

Didier de Montmollin\*

## L'autoréglementation «à la Suisse»: Ses atouts à la lumière de l'expérience du terrain – 1<sup>re</sup> partie

**Mots clés:** LBA, blanchiment, autorégulation, intermédiaire financier, GAFI/FATF, secret professionnel, OAR, Autorité de contrôle

*L'auteur rappelle les caractéristiques du système suisse de prévention du blanchiment (point d'ancrage dans l'activité d'intermédiaire financier plutôt que dans la sélection – nécessairement lacunaire et arbitraire – de quelques professions ciblées, large contribution du secteur privé, densité et réalité des obligations de diligence). Pour l'auteur, le système suisse de prévention du blanchiment est crédible et cohérent, et il a valeur d'exemple au plan international. Dès lors, il est impératif que l'Etat manifeste mieux son soutien à l'économie privée, notamment en veillant à ne pas mettre en péril la cohérence du système par une application trop littérale des recommandations émises par diverses instances internationales telles que le GAFI, et en évitant le prélèvement d'impôts déguisés.*

### Question préliminaire: l'appellation «autorégulation» ou «autoréglementation» est-elle adéquate?

Lorsque la loi sur le blanchiment d'argent («LBA»)<sup>1</sup> traite de la contribution du secteur privé à sa mise en œuvre, elle utilise le terme «autorégulation», «Selbstregulierung» et «autodisziplin».

Une telle terminologie laisse penser qu'il s'agit de la régulation ou plutôt de la réglementation que certaines branches de l'économie privée décident de se donner librement, sans aucune possibilité d'intervention de l'Etat. Le corollaire de la liberté de s'autoréglementer devrait être en toute logique la liberté de mettre fin en tout temps à la réglementation instaurée ou, à tout le moins, de l'alléger parce qu'elle serait devenue trop contraignante.

Mais nous savons que cette liberté n'est pas de mise ici: les délégués de l'économie privée qui assument les fonctions d'organes dirigeants des organismes dits d'«autorégulation» sont

tenus d'appliquer les normes de droit administratif prescrites par la LBA et leur marge de manœuvre dans le cadre de la mise sur pied de règlements et directives prenant en compte les spécificités de l'activité de leurs affiliés respectifs est, quoi qu'on en dise, relativement limitée.

Si l'autorité de surveillance compétente considère, à un moment donné, que l'autoréglementation pratiquée est trop laxiste pour être encore compatible avec les exigences légales, cette autoréglementation ne peut alors plus prétendre concrétiser les obligations prescrites de manière générale par la LBA, et elle perd donc toute légitimité et utilité, du moins à ce titre.

Force est de constater que le terme «autorégulation» ou «autoréglementation» est malheureux car il amène l'observateur, notamment à l'étranger, à considérer que le système suisse n'est pas sérieux car facultatif et à géométrie excessivement variable.

C'est pourquoi nous devons impérativement nous efforcer de définir plus adéquatement – et je dirais même plus intelligemment – la manière dont nous procédons en Suisse, afin que la crédibilité du procédé appliqué ici soit plus immédiatement perceptible ailleurs.

Bien que souvent utilisés, les termes d'«autorégulation dirigée» ne sont pas très convaincants. En effet le nom et l'adjectif ne sont guère compatibles. Si l'on veut rester dans le même registre on pourrait éventuellement définir le système que nous avons comme étant celui de l'«autorégulation sous surveillance», ce qui serait déjà plus adéquat.

Mais ne serait-il pas plus opportun de parler plutôt de «partenariat entre l'Etat et l'économie privée aux fins de prévenir le blanchiment d'argent»?

Pour l'heure et faute d'être totalement convaincu de ces tentatives de substitution, je laisse cette question de définition en suspens.

Je me propose maintenant de faire quelques réflexions au sujet de ce qui, à mes yeux, fait la force du système suisse, quelle qu'en soit sa définition.

Il s'agit en premier lieu du *champ d'application personnel de la LBA*, traité dans cette 1<sup>re</sup> partie, c'est-à-dire du cercle de personnes physiques et morales visé par la LBA. Nous verrons qu'en comparaison internationale, ce champ est exceptionnellement cohérent et étendu et qu'il est donc un atout de premier ordre du mode suisse de prévention du blanchiment.

En second lieu, la *contribution apportée par l'économie privée* à la mise en œuvre effective de la LBA, qui constitue elle aussi un atout important du système suisse, méritera que nous

\* L'auteur est avocat, associé de l'Etude Secretan Troyanov à Genève, chargé d'enquête de l'Association suisse des banquiers (Convention relative à l'obligation de diligence des banques), membre du bureau du comité de l'OAR de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires, ainsi que membre du comité du Forum OAR-LBA.

Les quelques réflexions exposées dans cet article sont des propos libres qui n'engagent que l'auteur. Les notes de bas de pages ont été partiellement revues (en date du 10 juin 2005) par rapport à celles figurant dans le support écrit remis aux participants au 1<sup>er</sup> congrès OAR-LBA tenu le 7 juin 2005, et à cette occasion, de minimes modifications formelles ont par ailleurs été apportées au texte principal.

1 Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, du 10 octobre 1997 (RS 955.0) Cf. également, de manière générale, le site de l'Autorité de contrôle LBA [www.gwg.admin.ch](http://www.gwg.admin.ch).

nous y arrêtons quelques instants. Cette 2<sup>e</sup> partie sera publiée dans le prochain numéro de cette revue.

Puis, il sera temps de conclure.

### Le champ d'application personnel

En 1997, les Chambres fédérales, suivant ainsi le Conseil fédéral, ont bâti la LBA sur le concept d'«intermédiaire financier». L'article 2, al. 1 LBA est particulièrement explicite à ce sujet.

On rappellera qu'aux termes de l'article 2, al. 2 LBA, les intermédiaires financiers sont tout d'abord les *entreprises dont l'activité typiquement financière, est soumise à la délivrance d'une autorisation de la part de l'Etat*, en vertu d'une loi qualifiée généralement de «spéciale». Il s'agit des banques, des négociants en valeurs mobilières tels que définis par la loi sur les bourses, des directions de fonds de placement, des établissements assujettis à la loi sur la surveillance des assurances, et enfin, des maisons de jeu.

Mais le champ d'application personnel de la LBA ne s'arrête pas là puisqu'il comprend encore toutes les autres personnes physiques et morales qui exercent une activité d'intermédiaire financier. Or, selon la LBA en son article 2, al. 3, première phrase, les intermédiaires financiers sont toutes «les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers».

Le choix de mettre l'accent sur l'intermédiation financière est convaincant. Il permet d'apporter une contribution crédible à la lutte contre le recyclage des fonds d'origine criminelle dans l'économie privée, que ce soit en Suisse ou à partir de la Suisse.

Bien évidemment, d'autres systèmes auraient été concevables, tels que par exemple celui consistant à mettre l'accent, non pas, comme nous le faisons en Suisse, sur l'activité d'intermédiaire financier, mais plutôt sur un certain nombre de professions ciblées.

Toujours est-il que le rattachement de la LBA à l'activité d'intermédiaire financier a permis de faire en sorte qu'en plus des instituts bancaires et financiers soumis à une loi spéciale, *des milliers de personnes morales et individus – de toutes tailles et provenant d'un nombre indéterminé de professions – soient assujettis à des obligations d'identification, d'organisation, de formation, de contrôle et de communication particulièrement étendues*.

C'est dire que, tant par le nombre de personnes et d'entreprises que par la densité des obligations, la Suisse est allée très sensiblement plus loin que tout autre pays.

Dans ce contexte, il saute aux yeux que cette conception très large de l'intermédiation financière en tant que «point d'ancrage» de la LBA n'est possible que si l'économie privée est mise très fortement à contribution. Or, tel est indéniablement le cas ainsi que nous le verrons plus tard.

Face à ce constat, la Suisse ne doit pas faire preuve d'arrogance, mais elle ne doit pas non plus être embarrassée, se sentir

«en faute» dans ses relations extérieures, et tout particulièrement dans le cadre de sa participation aux travaux du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux («GAFI»)<sup>2</sup>.

Il convient de répéter inlassablement et avec conviction à nos interlocuteurs étrangers que *le choix suisse de considérer l'activité d'intermédiaire financier comme étant le pivot de la lutte contre le blanchiment est à la fois crédible et légitime*.

C'est ce que nous avons notamment fait à l'occasion de la visite en Suisse d'une délégation du GAFI au mois d'avril dernier, dans le cadre du programme d'évaluation mutuelle convenu entre les membres de cette organisation.

Le point d'ancrage de la LBA tel que nous venons de le rappeler, l'impact de ce point d'ancrage sur le nombre et la diversité des personnes physiques et morales soumises à la LBA, et enfin la densité des obligations actuellement à la charge des intermédiaires financiers actifs en Suisse, doivent conduire notre gouvernement et notre parlement à faire preuve d'une extrême retenue avant de procéder à la mise en œuvre de prescriptions supplémentaires dans le domaine qui nous occupe.

A défaut, la cohérence du système risque de disparaître – ce qui aurait pour conséquence un «indice de protection» affaibli en matière de prévention contre le blanchiment – et donc irait à l'encontre de l'objectif poursuivi.

Quant à la compétitivité de l'économie suisse, elle serait elle aussi affaiblie par de nouvelles normes déstabilisantes et alourdissant le système actuel sans réelle nécessité. Evitons ce genre d'autogoal, qui ne manquerait pas de réjouir les places financières concurrentes.

Or, l'Avant-Projet de janvier 2005 rédigé par une commission d'experts, qui a fait l'objet d'une procédure de consultation jusqu'au 15 avril dernier<sup>3</sup> (l'«Avant-Projet») comporte précisément et malheureusement de nombreuses normes de ce type.

Le titre même de l'Avant-Projet est révélateur à cet égard puisqu'il indique explicitement que l'objectif premier est «la mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux». Un tel libellé est regrettable car il donne ainsi l'impression erronée que, d'une manière générale, la LBA ne répondrait pas suffisamment aux attentes du GAFI dans sa version actuelle, notamment quant à son champ d'application personnel.

De cette manière, la Suisse «plaide coupable» avant même d'être accusée et alors qu'il n'y aurait de toute manière pas matière pour un quelconque «acte d'accusation».

La Recommandation révisée N° 12 du GAFI a pour objet de recommander aux Etats membres concernés une extension du cercle des professions astreintes au devoir de vigilance et au devoir de conservation des documents pertinents.

Or si l'on admet que le critère décisif est et doit rester l'activité d'intermédiaire financier – c'est-à-dire le fait pour une personne, à titre professionnel, de s'entremettre dans une activité

2 [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org). Cf. notamment les 40 Recommandations révisées du 20 juin 2003 (avec modifications d'octobre 2004).

3 [www.dff.admin.ch/ff/dok/medien/medienmitteilungen/2005/01/gafi.htm](http://www.dff.admin.ch/ff/dok/medien/medienmitteilungen/2005/01/gafi.htm).

de garde, de gestion ou de transfert de valeurs patrimoniales – le libellé actuel de l'article 2, al. 3, première phrase LBA permet d'ores et déjà l'application des normes de diligence prévues par la LBA dans l'ensemble des secteurs professionnels visés par la Recommandation précitée.

Le seul domaine où la pleine conformité avec la Recommandation précitée nécessiterait un ajout dans la LBA est celui de l'assujettissement des négociants en métaux précieux ou en pierres précieuses lorsqu'ils acceptent des paiements en espèces pour des montants importants de la part de leur clientèle. En effet, une fois n'est pas coutume, le critère de l'intermédiation financière ne suffirait pas en l'occurrence pour couvrir ce cas de figure, dès lors qu'est visée ici l'activité du négociant pour compte propre, et non pas seulement au titre d'intermédiaire pour un tiers.

En revanche, toutes les autres professions visées par la Recommandation N° 12, c'est-à-dire l'exploitant d'un casino, l'agent immobilier, l'avocat, le notaire et les «autres professions juridiques indépendantes et comptables» sont d'ores et déjà assujetties à la LBA dès l'instant où une activité d'intermédiaire financier au sens de l'article 2, al 3 LBA est conduite.

Je saisis cette occasion pour rappeler que le secret professionnel de l'avocat et du notaire est essentiel pour le bon fonctionnement de toute société démocratique. Il conviendra donc à l'avenir de maintenir intégralement la pratique actuelle selon laquelle les avocats et les notaires qui acceptent, gardent en dépôt ou transfèrent des valeurs patrimoniales dans l'exercice de leur activité traditionnelle couverte par le secret professionnel ne conduisent pas une activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA<sup>4</sup>. En revanche, dès le moment où l'avocat ou le notaire détient, gère ou déplace des valeurs patrimoniales d'un tiers, sans que ces dernières ne soient intrinsèquement liées à l'exercice de son activité professionnelle typique, il agit alors bien en qualité d'intermédiaire financier tel que défini par la LBA.

On aura donc compris qu'au moins sous l'angle du champ d'application personnel, il n'y a pas de raison d'intituler un quelconque projet de modification législative comme étant destiné – prioritairement – à «mettre en œuvre les Recommandations révisées du GAFI».

Par ailleurs, la commission d'experts a cru bien faire en proposant d'étendre l'application de la LBA au commerce d'œuvres de beaux arts, que ce soit pour des tiers ou pour propre compte, ainsi qu'au commerce d'immeubles pour propre compte, ceci alors même que les Recommandations du GAFI ne portent pas sur une telle extension.

On rappellera à ce sujet que les opérations pour des tiers, que ce soit dans le domaine des œuvres de beaux arts ou des immeubles ou dans tout autre domaine, sont déjà susceptibles d'être des activités d'intermédiaire financier au sens de l'article

2, al. 3 LBA, de sorte qu'aucune nouvelle disposition ne se justifie<sup>5</sup>.

Quant aux opérations pour propre compte, je suis convaincu qu'elles devraient rester hors du champ d'application de la LBA, éventuellement sous réserve d'exceptions conçues de façon particulièrement restrictive.

Pourquoi la profession d'antiquaire agissant pour son propre compte serait-elle visée et pas celle de commerçant en voitures de luxe, en chevaux de course ou en d'autres produits de luxe tels que le caviar ou les truffes blanches?

Un tel «cherry picking», comme aiment le qualifier les anglosaxons, ne serait pas seulement arbitraire, mais aussi et surtout incompatible avec la structure de la LBA, dont le point d'ancrage n'est, encore une fois, pas une profession spécifique, mais l'activité d'intermédiaire financier.

Si après une étude circonstanciée le besoin de viser les opérations commerciales pour propre compte dans certains secteurs sensibles était néanmoins constaté, il serait probablement plus simple et moins onéreux pour l'économie de limiter la possibilité d'acquitter le prix d'achat en espèces dans de tels secteurs. Une limite de CHF 100 000.–, CHF 50 000.– ou même inférieure pourrait entrer en ligne de compte selon le domaine concerné.

Ainsi, l'objectif poursuivi serait atteint puisque, de cette manière, tous les déplacements de valeurs patrimoniales liés à des achats/ventes pour des montants importants passeraient nécessairement par les canaux bancaires et seraient de ce fait inclus dans le périmètre de la LBA.

En tout état de cause, *le fait que seuls les intermédiaires financiers soient soumis à la LBA ne signifie aucunement l'impunité des autres: toute personne, qu'elle soit ou non soumise à la LBA, est susceptible d'encourir la sanction pénale prévue à l'article 305bis du Code pénal, qui réprime le blanchiment d'argent*<sup>6</sup>.

Enfin, je mentionnerai encore brièvement ici que *les modifications envisagées introduisent des inégalités de traitement inadmissibles entre les personnes et entreprises visées*. Certaines sont mises au bénéfice d'un régime allégé<sup>7</sup>, alors que d'autres restent astreintes à un régime beaucoup plus lourd, et ceci sans égard à la taille et au risque concret de blanchiment qui caractérisent les personnes concernées.

L'insécurité juridique résultant d'une telle distinction est incompatible avec un Etat de droit.

Le régime allégé permettrait aux professions concernées d'éviter des obligations aussi importantes que celles consistant à devoir se former et se soumettre à un contrôle périodique. En outre, il est prévu d'astreindre les professions mises au bénéfice

5 S'agissant des immeubles, dès lors que tant l'achat que la vente sont visés par la Recommandation du GAFI, l'Autorité de contrôle pourrait être amenée à revoir, au moins partiellement, sa pratique actuelle consistant à considérer que l'intermédiaire agissant pour le vendeur, c'est-à-dire celui qui recouvre une créance, n'est pas soumis à la LBA, alors que l'intermédiaire agissant pour l'acheteur, c'est-à-dire celui qui paie une dette, est lui soumis à la LBA. En effet, tant l'achat que la vente sont visés par la Recommandation du GAFI.

6 Cf. RS 311.0.

7 Cf. article 2a de l'avant-projet de révision de la LBA.

4 Le formulaire R de la Convention de diligence vise ce type d'opérations.

du régime allégé aux obligations d'identification, de conservation de documents et de communication, mais non pas à l'obligation de clarification! Or, la pratique a démontré que le préalable d'une communication selon l'article 9 LBA était précisément souvent une opération de clarification dont le résultat est jugé insatisfaisant. Au demeurant, l'articulation même de la LBA est révélatrice de ce «crescendo».

Dans le cadre de cet article, je ne peux poursuivre sur le thème de la révision de la LBA et d'autres lois, telle que proposée par la commission d'experts, et je renvoie les personnes intéressées à la prise de position du Forum OAR-LBA à ce sujet, de

même qu'aux prises de position émanant en particulier de l'Association suisse des banquiers, d'économiesuisse ainsi que des OAR qui se sont également exprimés sur cette question (tel est notamment le cas de l'OAR FSA/FSN).

En conclusion sur ce thème, *le point d'ancrage de la LBA consistant à assujettir l'activité d'intermédiaire financier et ceci quel que soit le titre professionnel de celui qui exerce une telle activité, mérite d'être conservé et valorisé. Par conséquent, il importe de renoncer à assujettir quelques professions ciblées de manière plus ou moins arbitraire, auxquelles s'appliqueraient des obligations de diligence «à géométrie variable».* ■