



Association Romande des Intermédiaires Financiers

1

Rue de Rive 8 - CH - 1204 Genève
Tél. 022 310 07 35 - Fax 022 310 07 39 - www.arif.ch - e-mail: info@arif.ch
TVA n° 597 247

LSI

Département fédéral des finances
Bundesgasse 3
3003 Berne
à l'att. de Monsieur le Conseiller
Fédéral Hans-Rudolf Merz

Genève, le 15 avril 2005

Concerne : Prise de position sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI

Monsieur le Conseiller Fédéral
Messieurs,

Nous vous adressons la prise de position du Comité de l'ASSOCIATION ROMANDE DES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS (ARIF) sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI.

Elle est formulée sur la base de la version corrigée du 13 janvier 2005, et se limite au commentaire des dispositions du projet de loi qui concernent spécifiquement la lutte contre le blanchiment, à l'exclusion des dispositions de droit matériel relatives à la punissabilité de diverses infractions, de même que des dispositions modifiant le code civil suisse, dont la portée politique dépasse le cercle strict du champ d'activité des autorités et organismes de lutte contre le blanchiment.

Au vu du projet présenté, le Comité de l'ARIF s'exprime comme suit :

Généralités

Le Comité de l'ARIF exprime les plus grands doutes quant à l'utilité et l'efficacité de la mesure constituant à élargir le cercle des activités assujetties à la LBA, pour y inclure diverses activités commerciales.

Tout d'abord, en principe et en théorie, toute activité commerciale, et plus généralement toute activité impliquant une mutation, une transformation, un déplacement ou une mise en œuvre quelconque de valeur patrimoniale, matérielle ou intellectuelle, peut être l'objet d'opérations de blanchiment du fruit d'une activité criminelle.

Le choix d'assujettir certaines activités commerciales, et les recommandations du GAFI à ce sujet, correspondent à un certain nombre d'exemples dans lesquels des actes de blanchiment ont pu être constatés. Cependant, l'assujettissement de ces activités conduira logiquement les acteurs du blanchiment à en choisir d'autres. L'évolution du marché du blanchiment devrait alors conduire, logiquement, de révision en révision, à assujettir d'autres activités commerciales.

Cette évolution accroît la lourdeur et le coût de la lutte contre le blanchiment, mais certainement pas son efficacité. Depuis l'origine des temps on sait qu'une surveillance efficace et à moindres coûts doit être exercée en concentrant les efforts et les moyens limités disponibles dans un nombre restreint de points forts, passages obligés des flux qu'on veut contrôler.

La mise en œuvre de la Loi fédérale du 10 octobre 1997 en témoigne : après une période pendant laquelle, faute d'expérience, l'autorité fédérale ambitionnait d'étendre au maximum le cercle des personnes assujetties, le mouvement inverse s'est opéré, de sorte à limiter la surveillance au cercle plus restreint des personnes qui constituent les intermédiaires obligés des mouvements financiers, considérant que, nonobstant son caractère protéiforme, le blanchiment doit toujours, à un moment ou à un autre, passer par l'un de ces intermédiaires.

Art. 2, al. 1, lettre b :

Cette disposition nouvelle appelle de nombreux commentaires au niveau des définitions :

- Il n'est pas souhaitable d'assujettir à la LBA le commerce d'œuvres des beaux-arts, alors qu'un tel assujettissement n'est même pas recommandé par la version finale des recommandations du GAFI. La Suisse risque fort de faire cavalier seul dans ce domaine, et sur le plan intérieur une telle disposition va attirer les critiques de ceux qui estiment que la Suisse veut toujours faire plus de zèle que les autres en matière d'anti-blanchiment. Par ailleurs le texte prévu ne prend pas en compte les obligations de diligence déjà prévues par l'art 16 de la Loi fédérale sur le transfert des biens culturels.

- Techniquement, la définition des « personnes qui font le commerce d'œuvres des beaux-arts » apparaît à la fois trop étroite, et exagérément large. La notion d'« œuvres des beaux arts » peut en effet englober des objets qui, pris individuellement, n'ont que peu de valeur, mais qui commercialisés en grande quantité, peuvent conduire au déplacement de sommes importantes (par exemple une photographie, tirée à des millions d'exemplaires).
- « Le commerce de pierres précieuses » : la définition est imprécise : d'une part, les pierres « précieuses » ne correspondent pas à une catégorie clairement définie (par exemple, l'aigue-marine est qualifiée en bijouterie de pierre « semi-précieuse », mais sa valeur peut atteindre plusieurs dizaines de milliers de francs; à l'inverse des pierres ordinairement qualifiées de « précieuses » peuvent n'avoir qu'une valeur minime, tels les diamants de très petites dimensions utilisés pour la bijouterie, ou les pierres destinées à des usages industriels) ; la définition ne précise pas non plus si elle vise seulement le commerce des pierres non montées, ou le commerce de tout objet qui incorpore des pierres précieuses, auquel cas la définition engloberait toute l'activité de la bijouterie, et ses milliers de commerces.
- « Le commerce d'immeubles » : là encore, la définition comporte certaines incertitudes : doit-on y inclure le commerce des sociétés propriétaires d'immeubles, et dans ce cas, à quel moment une société est-elle considérée comme « immobilière » ?
- « ...qu'ils reçoivent à cet effet des sommes importantes d'argent au comptant » : la définition comporte là encore des incertitudes : la notion de somme d'argent est étroite, et n'inclut en principe pas les échanges d'autres valeurs patrimoniales. Il en est de même de l'expression « au comptant » : faut-il entendre par là l'encaissement de numéraires physiques, ce qui en pratique sera exceptionnel pour les transactions importantes, notamment immobilières, ou faut-il entendre par là les opérations de caisse, définies comme celles qui s'opèrent en dehors d'une relation de comptes durable ? Doit-on exclure les ventes comportant un paiement différé ou par acomptes ?
- Les Recommandations du GAFI (Recommandation 12, lettre c) parlent, elles, de "transactions en espèces dont le montant est égal ou supérieur au seuil désigné applicable". Celui-ci est défini dans les Notes Interprétatives comme étant de 15'000 euros, soit environ CHF 25'000. De plus l'assujettissement des transactions en espèces seules ne devrait s'appliquer, comme cela est recommandé par le GAFI, qu'au commerce de métaux précieux et de pierres précieuses.

Art. 2, al.3, lettre b, chiffre 2 :

« Accepte des paiements d'un donneur d'ordre et transfère cet argent à un bénéficiaire selon les instructions du donneur d'ordre » : la dernière partie de la phrase, « selon les instructions du donneur d'ordre », constitue une limitation inadéquate, le transfert pouvant avoir lieu selon les instructions d'un tiers.

Article 2a :

Cet article suscite d'importantes réserves.

Autant l'on peut douter de l'opportunité d'assujettir au système de la LBA les activités commerciales étrangères au système financier, autant, dès l'instant où l'on postule d'élargir cet assujettissement, il n'est pas justifié de le faire au rabais, c'est-à-dire sans soumettre le cercle des personnes assujetties aux mêmes obligations que celles imposées aux intermédiaires proprement financiers.

Par souci de logique tout d'abord : si vraiment les activités commerciales considérées présentent un caractère de dangerosité sous l'angle du blanchiment justifiant de les assujettir, on ne voit pas pourquoi cet assujettissement devrait être moins rigoureux.

Le système de la LBA repose essentiellement sur la pénétration, dans l'esprit et les mœurs des personnes qui lui sont soumises, de la nécessité d'adopter un certain nombre de mesures pour lutter contre le blanchiment et de la vigilance nécessaire à identifier les comportements présentant des indices de blanchiment.

L'expérience accumulée en cinq ans d'application de la LBA montre que ces objectifs n'ont une chance raisonnable d'être atteints que si deux conditions sont remplies :

- les entreprises assujetties doivent être amenées à mettre en place une organisation interne propre à identifier les cas de blanchiment et à réagir de façon adéquate ;
- chacune des personnes en contact avec les relations d'affaires, de même que les dirigeants d'entreprise, doivent avoir reçu une formation leur permettant d'identifier les cas de blanchiment, et de réagir de façon adéquate.

L'expérience montre aussi que ces deux objectifs n'auraient jamais été atteints, ou de façon très imparfaite, dans la population des intermédiaires financiers, si ceux-ci n'avaient pas bénéficié d'un encadrement, de conseils, d'une surveillance d'organes

d'application spécialement dédiés à cette fin, qu'il s'agisse de l'autorité fédérale de contrôle ou des organismes d'autorégulation.

Sans ce même encadrement, il est certain que les acteurs des activités commerciales qu'on envisage maintenant d'assujettir ne réaliseront que très imparfaitement les objectifs de la loi. L'extension projetée de l'assujettissement sera inefficace, tout en exposant les personnes concernées à une situation d'illicéité qui sera ressentie de façon d'autant plus injuste qu'aucune mesure concrète n'aura été prise par l'autorité pour mettre en place les structures de prévention qui sont l'essence même de la LBA.

Le comité de l'ARIF est donc fermement d'avis qu'il convient soit, et de préférence, de renoncer à étendre le cercle des activités assujetties au-delà du domaine financier, soit de mettre en place pour les activités auxquelles l'assujettissement serait étendu, la même structure de soutien que celle actuellement en place pour le secteur financier, et en particulier l'obligation de s'affilier auprès d'un organisme d'autorégulation, ou auprès de l'autorité fédérale de contrôle.

Art. 4, identification de l'ayant droit économique :

Cet article comporte certaines erreurs rédactionnelles.

Tout d'abord, l'alinéa 4, qui concerne les comptes globaux, doit être placé avant l'alinéa 3 qui dispense de l'identification certains co-contractants de l'ayant droit économique, cette exception valant également en ce qui concerne les comptes globaux.

La dispense exprimée à l'alinéa 3, formulée comme suit « il n'est pas nécessaire de demander aux co-contractants une déclaration écrite s'il s'agit... », prête à ambiguïté. Prise à la lettre, elle laisse subsister l'obligation de demander au co-contractant qu'il fournisse l'identité de son ayant droit économique, mais dispense seulement qu'il en fasse la déclaration écrite.

Or, selon la pratique actuelle, il s'agit plutôt de renoncer complètement (hors les cas nécessitant clarification spéciale) à l'identification de l'ayant droit économique dans les rapports contractuels entre intermédiaires financiers assujettis, cette identification n'étant requise que dans la relation contractuelle avec le client final.

Il serait préférable d'adopter la formulation actuellement en vigueur dans le règlement d'autorégulation de l'ARIF qui s'exprime comme suit :

« L'intermédiaire financier est dispensé de requérir des indications sur l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales faisant l'objet de ses relations d'affaires, de la part de ses cocontractants qui exercent légalement en Suisse une activité d'intermédiaires financiers au sens des articles 2, al. 2 LBA et 2 al. 4 LBA, ou exercent légalement à l'étranger les activités mentionnées à l'article 2, al. 2 LBA en étant assujettis à une réglementation et à une surveillance équivalentes à celle de la LBA. »

Par ailleurs, s'agissant de l'article 4, alinéa 2, lettre b, le Comité de l'ARIF réitère les remarques qu'il a déjà eu l'occasion de formuler quant au caractère obsolète et imprécis de l'expression « société de domicile » auquel il recommande de substituer celle d'« entité fiduciaire », qui correspond mieux au phénomène économique et juridique qu'on vise.

Article 7a, alinéa 2 :

On a du mal à discerner pour quelle raison la notion de « faible » valeur devrait avoir une géométrie variable selon le domaine d'activité considéré. Le but étant de prendre en compte tout déplacement de valeur patrimoniale suffisamment important pour intéresser les circuits de blanchiment, il convient de définir un montant plancher valable pour toutes sortes d'activités, à défaut de quoi on favoriserait celles qui déplacent des montants importants, et sont de ce fait le plus à même de participer à un blanchiment relevant, et l'on pénaliserait les activités dans lesquelles des montants minimes sont déplacés.

Art. 9, alinéa 1, chiffre 4, lettre d : obligation de communiquer lors des négociations

Là encore, le projet de loi, à trop vouloir étendre le cercle des obligations découlant de la lutte contre le blanchiment, va en diminuer l'efficacité.

Le système de diligence instauré par le texte actuel de la LBA repose sur l'accomplissement d'un certain nombre d'opérations claires à un moment précis, celui de l'entrée en relation d'affaires. Il en va de la sécurité du droit : dans chaque activité considérée, la personne assujettie à la LBA peut déterminer avec certitude le moment où elle doit accomplir ces opérations.

Dans chaque activité considérée, le moment de l'entrée en relation d'affaires peut être clairement déterminé d'un point de vue juridique, et est bien connu dans la pratique des affaires. Le choix de l'instant où se noue la relation contractuelle offre de nombreux avantages : c'est celui où le co-contractant devient juridiquement obligé, celui où il est nécessaire en tout état de cause, pour mener une relation

contractuelle, d'en définir précisément les termes, les tenants et les aboutissants. Bref, c'est un passage obligé qui constitue aussi un point fort de la relation, lors duquel les personnes en présence sont naturellement tenues de « mettre carte sur table ».

A l'inverse, vouloir étendre les obligations de diligence et particulièrement celles de communiquer, avant l'établissement de la relation contractuelle, présente de nombreux désavantages, sous l'angle de la sécurité du droit : il sera extrêmement difficile de déterminer si l'on est déjà en présence de « négociations » pouvant aboutir à une relation d'affaires ou simplement d'une prise de contacts, ou d'une relation informelle. Deux hommes d'affaires qui se rencontrent au hasard d'un voyage en avion et commencent à discuter de choses et d'autres, sont-ils déjà « en négociation »?

Au niveau de l'efficacité également, l'extension projetée est peu convaincante. Avant l'établissement de relations contractuelles, l'acte susceptible de constituer un blanchiment n'a pas encore reçu de commencement d'exécution, et l'on se situe généralement, d'un point de vue pénal, au stade des actes préparatoires non punissables. L'identité des personnes en cause est généralement encore incertaine, ou non clairement établie, de même que les capacités ou la représentativité des personnes prétendant agir.

Un risque élevé existe de dénonciations frivoles, mettant en cause des personnes innocentes ; de même, si elles sont effectuées à un stade où des preuves suffisantes ne peuvent encore être rassemblées, de telles dénonciations conduiront plus à mettre en alerte les blanchisseurs supposés, qu'à les identifier de façon utile. Du point de vue de la personne assujettie, l'incertitude juridique pourra conduire à des comportements inutilement méfiants et injustifiés, ou à l'inverse à ce qu'elle se trouve en violation de ses obligations de diligence sans même qu'elle le sache.

Du point de vue du système de surveillance du respect des obligations de diligence, on voit bien la difficulté qu'il y aura à déterminer si une personne assujettie a violé ses obligations, à un stade où, en l'absence de relations d'affaires établies, il n'existe en général encore aucune trace documentaire ou comptable.

La disposition projetée risque donc, soit de rester lettre morte, soit d'instaurer un climat de délation peu propice à la bonne réception des obligations de diligence dans les milieux considérés, soit encore d'engorger le Bureau de communication, et en définitive de diminuer l'efficacité de la mise en œuvre de la LBA. Pour toutes ces raisons, le Comité de l'ARIF est fermement d'avis qu'il convient d'y renoncer.

Art. 10a : interdiction d'informer

Cet article comporte certains défauts rédactionnels.

Tout d'abord, il convient de relever que le devoir de secret énoncé à l'alinéa 1 existe pour toutes les communications, que celles-ci aient ou non conduit à un blocage des avoirs, notamment lorsque l'intermédiaire financier n'exerce, au moment de la communication, aucune maîtrise sur des valeurs patrimoniales susceptibles d'être bloquées.

Par ailleurs, l'exception, qui correspond à la pratique actuelle, selon laquelle l'intermédiaire financier peut informer un tiers intermédiaire financier dans la mesure nécessaire à ce que celui-ci procède au blocage des valeurs patrimoniales suspectes, ne doit pas faire perdre de vue qu'il est généralement plus important, pour les autorités de poursuite pénale, de ne pas éventer l'enquête préliminaire ou l'instruction en cours, plutôt que de procéder à un blocage d'avoirs s'il est susceptible de donner l'alerte. Il importe donc que l'intermédiaire financier s'abstienne de toute information à des tiers, fussent-ils eux-mêmes intermédiaires financiers, s'il n'est pas sûr que cette mesure n'aboutira pas à mettre en alerte le client concerné.

On peut donc suggérer d'adopter le texte actuellement mis en œuvre dans le règlement d'autorégulation de l'ARIF, qui s'énonce comme suit :

« Lorsque le blocage des valeurs patrimoniales faisant l'objet de la relation d'affaires est impossible sans la collaboration de tiers, leur aide peut être sollicitée à la condition qu'il s'agisse d'intermédiaires financiers soumis aux obligations de la LBA, et qu'il n'existe aucun risque connu d'infraction à l'obligation de secret de leur part. »

Article 18, alinéa 1

Pour les raisons déjà évoquées à propos de l'article 2a du projet, le Comité de l'ARIF ne comprend pas pour quelle raison les organismes d'autorégulation ne pourraient pas participer, au même titre que l'autorité de contrôle, à la concrétisation des obligations de diligence pour les personnes visées à l'art. 2, al.1, lettre b du projet.

C'est d'autant plus souhaitable que les organismes d'autorégulation ont montré leur capacité à mettre en œuvre la LBA à l'égard d'un grand nombre d'activités commerciales très diverses, et possèdent, par leur caractère associatif et milicien, une meilleure connaissance, une meilleure faculté d'adaptation, et aussi une meilleure réceptivité à l'égard des activités considérées.

Article 19, alinéa 2

Cet article étend à notre avis exagérément le cercle des personnes appelées à renseigner l'autorité de contrôle à propos de l'existence supposée d'une activité assujettie. Il convient tout d'abord de préciser que ce devoir de renseignement n'incombe qu'aux entreprises concernées ou à leurs organes, car la formulation du projet peut être interprétée dans le sens que n'importe qui devrait fournir de tels renseignements.

Par ailleurs, il est exagéré d'imposer aux organes de révision statutaires la fourniture de tels renseignements, d'abord parce que cette notion d'organe de révision ne concerne qu'un certain nombre de formes juridiques du droit suisse, et ensuite parce que les organes de révision visés n'ont qu'une tâche limitée à la situation comptable et financière de l'entreprise, et n'ont aucune responsabilité quant au fait qu'elle conduise ou non des activités assujetties à la LBA.

Article 20, alinéa 2

Le projet d'article comporte une erreur rédactionnelle, en ce sens que l'autorité de contrôle ne peut ordonner la dissolution d'une entreprise en raison individuelle, une telle dissolution ne pouvant se concevoir que pour des personnes juridiques soumises au droit suisse.

Par ailleurs, l'article, pris à la lettre, n'offre d'autres alternatives à l'autorité de contrôle que d'ordonner la dissolution et la radiation du Registre du Commerce, dès que l'autorisation d'exercer une activité assujettie n'est pas accordée, ou est retirée.

Or, dans de tels cas, la personne juridique devrait conserver la faculté d'exister, pour autant qu'elle ne poursuive plus, ou pas, une activité assujettie. La dissolution et la radiation ne se justifient qu'en cas de récidive ou de refus d'obtempérer.

Le texte de cet article devrait donc prévoir que l'Autorité de contrôle "peut" ordonner la dissolution et la radiation du Registre du commerce

Article 21, alinéa 2

Cet article peut prêter à des difficultés de coordination entre l'autorité de contrôle, les organismes d'autorégulation, et les intermédiaires financiers concernés, quant à savoir qui a communiqué quoi.

Il serait préférable que l'obligation de communiquer soit réservée aux seuls intermédiaires financiers ou autres personnes assujetties, et qu'une clause subsidiaire soit formulée dans le sens que l'autorité de contrôle ou les organismes d'autorégulation doivent communiquer les soupçons fondés au bureau de communication lorsqu'ils sont informés de ce qu'un intermédiaire financier, ou une autre personne assujettie, n'a pas rempli son devoir de communication.

Article 27, alinéa 1

La possibilité donnée aux organismes d'autorégulation par le projet doit être formulée comme un devoir.

Par ailleurs, cet article pose la question, très importante en pratique, de la communication entre les OAR. Il conviendrait que chaque OAR et l'autorité de contrôle puissent communiquer aux OAR les informations dont ils disposent lorsque celles-ci sont leur sont nécessaires pour accomplir leur tâche, en particulier en cas de nouvelle affiliation d'une personne assujettie à un OAR, après sa démission d'un autre OAR, ou la fin de son assujettissement direct à la surveillance de l'autorité de contrôle.

Article 27, alinéa 2, lettre a

En droit suisse, la démission d'une association est un acte formateur, à l'égard de laquelle les OAR n'ont pas de latitude juridique, et en particulier à laquelle ils ne peuvent pas s'opposer. On ne saurait donc parler de « démission valable », mais seulement de démission entrée en vigueur, selon les statuts propres à chaque OAR.

Article 27, alinéa 2, lettre b

La pratique actuelle prévoit, s'agissant de l'ARIF, que sont communiquées à l'autorité de contrôle les procédures de sanction ayant abouti à une décision. Il apparaît exagéré que toute ouverture d'une enquête disciplinaire pouvant aboutir à une sanction doive être immédiatement communiquée à l'autorité de contrôle, la plupart des enquêtes se soldant par un non-lieu, et les informations préalablement récoltées étant, par définition, incomplètes et sujettes à révision.

Ceci aboutirait à ce que les organismes d'autorégulation doivent, à chaque fois, justifier dans le détail de l'ouverture d'une enquête, puis de sa clôture, ce qui aboutirait paradoxalement à réduire la fréquence des enquêtes.

Le texte devrait à notre avis se limiter à exiger que les OAR doivent annoncer les refus d'affiliation, les sanctions prononcées, les démissions et les exclusions de membres.

Art. 28, al 1:

Nous pensons que plutôt que "menacer" l'organisme d'autorégulation l'Autorité de contrôle devrait lui impartir un délai approprié pour qu'il rétablisse l'ordre légal.

Article 27, alinéa 3

Il y a lieu de rappeler que, selon les statuts de l'ARIF, le Comité de celle-ci peut prononcer l'exclusion sans indication de motifs, ce qui présente de nombreux avantages juridiques, en particulier de limiter les voies de recours, mais pourrait difficilement subsister si les motifs non exprimés étaient simultanément transmis à l'autorité de contrôle, car les personnes concernées pourraient y avoir accès, et en contester le fondement factuel ou juridique.

Il va sans dire que, par ailleurs, sans communiquer officiellement les motifs de l'exclusion, l'organisme d'autorégulation reste tenu de transmettre à l'autorité de contrôle tous les renseignements et documents dont celle-ci a besoin pour accomplir sa tâche.

Article 34, alinéa 1

On voit mal l'utilité pratique de cette disposition. Soit les personnes visées à l'article 2, alinéa 1, lettre b sont, comme nous le suggérons, soumises aux obligations ordinaires applicables aux intermédiaires financiers, auquel cas cette disposition est sans objet, soit ils s'organisent selon leur bon vouloir, et on ne voit pas quel intérêt pratique il y a à ce que les informations concernant une communication soient détenues séparément du reste du dossier concernant la relation d'affaire, puisque par définition tous les éléments de celle-ci peuvent intéresser les organes d'enquête pénale.

Article 42, alinéa 1 et 2

Compte tenu des difficultés qu'il y aura pour les personnes concernées à remplir leurs nouvelles obligations légales, nous suggérons qu'un délai de deux ans, comme celui qui a été accordé initialement aux intermédiaires financiers en 1998, soit

accordé aux personnes nouvellement assujetties pour remplir toutes les obligations de la loi.

Veillez croire, Monsieur le Conseiller fédéral, Messieurs, à l'assurance de notre meilleure considération.

Pour le Comité de l'ARIF
pdt. 