, sauf prolongation.

4.4.4 La LRPCFAT et les obligations du secteur financier canadien

Les différentes obligations d'identification, de documentation et de communication sont toutes précisément établies dans la LRPCFAT. Ces dernières sont également complétées par des règlements et par des lignes directrices établies par le CANAFE en fonction de quelques particularités liées à certaines activités professionnelles. Le Canada ne connaissant pas l'*autorégulation*, la marge de manœuvre laissée aux *entités déclarantes* est relativement faible et c'est pourquoi les obligations de diligence sont assez similaires entre les différentes activités soumises.

Pour ce qui est des modalités de ces mesures, la loi les établit en fonction des activités assujetties.

Afin de ne pas alourdir le présent exposé, nous avons choisi de regrouper les obligations en fonction des thèmes suivant : identification, documentation et communication.

4.4.4.1 Devoir d'identification

Toutes les entités déclarantes assujetties sont tenues de vérifier l'identité de leurs clients, soit à l'entrée en relation d'affaires, soit lors de l'exécution de certaines opérations ou encore lors de l'établissement de certains droits spéciaux. De plus, certaines vérifications doivent être effectuées en cours de relations d'affaires comme, par exemple, la vérification de l'existence d'une personne morale où le compte ouvert auprès de l'entité est destiné à être utilisé pour le compte du client ou pour un tiers.

A remarquer que les pièces généralement admises pour les personnes physiques sont le certificat de naissance, le permis de conduire, la carte d'assurance-maladie provinciale, le passeport ou tout autre document semblable. Pour les sociétés, le certificat de constitution ou les documents devant être déposés selon les lois provinciales peuvent faire l'affaire.

4.4.4.2 Devoir de documentation

Les documents que doivent conserver les entités sont nombreux et varient en fonction des diverses activités. Nous pouvons cependant préciser que l'entité est tenue de conserver les documents qui ont trait au client lui-même, aux opérations qu'il effectue et plus particulièrement les télévirements et les virements en espèces ainsi que les autres éléments importants qui entrent dans la relation d'affaires. Il s'agit, par exemple, des procurations, droits de signature, des crédits accordés ou octroyés, des relevés, etc.

4.4.4.3 Devoir de communication

Au terme de la loi et des divers règlements les entités déclarantes doivent communiquer au CANAFE¹⁰⁴ :

- leurs soupçons de blanchiment ;
- leurs soupçons qu'une organisation criminelle ou terroriste exerce un pouvoir de disposition sur les valeurs en causes ;
- toute transaction en espèces dès 10'000 \$Can ;
- l'importation ou l'exportation d'espèces ou d'effets dès 10'000 \$Can.

4.4.5 Confrontation générale des obligations suisses et canadiennes

Comme nous l'avons vu ci-dessus et de façon générale, les obligations de diligence que doivent respecter les *intermédiaires financiers* suisses et les *entités déclarantes* canadiennes sont triples :

- ils ont d'abord un devoir d'identification de leur clientèle,
- puis un devoir de communication
- et enfin ils doivent être en mesure de pouvoir renseigner les autorités en temps opportuns (« *paper trail* »).

C'est parmi les obligations et les mécanismes de ces trois catégories que nos pays se différencient, même si la dynamique des systèmes est semblable. De prime abord, on pourrait considérer qu'elles sont minimales, mais mises bout à bout elles aboutissent à des distinctions qui ont toute leur importance.

Cette dynamique s'articule de la façon suivante : les intermédiaires financiers et les entités déclarantes doivent identifier et même connaître leur clientèle,

¹⁰⁴ Cf. art. 7, 7.1, 12, 40, 47 LRPCFAT et 17, 21, 24, 28, 35, 38 règlement DOD2002/184.

renseigner les autorités en tout temps (« *paper trail* ») et communiquer leurs soupçons fondés de blanchiment ou l'appartenance de fonds à des organisations criminelles ou terroristes aux autorités désignées à cet effet.

L'élément de connaissance du client, appelé principe *KYC*¹⁰⁵, est un fondement essentiel de la lutte contre le blanchiment, en Suisse en particulier. L'intermédiaire financier (banquier, gestionnaire, fiduciaire, assureur, etc.) en contact direct avec sa clientèle est le mieux à même de pouvoir déceler dans les contacts qu'il établit avec son client d'éventuels cas de blanchiment.

En réalité, ce sont les obligations qui fondent cette dynamique qui varient d'un pays à l'autre. Alors que cette articulation est précisément établie dans la LRPCFAT et ses règlements en fonction de quelques particularités liées à certaines activités, la Suisse laisse une marge de manœuvre assez importante aux différents intermédiaires. Ce dernier point mérite d'être souligné. En effet, le formalisme canadien a le mérite d'uniformiser le système. La pratique entre les différentes entités sera identique en fonction des critères établis. La marge de manœuvre laissée aux intermédiaires financiers pourrait être une faille dans l'uniformité du système suisse dans la mesure où la sensibilité des acteurs privés joue un rôle central dans la pratique quotidienne. Ainsi, le risque de se trouver face à des acteurs d'un même secteur d'activités, de taille semblable, avec un portefeuille de clients relativement identique mais avec une mise en œuvre des mesures sensiblement différente, peut aboutir à ouvrir une brèche dans la cohérence et l'efficacité du dispositif.

L'ensemble du processus d'identification canadien est assez formellement décrit à l'inverse des obligations suisses qui sont exprimées largement, laissant à l'intermédiaire financier le soin d'identifier son client en fonction de son activité pour autant qu'il puisse garantir le « *paper trail* ». La pratique bancaire formalisée par la CDB semble avoir inspiré l'ensemble du secteur financier. Les canadiens ne connaissent pas la notion d'ayant-droit économique. Les entités déclarantes se contentent de relever l'identité de leurs cocontractants au moment de l'ouverture d'une relation d'affaires ou de l'exécution de certaines transactions bien précises. Cependant, l'entité est tenue, lors de l'ouverture de la relation, de vérifier si le compte est destiné à être utilisé par un tiers ou au nom du cocontractant (art. 9 LRPCFAT).

En matière de tenue de documents, précisons encore que l'article 6 LRPCFAT prescrit que les entités déclarantes doivent conserver l'ensemble des documents mentionnés dans les règlements. Ils doivent être conservés pendant une durée de 5 ans. Le non respect de cette obligation constitue une infraction et est

¹⁰⁵ *KYC*: « *Know Your Customer* », qui est le principe-clé des directives du Comité de Bâle.

punissable d'une peine d'emprisonnement allant de six mois à cinq ans et/ou d'une amende de 50'000 à 500'000 \$Can. L'intermédiaire helvétique a la même obligation, mais les documents doivent être conservés pendant une durée de 10 ans. A défaut, l'intermédiaire risque une poursuite notamment pour défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{ter} CPS).

L'obligation de communication est sans aucun doute l'élément le plus atypique de nos deux dispositifs. Si les processus de communication sont identiques, les sources diffèrent. Comme trait commun, les intermédiaires financiers et les entités déclarantes doivent communiquer les cas suspects à un organisme spécial désigné à cet effet, respectivement le Bureau de communication pour la Suisse (MROS) et le Centre d'analyse et de déclarations pour le Canada (CANAFE).

La législation suisse prévoit *deux sortes de communications* qui trouvent leur source dans l'article 9 LBA. Les intermédiaires financiers doivent ainsi annoncer au MROS leurs soupçons fondés de blanchiment ou qu'une organisation criminelle ou terroriste exerce un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales en cause. A nouveau, le rôle que joue l'intermédiaire est énorme puisqu'il lui appartient en priorité, sur la base de la relation qu'il noue avec son client, d'identifier les cas potentiels. L'article 11 LBA précise que l'intermédiaire n'encourt aucune conséquence pénale ou civile lorsqu'il procède de la sorte. La violation de l'obligation de communication est sanctionnée d'une amende pouvant aller jusqu'à 200'000.- francs.

Le Canada, quant à lui, connaît *quatre types de déclarations* qui n'ont pas forcément un lien avec un acte potentiel de blanchiment. Ainsi, l'entité déclarante doit déclarer :

- ses soupçons fondés de blanchiment ;
- ses soupçons qu'une organisation criminelle ou terroriste exerce un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales en cause ;
- toute transaction en espèce ou télévirement dès 10'000 \$Can ;
- l'importation ou l'exportation d'espèces ou d'effets dès 10'000 \$Can.

En réalité, l'importation ou l'exportation d'espèces ou d'effets dès 10'000 \$Can n'a pas uniquement pour but la lutte contre le blanchiment, mais également d'augmenter le pouvoir des agents des douanes et la lutte contre l'évasion fiscale en général¹⁰⁶. C'est pourquoi la déclaration se fait d'abord à Revenu Canada puis

¹⁰⁶ Ce volet fiscal a été introduit dans la LRPCFAT à la suite de fortes pressions de la part de l'opposition lors des débats à la Chambre des communes. Il en a résulté l'obligation de déclaration précitée et le pouvoir des agents des douanes a été étendu en conséquence. Ces derniers ont désormais la compétence de procéder à des fouilles (y compris corporelles) et

au CANAFE s'il est soupçonné que les fonds proviennent d'une infraction. Le Canada a ainsi franchi un pas que la Suisse ne semble pas prête à accomplir, bien qu'elle se heurte ainsi souvent aux critiques de la communauté internationale. En effet, la problématique de l'évasion fiscale et de son incrimination en tant qu'acte préalable au blanchiment est déjà connue dans beaucoup de pays et la Suisse sert souvent de destination finale à ce type de valeurs patrimoniales. Il est donc intéressant de constater que notre étude tend à démontrer que tous les milieux consultés, qu'ils soient économiques, politiques ou judiciaires, ne veulent en aucun cas céder aux pressions internationales sur le sujet et sacrifier ainsi tout un pan du PIB du pays.

Afin de préciser la notion de soupçon fondé de blanchiment, le CANAFE a émis des lignes directrices¹⁰⁷ pour aider les entités déclarantes à identifier, en fonction de leurs activités, les cas potentiels de blanchiment. Les intermédiaires financiers, quant à eux, sont libres de déterminer leurs propres critères en fonction de leur secteur d'activités, critères qui peuvent donc sensiblement varier au sein d'une même branche.

Les intermédiaires financiers suisses ont encore une obligation particulière que ne connaissent pas les Canadiens, celle de bloquer les fonds en cas de communication afin de permettre au MROS de déterminer si le cas en question doit être transmis aux autorités de poursuite.

Dès lors, nous sommes d'avis que le système canadien se distingue fondamentalement du système suisse car son fonctionnement repose essentiellement sur la *communication* au CANAFE et non sur le « *Know Your Customer* » propre à l'autorégulation suisse. En outre, ce qui souligne le caractère plutôt *communicatif* du système canadien, c'est qu'il ne connaît pas d'étape intermédiaire entre l'identification, la documentation du client et la déclaration au CANAFE. Alors que les intermédiaires financiers suisses, à défaut de soupçons fondés, doivent procéder à des clarifications complémentaires lorsque des doutes subsistent ou que des risques particuliers apparaissent. Ce dernier élément semble avoir une influence importante tant quantitativement que qualitativement. Si le MROS a enregistré respectivement 821 et 729 communications des intermédiaires financiers au cours des années 2004 et 2005¹⁰⁸, les entités déclarantes canadiennes ont procédé quant à elles à un peu moins de 10 millions puis à près de 11 millions¹⁰⁹ de déclarations en 2004 et en 2005 (voir Tableau 5). On peut alors sérieusement se poser la

même de clouer un avion au sol s'ils soupçonnent qu'un individu n'a pas procédé à une telle déclaration.

¹⁰⁷ Disponibles sur le site Internet du CANAFE : www.canafe.gc.ca

¹⁰⁸ Rapport annuel du MROS 2005.

¹⁰⁹ Rapport annuel du CANAFE 2005.

question de la qualité des informations fournies d'une part et de l'efficacité du rôle de filtre (tri, analyse, 'digestion' et synthèse) que doit jouer le CANAFE face à l'avalanche d'informations à traiter.

Tableau 6 : **Données statistiques comparatives MROS – CANAFE**

MROS			CANAFE		
	2004	2005		2004	2005
Communications	821	729	Communications	9'497'330	10'831'071
- Transmises à la justice pénale	623	504	- Transmises	197	142
- Non transmises	198	224	- Non transmises	9'947'133	10'830'929
- Intermédiaires bancaires	340	293	- Intermédiaires bancaires	5'968'398	6'931'885
- Intermédiaires non bancaires	481	436	- Intermédiaires non bancaires	3'978'932	3'899'186
Somme totale (CHF)	779'391'715	680'439'811	Somme totale (\$can)	700'000'000	2'048'000'000
- Transmise aux autorités (CHF)	767'686'535	613'031'680	- Transmises aux autorités (\$can)	13'863	26'850
- Non transmise (CHF)	11'705'180	67'408'131	- Non transmise (\$can)	699'986'137	2'047'973'150
Origines du soupçon			Origine de la communication		
Arrière-plan économique	23	49	Opération douteuse	11'749	19'113
Ouverture de relation	18	9	Opération importante	2'792'910	3'658'452
Compte de transit	17	6	Télévirement	6'689'626	7'077'675
Cash	302	298			
Médias	145	83	Origine du soupçon		
Infos de tiers	129	128	Cash	7'284	Non annoncé
Autorités de poursuite	110	90	Opérations multiples	1'645	Non annoncé
Autres	77	66	Activité atypique	1'527	Non annoncé
			Provenance des fonds	1'410	Non annoncé
Infraction préalable			Télévirements	1'292	Non annoncé
Escroquerie	198	126			
Corruption	59	52	Origine de l'infraction		
Organisation criminelle	55	41	Blanchiment uniquement	149	110
Abus de confiance	26	40	Terrorisme	44	24
Stupéfiants	22	20	Blanchiment et terrorisme	4	8
Blanchiment uniquement	20	36			
Autres	441	414			
- dont terrorisme	11	20			

5. Les autorités de surveillance instituées par la LBA et la LRPCFAT

5.1 Les diverses autorités suisses

Avec la LBA, deux nouveaux organes officiels ont été créés : l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le Bureau de communication en matière de blanchiment. La LBA reconnaît également les organismes d'autorégulation (OAR). A côté de ces entités, viennent encore s'ajouter la Commission fédérale des banques, la Commission fédérale des maisons de jeu, l'Office fédéral des assurances privées et, en dernier ressort, les autorités en charge de la procédure pénale dans les 26 cantons et au niveau de la Confédération. Au total, ce ne sont pas moins d'une trentaine d'institutions qui sont en charge de l'application d'une seule loi : avec, en amont, tous les intermédiaires financiers (bancaires et non bancaires) assujettis, elles constituent ce que nous appelons *l'entonnoir du dispositif suisse de contrôle du blanchiment d'argent* (cf. Figure 9).

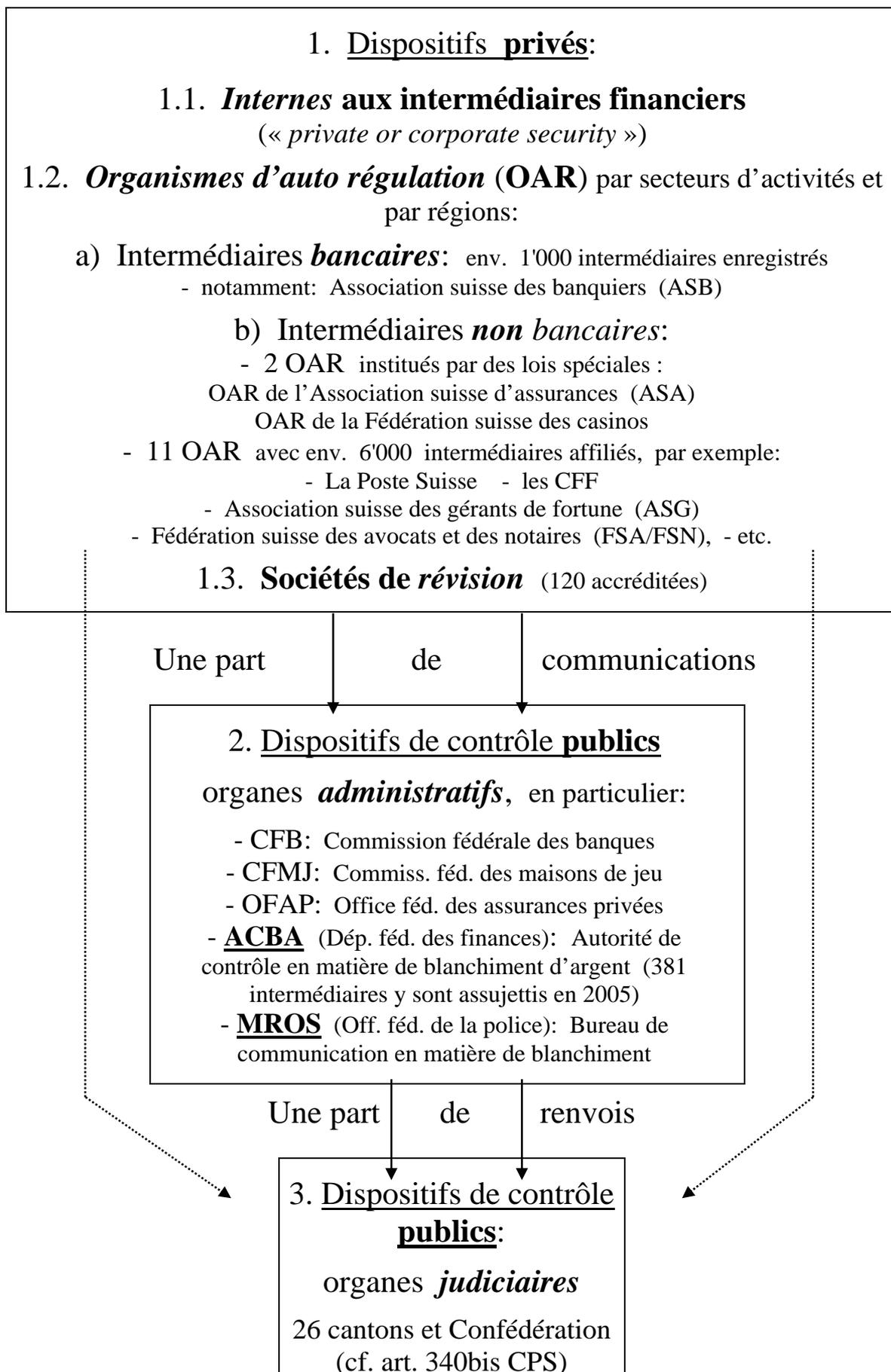
5.1.1 L'Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent (ACBA)

Dépendante du Département fédéral des finances, le rôle de l'ACBA est de nature préventive. Elle agit en amont du dispositif en octroyant les autorisations nécessaires à l'exercice de la profession d'*intermédiaire financier* ainsi que la reconnaissance des OAR. Elle veille également au respect des obligations légales dans le secteur para bancaire. Elle peut également, dans certains cas précis, procéder à des communications au MROS. La surveillance qu'exerce l'ACBA vise donc les intermédiaires financiers qui ne sont pas soumis à une loi spéciale. Elle s'exerce selon deux modalités (cf. Figure 3 ci-dessus) :

- la surveillance de l'ACBA sur les OAR, et indirectement, sur les intermédiaires qui leur sont affiliés ;
- la surveillance de l'ACBA sur les intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (IFDS).

L'ACBA veille au respect des prescriptions légales et rend les décisions nécessaires à la bonne application de la loi. Elle dispose d'un droit d'être renseignée. En d'autres termes, elle peut exiger des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis, des OAR et de leurs organes de révision, tous les renseignements et documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Ses autres sources d'information sont les rapports annuels et les rapports de révision LBA des IFDS, les rapports annuels des OAR, les renseignements obtenus suite à des demandes de mutation et des annonces, les informations d'autres autorités, de clients ou de tiers ainsi que des médias.

Figure 9 : L'entonnoir du dispositif anti-blanchiment en Suisse



Dans le cadre de ses activités de surveillance, l'Autorité de contrôle suit également l'évolution de la situation des intermédiaires financiers et du marché financier du point de vue de la LBA et adopte les mesures que cette évolution impose.

Il lui incombe de reconnaître et de surveiller les OAR. A ce jour, elle en a reconnu onze. Elle approuve les règlements édictés par les OAR visés à l'article 25 LBA, ainsi que les modifications qui y sont apportées, et veille à ce que les OAR les fassent appliquer. Le contrôle repose sur un rapport qui doit être présenté au moins une fois par année. Ce rapport annuel doit renseigner sur l'organisation de l'OAR, sur les affiliations et les radiations de membres, sur les activités des divers organes de l'OAR, sur les activités de contrôle et de révision auprès des membres ainsi que sur les activités et constats ayant trait au blanchiment d'argent. L'ACBA peut aussi procéder à des contrôles sur place ou charger un organe de révision de son choix de les effectuer. Dans le cas des avocats et des notaires, elle est tenue de confier ces contrôles à un organe de révision.

Si un OAR ne remplit plus les conditions fixées dans la décision de reconnaissance ou s'il viole ses obligations légales, l'ACBA peut lui retirer la reconnaissance, après l'avoir dûment menacé de recourir à cette mesure. Dans ce cas, les intermédiaires financiers affiliés à l'OAR en question tombent sous la surveillance directe de l'ACBA, à moins qu'ils n'adhèrent à un autre OAR dans les deux mois¹¹⁰. Les avocats et les notaires font exception à cette règle: ils doivent impérativement s'affilier à un autre OAR dans les deux mois, sous peine de se voir interdire d'offrir des services financiers.

En principe, tout OAR a droit à la reconnaissance de l'ACBA, pour autant qu'il remplisse les conditions fixées par la loi et qu'il dispose d'un nombre de collaborateurs qualifiés suffisant pour être en mesure, au plan organisationnel, de remplir ses tâches en évitant tout conflit d'intérêt. L'OAR doit garantir que les intermédiaires qui lui sont affiliés respecteront durablement leurs obligations légales.

Comparativement à ce cadre légal, la réalité de la vie quotidienne de l'ACBA peut parfois être moins lisse et moins calme. La pratique de l'ACBA a fait l'objet de nombreuses controverses, surtout au début de ses activités, poussant d'ailleurs à la démission certains de ses premiers acteurs clés. Aujourd'hui encore les critiques de certaines catégories d'intermédiaires financiers ne

¹¹⁰ En 2005, par exemple, l'ACBA a pris notamment les décisions suivantes à l'encontre d'un OAR ou d'un IFDS : 25 décisions de fin d'autorisation, 3 retraits d'autorisation, 1 liquidation et 57 sanctions d'exclusion d'un intermédiaire.

manquent pas, qui reprochent à l'Autorité son autoritarisme et, parfois, un manque de connaissances ou de réalisme vis-à-vis des contraintes quotidiennes que subissent les intermédiaires, qui peinent parfois à accepter les répercussions (administratives et financières) qu'imposent les obligations en matière de lutte contre le blanchiment.

5.1.2 Le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)

Rattaché à la division des services de l'Office fédéral de la police (OFP) auprès du Département fédéral de justice et police (DFJP), le MROS n'est ni un organe de police, ni un organe de poursuite. Ce rattachement a été décidé par le législateur à des fins d'indépendance. Le MROS joue un rôle de relais et de filtre entre les intermédiaires financiers et les autorités de poursuite pénale compétentes.

Plus précisément selon l'article 1 de l'OBCBA¹¹¹, ses tâches sont :

- d'exploiter les communications fournies par les intermédiaires financiers, d'enquêter et d'en déceler les points suspects ;
- de gérer le système de traitement des données en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (système GEWA) ;
- de saisir les communications dans une statistique de façon à être en tout temps capable de fournir des informations sur le nombre de communications, leur contenu, leur type et provenance, les cas suspects, leur fréquence, les types de délits et la manière dont il les traite. Ces données doivent être anonymes.

Le MROS a également accès aux autres banques de données de l'OFP¹¹².

Etant donné le caractère très souvent transfrontalier du blanchiment, le MROS est le « *Financial Intelligence Unit (FIU)* » suisse et fait partie du *Groupe Egmont*¹¹³ : il peut, de ce fait, collaborer avec ses homologues étrangers pour autant que l'information relève exclusivement de la lutte contre le blanchiment

¹¹¹ RS 955.23

¹¹² RIPOL (système informatisé de recherche de police) ; AUPER (enregistrement de personnes) ; IPAS (gestion et indexation de dossiers de personnes) ; JANUS (système informatisé de police judiciaire) ; VOSTRA (casier judiciaire informatisé).

¹¹³ Le Groupe Egmont compte aujourd'hui 82 FIU, dont le Canada (cf. www.egmontgroup.org).

d'argent ; ainsi par exemple durant l'année 2004, le MROS a procédé à 1'701 requêtes¹¹⁴ de renseignements portant sur des personnes physiques et morales.

Lorsqu'un intermédiaire financier a un soupçon fondé de blanchiment, qu'il présume que des valeurs patrimoniales sont sous influence d'une organisation criminelle ou qu'elles servent au financement du terrorisme, il doit procéder *sans délai* à une *communication* au MROS¹¹⁵. Cette communication ne peut pas se faire par voie électronique, procédé qui est par contre admis au Canada et dans d'autres pays. L'intermédiaire doit remplir un formulaire spécifique qu'il envoie au MROS¹¹⁶. Une fois la communication effectuée, l'intermédiaire financier doit bloquer les valeurs patrimoniales (art. 10 al. 1 LBA) en cause pendant un délai de cinq jours (art. 10 al. 2 LBA) durant lequel le MROS jouera son rôle de filtre et où il déterminera si la communication doit être transmise aux autorités de poursuite pénale ou non. Pendant toute la durée du délai, l'intermédiaire est tenu au secret ; ni les personnes concernées, ni les tiers ne doivent en être informés (art. 10 al. 3 LBA). D'ailleurs, l'intermédiaire financier se met potentiellement dans une situation délicate dans la mesure où il lui appartient de gérer la situation avec son client qui se voit refuser toute transaction sur ses avoirs.

Au-delà de ce délai et faute de décision du MROS, l'intermédiaire est libre de poursuivre sa relation d'affaires comme bon lui semble. Si une procédure est ouverte, il appartiendra aux autorités de poursuite de procéder à la prolongation du blocage. Il faut cependant souligner que dans les faits, le MROS dispose de moins de cinq jours pour statuer sur la communication, puisqu'il est nécessaire de tenir compte du temps d'envoi, de traitement et de réponse de la communication. Il en va de même pour les autorités de poursuite qui décident d'une prolongation du blocage dans le cadre d'une procédure et qui sont généralement informées à la fin du délai.

Le contenu de la déclaration de soupçon adressée par l'intermédiaire financier au MROS joue un rôle essentiel. Dans ce cadre, l'appréciation, le sentiment et la qualité de l'information que fournit l'intermédiaire sur les éléments fondant ses soupçons constituent les éléments moteurs et centraux de la communication qui, rappelons-le, sont déterminés de manière exemplative dans les diverses ordonnances et qui sont mis en œuvre par les intermédiaires en fonction de critères établis par leur secteur d'activités respectif. C'est en effet sur cette base que le MROS devra procéder à une analyse aussi efficace que possible dans les limites du délai de cinq jours imposé par la LBA. Selon les données que nous

¹¹⁴ Rapport annuel du MROS 2004.

¹¹⁵ Art. 9 LBA.

¹¹⁶ Disponible sur le site Internet du MROS (cf. www.fedpol.ch).

avons réunies, la qualité des informations que reçoit le MROS semble bonne, notamment grâce au formulaire de communication qui permet de fournir des informations suffisamment complètes sans que les analystes du Bureau n'aient à demander de compléments d'informations. Cependant, il paraît utile de bien distinguer de quel type d'intermédiaire provient la communication. Les banques, par exemple, ont quasiment toutes un service « *compliance* » qui permet un suivi des relations, parfois sur plusieurs mois, avant de procéder à une communication. La qualité des informations est alors précise et détaillée. Il peut en aller autrement pour les autres intermédiaires financiers où souvent la communication se base sur une transaction isolée. L'intermédiaire communique ainsi un doute dont les contours sont parfois flous et limités.

Il faut mentionner que cette analyse amènera le MROS à rechercher en priorité l'infraction préalable aux actes fondant les soupçons de blanchiment. Ce dernier étant souvent transfrontalier, cela implique que la collaboration avec les autres organismes spéciaux (*FIU*) doit se faire extrêmement rapidement. Si la situation semble fonctionner pour ce qui est des voisins européens, il en va autrement des autres Etats où les demandes de renseignements vont largement au-delà du délai de blocage. Par voie de conséquence, le MROS devra procéder à une *transmission incomplète* aux autorités de poursuite à qui reviendra la tâche de procéder aux vérifications et recherches complémentaires. Malgré cela, le traitement des communications paraît ne pas souffrir de cette difficulté puisque $\frac{3}{4}$ ou 75% des annonces sont transmises aux autorités pénales¹¹⁷ (cf. Tableau 6).

Tableau 7 : Communications de soupçons de blanchiment reçues par le MROS et renvoyées à la justice pénale¹¹⁸

1998:	→ communications reçues:	160
	→ de la part d'intermédiaires bancaires:	80%
	→ transmises à la justice pénale:	107 (67%)
	→ montants totaux en jeu:	334 millions de Sfr.
	- part transmise à la justice pénale:	71%
1999:	→ communications reçues:	303
	→ de la part d'intermédiaires bancaires:	85%
	→ transmises à la justice pénale:	200 (66%)
	→ montants totaux en jeu:	1,375 milliards de Sfr.
	- part transmise à la justice pénale:	94%

¹¹⁷ Nous ne connaissons malheureusement pas la part des communications *incomplètes* comprises dans les dossiers transmis aux autorités. En effet, ce type d'annonces est comptabilisé dans les dossiers transmis et non dans les affaires pendantes.

¹¹⁸ Source : Rapports d'activité du MROS.

2000:	→ communications reçues:	311
	→ de la part d'intermédiaires bancaires:	75%
	→ transmises à la justice pénale:	240 (77%)
	→ montants totaux en jeu: 656 millions de Sfr. (93% transmis à la justice pénale)	
2001:	→ communications reçues:	417
	→ de la part d'intermédiaires bancaires:	61%
	→ transmises à la justice pénale:	380 (91%)
	→ montants totaux en jeu:	2,728 milliards de Sfr.
	- part transmise à la justice pénale:	99%
2002:	→ communications reçues:	652
	→ de la part d'intermédiaires bancaires:	42%
	→ d'intermédiaires financiers non bancaires:	58%
	→ transmises à la justice pénale:	515 (79%)
	→ montants totaux en jeu: 666 millions de Sfr. (97% transmis à la justice pénale)	
2003:	→ communications reçues:	863
	→ de la part d'intermédiaires bancaires:	35%
	→ d'intermédiaires financiers non bancaires:	65%
	→ transmises à la justice pénale:	661 (77%)
	→ montants totaux en jeu: 616 millions de Sfr. (99% transmis à la justice pénale)	
2004:	→ communications reçues:	821
	→ de la part d'intermédiaires bancaires:	340 (41%)
	→ d'intermédiaires financiers non bancaires:	481 (59%)
	→ transmises à la justice pénale:	623 (76%)
	→ montants totaux en jeu: 779 millions de Sfr. (98% transmis à la justice pénale)	
2005:	→ communications reçues:	729
	→ de la part d'intermédiaires bancaires:	293 (40%)
	→ d'intermédiaires financiers non bancaires:	436 (60%) ¹¹⁹
	→ transmises à la justice pénale:	504 (69%)
	→ montants totaux en jeu: 680 millions de Sfr. (90% transmis à la justice pénale)	

¹¹⁹ En 2005, parmi ces intermédiaires financiers non bancaires, 348 étaient des sociétés de transfert de fonds (80%), 31 des fiduciaires (7%), 18 des gérants de fortune (4%), 9 des assurances (2%), 8 des avocats (1,8%), 7 des casinos (1,6%) et 15 divers autres intermédiaires.

5.1.3 Les organismes d'autorégulation (OAR) : le rôle du secteur privé dans le dispositif de contrôle

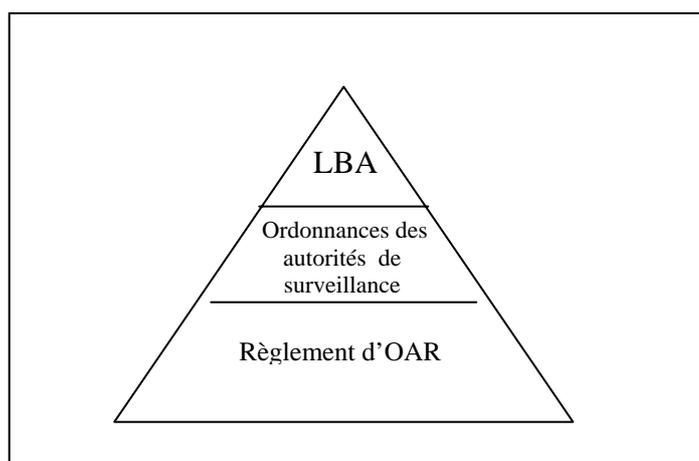
Le principe de l'*autorégulation* du dispositif suisse anti-blanchiment, tel qu'établi par la LBA, est concrétisé par les OAR, entités regroupant des représentants des milieux financiers concernés. Pour certains, ce modèle représente « *une réponse du berger à la bergère (...) réponse de Berne au balayage par le Parlement de son premier avant-projet trop dirigiste de LBA* »¹²⁰. Pourtant au fil de la mise en œuvre de la loi et de son application, le concept même d'autorégulation, en tout cas pour le domaine propre au blanchiment, demeure flou. Nos interlocuteurs eux-mêmes (cf. Partie 3 de ce rapport) en ont d'ailleurs une vision bien différente selon leur secteur d'activités et leur propre sensibilité, ce qui rend difficile l'élaboration d'un modèle théorique général.

Faut-il voir en ce modèle une situation pure où les branches de l'économie privée se dotent d'une réglementation sous couvert étatique ? Une première remarque s'impose : le choix laissé aux *intermédiaires financiers* non soumis à une loi spéciale est restreint dans le sens où ils doivent s'affilier à un OAR ou être directement soumis à l'Autorité de contrôle. De plus, rappelons que les OAR doivent satisfaire à des exigences strictes pour être reconnus, ce qui implique par conséquent une charge non négligeable pour l'économie privée.

Il convient également de séparer deux choses : l'élaboration des normes et leur mise en œuvre.

Pour ce qui est de l'élaboration des normes, force est de constater que la marge de l'économie privée, donc des OAR, est relativement faible. En effet, chaque règlement d'OAR doit respecter le cadre légal établi par la LBA et celui des autorités de surveillance respectives (voir Figure 10). Il en résulte que ces différents règlements diffèrent assez peu les uns des autres, bien qu'ils tiennent compte des particularités liées aux différents secteurs d'activités.

¹²⁰ CUENDET A., L'histoire scabreuse de la lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse. De la CDB à la CDF, ECS, 1999, p. 99-104.

Figure 10 : **Pyramide du cadre légal et réglementaire**

Dans le cadre de la mise en œuvre du système, la situation est différente. Les OAR sont les répondants directs des intermédiaires financiers. C'est à eux que revient non seulement la tâche de mettre en œuvre le système, mais également d'en contrôler la bonne application et de prononcer des sanctions si nécessaire. A noter que les OAR ne sont, là également, pas totalement libres de leurs mouvements. Ces derniers font l'objet d'une surveillance et d'un contrôle régulier, au travers des rapports et de la révision annuels, qui est directement exercé par l'ACBA qui peut leur retirer la reconnaissance d'acteur faitier en la matière si elle vient à constater que l'autorégulation pratiquée se révèle trop laxiste ou insuffisante au regard des obligations légales (art. 28 LBA).

Dès lors, nous devons dresser le constat que le terme d'*autorégulation* n'est pas très judicieux. En effet, les OAR ne se limitent pas simplement à une organisation accessoire et facultative. La mission qui leur est confiée est bel et bien la mise en œuvre des normes prescrites par la LBA, qui joue un rôle didactique, préventif et même répressif. Ainsi, les OAR, et donc le secteur privé, se voient confier des tâches qui sont normalement du ressort de l'Etat et leur rôle revêt alors une grande importance puisqu'ils déchargent l'Etat de tâches qui lui sont en principe dévolues. Le terme d'*autorégulation* est alors souvent mal interprété ou mal compris, principalement au niveau international, mais aussi sur le plan national.

La contribution des OAR et du secteur privé en général à la réussite du système est importante. En 2004, 6'701 intermédiaires financiers étaient affiliés à un OAR, alors que 333 étaient directement soumis à la surveillance de l'Autorité de contrôle¹²¹. Cette contribution est d'autant plus forte que si l'ACBA devait assumer seule le contrôle de tous les intermédiaires non soumis à une loi spéciale, ses ressources humaines et financières seraient nettement insuffisantes.

¹²¹ Rapport annuel 2004 de l'ACBA, p. 40.

Ainsi, il serait plus juste (et peut-être plus sage) de présenter le *système d'autorégulation suisse* comme *encadré* ou *surveillé à distance*. Il est d'ailleurs intéressant de constater que les discours nationaux et internationaux autour de la présentation de notre système tendent à se déplacer vers un tel concept. Le dernier rapport d'évaluation mutuelle du GAFI présente d'ailleurs notre dispositif comme étant un « *système d'autorégulation issu de la pratique bancaire (appelé « autorégulation dirigée »)* »¹²².

Les différentes obligations de la LBA incombent à onze OAR répartis en fonction de leur secteur d'activités et par régions. Les OAR actuellement reconnus sont :

- Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF), Zoug¹²³ ;
- La poste suisse (OAR – Poste), Berne;
- Chemins de fer fédéraux (OAR – CFF), Berne ;
- Association suisse des gérants de fortune (ASG), Zurich¹²⁴ ;
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (AOD – FCT), Lugano¹²⁵ ;
- OAR Fédération suisse des avocats et notaires (OAR – FAS/FSN), Berne¹²⁶ ;
- Association romande des intermédiaires financiers (ARIF), Genève¹²⁷ ;
- Association suisse des sociétés de leasing (ASSL), Zurich¹²⁸ ;
- Allg. Selbstregulierung-Verein (PolyReg), Zurich¹²⁹ ;
- Organisme d'autorégulation du Groupement suisse des Conseils en gestion indépendants (GSCGI) et du Groupement patronal corporatif des gérants de fortune de Genève, (OAR – G), Genève¹³⁰ ;
- Union suisse des fiduciaires (SRO-STV / USF), Lucerne¹³¹.

En outre, la contribution du secteur privé à la mise en œuvre de la LBA par des intermédiaires financiers soumis à une loi spéciale est également non

¹²² 3^{ème} Rapport d'évaluation mutuelle du GAFI, p. 6 : cf. <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/29/9/35671304.pdf>

¹²³ www.vqf.ch

¹²⁴ www.vsv.asg.ch

¹²⁵ www.occt.ch/oad/welcome.cfm

¹²⁶ www.swisslawyers.com

¹²⁷ www.arif.ch

¹²⁸ www.leasingverband.ch

¹²⁹ www.polyreg.ch

¹³⁰ www.oarg.ch

¹³¹ www.stv-usf.ch

négligeable : l'Association suisse des banquiers¹³², l'organisme d'autorégulation de l'Association suisse d'assurance (OAR – ASA)¹³³ ou l'OAR des maisons de jeu jouent en effet un rôle très important. A titre d'exemple, rappelons que la Convention de diligence des banques de l'ASB, convention de nature privée, a même été explicitement reprise par l'Ordonnance de la CFB en matière de blanchiment d'argent¹³⁴.

5.2 Les autorités canadiennes

5.2.1 Le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE)

Organisme indépendant de la police ou de tout autre ministère, le CANAFE est le « *Financial Intelligence Unit (FIU)* » et représente donc l'équivalent canadien du Bureau de communication suisse (MROS). Son rôle est de recueillir des renseignements financiers et de les communiquer non pas uniquement aux organes de poursuite pénale, mais également au Service canadien de renseignement de sécurité (SCRS), à l'Agence des douanes et revenus Canada (ADRC) ainsi qu'à Citoyenneté et immigration Canada (CIC) ; en y ajoutant la Gendarmerie royale canadienne (GRC), cela fait 6 institutions au moins qui sont en charge de l'application d'une seule loi.

Le CANAFE a été créé par l'adoption de la LRPCFAT. Il a son siège à Ottawa et représente une administration d'environ 160 collaborateurs¹³⁵.

Les détails du *processus de déclaration* diffèrent sensiblement du système de communication suisse. Tout d'abord, rappelons que *l'entité déclarante* est tenue d'annoncer sans délai¹³⁶ au CANAFE¹³⁷ :

- les opérations douteuses (soupçons de blanchiment) ;
- ses soupçons qu'une organisation criminelle ou terroriste exerce un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales en cause ;

¹³² www.swissbanking.org

¹³³ www.svv.ch

¹³⁴ Art. 14 OBA-CFB.

¹³⁵ Le MROS en compte une dizaine.

¹³⁶ Les lignes directrices établies par le CANAFE en fonction des différents secteurs d'activités donne en moyenne un délai de 30 jours.

¹³⁷ A titre d'information, les *institutions financières* américaines doivent déclarer au FinCen (« *Financial Crimes Enforcement Network* ») les activités douteuses, les opérations financières en espèces dès 10'000 \$US, les transferts internationaux dès 10'000 \$US et les comptes bancaires étrangers.

- toute transaction en espèce dès 10'000 \$can ;
- l'importation ou l'exportation d'espèces ou d'effets dès 10'000\$can.

Une fois la déclaration effectuée et analysée le CANAFE ne peut communiquer que des *renseignements désignés* aux autorités en charge de l'application de la loi. Ces renseignements sont assez restreints au regard d'autres pays et de la Suisse en particulier, notamment en vue de garantir la protection des individus. Ils se limitent (art. 55(7), 55.1(3) LRPCFAT et art. 13 Règlement DOD) :

- à l'identification du client et des autres personnes impliquées ;
- au lieu et à l'adresse où l'opération a été effectuée ;
- à la valeur et à la nature de l'opération ou à la valeur des fonds sur lesquels s'est effectuée une opération ;
- au numéro du compte et de l'opération.

Pendant toute la durée de cette phase, il n'y a aucun blocage des fonds. D'ailleurs, le CANAFE n'est pas habilité à procéder à une quelconque saisie des avoirs. Bien que tenue à la garantie du « *paper trail* », l'entité est libre de poursuivre sa relation ou exceptionnellement de procéder, de son propre chef, à un blocage des valeurs. Selon les informations qui nous sont parvenues du Canada, le CANAFE ne leur donne pas non plus de rétroaction sur les communications effectuées, souvent au grand dépit des entités déclarantes. Ainsi, dans certaines situations, elles clôturent la relation en invoquant qu'elles ne se sentent pas à l'aise avec le client ou sur les transactions effectuées, mais sans donner d'explications puisqu'elles sont tenues au secret sur les déclarations qu'elles effectuent. Dans d'autres cas, elles maintiennent la relation tout en opérant une surveillance accrue sur les opérations via leur service interne souvent composé d'anciens policiers. Ce n'est donc que par l'ouverture d'une procédure et par voie de conséquence d'une ordonnance de blocage que les fonds pourront être saisis à ce stade.

Les obligations de déclaration telles que décrites ci-dessus amènent inexorablement le CANAFE à devoir gérer une masse énorme d'informations financières. D'ailleurs, les chiffres qui ressortent des statistiques (voir le Tableau 5 ci-dessus) nous paraissent presque irréels au regard du nombre de communications enregistrées en Suisse : à tel point qu'il est raisonnable de se demander comment le CANAFE opère pour fournir des informations fiables et utilisables aux autorités en charge de l'application de la loi ? Il est évident que la limite de déclaration dès 10'000 \$can pèse très lourd dans l'immensité des *déclarations* reçues par le centre puisque les *opérations importantes* et les *téléversements* représentent 95% du total des déclarations reçues. Cela nous laisse penser que la contribution « volontaire » du secteur privé, basée sur la sensibilité

et les critères des différents acteurs qui permettent de déceler de possibles cas de blanchiment, est moindre au Canada qu'en Suisse.

Comme nous l'avons vu, les données que peut transmettre le Centre aux autorités sont limitées puisqu'il ne peut divulguer aucune information qui ne correspond pas aux critères de *renseignements désignés* tels qu'établis par la LRPCFAT et le Règlement DOD. De ce fait, la qualité et l'utilisation possible de ces informations s'en trouvent amoindries au point que les organismes d'application reconnaissent que les renseignements fournis par le Centre sont trop limités pour justifier une quelconque démarche. Cela a pour conséquence que la majorité des enquêtes ouvertes pour blanchiment ou financement d'activités terroristes ne proviennent pas des renseignements fournis par le CANAFE, bien qu'ils contribuent à certaines enquêtes déjà amorcées¹³⁸. Ce constat contraste fortement avec le rôle charnière et de filtre qu'est censé jouer le Centre et ses déclarations selon lesquelles sa fonction consiste à « *divulguer des renseignements financiers de grande qualité en temps opportun* »¹³⁹ aux organismes chargés de l'application de la loi.

Enfin, il appartient au Centre de s'assurer que toutes les entités assujetties à LRPCFAT s'acquittent de leurs obligations. Pour ce faire, la fonction de *conformité* du Centre comprend trois volets :

- des activités de sensibilisation ;
- un suivi, pour surveiller la *conformité* ;
- le renvoi aux organismes d'application de la loi, pour traiter des cas de *non conformité*.

Cependant, le dernier rapport de la Vérificatrice générale du Canada souligne que le Centre ne dispose pas, pour l'heure, des ressources nécessaires ainsi que de procédures établies pour surveiller la *conformité* des *entités déclarantes*, créant ainsi une inégalité de traitement entre les *entités* qui respectent leurs obligations et celles qui ne s'y conforment pas¹⁴⁰.

¹³⁸ Rapport de la Vérificatrice générale du Canada, p. 7ss. Ce rapport précise qu'au moment de la vérification, soit en 2004, « *aucune poursuite n'avait encore été entamée à la suite de communications de renseignements par le Centre* ».

¹³⁹ Rapport annuel du CANAFE 2004, p. 6ss.

¹⁴⁰ Rapport de la Vérificatrice générale du Canada, p. 19ss.

6. Perspectives d'avenir

6.1 En Suisse

6.1.1 La mise en œuvre des Recommandations révisées du GAFI

La Suisse participe et applique les 40 Recommandations du GAFI depuis sa création en 1989 ainsi que ses 8 Recommandations spéciales relatives au financement du terrorisme faisant suite aux événements du 11 septembre 2001. Les recommandations du GAFI ont été totalement révisées en 2003 et ont été élargies, car il est démontré que le blanchiment ne sévit pas uniquement dans le secteur financier, mais également dans des domaines jugés à risques. Comme la Suisse ne répond plus intégralement aux standards internationaux, elle a mis en œuvre une réforme de sa législation en la matière. Le projet de réforme a été élaboré par un groupe de travail interdépartemental (groupe IDAG-GAFI) sous la direction du Département fédéral des finances.

Le projet mis en consultation jusqu'en avril 2005 prévoit les modifications suivantes :

- l'élargissement des infractions considérées comme préalables au blanchiment ;
- l'adaptation de la LBA aux activités de financement du terrorisme ;
- l'assujettissement d'activités non financières à la LBA ;
- une extension de l'obligation de communiquer, notamment lorsque des négociations sont rompues avant l'entrée en relation d'affaires ;
- la prise en compte de la pratique de l'ACBA en matière d'assujettissement et l'adaptation de certains articles à la demande des OAR et de certains milieux économiques ;
- la modification du droit de la SA en matière de transparence des sociétés composées d'actions au porteur.

A titre préliminaire, l'article 305^{bis} CPS ne subit pas de modification, cette disposition ayant fait « *ses preuves* ». Seuls les crimes au sens de l'article 9 CPS continuent d'être des infractions susceptibles d'actes de blanchiment. La commission d'experts renonce ainsi à ce que l'article 305^{bis} CPS contienne une liste d'infractions préalables et modifie ponctuellement le droit en vigueur en transformant certains délits en crimes ou en augmentant la quotité des peines.

Selon le projet, cinq infractions de droit pénal et de droit pénal administratif deviennent des infractions préalables au blanchiment d'argent :

– en ce qui concerne le Code pénal, la falsification de marchandises (art. 155 ch. 2 CPS) ainsi que les délits d'initiés (art. 161 et 161^{bis} CPS) deviennent des infractions préalables au blanchiment. A noter, au sujet de la manipulation de cours, que l'intermédiaire financier ne doit transmettre une communication que s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que des biens patrimoniaux sont le produit des actes incriminés par les articles 161 et 161^{bis} CPS, ce qui ne saurait être le cas avant qu'une transaction n'ait été effectuée. Ceci n'oblige pas l'intermédiaire à vérifier de manière systématique et automatique les transactions avant de les exécuter dans la mesure où il ne peut ni connaître ni présumer la possibilité d'une opération d'initié ou de manipulation de cours. L'obligation de communiquer n'intervient donc qu'après l'exécution d'une transaction boursière. Par ailleurs, le chiffre 3 de l'article 161 (qui définit les « faits confidentiels ») est supprimé. Ceci fait suite à la motion Jossen¹⁴¹ et à la jurisprudence du TF¹⁴² en matière de vente de titres avant l'annonce d'une chute de bénéfice dans le but d'éviter les pertes dues à une baisse de cours, le TF estimant que les annonces de bénéfices ou de pertes n'entrent pas dans la définition des faits confidentiels. La suppression du chiffre 3 aura pour conséquences qu'il appartiendra à la doctrine et à la jurisprudence de déterminer les informations influençant les cours.

– Parmi les infractions de droit pénal administratif, le cas aggravé de piratage de produits¹⁴³, lorsque celui-ci est commis par métier, devient un crime. De plus, le projet de réforme de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers¹⁴⁴ prévoit l'ajout d'un article 111 concernant le trafic illicite de migrants dont la qualification en ferait une infraction préalable au blanchiment.

L'élargissement du cercle des infractions préalables au blanchiment nécessite également une modification de la pratique en matière d'entraide internationale. Ainsi, le projet prévoit la modification de l'article 3 al. 3 EIMP¹⁴⁵, de telle sorte que l'entraide puisse être accordée en matière de contrebande organisée et du blanchiment d'argent en découlant, donc aussi en matière d'escroquerie fiscale. En effet, à l'heure actuelle, seule l'entraide accessoire peut être accordée et elle ne prévoit pas l'extradition. Le projet prévoit une ouverture contrôlée aux cas d'escroqueries fiscales pouvant donner lieu à l'entraide et à l'extradition.

¹⁴¹ N 02.3246

¹⁴² Arrêt du 15 avril 2002 (2A.567/2002).

¹⁴³ Art. 67 al. 2 de la Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et droits voisins (LDA), RS 231.1

¹⁴⁴ Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), RS 142.20

¹⁴⁵ Loi fédérale du 29 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), RS 351.1

Avec la mise en œuvre des Recommandations révisées du GAFI, la LBA subit de profonds changements. D'un point de vue formel, la lutte contre le financement du terrorisme est expressément incluse dans la LBA. Son énoncé et son but changent. Désormais, elle s'appellera : « *Loi fédérale contre le blanchiment d'argent* » et aura comme but : « *La lutte contre le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CPS et la lutte contre le financement du terrorisme au sens de l'art. 260^{quinquies} CPS, ainsi que la vigilance requise lors d'opérations financières et de certaines activités commerciales* ».

La plus grande nouveauté réside dans le champ d'application de la LBA ; son article 2 est doublement révisé. Premièrement, il prend en compte la pratique de l'ACBA sur les questions d'assujettissement et, deuxièmement, il étend le champ d'application de la loi à certains secteurs non financiers jugés à risques. Plus précisément, il s'agit « *des personnes qui, à titre commercial¹⁴⁶, font le commerce d'œuvre des beaux-arts¹⁴⁷, de métaux précieux¹⁴⁸, des pierres précieuses¹¹⁸ ou d'immeubles pour leur propre compte ou pour celui de tiers, et qui reçoivent à cet effet des sommes importantes en argent* ». Selon le rapport d'experts et le GAFI, l'assujettissement de ces secteurs professionnels se justifie par le fait qu'ils reçoivent des sommes importantes susceptibles d'entrer dans un schéma de blanchiment. Il faut cependant souligner qu'il ne s'agit pas d'un assujettissement général, comme pour les intermédiaires financiers du secteur bancaire et non bancaire. Ces activités ne sont pas considérées comme de l'intermédiation financière au sens de la LBA et sont soumises à des obligations fondées sur un régime spécial¹⁴⁹. Dans ce cadre, ce sont surtout les transactions suspectes qui sont visées, étant donné que les secteurs touchés ne connaissent pas de relations suivies et continues comme dans le domaine bancaire ou para bancaire.

Ainsi, l'article 2a du projet prévoit les obligations suivantes pour les activités commerciales assujetties :

- obligation de vérifier l'identité du cocontractant ;
- obligation d'établir l'identité de l'ayant-droit économique ;
- conservation des documents ;
- obligation de communiquer.

¹⁴⁶ Art. 2 al. 3 P-LBA.

¹⁴⁷ Art. 2 al. 2 P-LBA.

¹⁴⁸ A ne pas confondre avec la fourniture de prestations de paiements dans le domaine des pierres précieuses qui est considérée comme de l'intermédiation financière. Art. 2 al. 3 lit. b LBA.

¹⁴⁹ Rappelons toutefois qu'au Canada, les courtiers et agents immobiliers ont, dès le départ du dispositif anti-blanchiment, été considérés comme des entités déclarantes soumises aux obligations de la LRPCFAT.

La non observation de ces obligations sera passible d'une peine de droit pénal administratif de 100'000.- francs au plus (art. 36a du projet).

Les secteurs touchés auront un délai d'un an pour s'acquitter de leurs nouvelles obligations.

Les autres modifications de la LBA sont du domaine de la clarification et de l'adaptation à la pratique, mais elles ne changent quasiment rien sur le fond. Nous les passons donc simplement en revue :

- Identification de l'ayant droit économique (art. 4 P-LBA)

Le projet mentionne expressément les cas où l'intermédiaire doit exiger une déclaration écrite et les cas où cela n'est pas nécessaire. Le principe général et admis de l'identification de l'ayant-droit économique demeure sans aucune réserve.

- Valeurs patrimoniales de faible valeur (art. 7a P-LBA)

La lutte anti-blanchiment en Suisse étant basée sur les risques, le projet prévoit l'introduction d'un article 7a permettant aux intermédiaires financiers (qui ont des relations suivies) de pouvoir renoncer aux obligations de diligence (art. 3 à 7 LBA) lorsque la relation implique des montants d'une faible valeur. Il appartiendra aux OAR et aux autorités de surveillance de définir ce type de cas, tout en tenant compte des activités de « stroumpfage ».

- Obligation de communiquer (art. 9a al. 1 P-LBA)

Les cas dans lesquels une communication doit avoir lieu sont précisés dans un souci de clarté. La nouveauté provient du fait que désormais tous les intermédiaires financiers doivent procéder à une communication si des négociations visant à établir une relation d'affaires sont rompues sur la base de soupçons fondés. Ainsi, l'obligation de communiquer ne pourra plus être contournée par une renonciation à l'entrée en relation d'affaires et le risque que les valeurs se retrouvent ailleurs dans la place financière sera évité.

- Blocage des avoirs et interdiction d'informer (art. 10 et 10a P-LBA)

La nouveauté se situe dans le fait que la loi précise le comportement de l'intermédiaire financier en cas de blocage des avoirs pendant le délai de cinq jours. Ce dernier n'a pas le droit d'informer qui que ce soit à l'exception du cas où il n'est pas en mesure d'y procéder lui-même. Dans ce cas, il doit informer l'intermédiaire qui est en mesure de procéder au blocage. Cette pratique évitera les situations où l'intermédiaire n'a qu'un pouvoir de disposition sur les fonds. On songe ici, par exemple, aux gérants de fortunes

externes qui ne sont pas en mesure de bloquer les avoirs lorsque ceux-ci sont entre les mains d'une banque.

- Tâches de l'Autorité de contrôle (art. 18 let g et h P-LBA)

Avec l'extension du régime à certaines activités commerciales, les tâches de l'Autorité de contrôle sont complétées. En plus de sa double fonction d'OAR et de contrôle, elle se voit confier le devoir de concrétiser, par voie d'ordonnance, les obligations et la notion d'activité commerciale de ces secteurs d'activités.

Cela implique que les secteurs visés seront soumis à la surveillance directe de l'ACBA.

- Droit d'être renseigné (art. 19 al. 2 P-LBA)

Le projet prévoit l'ajout d'un alinéa 2 à l'article 19 LBA. Ce dernier permettra à l'ACBA d'exiger tous les renseignements dont elle a besoin, notamment pour déterminer si une personne est soumise à la LBA. Elle se voit donc confier un droit à l'information sur les activités potentiellement soumises à surveillance.

- Mesures (art. 20 al. 2 P-LBA)

Dans le cas des intermédiaires qui lui sont directement soumis, l'ACBA pourra aussi infliger ses mesures si l'autorisation d'exercer n'est pas accordée et pas uniquement si elle est retirée.

- Obligation d'informer (art. 27 P-LBA)

Dans le cadre du projet, l'échange d'informations entre les OAR et l'ACBA, y compris celles instituées par lois spéciales, est étendu. Cependant, l'échange d'informations entre les OAR elles-mêmes demeure interdit et tout doit transiter par l'ACBA, qui sert d'instance de liaison.

Par ailleurs, les obligations des OAR vis-à-vis de l'ACBA sont renforcées afin d'éviter des situations illégales parfois surgies dans la pratique et d'assurer une bonne surveillance du marché (art. 27 al. 2 et 3 AP-LBA).

- Mesures contre les OAR (art. 28 P-LBA)

L'actuelle LBA ne connaît comme mesures à l'encontre des OAR que le retrait de l'autorisation et la menace de retrait, ce qui peut se heurter au principe de proportionnalité, surtout si l'infraction est mineure. L'avant-projet prévoit que l'ACBA pourra prendre les mêmes mesures vis-à-vis des OAR qu'à l'égard des intermédiaires financiers qui lui sont directement

soumis, notamment en adoptant les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal.

- Echange d'information entre les autorités (art. 29, 29a, 29b, P-LBA)

Outre un changement de la note marginale de l'article 29 LBA¹⁵⁰, deux nouveaux articles viennent s'ajouter aux dispositions relatives aux autorités : l'article 29a sur les autorités pénales et 29b sur le bureau de communication.

Tout d'abord, les autorités de poursuite pénale doivent communiquer au MROS toutes les décisions au sens de la LBA, c'est-à-dire celles qui ont trait au blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CPS), à la participation aux organisations criminelles (art. 260^{ter} CPS) et aux activités de financement du terrorisme (art. 260^{quinquies}). Cela comprend non seulement les jugements des tribunaux mais également les ordonnances de non-lieu prononcées par les autorités de poursuite. Tout ceci permettra au MROS de dresser un état des lieux de la pratique en matière de blanchiment, d'organisations criminelles et de financement du terrorisme afin de pouvoir répercuter ce « savoir » directement aux intermédiaires financiers ou aux acteurs chargés de la surveillance.

Ensuite, les autorités¹⁵¹ de poursuite pénale ont l'obligation d'annoncer au MROS toutes les décisions prises par rapport aux dénonciations qui leur ont été faites. De cette manière, le MROS pourra¹⁵² également être informé de l'évolution des procédures ouvertes suite aux communications.

Enfin, l'avant-projet introduit, au profit des autorités de surveillance instituées par lois spéciales ainsi que de l'ACBA, le droit d'être renseigné par les autorités pénales. Ce droit demeure cependant limité aux intérêts de la poursuite quant au moment et à l'étendue de l'information fournie. Ce droit de renseignement se justifie, selon le projet, par le fait que les autorités de surveillance susmentionnées doivent savoir si une enquête est en cours contre l'un de leurs affiliés afin d'assurer une meilleure surveillance et une mise à disposition des moyens de preuve plus efficaces. Par ailleurs, ces mêmes autorités doivent coordonner leurs interventions à l'encontre d'un intermédiaire financier avec les autorités de poursuite pénale de façon à ne pas entraver une procédure ouverte. Cependant et afin d'éviter des risques de collusion, l'entraide ne doit pas entraver une procédure en cours.

A côté de ses devoirs « traditionnels », le MROS a l'obligation d'informer les autorités de surveillance instituées par lois spéciales et l'ACBA des

¹⁵⁰ En raison de l'ajout de deux nouveaux articles (29a et 29b), la note marginale de l'art. 29 devient « Entraide entre les autorités » au lieu de « Entraide administrative ».

¹⁵¹ Autorités cantonales, fédérales et Office des juges d'instruction fédéraux.

¹⁵² Le projet précise que les autorités seront tenues d'informer de manière systématique et spontanée.

communications faites aux autorités de poursuite pénales. Ceci dans le but de fournir des informations pertinentes aux autorités de surveillance de telle manière qu'elles puissent éventuellement intervenir dans leur tâche de diligence. Afin de ne pas contrevenir à la protection des données, le type d'informations fournies est strictement défini dans la loi.

- Accès aux systèmes d'information (art. 35a P-LBA)

Désormais, la base légale permettant au MROS d'accéder aux banques de données de la Confédération se trouve dans une disposition formelle et non plus dans une ordonnance¹⁵³. De plus, le MROS aura accès à toutes les banques de données de la Confédération :

- RIPOL : système d'information de recherches informatisées de police ;
- AUSLÄNDER : système informatisé concernant les étrangers et le domaine de l'asile ;
- PAGIRUS : système de gestion des dossiers personnels et des affaires selon l'EIMP ;
- IPAS : système informatisé de gestion et d'indexation de dossiers et de personnes de l'OFP ;
- JANUS : système informatisé de la police judiciaire fédérale (PJF) ;
- VOSTRA : casier judiciaire informatisé ;
- ISIS (nouveau) : système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat.

- Sanctions dans les activités commerciales (art. 36a P-LBA)

L'assujettissement de certaines activités à la LBA entraîne l'introduction de nouvelles sanctions. Pour les activités précitées, seule une amende pénale est prévue. Ainsi, les personnes ou entreprises qui enfreindraient leur devoir de diligence ou l'obligation de communiquer pourraient être frappées d'une amende de 100'000.- francs au plus. En revanche, les personnes soumises à la LBA, en vertu de l'article 2 al. 2 et 3 LBA, ne sont toujours pas sanctionnées pénalement pour violation de leur devoir de diligence dans le sens où ces intermédiaires financiers sont surveillés par une autorité instituée par loi spéciale, par un OAR ou directement par l'ACBA, qui sont seules aptes à prendre les mesures nécessaires.

Enfin, la modification du Code des obligations vise les sociétés anonymes dont une partie ou la totalité du capital est composé d'actions au porteur à des fins de

¹⁵³ A l'heure actuelle : Art. 3 de l'Ordonnance sur le Bureau de communication en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (MROS) [OBCBA], RS 955.23.

transparence, notamment pour permettre aux autorités compétentes d'avoir accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs exerçant un contrôle sur la société. Dans ce cadre, seule la conversion d'actions au porteur en actions nominatives demeure et cette procédure est simplifiée. Cette surveillance est cependant limitée :

- aux personnes titulaires d'actions au porteur ;
- qui souhaitent participer à l'assemblée générale et qui, de ce fait, démontrent vouloir exercer un contrôle sur la société ;
- et qui détiennent directement, indirectement ou en concertation avec des tiers, au moins 10% des droits de vote à l'assemblée générale.

Le titulaire d'actions au porteur ou son représentant devra justifier son identité lors de sa présentation à l'assemblée générale. Les données devront être conservées par le conseil d'administration pendant 10 ans.

La violation de l'obligation de déclarer ou de conserver des documents imposée par le Code des obligations sera pénalement punissable grâce à l'introduction d'une nouvelle infraction pénale (contravention) qui prévoit une peine d'arrêts ou d'amende. Par ailleurs, les violations de l'obligation de communiquer n'entraîneront pas de sanctions civiles. Ainsi, la participation à l'assemblée générale, sans annonce préalable, n'est pas considérée comme une participation non autorisée et les décisions prises ne seront pas attaquables par le biais de l'article 691 al. 3 CO.

La procédure de consultation ouverte jusqu'en avril 2005 n'a pas manqué de susciter le débat dans les milieux intéressés. Si, d'un point de vue général, la nécessité de protéger l'intégrité et la bonne réputation de la place financière suisse est bien reconnue, certains milieux critiquent le projet tant sur la forme que sur le fond, lui reprochant une mise en œuvre trop rapide et craignant une dérive de 'surréglementation' avec les coûts supplémentaires que le projet de révision engendrerait. D'ailleurs, « *la Suisse ne devrait pas – une fois de plus – jouer les premiers de classe dans le domaine de la réglementation* » peut-on lire dans le rapport relatif au résultat de la procédure de consultation. Il faut d'ailleurs relever que le traitement réservé par les milieux économiques aux mesures visant à accroître le rôle de l'Etat et de l'ACBA en particulier est fortement critique. Comme dans le cadre de l'élaboration de la LBA en 1997, on retrouve les mêmes réserves des milieux économiques, qui semblent craindre une limitation de leur pouvoir d'autorégulation. Il faut donc attendre le projet du Conseil fédéral qui devrait voir le jour dans le courant de l'année 2006 pour dresser des contours plus précis par rapport à la mise en œuvre des Recommandations du GAFI. Il est fort probable que le projet du Conseil fédéral soit bien différent du modèle proposé par la commission d'experts.

6.1.2 Le projet de surveillance intégrée des marchés financiers (AUFIN)

Outre le domaine spécifique du blanchiment d'argent et vu le rôle de la place financière suisse au plan mondial, le Conseil fédéral a constitué en novembre 2001 une commission d'experts, dirigée par le professeur Ulrich Zimmerli, chargée d'étudier une vaste réforme de la surveillance des marchés financiers. Le travail de la commission a été subdivisé en trois parties.

Le premier rapport partiel intitulé « Surveillance des marchés financiers » a vu le jour en juillet 2003. Ce rapport propose l'adoption d'une *loi fédérale sur les marchés financiers* (LAUfin) ainsi que la création d'un seul organe de contrôle, l'*Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers* (AUFIN), regroupant les tâches de la Commission fédérale des banques et de l'Office fédéral des assurances privées. L'AUFIN serait composée d'un organe stratégique et d'un organe opérationnel : le conseil de surveillance se chargerait de la stratégie de l'autorité intégrée et de conseiller la direction sur les questions de fond. La direction, quant à elle, se chargerait de l'exécution des dispositions relatives à la surveillance. A côté de ce remaniement structurel, le projet de LAUfin prévoit une gamme d'instruments de surveillance pour l'ensemble des domaines assujettis. Elle comprendrait notamment des instruments de révision, de collaboration entre autorités suisses et étrangères, etc.

Le deuxième rapport partiel nommé « Sanctions liées à la surveillance des marchés financiers » a été adopté en août 2004. Il expose un catalogue de sanctions dont devrait disposer l'AUFIN dans l'exercice de sa tâche de surveillance. La commission préconise des amendes de droit pénal administratif tout en proposant de nouvelles peines comme la publication du nom des institutions ou des personnes fautives (« *naming and shaming* »), la confiscation de valeurs ou l'interdiction d'exercer.

Enfin, le troisième rapport partiel vise l'extension de la surveillance prudentielle aux gestionnaires de fortune indépendants, aux courtiers chargés de l'introduction en bourse (« *introducing brokers* ») et aux négociants en devises. Il s'agit d'une surveillance qui a pour but la protection des créanciers et des assurés, la transparence et l'égalité de traitement des investisseurs, la protection du système financier et de son fonctionnement ainsi que le maintien de la bonne réputation de la place financière suisse. A l'heure actuelle, des banques, des commerçants de titres ou des assurances sont par exemple déjà soumis à une telle surveillance.

La commission d'experts estime que des mesures urgentes s'imposent en ce qui concerne les gestionnaires de placements collectifs de capitaux étrangers. Pour

les autres intermédiaires financiers, elle recommande de procéder par étapes, au gré des besoins.

Selon le Conseil fédéral, aucun intérêt économique ne justifie de prendre des mesures législatives supplémentaires pour le moment. Pour pallier l'absence de surveillance des gestionnaires indépendants de fonds de placement étrangers et éviter qu'ils soient exclus du marché européen, la CFB a mis en place une nouvelle pratique fondée sur la seule interprétation du droit actuel régissant les bourses et le commerce des valeurs mobilières. Lorsque la législation étrangère exige une surveillance, la CFB accorde aux gérants de fortune qui en font la demande une autorisation d'exercer en tant que négociants en valeurs mobilières. La future loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), qui sera traitée par le Parlement dans le courant de l'hiver 2006, résoudra probablement la question en instaurant une surveillance obligatoire des gestionnaires indépendants de fonds de placement suisses et une surveillance facultative des gestionnaires indépendants de fonds de placement étrangers.

En matière de blanchiment d'argent, la création de l'AUFIN aura pour conséquence une intégration de l'Autorité de contrôle (ACBA) au sein de l'AUFIN, ce qui n'aura en soi pas une grande influence sur le mode de surveillance que nous connaissons aujourd'hui ni sur les obligations qui en découlent. Cependant, il sera intéressant de voir quel poids sera accordé à la lutte contre le blanchiment au sein même de l'AUFIN et de garder à l'esprit que la lutte anti-blanchiment ne sera qu'une part de son travail et pas nécessairement la plus importante. Une chose est sûre, la décentralisation que nous connaissons actuellement en matière de surveillance des marchés et plus particulièrement en matière de blanchiment, disparaîtra au profit d'une seule administration, alors même que les milieux concernés souhaitent conserver une certaine autonomie propre à l'autorégulation.

Adopté le 1^{er} février 2006, le projet du Conseil fédéral relatif à la Loi fédérale sur l'Autorité fédérale des marchés financiers (LAUfin) a pour objectif primaire de regrouper les organismes actuels de surveillances des marchés financiers en une seule et même autorité de droit public, qui englobera donc l'actuelle CFB, l'OFAP ainsi que l'ACBA tout en harmonisant les instruments nécessaires à l'exercice de la surveillance. L'intégration des autorités de surveillance actuelles devrait permettre d'accroître encore la réputation de la place financière suisse en lui assurant une meilleure représentation à l'étranger, tout en diminuant les coûts inhérents au contrôle de l'activité financière. Une autorité unique permettra également une flexibilité accrue face aux changements constants que subit le monde financier.

Le statut juridique du futur organe de surveillance intégré sera un établissement autonome de droit public¹⁵⁴. Le projet renonce en effet à construire l'AUFIN comme un office fédéral (comme l'OFAP) ou comme une commission décisionnelle (comme la CFB) afin que la nouvelle autorité réponde à des critères d'indépendance fonctionnelle, institutionnelle et financière. En d'autres termes, il s'agira d'une unité décentralisée de l'administration fédérale, dotée de la personnalité juridique, indépendante sur le fond et autonome en matière de ressources et de finances¹⁵⁵. Cependant, l'indépendance de l'AUFIN vis-à-vis de la Confédération n'est pas totale : elle demeurera sous le pilotage du Conseil fédéral et du Parlement à travers différents instruments. Tout d'abord, le champ d'action de l'AUFIN dépendra des lois et ordonnances la régissant. Deuxièmement, des possibilités de recours existeront contre certaines décisions de l'AUFIN. Troisièmement, les objectifs stratégiques de l'AUFIN devront être approuvés par le Conseil fédéral. Ensuite, le Conseil fédéral décidera de la composition de l'organe stratégique suprême de l'Autorité de surveillance. Finalement, l'AUFIN devra rendre compte de son activité au Conseil fédéral.

Selon le projet, les coûts inhérents à la surveillance devraient diminuer grâce à l'optimisation de l'utilisation des ressources et à la réunion de tous les services en une seule autorité. Les recettes de l'AUFIN seront constituées des taxes et émoluments prélevés sur les personnes et entités assujetties, comme c'est déjà actuellement le cas des organes qui y seront intégrés. Cependant, le projet laisse entrevoir d'importants coûts au regard des tâches et des exigences à venir.

Au niveau de la législation, il faut souligner que les lois actuelles régissant les marchés financiers ne subissent pas de changements sur le fond. Ainsi, l'*autorégulation*, tout particulièrement dans le domaine du blanchiment d'argent, demeure le principe de base. Le système reste *dualiste* combinant surveillance directe et indirecte.

En matière d'échange d'informations, l'AUFIN devra étroitement collaborer avec le MROS et, dans une certaine mesure, avec les autorités de poursuite pénale.

Comme déjà mentionné, l'éventail des sanctions pénales et administratives sera harmonisé. Au niveau pénal, les délits seront punissables d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 3 ans ou d'une amende d'un montant maximal de 1 million de francs et les contraventions d'une amende jusqu'à 500'000 francs. La négligence sera également sanctionnée par une amende jusqu'à

¹⁵⁴ FF 2006 2748ss CHECK.

¹⁵⁵ Voir FF 2006 2749 CHECK. Art. 8 de l'Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA), RS 172.010.1

250'000 francs en cas de délit et 150'000 francs en cas de contravention. Au niveau administratif, de nouvelles sanctions feront leur apparition : l'interdiction d'exercer (art. 33 P-LAUfin), la confiscation des gains acquis (art. 35 P-LAUfin) ainsi que la publications de certaines décisions (art. 34 P-LAUfin).

6.2 Au Canada

Tout comme la Suisse, le Canada a entrepris un processus d'adaptation et d'amélioration de son dispositif. Le Gouvernement canadien a en effet mis sur pied un avant projet intitulé « *Améliorer le régime canadien de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement des activités terroristes* » dont la consultation a été ouverte jusqu'en novembre 2005.

Parallèlement au contexte international et en particulier à la mise en œuvre des 40 Recommandations révisées du GAFI, cette réforme s'inscrit au niveau national dans le cadre de l'examen parlementaire de la LRPCFAT qui a lieu tous les cinq ans et de l'impulsion donnée par le rapport (très critique) de la Vérificatrice générale du Canada. Il tient également compte des préoccupations des divers intervenants du dispositif canadien (tant publics que privés).

Le projet a donc pour objectifs de:

- renforcer les normes « sur la connaissance du client » ;
- combler les lacunes du régime actuel ;
- améliorer la surveillance et la conformité de l'application de la LRPCFAT ;
- renforcer la qualité des renseignements que communique le CANAFE ;
- coordonner et évaluer les efforts globaux de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement des activités terroristes.

Le projet canadien prévoit d'assujettir diverses professions aux obligations déjà existantes et de soumettre certains secteurs non réglementés à un régime d'autorisation.

Plus proche de ce que nous connaissons en Suisse, le processus d'identification de la clientèle s'en trouvera renforcé. Désormais, les *entités déclarantes* pourront procéder à des *clarifications complémentaires* lorsqu'elles auront des doutes sur la véracité des données fournies par le client¹⁵⁶ ou que des soupçons naissent à ce stade de la relation. Il en résulte, comme en Suisse, une étape supplémentaire de vérification avant de procéder à une *déclaration*.

¹⁵⁶ A titre comparatif, voir l'art. 17 OBA-CFB ou l'art. 6 CDB-03.

La notion de « *personne politiquement exposée* » (*PEP* ou *PPE*) fait son apparition. Notons que les personnalités publiques nationales seront également englobées dans cette notion, ce que n'a pas fait la Suisse, puisqu'une *PPE* se réfère aux personnalités publiques étrangères¹⁵⁷. Les entités devront mettre en place un système de gestion des risques et une surveillance renforcée dans le cas d'une transaction supérieure à un certain seuil, lorsqu'elles auront un motif de croire qu'un client, nouveau ou actuel, est une *PPE* étrangère ou canadienne. Dans le même ordre d'idée, les correspondants bancaires devront également faire l'objet d'un contrôle renforcé.

Le processus d'identification est également renforcé dans le cas d'une relation d'affaires nouée à distance, l'entité devant se faire confirmer l'identité de son client soit de son propre chef, soit en ayant recours à une source tierce.

Bien que le terme *d'ayant-droit économique* n'apparaisse pas, les entités devront identifier clairement le (ou les) *bénéficiaire(s) effectif(s)* d'une relation d'affaires. De plus, l'identité des donneurs d'ordre dans les cas de télévirements doit être conservée.

Ces nouvelles exigences directement inspirées des principes du « *know your customer* » (*KYC*) du Comité de Bâle imposent aux entités d'assurer un suivi des relations. Le devoir de vigilance devient donc permanent.

En parallèle à l'extension du devoir de diligence, le projet prévoit de combler les lacunes de la législation telles qu'elles ont été soulignées dans le rapport de la Vérificatrice générale du Canada. Le point le plus controversé demeure celui de l'assujettissement des professions juridiques à la loi, qui se refusent pour l'instant à toute surveillance. Depuis 2003, le Ministère des finances participe à d'âpres négociations avec les professions juridiques pour établir un régime qui soit mutuellement acceptable. Bien que la Fédération, l'équivalent de la Fédération suisse des avocats et notaires, ait adopté une règle de déontologie interdisant aux avocats et notaires d'accepter toute somme en espèces de plus de 7'500 \$can à la fois, les discussions se poursuivent encore aujourd'hui et aucun assujettissement, même partiel, n'est envisagé pour le moment. D'ailleurs, la règle déontologique n'est pas appliquée uniformément dans toutes les provinces du Canada.

Un volet spécial sur les organismes à but non lucratif est consacré dans le projet pour ce qui a trait aux activités de financement du terrorisme. D'autres modifications législatives devraient voir le jour, notamment pour permettre aux

¹⁵⁷ Voir art. 1 al. 1 OBA-CFB.

autorités d'application de la loi d'améliorer l'échange et la communication de renseignements.

Le projet préconise également d'étendre le champ d'application de la LRPCFAT à certaines professions non financières jugées à risques, en particulier les négociants en métaux précieux et pierres précieuses, les promoteurs immobiliers et les entreprises de transfert de fonds.

Sur le plan de la *conformité*, le projet propose d'étendre le catalogue des sanctions en introduisant des peines administratives pécuniaires pour les entités qui ne respectent pas leurs obligations de contrôle et d'annonce. Le régime prévoit des lettres d'avertissement, des contraventions, le retrait d'autorisation et des amendes. De plus, le nom des contrevenants ainsi que l'infraction commise seraient publiés sur le site Internet du CANAFE.

Le CANAFE voit aussi sa capacité de fournir des renseignements renforcée. Comme indiqué ci-dessus, les informations que peut fournir le Centre aux organismes chargés de l'application de la loi sont limitées. Si ces organismes souhaitent obtenir davantage de données, ils doivent s'adresser aux tribunaux pour obtenir une *ordonnance de production* afin d'avoir accès aux détails supplémentaires sur les opérations et sur les analyses qui justifient leur communication. Cependant, les organismes hésitent à demander de telles ordonnances car ils doivent convaincre les tribunaux qu'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Le projet envisage donc d'étendre la liste des *renseignements désignés* que peut communiquer le CANAFE. Il s'agit :

- de renseignements additionnels accessibles au public, tels que numéro de téléphone, noms apparentés et renseignements obtenus dans des sources ouvertes ;
- de renseignements additionnels sur les comptes ;
- le type d'opération ;
- l'origine de la déclaration (par exemple, une opération douteuse) ;
- les motifs du soupçon.

Afin d'assurer une meilleure collaboration entre les divers organes en charge de l'application de la loi, le projet incite à la création d'un comité consultatif interministériel en partenariat avec l'économie privée dans le but de coordonner l'Initiative nationale de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Enfin, la LRPCFAT connaîtra quelques modifications d'ordre technique. Ainsi, le projet parle d'abaisser la limite du seuil d'annonce de 10'000 \$can pour les télévirements. De plus, d'autres types de transactions qui n'étaient pas jusque-là sujets à déclaration vont être soumis au régime. Il en sera ainsi, par exemple, des casinos qui devront communiquer les télévirements dès 10'000 \$can¹⁵⁸.

Enfin, nous relèverons que la plupart des modifications du projet canadien ont déjà été transposées en droit suisse. Aussi, le projet introduit-il un certain nombre de nouvelles notions et de nouvelles obligations techniques que le secteur financier suisse connaît depuis plusieurs années. Par conséquent l'ensemble de nos deux législations, si les propositions présentées sont adoptées, semble s'acheminer vers une *uniformité* où les devoirs et obligations, bien que propres aux législations respectives, présentent de grandes similitudes.

¹⁵⁸ Actuellement, les casinos ne sont pas soumis à cette obligation.

7. Conclusion

Comparer deux dispositifs ne consiste pas à prendre l'un comme modèle afin de dégager les défauts de l'autre. La confrontation de deux systèmes permet au contraire d'entrevoir des éléments qui ne viendraient pas forcément à l'esprit s'ils étaient pris séparément.

A l'heure de tirer un bilan de notre comparaison des dispositifs suisse et canadien anti-blanchiment, nous souhaitons faire deux remarques préliminaires. Premièrement, nous ne pouvons que regretter le manque de données fiables sur l'ampleur du phénomène du blanchiment, que ce soit au niveau suisse, européen ou mondial. Les chiffres avancés par les différents organismes varient souvent du simple au double et il est un peu frustrant, lorsqu'on étudie un dispositif de contrôle, d'ignorer l'étendue des risques d'actes criminels auxquels il est confronté et d'ignorer également la part des montants illégalement blanchis que ce dispositif parvient à détecter et à saisir. En comparaison avec d'autres phénomènes criminels, comme les stupéfiants par exemple, il est aujourd'hui démontré que les organismes de contrôle et de répression parviennent à saisir environ 10 à 20% des stupéfiants qui transitent ou qui sont consommés sur un territoire national. Il est encore plus surprenant de constater qu'un tel débat ne semble pas s'amorcer ni au GAFI¹⁵⁹, ni au niveau européen, ni au niveau suisse. Certains de nos interlocuteurs regrettent d'ailleurs ce manque de discussion sur l'état du blanchiment à l'heure où les mesures de diligence que doivent respecter les intermédiaires financiers engendrent des coûts considérables et où la Suisse, tout comme le Canada, entreprend une adaptation de sa législation pour s'aligner sur les nouveaux standards internationaux. Les chiffres du MROS, respectivement du CANAFE, pourraient servir d'indicateurs, mais leur interprétation est impossible sans disposer de points de repère plus globaux. Si nous confrontons, par exemple, les 729 communications faites aux MROS en 2005 aux 863 communications faites en 2003, doit-on considérer cette baisse des enregistrements de soupçons de blanchiment comme un signe négatif de la part des intermédiaires financiers qui feraient preuve de plus de laxisme dans la mise en œuvre des mesures de diligence ou, au contraire, faut-il y voir un signe réjouissant dans la mesure où, le dispositif faisant ses preuves, une quantité plus faible d'argent criminel tente désormais d'intégrer le système financier ? Par ailleurs, si nous considérons l'ouverture des procédures pénales et le nombre final de condamnations prononcées (25% seulement des procédures ouvertes), l'adage « *beaucoup d'appelés mais peu d'élus* » illustre alors bien le phénomène d'entonnoir très sélectif que représente la lutte contre le blanchiment d'argent.

¹⁵⁹ A ce titre, le GAFI a par exemple renoncé à mettre au point une méthode de calcul sur l'étendue du blanchiment de capitaux. Voir rapport annuel du GAFI 1999-2000, p. 26ss. Voir aussi KOPP P., *Analyse de l'action du GAFI*, p. 14ss.

La seconde constatation concerne ce que nous appelons le discours sur le blanchiment et son contrôle, en particulier sur les relations qu'entretiennent les intermédiaires financiers privés avec les autorités de l'Etat. Après l'entrée en vigueur assez tumultueuse de la LBA en 1998 et suite aux différentes modifications et adaptations législatives, l'autorégulation s'est transformée et les autorités ont voulu en quelque sorte reprendre ce qu'elles avaient perdu lors de la mise sur pied de la LBA : les pressions exercées par l'administration fédérale ont alors amené la quasi-totalité des intermédiaires financiers à s'interroger sur la marge de manœuvre qu'ils avaient en réalité dans un système d'autorégulation qualifiée de « libre ». Les nombreuses directives, listes et autres normes imposées par l'administration dans le cadre de la pratique quotidienne ont eu pour conséquence que l'autorégulation telle qu'adoptée en 1998 s'est considérablement réduite. Le rôle désormais dévolu aux OAR, symbole par excellence de l'autorégulation suisse, se résume aujourd'hui à la mise en œuvre et au respect de la bonne application des mesures de diligence. Les organismes internationaux et le GAFI en particulier ont bien remarqué ce tournant et présentent aujourd'hui le système suisse comme un système d'« *autorégulation surveillée* » où le contrôle privé se substitue dans un premier temps au pouvoir contraignant de l'Etat.

Quoiqu'il en soit, les stratégies nationales et internationales mettent aujourd'hui l'accent sur les aspects financiers de la grande criminalité, autrement dit elles ont pour cible essentielle les profits réalisés ou les sources de financement des diverses activités criminelles. Cette tactique, jugée comme l'élément central de la lutte contre la criminalité transnationale organisée, impose aux Etats de se doter d'outils de détection et de saisie des avoirs au niveau national, mais implique également un devoir de coordination international vu le caractère transfrontalier et « *borderless* » de ces phénomènes. L'efficacité du système, telle que recherchée par les législateurs, repose essentiellement sur les acteurs privés qui se trouvent directement en contact avec les blanchisseurs potentiels. De ce fait, si les contraintes que doivent supporter le monde financier semblent accueillies plutôt favorablement, il est toutefois indéniable que la pratique quotidienne peut sensiblement varier d'un intermédiaire et d'un secteur financier à un autre. Il est d'ailleurs intéressant de constater un renversement de tendance en matière de discours relatifs aux risques : aujourd'hui, il n'est plus tant question du risque de fonds illégaux qui pénètrent une place financière, mais bien plus d'éviter qu'un pays soit victime des blanchisseurs et que sa réputation de place financière intègre et performante s'en trouve alors sérieusement compromise. Bien qu'indirectement la finalité demeure identique, le *risque de réputation* est devenu le maître mot de la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

Le Canada (en 1989) et la Suisse (en 1990) ont entamé leur lutte contre le blanchiment d'argent en adoptant d'abord une norme d'incrimination pénale (art. 462.31 du Code criminel canadien et art. 305^{bis} du Code pénal suisse). La répression est donc construite autour d'une infraction pénale contre l'administration de la justice dont l'acte répréhensible consiste à entraver la découverte de l'origine criminelle de capitaux. Mais l'angle pénal ne représente que ce que nous appellerons le « *petit bout de la lorgnette* » pour appréhender l'ampleur et la complexité des mécanismes financiers d'une part, et du blanchiment de capitaux d'autre part.

Sur la base de réflexions internationales, notamment au sein du GAFI, la Suisse (avec l'adoption de la LBA en 1997) et le Canada (avec l'adoption de sa nouvelle Loi sur le recyclage des produits de la criminalité en 2000) ont ensuite élargi la perspective et mis sur pied des dispositifs de lutte contre le blanchiment d'argent qui englobent, en amont, la participation des professionnels des marchés financiers, au niveau médian le contrôle d'autorités étatiques et, en aval, le recours éventuel aux instances de la justice pénale.

Les dispositifs suisse et canadien se distinguent tout d'abord par une *philosophie de contrôle différente* : le système suisse repose sur le *primat de l'autorégulation* par les *intermédiaires financiers* privés eux-mêmes (qui sont près de 7'500). Ce primat est fixé par les normes légales de base et il compte sur l'élément-clé de la connaissance de leurs clients (« *Know Your Customer* ») par les intermédiaires financiers ; puis l'autorégulation est *contrôlée à distance par les autorités étatiques*. Le dispositif canadien, par contre, est fondé sur le *système de déclaration systématique*, par les *entités déclarantes* (il y en a plus de 100'000), de toute transaction financière atteignant le *montant-seuil* de 10'000 \$Can ou (éventuellement avant ce seuil) des *opérations douteuses*, à savoir celles pour lesquelles les entités ont des soupçons raisonnables de croire que ces opérations sont liées à une infraction criminelle préalable. Si le système suisse est davantage fondé sur le principe de la *responsabilité primaire et privée* des divers acteurs du secteur financier (dont la marge de manœuvre est assez importante), le système canadien est lui *plus dirigiste ou automatique et centralisé*, l'ensemble du processus de déclaration étant assez formaliste et générant une masse de déclarations qui doivent ensuite être traitées et interprétées par *l'organe filtre* du dispositif (le CANAFE).

Si les obligations de diligence qui incombent aux *intermédiaires financiers* suisses et aux *entités déclarantes* canadiennes sont assez similaires (devoir d'identification de leur clientèle – même si le Canada ne connaît pas la notion d'ayant-droit économique –, devoir de communication et devoir de renseignement des autorités), elles se différencient toutefois dans certaines de leurs composantes et dans les aspects techniques de leur mise en oeuvre

pratique. En outre, les intermédiaires financiers ont en Suisse l'obligation de bloquer les fonds sur lesquels portent leurs soupçons de blanchiment, obligation que ne connaissent pas les entités déclarantes au Canada. Ces différences mises bout à bout sont finalement notables et ont une influence sur toute la politique des deux pays dans le domaine de la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme. A cela, s'ajoutent des sensibilités et des doctrines juridiques différentes, puisque le Canada appartient aussi au système de la « *common law* ».

Enfin, rappelons que le système canadien n'a pas uniquement pour but la lutte contre le blanchiment, mais également d'augmenter le pouvoir des agents des douanes et la lutte contre l'évasion fiscale en général ; sur ce dernier sujet en particulier, la Suisse n'est pas sur le point de prendre des mesures de contrôle, qui réjouiraient pourtant beaucoup ses voisins de l'Union européenne.

Par conséquent, encore une fois en l'absence de données fiables sur l'étendue globale du phénomène du blanchiment et de la part qui est vraiment « sous contrôle », l'efficacité d'un dispositif de contrôle du blanchiment d'argent repose donc, en premier lieu, sur les communications et déclarations qu'opère le monde financier à leur cellule de traitement respectif et, dans un second temps, sur la transmission de ces annonces aux autorités de poursuite pénale, qui peuvent mener à l'ouverture de procédures judiciaires. Dans cet esprit, nous constatons dans le modèle canadien deux caractéristiques dont les conséquences doivent être soulignées. Tout d'abord, les déclarations automatiques dès 10'000 \$Can ne semblent pas contribuer à une détection efficace de fonds criminels ; au contraire, elles auraient plutôt tendance à engorger le CANAFE, alors qu'il souffre déjà de certaines carences quant au traitement des déclarations qu'il reçoit. Ensuite, le non assujettissement de certaines branches, en particuliers les avocats et notaires, est significatif du manque de volonté de certaines professions à se soumettre à une surveillance.

Après bientôt dix ans de mise en œuvre, le modèle Suisse et l'initiative canadienne dans la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme sont reconnus au niveau international et ont été, dans leur ensemble, évalués positivement par le GAFI. Cependant, la Suisse a encore de la peine à présenter et à mettre en valeur son système à l'étranger et elle est encore trop souvent décriée, principalement par les places financières concurrentes. Certains pays, peut-être par méconnaissance de nos institutions ou par pure concurrence économique, confondent encore trop souvent secret bancaire, concurrence fiscale et blanchiment.

A l'heure actuelle, la législation et le dispositif suisses vivent leur première grande réforme pour tenir compte des recommandations révisées du GAFI et la

volonté des autorités politiques est claire : conserver la réputation de la place financière suisse et sa position de numéro un en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme. Comme nous l'avons relevé, l'avant-projet proposé par le groupe d'experts IDAG-GAFI qui tend à s'orienter vers une extension du pouvoir de l'Etat au détriment de l'autorégulation, n'a cependant pas manqué de provoquer de fortes réticences dans les milieux financiers concernés.

Tout comme en Suisse, la révision actuelle entreprise au Canada devrait contribuer à combler certaines lacunes. Tout d'abord, améliorer la qualité des renseignements que peut communiquer le CANAFE est primordial si ce dernier entend jouer son rôle charnière de filtre entre les acteurs privés et les organes judiciaires chargés de l'application de la loi. L'assujettissement et l'enregistrement de certaines professions jusque là non réglementées devrait contribuer à faciliter la surveillance de la conformité. Les nouveaux moyens qui seront mis à disposition du CANAFE pour vérifier que les entités respectent leurs obligations permettront sans doute d'estimer si la contribution du secteur privé à la lutte contre les fonds illégaux est réelle ou si une autre approche doit éventuellement être envisagée.

Enfin, relevons que l'adaptation des divers Etats aux standards internationaux peut également dépendre du rôle qu'ils veulent donner à leur place financière. Ainsi, la concurrence des marchés asiatiques par exemple pousse encore plus fortement les grands centres financiers américains, anglais et suisses à s'adapter à ces standards internationaux s'ils veulent rester dans le cercle fermé des places financières mondiales les plus réputées. Dès lors et à côté de leur objectif initial, les standards de lutte contre le blanchiment d'argent tendent à jouer un rôle non négligeable dans cet élément si sensible qu'est la bonne réputation internationale, composée en grande partie de la confiance que les investisseurs ont (ou n'ont pas) dans les différentes places financières du monde.

Annexe I : Principaux arrêts du Tribunal fédéral suisse relatifs aux art. 305^{bis} et 305^{ter} CPS (1993 – 2004) et du Tribunal pénal fédéral (dès 2004)

No.	Arrêt	Concordance / Remarque	Mots clés
1	119 IV 59	SJ 1993 610 - 614	Blanchissage. Dissimulation
2	119 IV 241	SJ 1994 145 - 147	Blanchissage d'argent. Exigence d'une provenance criminelle, mais non pas d'une destination délictueuse. dol ou dol éventuel quant à l'origine criminelle des fonds
3	120 IV 323	SJ 1995 308 / JdT 1996 IV 189	Blanchissage d'argent, autofavorisation, tentative
4	122 IV 211	JdT 1997 IV 165	Blanchissage. Change de monnaie
5	124 IV 274	SJ 1999 193 / JdT 1999 IV 81	Blanchiment d'argent. Autofavorisation. Tentative
6	125 IV 139	SJ 2000 145 / JdT 2000 IV 51	Vigilance en matière d'opérations financières, identification de l'ayant droit économique, relation entre les exigences de l'art. 305ter CPS et celles de la CDB
7	125 IV 165	SJ 2000 42	Financement d'un trafic de stupéfiants. Blanchiment d'argent. Incompétence du MPC pour procéder à la confiscation du produit de telles infractions
9	126 IV 255	JdT 2001 IV 127	Prescription de l'infraction préalable au blanchiment d'argent.
10	127 IV 20	SJ 2001 234 / JdT 2002 IV 87	Blanchiment d'argent. Transport de valeurs patrimoniales.
11	127 IV 79	SJ 2001 353	Recel. Blanchiment d'argent. Concours recel d'une rançon payée à la suite d'un enlèvement
12	128 IV 117	SJ 2002 450	Traite d'êtres humains. Consentement de la personne prostituée. Blanchiment d'argent. Entrée illégale en Suisse
13	128 IV 145	SJ 2002 565 / JdT 2004 IV 32	Procédure pénale. Confiscation du produit d'une infraction. Nécessité d'un point de rattachement avec la Suisse
14	128 IV 225	SJ 2002 501 / JdT 2004 IV 31	Procédure pénale. Nouvelles compétences de la confédération. droit transitoire. Plainte de l'inculpé
15	129 IV 61	JdT 2004 IV 158	Blanchiment. Concours
16	129 IV 188	SJ 2003 303 / JdT 2004 IV 42	Trafic de stupéfiants. Blanchiment d'argent. Métier. Notion de chiffre d'affaires important. Limite fixée à CHF 100'000.-
18	129 IV 238	SJ 2004 116	Défaut de vigilance en matière d'opérations financières. Notion d'intermédiaire financier. Transport de fonds. Confiscation
19	129 IV 271		Blanchiment d'argent. Organisation criminelle.
20	129 IV 322	SJ 2004 115	Blanchiment d'argent. Responsabilité aquilienne du blanchisseur envers la victime de l'infraction principale.
21	129 IV 329	SJ 2004 149	Défaut de vigilance en matière d'opérations financières. Importance de l'identification exacte de l'ayant-droit économique d'un compte bancaire. Délit impossible.
22	129 IV 338		Défaut de vigilance en matière d'opérations financières. Transport de fonds. Vérification de l'identité de l'ayant-droit économique.
23	130 IV 68	SJ 2004 378	Procédure pénale. Contestation de for entre la Confédération et un Canton. Blanchiment d'argent.
24	129 II 438		Liquidation d'un intermédiaire financier agissant contrairement à la loi.
25	2A.307/2003		Procès « Friedrich »
26	123 IV 233	JdT 1999 IV 166	Procès « ARIF »
27	130 IV 68		Distinction entre juridiction fédérale et cantonale en matière de blanchiment d'argent lorsque les faits ont été commis en partie à l'étranger
28	SK 001-002/04	Recours au TF : 6S.9/2005, 6S.6/2005. Nouvelle décision du TPF SK.2005.5	Gewerbsmässiger Betrug, mehrfache Urkundenfälschung im Amt, Urkundenfälschung, Fälschung von Ausweisen, mehrfache Erschleichung einer falschen Beurkundung und gewerbsmässige Geldwäscherei bzw. mehrfache Geldwäscherei

29	SK 003-007/04	Recours au TF : 6S.15/2005	Gewerbsmässiger Betrug bzw. Gehilfenschaft dazu, gewerbsmässiger betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage bzw. Gehilfenschaft dazu, mehrfache Urkundenfälschung, Erschleichung einer falschen Beurkundung, Bestechen, Sich-Bestechen-Lassen, mehrfache Urkundenfälschung im Amt bzw. Gehilfenschaft dazu, mehrfache Geldwäscherei, mehrfache Verletzung des Amtsgeheimnisses
30	SK 2004.8		Diebstahl, evtl. Hehlerei, und mehrfache Geldwäscherei
31	BB.2005.19		Qualité pour agir. Séquestre. Soupçons suffisants. Crime préalable
32	BB.2005.12 +13		Séquestre. Soupçons suffisants. Principe de célérité. Principe de proportionnalité. Crime préalable
33	BB.2005.11		Qualité pour agir. Séquestre. Soupçons suffisants. Crime préalable
34	SK 2004.13		Soutien à une organisation criminelle, subsid. participation à une organisation criminelle; blanchiment d'argent qualifié, subsid. défaut de vigilance en matière d'opérations financières; faux dans les titres et instigation à faux dans les titres; abus de confiance aggravé, subsid. escroquerie par métier; diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers
35	BB.2005.46		Qualité pour agir. Séquestre. Soupçons suffisants. Crime préalable.
36	BH.2005.28		Reclamo contro un rifiuto di scarcerazione; sussistenza di gravi indizi di colpevolezza per l'imputazione ai sensi dell'art. 305bis CP; rischio di collusione; presunzione del pericolo di fuga; obbligo di richiesta di proroga dell'arresto; condizioni per l'assistenza giudiziaria gratuita

Annexe II : La problématique des systèmes alternatifs de remise de fonds

Les systèmes alternatifs de remise de fonds sont des moyens efficaces de transférer des valeurs patrimoniales en usant de canaux parallèles aux systèmes de transferts traditionnels. Ils impliquent un transfert de valeurs patrimoniales sans mouvements physiques de ces derniers.

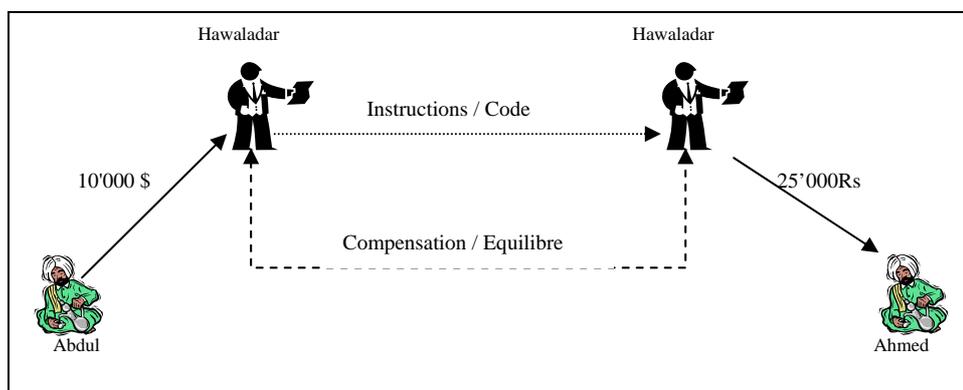
Les plus connus sont le *Hawala* (Inde), le *Hundi* (Pakistan) et le *Fei ch'ien* (Chine), mais le terme *hawala* est souvent utilisé comme appellation générique.

Le *hawala* offre de nombreux avantages par rapport aux systèmes classiques de transferts de fonds. Tout d'abord, les transactions se font rapidement, à moindres coûts et souvent à des taux de changes inférieurs aux valeurs du marché, en comparaison avec un transfert bancaire classique qui implique l'intervention de plusieurs établissements bancaires et qui peut prendre plusieurs semaines suivant le pays de destination. Ensuite, il offre une grande discrétion puisque les intervenants n'effectuent généralement pas de « *paper trail* ».

Les *hawalas* sont reconnus et utilisés dans de nombreux pays y compris dans certains pays occidentaux. Ils sont souvent utilisés par des communautés ethniques et familiales qui se regroupent en réseaux. Ils permettent notamment aux travailleurs immigrés, parfois clandestins, de transférer une partie de leur activité lucrative à leur parenté restée dans leur pays d'origine, sans avoir à se heurter à la bureaucratie bancaire ou de demeurer dans la crainte de poursuites des services d'immigration. En outre, ces systèmes sont également utilisés dans le cadre de relations économiques dans certains pays du monde. Ainsi, il n'est pas rare qu'une transaction *hawala* combine une partie privée et une part économique. Ils sont également fréquemment utilisés dans les pays qui interdisent l'importation de certaines devises étrangères, comme le Pakistan.

Il convient de distinguer deux types de *hawalas* : les « *White hawala* » se réfèrent aux transactions provenant d'activités légales et les « *Black hawala* » aux activités illicites, de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en particulier.

Figure 11 : Exemple de transaction hawala



Un transfert *hawala* s'opère de la façon suivante (exemple ci-dessus) : Abdul domicilié dans un pays X, souhaite transférer 10'000\$ (ou 25'000Rs à un taux de change inférieur à celui du marché) à Ahmed domicilié dans le pays Y. Pour ce faire, Abdul prend contact avec un

intermédiaire, un *hawaladar*, dans son pays. Ce contact s'opère généralement via des annonces publiées dans des journaux locaux. Il lui verse les 10'000\$. Le *hawaladar* du pays X prend ensuite contact avec son homologue, le *hawaladar* du pays Y, par téléphone, e-mail, fax, etc. et lui transmet un code préétabli lui donnant instruction de verser les 10'000\$ (ou 25'000Rs) à Ahmed. Ainsi, il y a bien un mouvement d'argent de Abdul vers Ahmed mais sans mouvement physique de ce dernier.

La compensation ou le rééquilibrage qui doit ensuite intervenir entre les deux *hawaladars* dépend de la relation qu'ils entretiennent mutuellement. Cependant, dans la majorité des cas les deux *hawaladars* se connaissent dans le cadre d'une relation d'affaires économique légale et opèrent leurs remboursements via la surfacturation ou la sous facturation de prestations. Dans d'autres cas, le rééquilibrage peut simplement intervenir par le recouvrement d'une dette ancienne.

La surveillance de ces systèmes pose un certain nombre de problèmes et plus particulièrement dans le domaine du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme. Tout d'abord, ils interviennent dans le cadre de relations transnationales alors que les législations sont soumises au principe de territorialité et qu'elles varient d'un pays à un autre. Ensuite, les codes utilisés par les *hawaladars* sont souvent particuliers et difficilement déchiffrables et ne reflètent, parfois, qu'une seule partie de toute une transaction. La traçabilité des fonds est encore rendue plus difficile parce que les *hawaladars* ne tiennent aucune comptabilité ; la transaction est alors complètement opaque puisqu'il y a absence de « *paper trail* ».

Diverses solutions sont envisagées au niveau international afin d'en améliorer la surveillance. Une idée serait une sorte de « collaboration volontaire » des *hawaladars* en soumettant, par exemple, leurs activités à autorisation, en les obligeant à user de comptes bancaires pour le dépôt de leurs valeurs, ou encore en opérant une surveillance des médias proposant ce genre de services.