Berne, le 18 janvier 2007

Audition

sur des Propositions complémentaires à l'avant-projet du 12.01.2005 relatives à la mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI)

En application de l'article 2 de l'Ordonnance sur la consultation (RS 172.061.1)

1. Présentation de l'objet

Par sa décision du 29 septembre 2006, le Conseil fédéral a chargé le Département Fédéral des Finances (DFF) de lui adresser d'ici mi 2007 un Message relatif à la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière. Le message comprendra, d'un côté, huit mesures ayant fait en 2005 l'objet de la consultation relative à l'avant-projet précité, dont les résultats ont été publié dans un rapport du DFF.[1] Ces mesures sont les suivantes:

- Nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent (contrefaçon et piratage de produits (art. 67 ch. 2 LDA ; 155 ch. 2 CP), contrebande organisée (art. 14 DPA), opérations d'initiés et manipulation de cours (art. 161 et 161bis CP);
- Extension de la loi sur le blanchiment au financement du terrorisme;
- Clause bagatelle (clause *de minimis*, art. 7a LBA);
- Obligation de communiquer si aucune relation d'affaires n'est conclue (*attempted transactions*, art. 9b LBA);
- élargissement de l'interdiction de communiquer entre intermédiaires financiers (art. 10, al. 1 et 3, et 10a LBA) ;
- Exclusion de la responsabilité pénale et civile (art. 11 LBA) ;
- Echange d'informations (art. 29a LBA, cf. également art. 38 LFiNMA);
- Protection améliorée de l'intermédiaire financier lors de communications (art. 11 LBA).

Par ailleurs, la conformité du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme avec les recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) a été évaluée en octobre 2005 dans le cadre de l'examen pays de la Suisse. Le rapport rédigé à l'issue de cet examen parvient à la conclusion que notre pays dispose d'un système foncièrement efficace, conforme complètement ou dans une large mesure aux standards internationaux dans des domaines essentiels. Il relève toutefois aussi l'existence de lacunes dans le système préventif. C'est pourquoi, le Conseil fédéral a décidé, le 29 septembre 2006, de compléter l'avant-projet avec les éléments suivants soumis à la présente audition :

[1] http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/00755/index.html?lang=fr. Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative au rapport explicatif, comprenant le projet de modifications légales, sur la mise en oeuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (septembre 2005).

- Transports transfrontières d'espèces (SR IX) ;
- Communications faites directement au Bureau de communication, selon l'art. 305ter CP;
- Elargissement de l'interdiction d'informer (*no tipping off*) (art. 10a LBA) ;
- Identification des représentants de personnes morales (art. 3 LBA) ;
- Identification de l'objet et but de la relation d'affaire (art. 6 bis LBA).

2. Propositions

2.1 Contrôle des transports transfrontières d'espèces

2.1.1 Situation initiale

En octobre 2004, le GAFI a adopté une nouvelle recommandation spéciale (IX) concernant le transport transfrontière d'espèces (cash couriers). Celle-ci vise à lutter contre le flux transfrontière d'espèces, de devises et d'autres moyens de paiement servant au blanchiment de fonds illégaux ou au financement d'activités terroristes. Pour contrôler le transport d'espèces, le GAFI envisage deux systèmes possibles, à savoir la déclaration ou le renseignement. La première solution consiste en une obligation systématique de déclarer faite à toute personne franchissant la frontière avec une somme dépassant 15 000 euros ou dollars; la seconde solution prévoit l'obligation de renseigner uniquement si la demande en est faite. Dans les deux cas, les fonds doivent pouvoir être bloqués et confisqués. De plus, des sanctions doivent pouvoir être prononcées en cas de refus de renseigner ou si les renseignements fournis sont faux. En cas de soupçon d'acte contraire à la loi, les autorités compétentes doivent en être informées, même si le seuil des 15 000 euros ou dollars n'est pas atteint.

2.1.2 Grandes lignes du projet

Dans le cadre du contrôle des marchandises, les autorités douanières annoncent actuellement déjà aux autorités de police compétentes toute personne transportant des sommes considérables en espèces et soupçonnée de blanchiment d'argent. A l'heure actuelle, il n'existe aucune base juridique sur laquelle fonder le système de renseignement envisagé. Avec la mise en place d'un système d'annonce, l'Administration fédérale des douanes assumerait une nouvelle tâche dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Une modification de l'art. 95 de la loi sur les douanes du 18 mars 2005 (LD ; FF 2005 2139) habilitera les autorités douanières à apporter un soutien actif à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Celles-ci interrogeront les voyageurs par sondages; en cas de soupçon, les demandes de renseignements seront toutefois toujours effectuées. En cas de soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, ou si les renseignements fournis sont erronés, les montants en espèces, les devises et autres valeurs dont la confiscation est probable seront provisoirement séquestrés, en vertu de l'art. 104, al. 2 LD. De plus, une amende pouvant atteindre 5 000 francs peut être prononcée, conformément à l'art. 127 LD, lorsque le voyageur communique une fausse information ou lorsqu'il refuse de répondre aux questions. Le devoir des voyageurs de répondre aux questions liées au transport d'argent, de devises ou d'autres valeurs patrimoniales sera expressément prévu dans l'ordonnance sur les douanes du 1er novembre 2006.[2] En vertu de l'art. 110, al. 1 et 2, let. g et h LD, les personnes soupçonnées de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme feront l'objet d'une inscription

[2] Cette ordonnance devrait entrer en vigueur le 1er mai 2007.

dans une banque de données de l'Administration des douanes, indépendamment du montant et donc également dans les cas où le seuil des EUR/USD 15'000 n'a pas été atteint. Selon la recommandation spéciale IX, le Bureau de communication doit avoir pleinement accès aux données de l'Administration des douanes concernant les transactions transfrontières en numéraire. Pour des raisons de protection des données, le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent ne bénéficie pas d'un accès direct aux données de l'Administration des douanes. En revanche, en vertu de l'art. 112 LD, celle-ci fournit au Bureau de communication des indications sur des actes illicites déjà commis ou pouvant l'être, ou elle lui fournit une assistance administrative au sens de l'art. 114, al. 1 LD.

Conformément au droit en vigueur, la Suisse ne peut échanger des informations contenues dans la banque de données en question que par le biais d'une procédure d'entraide judiciaire.

2.1.3 Rapport avec le droit européen

A l'automne 2005, l'UE a édicté un règlement prévoyant une obligation de déclarer pour tous les transports au-delà des frontières de l'UE de montants en espèces dépassant les 10 000 euros. Ce règlement est censé être mis en oeuvre par les Etats membres de l'Union en l'espace de 18 mois. En dépit de l'application d'un tel règlement dans l'UE, l'introduction d'un système d'annonce à l'importation et à l'exportation est proposé pour la Suisse. Un tel système est moins lourd sur le plan administratif, il ne gène pas le trafic transfrontière quotidien et permet aux autorités douanières de contrôler non seulement la circulation des personnes et des marchandises, mais aussi le transport d'argent liquide, par le biais de demandes de renseignements par sondages ou sur soupçon, contribuant ainsi activement à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Etant donné que plus de 600 000 personnes entrent en Suisse chaque jour, un système de déclaration ne serait guère envisageable pour des questions pratiques. C'est pourquoi, notre pays privilégie l'option du système d'annonce.

La loi sur les douanes du 18 mars 2005 doit être modifiée de manière que l'Administration des douanes soit habilitée à contribuer à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le cadre de ses contrôles de la circulation transfrontière des personnes et des marchandises. La modification prévue concerne l'art. 95, al.1 LD, qui est complété par l'al. 1bis.

Loi sur les douanes du 18 mars 2005
Art. 95, al. 1bis LD (nouveau)
L'Administration des douanes soutient la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le cadre de ses tâches.

2.2 Le Bureau de communication nouvellement destinataire des communications issues du droit de communication

Entré en vigueur le 1er août 1994[3], le droit de communication prévu à l'art. 305ter, al. 2 CP a fourni aux intermédiaires financiers un fait justificatif légal spécial au sens de de l'art. 14 CP, afin de préserver l'intermédiaire financier de se reprocher d'avoir violé, le secret bancaire, le

[3] RO 1994 1614 1618; FF 1993 III 277

secret postal ou le secret d'affaires à travers sa communication. Selon la loi, les destinataires des communications sont *les autorités suisses de poursuite pénale et les autorités fédérales désignées par la loi*. En 1994, la loi sur le blanchiment d'argent et le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent n'existaient pas encore; lors de l'entrée en vigueur du droit de communication, les destinataires des communications étaient donc essentiellement les autorités cantonales de poursuite pénale. Avec l'entrée en vigueur de la loi sur le blanchiment d'argent le 1er avril 1998, le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (Bureau de communication) est venu s'ajouter aux destinataires de communications déjà existants. Le Ministère public de la Confédération est lui aussi devenu un destinataire de communications au sens de l'art. 305ter, al. 2 CP suite à la création, à la Confédération, de nouvelles compétences de procédure[4] dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique. En vertu du droit en vigueur, c'est aux intermédiaires financiers qu'il revient de décider à quel organe (autorité de poursuite pénale ou Bureau de communication) ils entendent rendre compte conformément à l'art. 305ter, al. 2 CP. Contrairement à l'art. 9 LBA (obligation de communiquer), l'art. 305ter, al. 2 CP ne prévoit pas de destinataire unique pour les communications, situation qui soulève une question systémique fondamentale. Dans le cadre de l'examen de la Suisse par le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)[5], la question de la cohérence du dispositif en place a été posée; en effet, selon l'art. 305ter, al. 2 CP, de *simples* soupçons justifient l'envoi direct d'une communication aux autorités de poursuite pénale, contrairement à la recommandation 13 du GAFI, qui stipule que les soupçons *fondés* (art. 9 LBA) doivent d'abord être soumis au Bureau de communication pour analyse préalable (fonction de filtre). Cette situation n'est guère appropriée, si l'on pense que le Bureau de communication, contrairement aux autorités de poursuite pénale, est en mesure de fournir en peu de temps (cinq jours au maximum) une analyse préalable établie sur la base non seulement de renseignements judiciaires suisses, mais aussi d'informations spécifiques provenant de la banque de données du Bureau de communication (GEWA) ainsi que de données fournies par des bureaux de communication internationaux. Cette analyse préalable décharge, d'une part, les autorités de poursuite pénale qui, n'ayant plus besoin d'établir une telle analyse, peuvent directement traiter les cas de soupçons fondés et, d'autre part, constitue une prestation de service pour les intermédiaires financiers, qui trouvent ainsi plus rapidement une réponse à la question de la pertinence des soupçons auxquels ils sont confrontés. En outre, le rapport du GAFI sur la Suisse non seulement critique la coexistence entre le droit et l'obligation de communiquer, mais émet également des réserves quant au nombre relativement faible de communications adressées au Bureau de communication, compte tenu de l'importance de la place financière suisse.[6] Le fait que le Bureau de communication intègre, dans ses statistiques annuelles, les cas de soupçons au sens des art. 9 LBA et 305ter CP qui lui sont directement communiqués, mais ne recense pas les communications au sens de l'art. 305ter CP directement adressées aux autorités de poursuite pénale, entraîne une distorsion des données statistiques ayant un impact sur la réputation de la place financière suisse. C'est pourquoi il importe que les communications faites sur la base du *droit* et du *devoir* de communication soient à l'avenir adressées à une seule et même entité nationale centralisée. Le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent est l'organe approprié à cet effet ; c'est pourquoi, l'art. 305ter, al. 2 CP actuellement en vigueur doit être modifié dans le sens proposé.

---

[4] RO 2003 3043 3047; FF 2002 5390

[5] www.fatf-gafi.org/dataoecd/29/11/35670903.pdf. Troisième rapport d'évaluation mutuelle du GAFI sur la Suisse, p. 139, ch. 652

[6] 3ème rapport d'évaluation mutuelle sur la Suisse, p. 138, ch. 648

Code pénal suisse du 21 décembre 1937
Art. 305ter al. 2 (nouveau)
Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication
….
[2] Les personnes visées par l'al. 1 ont le droit de communiquer au ***Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de l'Office fédéral de la police*** les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime

2.3 Elargissement de l'Interdiction d'informer

Actuellement, l'art. 10, al. 3 LBA prévoit que l'intermédiaire financier qui a envoyé une communication au Bureau de communication ne peut, pendant cinq jours, en informer ni les personnes concernées, ni des tiers. Une fois ce délai écoulé ou après que le Bureau de communication a indiqué que les soupçons n'ont pas été transmis aux autorités de poursuite pénale, l'intermédiaire financier est libéré de l'interdiction d'informer, conformément au droit actuel. La seule exception concerne toutefois le cas où les soupçons sont transmis aux autorités de poursuite pénale et que celles-ci maintiennent l'intermédiaire financier dans l'interdiction d'informer. Selon la nouvelle pratique du Tribunal fédéral[7], l'autorité de poursuite pénale doit toutefois limiter le blocage de l'information, à moins qu'il n'existe une base légale suffisante pour permettre le décret d'une interdiction d'informer illimitée[8]. Le nouvel art. 10a LBA devra permettre de créer la base légale nécessaire à une interdiction durable d'informer activement, y compris pour les soupçons que le Bureau de communication ne transmet pas aux autorités de poursuite pénale. Ce dernier point se révèle important pour le cas où des soupçons n'ayant pas été transmis aux autorités de poursuite pénale dans un premier temps le sont par la suite lorsque de nouvelles informations sont fournies (par exemple par le biais de nouveaux cas de soupçons). La nécessité d'une interdiction illimitée d'informer s'appuie également sur la recommandation 14 du GAFI, que la Suisse ne remplit donc pas complètement sur ce point et qui lui vaut des critiques dans le rapport du GAFI[9]. Le passage d'une interdiction limitée à une interdiction illimitée active d'informer s'impose non seulement parce qu'il renforce la sécurité juridique pour la Justice et les intermédiaires financiers, mais aussi parce qu'il correspond aux standards internationaux en la matière.

Il convient toutefois de souligner que, durant la période où les avoirs sont bloqués, l'intermédiaire financier est soumis à une interdiction absolue d'informer; une fois que le délai de blocage au sens de l'art. 10 LBA est écoulé, l'intermédiaire financier ne peut certes pas informer activement, mais il est en droit de répondre à une demande concrète d'information de la part de sa clientèle (information passive au sens de l'art. 8 de la loi sur la protection

7 ATE 1S.11/2005 du 25 juillet 2005
8 Dans le cas en question jugé par le Tribunal fédéral, le Ministère public de la Confédération avait adressé à une banque une interdiction d'informer le client concerné pour une durée indéterminée. A cette occasion, le Tribunal fédéral a rappelé que, en vertu du droit suisse de la procédure pénale, les recherches devaient être effectuées de façon confidentielle et que le devoir de confidentialité était réglé par l'art. 102quater de la loi fédérale sur la procédure pénale (PPF ; RS 312.0). Ce devoir de confidentialité s'arrête toutefois là où commencent les droits des personnes concernées par la procédure. Selon l'arrêt de la première Cour de droit public du Tribunal fédéral, l'interdiction d'informer décrétée par le Ministère public servait l'intérêt public et était de ce fait admissible, pour autant qu'elle repose sur une base légale suffisante ou qu'elle soit proportionnée au but visé (art. 36 Constitution fédérale, Cst; RS 101). Comme la base légale manquait dans le cas concerné, le Tribunal fédéral a toutefois refusé de considérer comme proportionnée l'interdiction d'informer, qui était illimitée et durait déjà depuis près d'un an.
9 Troisième rapport d'évaluation mutuelle / Suisse, p. 140, ch. 656

des données[10]). Lors d'une communication de soupçon aux autorités de poursuites pénales, le droit de procédure pénale applicable et une éventuelle prise de décision judiciaire corrélative concernant l'interdiction d'informer prime.

Loi sur le blanchiment d'argent du 10 octobre 1997
Art. 10a Interdiction d'informer (nouveau)[11]
[1] Les intermédiaires financiers ne peuvent, de leur propre chef, informer pendant et après la durée du blocage des avoirs, ni les personnes concernées ni des tiers, de la communication qu'ils ont faite. Les informations fournies à la demande des personnes concernées sont réglées par l'art. 34, al. 3.
[2] Si un intermédiaire financier ne peut décider lui-même de bloquer des avoirs, il peut informer l'intermédiaire financier assujetti à la présente loi et en mesure de procéder à un tel blocage.

2.4 Identification des représentants de personnes morales

L'identification du client, qu'il soit une personne physique ou morale, constitue dans le système suisse de prévention du blanchiment un élément central de la diligence requise de la part des intermédiaires financiers. Lors de l'établissement de relations d'affaires avec des personnes morales, une pratique s'est développée selon laquelle les intermédiaires financiers s'assurent des pouvoirs de représenter les personnes morales. Cette pratique, justifiée, n'est toutefois pas uniforme dans l'ensemble du secteur financier. C'est pourquoi, il est nécessaire de la formaliser dans une norme d'application générale. Bien que les intermédiaires financiers procèdent déjà à ce contrôle pour des raisons liées à la responsabilité, une disposition expresse est nécessaire pour assurer une application plus uniforme du principe selon lequel l'intermédiaire financier doit s'assurer de l'identité de la personne qui se prétend représentante.

Le rapport d'évaluation du GAFI relève que ces obligations ne figurent pas explicitement dans une base légale formelle en matière bancaire et non bancaire, mais le cas échéant dans d'autres textes applicables aux banques ou à d'autres types d'intermédiaires financiers ce qui débouche sur de possibles lacunes. Dans le secteur des intermédiaires financiers non bancaires soumis au contrôle de l'AdC ou d'un OAR, l'identification des personnes morales et constructions juridiques n'inclut pas explicitement l'identification des personnes agissant au nom de la personne morale ou de la construction juridique. L'évaluation indique aussi qu'aucune disposition n'impose explicitement aux intermédiaires financiers de prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le client, bien que cela puisse résulter de la pratique, notamment de la prise en compte du Code des obligations. Dans le secteur des assurances privées, l'Ordonnance de l'OFAP sur la lutte contre le blanchiment d'argent (OBA OFAP), entrée en vigueur début 2007, prévoit nouvellement la vérification d'identité des personnes morales, que ce soit au moyen d'un extrait du registre du commerce, ou, pour les personnes morales n'en disposant pas ou ayant leur siège à l'étranger,

10 Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données; LPD (RS 235.1) Nous nous fondons sur le texte de révision de la loi du 12.1.2005, tel qu'il a été soumis à la consultation.

11 Lors de la procédure de consulation tenue en 2005, il a été décidé de supprimer l''art. 10, al. 3 de la LBA en vigeur actuellement et de le remplacer par un art.. 10, a alinéa 1 et 2.

au moyen de documents équivalents et d'une vérification d'identité de la personne physique représentant la personne morale.

Ainsi, il convient d'ancrer le principe de ces deux dimensions de l'obligation élémentaire d'identification du cocontractant lorsqu'il s'agit d'une personne morale dans la LBA, ce qui permet de concrétiser formellement ces principes élémentaires qui sont déjà largement mis en oeuvre dans la pratique.

> **Loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent**
> **Art. 3** Vérification de l'identité du cocontractant
> **al. 1 2e phrase (nouveau)**
> Lorsque le cocontractant est une personne morale, l'intermédiaire financier doit prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et vérifier l'identité des personnes agissant au nom de la personne morale.

2.5 Informations sur l'objet et le but de la relation d'affaires

Les informations relatives à l'objet et le but envisagés de la relation d'affaires souhaitée par le client sont largement collectées dans la pratique, ne serait-ce qu'aux fins de la détermination du profil du client, de ses besoins ou encore dans le cadre de la gestion des risques. Ces informations sont par ailleurs nécessaires pour permettre l'exercice effectif des devoirs de vigilance continue, à savoir la surveillance des transactions et les clarifications complémentaires, dans le cadre d'une relation d'affaires.

L'évaluation de la Suisse par le GAFI a mis en évidence l'absence de disposition légale formelle explicite en vertu de laquelle les intermédiaires financiers seraient systématiquement tenus de collecter des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires souhaitée par le client. La loi prévoit certes cette obligation de collecte d'informations sous un angle très spécifique (art. 6 LBA). Ainsi, les banques récoltent déjà cette information dans le cas d'une obligation particulière de clarification exigée lorsque la transaction ou la relation d'affaire paraissent inhabituelles. Une disposition générale étendrait ce principe de manière à constituer la formalisation d'une pratique déjà générale comme il a été mentionné plus haut. Une obligation fondamentale à charge des intermédiaires financiers de collecter l'information relative à l'objet et le but envisagés de la relation d'affaires souhaitée par le client doit prendre place dans une base légale formelle générale et claire, corrélativement aux devoirs de clarification complémentaire en cas de risques accrus figurant déjà dans la loi.

> **Loi sur le blanchiment d'argent du 10 octobre 1997**
> **Art. 6 bis (nouveau)**
> L'intermédiaire financier est tenu d'identifier l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée par le cocontractant.