

00.000

Korrigierte Version: 13.01.2005 / 15:30 Uhr

**Mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe
d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de
capitaux**

Rapport explicatif destiné à la consultation

du

Table des matières

1 Présentation de l'objet	4
1.1 Contexte	4
1.2 Les changements proposés	6
1.2.1 Nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent	6
1.2.1.1 Contrebande organisée (art. 14, al. 4, AP-DPA)	7
1.2.1.2 Modification de l'art. concernant l'entrave à l'action pénale (art. 17, ch. 1, AP-DPA)	8
1.2.1.3 Opérations d'initiés et manipulation de cours (art. 161 et 161 ^{bis} AP-CP)	8
1.2.2 Entraide en matière pénale (art. 3, al. 3, AP-EIMP)	9
1.2.3 Professions non financières et obligations de diligence	10
1.2.4 Autres adaptations de la LBA	11
1.2.5 Transparence des sociétés émettrices d'actions au porteur et conversion des actions	12
1.3 Recommandations de la Commission de gestion du Conseil national	13
1.4 Classement d'interventions parlementaires	14
1.5 Résultats de la procédure préliminaire	15
1.5.1 Travaux préparatoires	15
2 Commentaire	15
2.1 Inclusion du financement du terrorisme	15
2.1.1 Adaptation de l'article sur le but dans la loi sur le blanchiment d'argent (art. 1 AP-LBA) – extension du champ d'application	15
2.1.2 Extension des dispositions légales pour inclure la lutte contre le financement du terrorisme (art. 6, 8, 9, 21, 23, 27, 29, 32 AP-LBA)	16
2.2 Nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent	17
2.2.1 Contrebande organisée (art. 14, al. 4, AP-DPA)	17
2.2.2 Opérations d'initiés et manipulation de cours (art. 161 AP-CP et art. 161 ^{bis} AP-CP)	19
2.2.2.1 Nouvelle définition des faits relevant du délit d'initié, par la suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP	19
2.2.2.2 Opérations d'initiés: qualification de crime pour le délit d'initié primaire; durcissement du cadre pénal pour le bénéficiaire d'informations privilégiées (art. 161, ch. 1 et 2, AP-CP)	20
2.2.2.3 Manipulation de cours, art. 161 ^{bis} AP-CP	21
2.2.3 Falsification de marchandises (art. 155, ch. 2, AP-CP) et piratage (art. 67, al. 2, AP-LDA)	21
2.2.3.1 Falsification de marchandises (art. 155, ch. 2, AP-CP)	21
2.2.3.2 Piratage de produits (art. 67, al. 2, AP-LDA)	22
2.2.4 Trafic illicite de migrants (art. 111 du projet de loi sur les étrangers): adaptation dans le cadre de la révision de la LSEE	23
2.3 Entraide judiciaire en matière pénale (art. 3, al. 3, AP-EIMP)	23

2.4 Modifications de l'assujettissement des intermédiaires financiers (art. 2, al. 3, AP-LBA)	24
2.4.1 Services de trafic des paiements (art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA)	25
2.4.2 Change, transfert d'argent et transport d'argent (art. 2, al. 3, let. c, AP-LBA)	26
2.4.3 Métaux précieux bancaires (art. 2, al. 3, let. d, AP-LBA)	26
2.4.4 Négoce de matières premières (art. 2, al. 3, let. e, AP-LBA)	27
2.4.5 Gestion de fortune (art. 2, al. 3, let. f, AP-LBA)	27
2.4.6 Administration de sociétés (art. 2, al. 3, let. i, AP-LBA)	28
2.4.7 Créations de sociétés (art. 2, al. 3, let. j, AP-LBA)	29
2.5 Nouveau régime anti-blanchiment relatif aux transactions commerciales (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)	29
2.5.1 Conditions à respecter pour l'assujettissement des transactions commerciales au régime anti-blanchiment (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)	31
2.5.2 Obligations applicables (art. 2a AP-LBA)	32
2.5.3 Sanction en cas de violation des obligations de diligence (art. 36a AP-LBA)	33
2.5.4 Transactions commerciales assujetties	33
2.5.4.1 Commerce d'œuvres d'art (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)	33
2.5.4.2 Commerce de pierres précieuses brutes ainsi que de métaux précieux et de pierres précieuses travaillés (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)	35
2.5.4.3 Commerce d'immeubles (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)	36
2.6 Double fonction de l'Autorité de contrôle	38
2.7 Autres modifications de la LBA	40
2.7.1 Condensé	40
2.7.2 Identification de l'ayant droit économique (art. 4, al. 1 et al. 3, AP-LBA)	40
2.7.3 Valeurs patrimoniales de faible valeur (art. 7a AP-LBA)	41
2.7.4 Obligation de communiquer (art. 9, al. 1, AP-LBA)	41
2.7.5 Blocage des avoirs (art. 10 AP-LBA)	42
2.7.6 Interdiction d'informer (art. 10a AP-LBA)	43
2.7.7 Exclusion de la responsabilité pénale et civile (art. 11, al. 1 et 2, AP-LBA)	44
2.7.8 Tâches de l'Autorité de contrôle (art. 18, let. g et h, AP-LBA)	44
2.7.9 Registre public (art. 18a AP-LBA)	45
2.7.10 Droit d'être renseigné (art. 19, al. 2, AP-LBA)	46
2.7.11 Mesures (art. 20, al. 2, AP-LBA)	47
2.7.12 Changement formel (art. 24, al. 2, AP-LBA)	47
2.7.13 Obligation d'informer et de dénoncer (art. 27 AP-LBA)	47
2.7.14 Mesures contre les organismes d'autorégulation (art. 28 AP-LBA)	49
2.7.15 Echange d'informations entre les autorités (art. 29, note marginale, AP-LBA)	49
2.7.16 Autorités pénales (art. 29a AP-LBA)	49

2.7.17	Informations transmises par le Bureau de communication (art. 29b AP-LBA)	51
2.7.18	Entraide administrative de l'Autorité de contrôle (art. 31, al. 2, let. c. AP-LBA)	52
2.7.19	Fichiers en rapport avec l'obligation de communiquer (art. 34, al. 1 et 4, AP-LBA)	52
2.7.20	Accès en ligne au système de traitement des données GEWA (art. 34, al. 2 à 4, AP-LBA)	53
2.7.21	Accès aux systèmes d'information (art. 35a AP-LBA)	54
2.7.22	Violation des obligations de diligence et de communication dans les activités commerciales (art. 36a AP-LBA)	55
2.8	Transparence des sociétés émettant des actions au porteur et conversion des actions	55
2.8.1	Obligation de déclarer incombant aux titulaires d'actions au porteur qui contrôlent la société (art. 702a, al. 1 et 2, AP-CO)	56
2.8.2	Obligation de justifier son identité (art. 702a, al. 2, AP-CO)	57
2.8.3	Obligation de conserver les données (art. 702a, al. 3, AP-CO)	57
2.8.4	Violation de l'obligation de communiquer et de conserver les documents (art. 327, AP-CP)	58
2.8.5	Transformation d'actions au porteur en actions nominatives (art. 704a AP-CO)	58
2.9	Dispositions transitoires	59
3	Conséquences	60
3.1	Importance pour la Suisse	60
3.2	Conséquences financières et effets sur l'état du personnel	60
3.3	Conséquences dans le domaine de l'informatique	61
3.4	Conséquences économiques	61
4	Rapport avec le programme de la législature	61
5	Aspects juridiques	62
5.1	Constitutionnalité et conformité aux lois	62
5.2	Compatibilité avec le droit étranger	62
	Titre du texte de loi (Projet)	99
	Message	

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

La Suisse accorde une grande importance au maintien d'une place financière saine. Elle met tout en œuvre pour se prémunir contre une utilisation criminelle de sa place financière, notamment contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. A cette fin, elle participe activement, depuis sa création, aux travaux du GAFI, le Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux. Ce dernier a notamment pour but d'élaborer des normes internationales pour lutter

contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Créé en 1989, le GAFI se compose actuellement de 33 pays et territoires membres et de deux organisations régionales. Il a élaboré 40 Recommandations pour lutter contre le blanchiment de capitaux et 8 Recommandations spéciales, formulées en octobre 2001 suite aux attentats terroristes du 11 septembre 2001. Une neuvième Recommandation spéciale sur les transports physiques transfrontaliers d'espèces et d'instruments au porteur a été adoptée en octobre 2004. Elle n'est pas traitée dans le présent projet. Les 40 Recommandations, qui fixent le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux, ont été entièrement révisées en 2003. Cette révision s'inscrit dans le cadre des efforts internationaux pour lutter non seulement contre le blanchiment de capitaux, mais également contre le financement du terrorisme. Ainsi, les normes du GAFI ont été étendues au financement du terrorisme. En outre, avec le temps, il s'est avéré que le blanchiment de capitaux s'est développé dans des domaines autres que le secteur financier, traditionnellement touché par ce problème, et notamment dans celui du commerce d'objets de grande valeur et facilement négociables. Lors de la révision susmentionnée, le champ d'action des recommandations a donc été élargi pour prendre en compte des activités non financières. Les 40 Recommandations révisées constituent les nouvelles normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et, désormais, contre le financement du terrorisme. Comme cela a été mentionné, elles ne se limitent plus au traditionnel secteur financier, mais couvrent également d'autres domaines concernés par ces risques.

La Suisse a approuvé lors de la réunion plénière du GAFI qui s'est tenue du 18 au 20 juin 2003 les 40 Recommandations révisées du GAFI. La réglementation suisse est déjà actuellement dans une large mesure compatible avec ces nouveaux standards. Certaines adaptations sont toutefois nécessaires pour que la Suisse soit conforme aux recommandations révisées. La conformité avec ces standards internationaux est dans l'intérêt de la place économique suisse, raison pour laquelle notre pays les a repris et prévoit d'adapter la législation dans le cadre de la présente révision.

Les nouvelles recommandations diffèrent par rapport à la législation et à la politique anti-blanchiment suisses actuelles sur certains points. La définition du blanchiment contenue dans les nouvelles recommandations élargit la liste des crimes considérés comme infractions préalables au blanchiment. Cela entraîne des adaptations du code pénal (CP), de la loi sur le droit d'auteur, de la loi sur les étrangers, de la loi sur le droit pénal administratif et de la loi sur l'entraide pénale internationale. L'assujettissement de plusieurs professions et activités non financières, et l'extension de l'obligation de communiquer à certaines situations où les négociations sont rompues avant l'entrée en relation d'affaires, impliquent une modification de la loi sur le blanchiment (LBA). Suite à la progression sur le plan international du financement du terrorisme au cours de ces dernières années, le GAFI a, conjointement aux neuf Recommandations spéciales sur le financement du terrorisme, étendu également les 40 Recommandations du GAFI destinées à l'origine à la lutte contre le blanchiment des capitaux à la lutte contre le financement du terrorisme. Le présent projet de révision permet de tenir compte de cette évolution. La mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI requièrent donc d'adapter la LBA (ch. 2.4 et 2.5).

Ces modifications légales, qui se fondent sur les recommandations du GAFI, seront soumises à l'approbation des Chambres fédérales avec d'autres modifications de la

législation suisse en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Cette révision permettra d'adapter la LBA à l'expérience acquise dans ce domaine depuis son entrée en vigueur, en 1998 (ch. 2.7). Jusqu'à ce jour, la LBA s'est avérée efficace et contribue à un système valable de lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse. Toutefois, la LBA ayant été conçue comme une loi cadre, il a fallu interpréter et préciser certaines de ses dispositions. Par ailleurs, l'administration a acquis une pratique dans le champ d'application et les questions d'assujettissement. La présente révision intègre dans la loi l'interprétation des différentes dispositions et la pratique de l'administration afin de garantir la sécurité juridique. En outre, elle permet d'adapter certains articles selon la demande des organismes d'autorégulation et des milieux économiques.

La Suisse dispose d'un système de lutte anti-blanchiment robuste et complet. La législation suisse actuelle est déjà très largement compatible avec les standards internationaux. A cela s'ajoute le fait que l'intégrité est primordiale pour une place financière de l'importance de celle de la Suisse. Par ailleurs, les développements de la criminalité n'épargnent pas plus la Suisse que les autres pays. C'est pourquoi l'adaptation continue du système de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme est nécessaire. Il s'agit en l'occurrence de protéger la place financière suisse: l'accroissement du terrorisme à travers le monde entraîne une augmentation du risque que la place financière suisse soit utilisée à des fins de financement du terrorisme. Concrètement, le financement du terrorisme emprunte en bonne partie les mêmes canaux que le blanchiment d'argent. Pour ces raisons, la lutte contre le financement du terrorisme est expressément incluse dans la LBA.

Le présent projet constitue en outre une réponse aux recommandations contenues dans un rapport du 21 novembre 2003 que la Commission de gestion du Conseil national (CdG-CN) a remis au chef du Département fédéral des finances (DFF). Par ailleurs, il est proposé de classer la Motion Jossen (02.3246) demandant au Conseil fédéral d'élargir la définition de l'article 161 du code pénal (délict d'initié) pour inclure l'annonce d'une chute des bénéfices (avertissements concernant les bénéfices). Enfin, la mise en œuvre des nouvelles recommandations nécessite une modification du droit de la société anonyme en matière de transparence sur les actionnaires qui contrôlent des sociétés émettant des actions au porteur et de conversion des actions au porteur en actions nominatives (ch. 2.8).

1.2 Les changements proposés

1.2.1 Nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent

La liste des infractions préalables au blanchiment de capitaux figurant dans les recommandations révisées du GAFI a été étendue. Elle comprend désormais également les infractions suivantes: le trafic illicite de migrants, la contrefaçon et le piratage de produits, les cas de contrebande organisée, les délits d'initiés et la manipulation de cours¹.

¹ Recommandation 1 et infractions sous-jacentes dans la liste des «catégories désignées d'infraction» du «glossaire» en annexe et ainsi partie intégrante des 40 Recommandations (version originale anglaise: «trafficking in human beings and migrant smuggling, counterfeiting and piracy of products, smuggling, insider trading and market manipulation»).

Pour le droit suisse, tous les crimes constituent des infractions préalables au blanchiment d'argent (cf. art. 305^{bis}, al. 1, CP). Cette disposition a fait ses preuves et doit par conséquent être conservée. Les infractions généralement qualifiées de crimes dans le code pénal doivent donc continuer d'être considérées comme des infractions préalables au blanchiment d'argent. La disposition pénale contenue à l'art. 305^{bis} CP n'a donc aucun besoin d'être modifiée et il n'est pas nécessaire qu'elle mentionne une liste d'infractions pouvant constituer des infractions préalables au blanchiment d'argent. Le libellé du droit suisse selon lequel les crimes constituent des infractions préalables au blanchiment d'argent est également conforme aux recommandations du GAFI, qui exigent que les infractions graves soient vus comme des infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux. Selon les recommandations du GAFI, chaque pays peut décider comment il définira ces infractions. Plus exactement, le glossaire du GAFI concernant les délits indique que chaque pays est libre de prévoir des éléments d'infraction supplémentaires, tels que les critères de qualification, qui en font une infraction grave pouvant constituer une infraction sous-jacente au blanchiment.

Pour la mise en œuvre de cette partie des recommandations révisées du GAFI, il suffit de procéder à des modifications ponctuelles dans les cas mentionnés par le code pénal et à une modification dans la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (droit pénal administratif; DPA)² ainsi que dans la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale³ (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP).

Selon la législation actuelle, sont réputés crimes les infractions passibles de la réclusion (art. 9, al. 1, CP). Après l'entrée en vigueur de la partie générale révisée du code pénal⁴ (nPG-CP) – prévue pour le 1^{er} janvier 2006 – les crimes seront redéfinis. La distinction entre réclusion et emprisonnement disparaîtra. Seront dorénavant qualifiées de crimes, les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 10, al. 2, nCP). En ce qui concerne les crimes et les délits, la révision de la partie générale du CP introduit en outre la peine pécuniaire pour remplacer les peines privatives de liberté de courte durée (cf. art. 10, al. 3, art. 34 ss et 40 nCP). Dans la pratique, cela implique qu'une infraction devra être passible d'une peine privative de liberté d'au moins cinq ans⁵ ou d'une peine pécuniaire, pour satisfaire à la définition de crime de l'art. 10, al. 2, nCP.

1.2.1.1 Contrebande organisée (art. 14, al. 4, AP-DPA)

Les recommandations révisées du GAFI comptent désormais la contrebande douanière au nombre des infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux⁶. En Suisse, les cas de contrebande ne constituent pas un crime. Ainsi, ceux-ci ne sont pas considérés comme des infractions préalables au blanchiment. Par la modification de l'art. 14, al. 4, de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal

² RS 313.0

³ RS 351.1.

⁴ Code pénal suisse, modification du 13 décembre 2002, FF 2002, 7658 ss.

⁵ L'art. 10, al. 2, nCP exige une peine privative de liberté de plus de trois ans. Une peine d'une durée de trois à cinq ans n'existe ni dans le CP en vigueur ni dans le projet de révision de cet acte (concernant les peines concrètes spécifiques, cf. FF 2002, 7701 ss).

⁶ «Fraude», cf. Recommandation 1 et infractions sous-jacentes dans la liste des «catégories désignées d'infraction» du «glossaire» en annexe des 40 Recommandations

administratif (DPA)⁷, les cas de contrebande douanière seront des crimes et pourront par conséquent constituer des infractions préalables au blanchiment.

Les recommandations du GAFI ne définissent pas la contrebande, mais laissent chaque pays en donner sa propre définition. Le droit douanier prévoit, outre l'inobservation de prescriptions d'ordre⁸, quatre types d'infractions douanières, à savoir la contravention douanière, le trafic prohibé, le recel douanier et le détournement du gage douanier. Celles-ci sont passibles d'amende et, en cas de circonstances aggravantes, d'emprisonnement⁹. L'infraction la plus grave dans ce domaine est réglée par l'art. 14 DPA (escroquerie en matière de prestations et de contributions) qui, en fixant une peine maximale de trois ans d'emprisonnement, ne considère pas ce délit comme une infraction préalable au blanchiment d'argent. La modification proposée ajoutera une nouvelle infraction qualifiée de crime pour la contrebande organisée.

Cette disposition répond aux demandes formulées dans le contexte de l'initiative parlementaire Pedrina (00.447) «Propositions de modifications législatives destinées à lutter plus efficacement contre la contrebande et la criminalité économique organisée».

1.2.1.2 Modification de l'art. concernant l'entrave à l'action pénale (art. 17, ch. 1, AP-DPA)

Selon la législation en vigueur, toute personne faisant entrave à l'action dans une procédure pénale administrative encourt la peine applicable à l'auteur de l'infraction (art. 17, ch. 1, DPA). Par contre, selon l'art. 305, al. 1, CP, une personne entravant l'action pénale d'une manière générale risque l'emprisonnement (soit une peine privative de liberté de trois ans au plus; cf. art. 36, CP).

Dès lors, pour éviter qu'une personne faisant entrave à une action pénale concernant un auteur d'infractions encourant les peines précisées à l'art. 14, al. 4, AP-DPA soit punie de manière plus sévère que l'auteur d'un meurtre par exemple, il faut modifier l'art. 17, ch. 1, DPA. Ainsi, dans sa version révisée (art. 17, ch. 1, AP-DPA), ce dernier prévoit que l'entrave à l'action pénale soit punie soit de l'emprisonnement, soit de l'amende. Pour garantir que la peine infligée à la personne entravant l'action pénale soit moins lourde que celle encourue par l'auteur de l'infraction concerné, la nouvelle version de cet article précise que la peine applicable à la personne coupable d'entrave à l'action pénale ne doit pas dépasser celle de l'auteur de l'infraction.

1.2.1.3 Opérations d'initiés et manipulation de cours (art. 161 et 161^{bis} AP-CP)

Dans les recommandations révisées du GAFI, certaines infractions boursières ont été intégrées au catalogue des infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux. En effet, ce catalogue, qui mentionne les cas graves considérés comme infractions

⁷ RS 313.0

⁸ Art. 104 de la loi sur les douanes (LD; RS 631.0).

⁹ Art. 75, al. 1 et 2, art. 77, al. 2 et 3, art. 78, al. 2, et art. 79, al. 1, LD.

sous-jacentes au blanchiment par les recommandations du GAFI, a été complété par les opérations d'initiés et la manipulation de cours¹⁰.

Dans le cadre de la révision proposée, les normes pénales correspondantes, soit l'art. 161 CP (Exploitation de la connaissance de faits confidentiels) et l'art. 161^{bis} CP (Manipulation de cours), sont qualifiés de crime et par conséquent d'infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent dans des cas spécifiques. Ainsi, en cas de soupçon de blanchiment d'argent, les opérations d'initiés et la manipulation de cours deviennent également des cas soumis à l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9, al. 1, LBA.

La révision de la norme relative au délit d'initié mettra également en œuvre la motion Jossen «délit d'initié», déposée le 12 juin 2002 et adoptée par le Conseil national le 4 octobre 2002 et par le Conseil des Etats le 2 octobre 2003. Cette intervention charge le Conseil fédéral de proposer au Parlement une modification de l'art. 161 CP afin que la norme pénale sur les opérations d'initiés s'applique également aux ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets d'une baisse de cours. Le développement de la motion mentionne l'arrêt 2A.567/2001 prononcé le 15 avril 2002 par le Tribunal fédéral, un jugement concernant l'entraide internationale dans lequel le Tribunal fédéral a réaffirmé sa jurisprudence selon laquelle les annonces de chute des bénéfices ou de baisse de cours ne sont pas pris en considération par la définition des faits confidentiels donnés par l'art. 161, al. 3, CP. La motion Jossen vise un élargissement de la liste des cas considérés comme délits d'initié par l'art. 161 CP aux annonces de chute des bénéfices.

Le présent projet va plus loin que la motion Jossen. En effet, au lieu d'inclure à l'art. 161, ch. 3, CP, les avertissements concernant les bénéfices, il renonce à l'ensemble de la définition restrictive concrétisée à l'art. 163, ch. 3 CP. Cette proposition correspond à une demande urgente émanant tant des autorités de poursuite pénale et de surveillance compétentes que du secteur bancaire. D'autres questions se posent encore dans le domaine des infractions boursières et de la lutte contre les abus de marché, notamment le rapprochement accru du droit suisse et du droit étranger et la centralisation des compétences en matière de poursuite de ces infractions. Les modifications proposées aux art. 161 et 161^{bis} CP laissent la marge de manœuvre nécessaire pour procéder ultérieurement à un examen approfondi de ces questions.

1.2.2 Entraide en matière pénale (art. 3, al. 3, AP-EIMP)

Les recommandations révisées du GAFI encouragent notamment la mise en place d'une entraide pour les cas de contrebande et de blanchiment d'argent découlant de produits de la contrebande¹¹. Elles recommandent en outre encore aux pays d'autoriser l'extradition pour le blanchiment d'argent découlant de la contrebande ou, s'ils ne peuvent l'autoriser, de prévoir la possibilité de déléguer la poursuite

¹⁰ «Délits d'initié et manipulation de marchés», cf. Recommandation 1 et infractions sous-jacentes dans la liste des «catégories désignées d'infraction» du «glossaire» en annexe des 40 Recommandations

¹¹ Cf. Recommandation 38 en relation avec les infractions sous-jacentes dans la liste des «catégories désignées d'infraction» du «glossaire» en annexe des 40 Recommandations

pénale¹². L'art. 3, al. 3, EIMP, doit être modifié pour satisfaire à ces nouvelles exigences.

1.2.3 Professions non financières et obligations de diligence

Les recommandations 12 et 16 du GAFI étendent, respectivement, les obligations de diligence et l'obligation de déclarer les transactions suspectes aux activités et professions non financières suivantes:

- Agents immobiliers – lorsqu'ils effectuent des transactions pour leurs clients concernant l'achat et à la vente d'immeubles.
- Négociants en métaux précieux et en pierres précieuses – lorsqu'ils acceptent des paiements au comptant supérieurs à USD/EUR 15 000. En fonction des discussions du GAFI, il faut partir de l'idée que l'assujettissement concerne aussi bien les grossistes que les vendeurs de détail (bijoutiers).
- Comptables – lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour leurs clients dans un certain nombre de domaines, en particulier l'achat et la vente d'immeubles, la gestion de fonds sous différentes formes, la création et la gestion d'entreprises, ainsi que l'achat et la vente d'entreprises.
- Avocats, notaires et autres juristes – pour les mêmes activités que les comptables.
- Prestataires de services aux sociétés et trusts – lorsqu'ils préparent ou effectuent pour leurs clients des transactions liées à leurs activités typiques qui comprennent en particulier la création d'entreprises, l'activité d'administrateur ou de directeur d'une société ou d'un trust, de même que la mise à disposition d'une adresse de correspondance.

Dans la mesure où ces activités relèvent de l'intermédiation financière traditionnelle, elles sont assujetties, en Suisse, à la loi sur le blanchiment d'argent (art. 2, al. 3, LBA).

Selon les recommandations révisées du GAFI, diverses activités n'appartenant pas au secteur financier traditionnel peuvent être concernées par le blanchiment de capitaux. Il est donc nécessaire de les assujettir à un régime anti-blanchiment. Il s'agit d'activités des branches du commerce traitant d'objets tels que les métaux précieux et les pierres précieuses ainsi que dans le domaine immobilier. Les recommandations du GAFI exigent un système de prévention fondé sur les risques pour lutter contre le blanchiment de capitaux dans le cadre des activités commerciales mentionnées. La mise en œuvre de ces recommandations a été examinée et prise en compte dans le présent projet de révision.

Les activités propres au commerce ne peuvent et ne doivent pas être assimilées à des activités du secteur financier. Il n'est pas prévu de les assujettir à l'art. 2, al. 3, LBA. En effet, cet article a été créé pour assujettir les activités du secteur financier, c'est-à-dire l'intermédiation financière traditionnelle. Il ne se justifie pas de mettre sur un pied d'égalité les activités commerciales pouvant être touchées par le blanchiment d'argent et l'intermédiation financière au sens propre. De plus, la

¹² Cf. Recommandation 39.

charge administrative et financière supplémentaire qui en découlerait pour les branches concernées serait disproportionnée. C'est pourquoi les activités non financières qui, selon les recommandations du GAFI, sont susceptibles de couvrir des opérations de blanchiment et doivent de ce fait être assujetties à un régime anti-blanchiment, seront désormais prises en considération dans la LBA, et régies par une disposition séparée. Ce nouveau régime s'applique aux personnes qui font le commerce de pierres précieuses brutes, de métaux précieux et de pierres précieuses travaillées ou le commerce immobilier et qui reçoivent à cet effet des sommes importantes d'argent au comptant. Pour les activités commerciales des domaines précités, qui n'entrent pas dans le domaine de l'intermédiation financière, un régime spécial, à savoir l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA, s'appliquant aux transactions commerciales, a été élaboré. Le régime anti-blanchiment relatif aux transactions commerciales prévoit des obligations de diligence pour les personnes et les entreprises exerçant une activité dans ces domaines, obligations dont la violation est passible d'une sanction (art. 36a LBA).

Par ailleurs, pour répondre à une recommandation de la commission de gestion du Parlement, il est proposé d'assujettir le commerce d'œuvres d'art (négoce d'œuvres des beaux-arts) aux obligations de diligence découlant de la LBA. Le fondement de cette inclusion découle du fait que ce secteur peut potentiellement être utilisé à des fins de blanchiment, quand bien même le commerce d'œuvres d'art n'est pas expressément inclu dans la liste du GAFI.

La transposition de ces nouvelles recommandations dans la législation suisse implique en particulier une extension du champ d'application de la LBA à certaines parties du secteur non financier non assujetties à ce jour.

1.2.4 Autres adaptations de la LBA

La nécessité de procéder à plusieurs modifications supplémentaires de la LBA est apparue au cours des premières années d'application de cette loi. Celle-ci, en vigueur depuis 1998, a fait ses preuves. La LBA étant conçue comme une loi cadre, diverses dispositions ont dû être interprétées et précisées. Dans l'intervalle, l'administration a acquis une vaste pratique notamment en ce qui concerne le champ d'application de la loi et les questions d'assujettissement. En modifiant certaines dispositions de la LBA dans le but de satisfaire aux exigences des recommandations révisées du GAFI, le présent projet permet d'intégrer des adaptations visant à clarifier ces dispositions et à garantir la sécurité juridique. En outre, il tient compte des propositions et souhaits exprimés par les organismes d'autorégulation et le secteur privé.

Les expériences faites dans le cadre de la mise en œuvre de la LBA ont conduit à la formulation de propositions sur les points suivants: le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent est élargi au financement du terrorisme. Le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme sont deux formes différentes de criminalité financière; pour lutter contre celles-ci, la loi sur le blanchiment d'argent prévoit des obligations de diligence. L'art. 1 LBA est adapté et mentionne désormais le financement du terrorisme. L'élargissement de l'objet à la lutte contre le financement du terrorisme répond ainsi également à un souci de transparence. Plusieurs dispositions de la LBA sont complétées par l'expression «ou servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP)». La LBA intègre ainsi le nouveau domaine d'action des recommandations révisées du GAFI, et ne s'applique non plus

seulement à la lutte contre le blanchiment d'argent, mais également à la lutte contre le financement du terrorisme.

D'autres adaptations de la LBA concernent la prise en compte de la pratique acquise en matière d'assujettissement par l'Autorité de contrôle (art. 2, al. 3, AP-LBA); le principe appliqué depuis longtemps selon lequel il faut identifier l'ayant droit économique en tenant compte des circonstances (art. 4, AP-LBA); des précisions concernant l'obligation de communiquer et l'interdiction d'informer (art. 9 et 10 AP-LBA); une amélioration de la garantie dans le domaine de la protection des données (art. 18^{bis} AP-LBA); le renforcement du droit de l'Autorité de contrôle d'être renseignée par les organismes d'autorégulation et les intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (art. 19 AP-LBA); le renforcement de mesures pouvant être prises par l'Autorité de contrôle (art. 20 AP-LBA); l'adaptation formelle au nouveau statut juridique de La Poste (art. 24 AP-LBA); le renforcement de l'échange d'informations et du devoir de dénonciation auxquels sont tenus les organismes d'autorégulation envers l'Autorité de contrôle et les autorités de surveillance instituées par une loi spéciale (art. 27 AP-LBA); le renforcement des mesures que peut prendre l'Autorité de contrôle envers les organismes d'autorégulation (art. 28 AP-LBA); l'amélioration de l'échange des renseignements entre autorités (art. 29, 29a et b, AP-LBA); une adaptation d'ordre purement organisationnel de la disposition sur l'entraide (art. 31, al. 2, let. c, AP-LBA) et la possibilité, pour le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (ci-après Bureau de communication), d'accéder à des banques de données de la Confédération (art. 35a AP-LBA).

Les modifications ci-dessus constituent des adaptations ciblées visant à améliorer le fonctionnement de la réglementation en vigueur. Elles ne changent pas radicalement le système existant. Les objectifs de ces modifications sont, premièrement, de mettre les dispositions légales en conformité avec les recommandations du GAFI; deuxièmement d'intégrer dans la loi la pratique acquise par l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent depuis l'introduction de la LBA; et troisièmement, d'adapter la loi aux expériences faites dans différents domaines.

1.2.5 Transparence des sociétés émettrices d'actions au porteur et conversion des actions

Au cours de ces dernières années, l'OCDE et le GAFI ont mené d'intenses travaux sur l'utilisation abusive d'entités juridiques tels que le trust anglo-saxon et les sociétés disposant d'actions au porteur. Les conclusions de ces travaux ont été concrétisées dans le «Rapport sur l'utilisation abusive des entités juridiques à des fins illicites» de l'OCDE, de 2001, et la recommandation 33 du GAFI. L'OCDE et le GAFI ont tous deux conclu que, pour prévenir et combattre efficacement l'utilisation abusive des entités juridiques à des fins illicites, il est indispensable que toutes les juridictions mettent en place des dispositifs qui permettent à leurs autorités *d'obtenir en temps utile des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle* des véhicules juridiques constitués sur leur territoire. On entend, dans le rapport de l'OCDE précité, par *bénéficiaires effectifs* les personnes physiques qui sont les ultimes propriétaires, c'est-à-dire, dans le cas des sociétés anonymes, les actionnaires et les associés.

Les actions au porteur constituent un instrument important et légitime de notre économie. Elles sont largement utilisées par les sociétés anonymes suisses, en

particulier les petites et moyennes entreprises. D'après une enquête menée à la demande du Département fédéral de justice et police en 2000 et renouvelée à la demande du Département fédéral des finances en 2004, sur les quelque 174 000 sociétés anonymes que compte actuellement notre pays, près de 30 000 ont émis des actions au porteur (exclusivement ou à côté d'actions nominatives). La grande majorité de ces sociétés sont des petites et moyennes entreprises.

La législation actuelle prévoit l'inscription au Registre du Commerce du nom des membres du Conseil d'administration de la société et des personnes autorisées à représenter cette dernière, avec indication de leur domicile et de leur nationalité (art. 641, ch. 9, CO). Elle assure ainsi d'ores et déjà une certaine transparence. Elle ne prévoit toutefois ni une obligation d'identifier ni une obligation de déclarer les personnes qui exercent le contrôle de la société en faisant valoir les droits de vote qui leur sont conférés par les actions au porteur qu'ils détiennent. Quand bien même les conseils d'administration savent en fait pour quels actionnaires ou quel groupe d'actionnaires ils dirigent la société, une transparence plus approfondie et systématique du contrôle de la société est recommandée pour les besoins de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les informations sur les actionnaires au porteur qui exercent le contrôle de la société jouent en effet un rôle important à chacune des étapes de la lutte contre le blanchiment: pour que les systèmes de prévention puissent fonctionner efficacement, il est nécessaire que les intermédiaires financiers sachent qui est derrière une entité juridique avec laquelle ils sont susceptibles d'entrer en relation d'affaires. Ces renseignements sont également indispensables pour l'exécution des missions de réglementation et de surveillance. Ils le sont, enfin, tout autant pour les besoins des enquêtes menées sur des activités illégales. Il se justifie ainsi de rendre ces informations davantage disponibles pour les besoins de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. A cette fin, le présent projet introduit dans le droit des obligations un devoir d'annonce pour les principaux titulaires d'actions au porteur, qui participent, en personne ou par procuration, à l'assemblée générale et exercent ainsi le contrôle de la société (art. 702a AP-CO). Il est prévu de sanctionner, dans le cadre du code pénal, la violation de cette obligation de déclarer les actions au porteur (art. 327 AP-CP).

Dans ce contexte, il est en outre judicieux de faciliter la conversion d'actions au porteur en actions nominatives. Même si une telle démarche n'est pas requise par le GAFI, cela permet d'encourager de telles conversions. La procédure concrète de conversion peut, il est vrai, poser problème dans certaines circonstances. Dans la pratique, nombre de conversions d'actions et d'opérations similaires sont néanmoins effectuées sans difficulté apparente. Pour garantir la marge de manœuvre nécessaire à cette pratique, le présent projet ne comprend aucune disposition sur la procédure de conversion. A titre de solution minimale, il est proposé qu'il ne soit plus exigé qu'une clause nécessaire à cette conversion soit inscrite dans les statuts, et que ceux-ci ne puissent ni exclure ni entraver la conversion d'actions au porteur en actions nominatives.

1.3 Recommandations de la Commission de gestion du Conseil national

En date du 21 novembre 2003, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-CN) a élaboré un rapport qu'elle a présenté au chef du Département fédéral des finances (DFF). Ce rapport fait état de lacunes constatées dans certains domaines

dans le cadre des contrôles effectués par la CdG-CN en automne 2003 en complément à l'inspection effectuée auprès de l'Autorité de contrôle ayant pris fin en 2001. Dans son rapport, la commission a émis des recommandations qui ont été prises en considération et intégrées dans le présent projet.

La CdG-CN a constaté que l'échange de renseignements entre les autorités chargées de l'exécution de la loi sur le blanchiment d'argent était limité notamment pour des motifs relevant de la protection des données. Elle recommandait donc de trouver, dans le cadre d'une révision de la LBA, des solutions permettant une exécution optimale de la loi dans le respect des principes ayant trait à la protection des données. Dans la mesure où l'échange de renseignements entre les organismes d'autorégulation et l'Autorité de contrôle est concerné, cette recommandation sera mise en œuvre grâce à la révision de l'art. 27 AP-LBA (cf. ch. 2.7.13). En outre, l'échange de renseignements entre les autorités est amélioré par la modification de l'art. 29 AP-LBA (cf. ch. 2.7.15 et 2.7.16) et par l'introduction de l'art. 29a AP-LBA (cf. ch. 2.7.17).

Par ailleurs, la CdG-CN estimait qu'il fallait remettre en question la double fonction qu'exerce l'Autorité de contrôle en sa qualité d'organisme d'autorégulation (OAR) envers les intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis et d'autorité de contrôle des OAR. Une analyse de cette double fonction a été effectuée (cf. ch. 2.6).

De plus, la commission chargeait le DFF d'examiner, dans le cadre de la révision de la LBA, l'assujettissement des négociants en matières premières, du commerce d'œuvres d'art et d'autres branches à risques. Les chapitres 2.4 et 2.5 traitent cet aspect dans le détail.

Enfin, la CdG-CN suggérait aussi de renforcer l'éventail des sanctions pouvant être prises par l'autorité de contrôle, point traité aux chapitres 2.7.11 et 2.7.14.

1.4 Classement d'interventions parlementaires

La mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI satisfait à la demande de la motion Jossen. Celle-ci chargeait le Conseil fédéral de proposer au Parlement une modification de l'art. 161 CP afin que la norme pénale sur les opérations d'initiés s'applique également aux ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets d'une baisse de cours. La suppression proposée de l'art. 161, al. 3, CP, répondant aux objectifs de la motion, le Conseil fédéral propose de classer cette dernière. Le chapitre 2.2.2.1 donne les explications à ce sujet.

Le présent projet répond également à la motion Widmer qui peut ainsi être classée. Cette dernière invitait le Conseil fédéral à renseigner le Parlement sur les possibilités et l'ampleur du blanchiment d'argent sous couvert de commerce d'œuvres d'art et de bijoux ainsi qu'à étudier des mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent dans ce domaine. Ce sujet est traité en détail au chapitre 2.5.4.1.

1.5 Résultats de la procédure préliminaire

1.5.1 Travaux préparatoires

Le Conseil fédéral a chargé le 22 octobre 2003 un groupe de travail interdépartemental placé sous la direction du DFF (IDAG GAFI) de proposer les mesures nécessaires à la mise en œuvre des 40 Recommandations révisées¹³.

Au cours du printemps 2004, ce groupe de travail a eu des entretiens informels avec les milieux intéressés (soit avec des représentants des secteurs économiques concernés, des autorités de poursuite pénale et du monde académique). Le groupe de travail a préparé ensuite le présent projet destiné à la consultation.

2 Commentaire

2.1 Inclusion du financement du terrorisme

Suite à la recrudescence, sur le plan mondial, du terrorisme au cours des dernières années, la lutte contre le financement du terrorisme est devenue prioritaire. En réaction à cette évolution suite aux événements du 11 septembre 2001, le GAFI a élaboré neuf Recommandations spéciales. En outre, ses 40 Recommandations conçues à l'origine pour lutter contre le blanchiment d'argent ont été étendues, lors de leur révision, à la lutte contre le financement du terrorisme. La mise en œuvre des recommandations du GAFI en tient largement compte. Il en va de la protection de la place financière suisse: la recrudescence du terrorisme à travers le monde entraîne une augmentation du risque que la place financière suisse soit utilisée à des fins de financement du terrorisme. Concrètement, le financement du terrorisme emprunte en bonne partie les mêmes canaux que le blanchiment d'argent. Pour ces raisons, la lutte contre le financement du terrorisme est expressément incluse dans la LBA.

2.1.1 Adaptation de l'article sur le but dans la loi sur le blanchiment d'argent (art. 1 AP-LBA) – extension du champ d'application

D'une part, le champ d'application de la loi est étendu, au-delà du secteur financier, aux activités commerciales menées dans des branches spécifiques. D'autre part, elle tient compte des efforts déployés à l'échelle internationale contre le financement du terrorisme. Ainsi diverses dispositions traitent désormais de la lutte contre le financement du terrorisme. Le titre de la loi demeure néanmoins inchangé sur ce point. Seule l'expression «dans le secteur financier» tombe. La loi s'intitule ainsi dorénavant: «loi fédérale sur la lutte contre le blanchiment d'argent».

Il importe d'intégrer de manière transparente la lutte contre le financement du terrorisme. L'article sur le but de la loi est donc modifié en conséquence. Dans sa nouvelle formulation, l'art. 1 AP-LBA stipule que la loi régit aussi la lutte contre le financement du terrorisme au sens de l'art. 260^{quinquies} CP. L'utilisation du système financier à des fins terroristes représente une menace sérieuse pour l'intégrité de la

¹³ Cf. le mandat du Conseil fédéral au DFF de constituer un groupe de travail interdépartemental pour élaborer un projet de message sur la mise en œuvre des 40 Recommandations révisées du GAFI (communiqué de presse du 22.10.2003, <http://www.efd.admin.ch/f/dok/medien/medienmitteilungen/2003/10/fatf.htm>).

place financière, pour son bon fonctionnement et sa réputation, voire même dans certains cas pour la stabilité du système financier.

La lutte contre le blanchiment d'argent et celle contre le financement du terrorisme forment deux objectifs distincts. Par souci de transparence, la lutte contre le financement du terrorisme n'est pas incluse dans la lutte contre le blanchiment d'argent mais figure séparément dans l'article sur le but. La LBA contient par ailleurs, pour concrétiser ces deux objectifs, une série de devoirs de diligence. Ce dispositif peut également servir dans la lutte contre le financement du terrorisme, et par conséquent les mêmes dispositions sur les obligations de diligence valent pour la lutte anti-blanchiment et pour celle contre le financement du terrorisme.

Le blanchiment d'argent consiste à réinjecter dans le circuit économique légal des capitaux illégalement acquis. En matière de financement du terrorisme, ce sont des fonds légaux qui sont souvent utilisés à des fins criminelles. Mais on peut aussi penser à une combinaison d'argent légal et illégal en vue du financement du terrorisme, et donc des machinations criminelles peuvent être préalables au blanchiment d'argent comme au financement du terrorisme. Il est peut-être plus difficile d'identifier et de combattre ex ante le financement du terrorisme que le blanchiment d'argent, et ce pour la raison suivante. Si des capitaux propres sont injectés dans le système financier et utilisés à des fins criminelles, les intermédiaires financiers ne pourront pas le cas échéant, même en respectant leurs devoirs de diligence, reconnaître à ce moment-là le but de financement du terrorisme. Les devoirs de diligence inscrits dans la loi prennent ainsi effet dès que l'intermédiaire financier soupçonne que l'argent pourrait être utilisé à des fins terroristes.

La LBA ne vise d'ailleurs plus exclusivement les intermédiaires financiers. En effet, certaines obligations de diligence concernent aussi les personnes qui exercent certaines activités commerciales (art. 2, al. 1, let. b, LBA). L'article sur le but l'indique de manière transparente, en stipulant que la loi sert à garantir la vigilance requise lors d'opérations financières et de certaines activités commerciales.

2.1.2 Extension des dispositions légales pour inclure la lutte contre le financement du terrorisme (art. 6, 8, 9, 21, 23, 27, 29, 32 AP-LBA)

Dans son état actuel, la LBA ne fait aucune mention du financement du terrorisme. Afin de combler cette lacune, la teneur de l'art. 260^{quinquies} CP est explicitement reprise dans la disposition susmentionnée ainsi que dans d'autres. Le financement du terrorisme constitue en effet une infraction en soi, qui peut être perpétrée indépendamment du blanchiment d'argent, et fait l'objet à ce titre d'une disposition particulière (art. 260^{quinquies} CP).

Ainsi, plusieurs dispositions de la LBA actuelle sont complétées par l'expression «ou qu'elles servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies}, ch. 1, CP)» ou par une formulation analogue. Il s'agit des articles suivants: obligation particulière de clarification (art. 6, let. b), obligation de communiquer (art. 9, al. 1), obligation de dénoncer (art. 21, al. 1), devoirs du Bureau de communication (art. 23, al. 4), échange d'information et obligation de dénoncer (art. 27, al. 4), échange d'information entre autorités (art. 29, al. 2) et assistance administrative internationale du Bureau de communication (art. 32, al. 2, let. a).

La Recommandation spéciale IV du GAFI sur la lutte contre le financement du terrorisme prévoit expressément une obligation de déclaration pour les intermédiaires financiers qui ont des motifs raisonnables de suspecter que des fonds sont liés à des actes terroristes ou à des organisations terroristes. Selon la pratique en vigueur pour l'art. 9, al. 1, LBA, les valeurs patrimoniales sur lesquelles une «organisation terroriste» exerce un pouvoir de disposition doivent être signalées au Bureau de communication. Cette obligation de communiquer découle de l'assimilation des organisations terroristes aux organisations criminelles au sens de l'art. 9, al. 1, LBA. Mais il se peut que le financement du terrorisme soit effectué non pas seulement en faveur d'organisations terroristes mais aussi d'individus. D'où l'importance de mentionner explicitement, à l'art. 9, al. 1, AP-LBA, la disposition sur le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP). Cette modification a un impact sur l'obligation de communiquer, qui devient explicite en cas de soupçon fondé de financement du terrorisme. Une telle pratique est tout à fait courante à l'étranger.

L'art. 32, al. 2, let. a, LBA, règle l'échange d'information entre le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (Money Laundering Reporting Office; MROS) et les autorités étrangères analogues (Financial Intelligence Units; FIU). A l'heure actuelle, les échanges entre le Bureau de communication et les FIU portent déjà sur les données personnelles utiles à la lutte contre le blanchiment d'argent et à la lutte contre le financement du terrorisme. Même si dans ce contexte l'art. 32, al. 2, let. a, LBA n'évoque que le blanchiment d'argent, une interprétation téléologique de cette disposition autorisait également les échanges d'information dans le domaine du financement du terrorisme. Ce point sera réglé dans une base légale explicite, avec l'adoption du complément susmentionné.

2.2 Nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent

Les Recommandations du GAFI énumèrent les infractions sous-jacentes (ou préalables) au blanchiment d'argent; ce catalogue a été complété lors de leur refonte. Ainsi les Recommandations du GAFI qualifient désormais d'infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent diverses activités, dont en particulier la contrebande douanière, les opérations d'initiés et les manipulations de cours. Il suffit ici, pour leur mise en œuvre, de modifier ponctuellement les peines prévues pour certains états de fait dans le Code pénal, et d'opérer les changements correspondants dans le droit pénal administratif et dans l'entraide pénale internationale.

2.2.1 Contrebande organisée (art. 14, al. 4, AP-DPA)

Une nouvelle disposition sur l'escroquerie qualifiée en matière de prestations et de contributions a été créée à l'art. 14, al. 4, du droit pénal administratif pour permettre d'introduire les éléments constitutifs de la contrebande organisée. Cette disposition érige lesdits éléments en crime. Ainsi, la contrebande organisée constitue désormais potentiellement un acte préalable au blanchiment d'argent. Les éléments de qualification de ce crime sont la formation d'une bande et le but de tirer un gain important, ainsi que le délit continu.

La contrebande douanière se rapporte exclusivement au trafic de marchandises. Dans ce secteur la contrebande organisée, qui vise à tirer des gains importants et qui est exercée de manière continue, sera punie d'une peine privative de liberté de cinq

ans au plus et d'une amende d'un million de francs au plus, respectivement une peine pécuniaire.

Les éléments constitutifs de la contrebande organisée s'inscrivent dans l'escroquerie en matière de prestations et de contributions traitée à l'art. 14 DPA. D'où la nécessité d'en remplir les conditions. Autrement dit, l'attitude astucieuse de l'auteur doit aboutir au remboursement d'impôts ou à l'obtention frauduleuse d'une prestation. Et ce n'est que si, outre ces éléments constitutifs, les éléments de qualification suivantes sont réunies, à savoir la formation d'une bande et le but de tirer un gain important, ainsi que le délit continu, que l'état de fait qualifié de la contrebande organisée est réalisé. Il s'ensuit que ce ne sont pas des délits isolés relevant de la législation douanière qui doivent être visés par l'incrimination de la contrebande organisée mais bien des cas relevant en général de formes graves de la criminalité. On a donc renoncé à dresser une liste détaillée de dispositions ou de lois à l'art. 14, al. 4, AP-DPA. Une telle manière de faire aurait d'ailleurs l'inconvénient d'obliger à modifier cet article à chaque création ou modification de loi dans le secteur douanier.

L'élément de qualification «*visé à tirer des gains importants*» est employé à dessein. Car si l'on exigeait qu'un gain ait déjà été obtenu, l'état de fait du crime ne serait réalisé que dans de rares cas et serait donc au mieux punissable comme tentative. On ne parviendra vraisemblablement pas souvent à démontrer que le complice a déjà obtenu un gain important, a fortiori si la marchandise passée en contrebande est confisquée avant sa vente et la réalisation d'un gain. Les auteurs doivent agir en bande, chacun contribuant à l'élément constitutif du crime. La norme pénale spécifique bien qu'ils visent à tirer des *gains importants*, afin d'exclure les délits mineurs. Ce concept se retrouve ailleurs (p. ex. à l'art. 19, al. 2, de la loi sur les stupéfiants¹⁴). Le législateur a volontairement laissé à la jurisprudence le soin de préciser cette notion, compte tenu des spécificités de l'activité déployée et du mar-

ché. On peut considérer que le «blanchiment» en Suisse des valeurs patrimoniales correspondantes est également punissable si celles-ci proviennent d'agissements commis à l'étranger et dont les caractéristiques correspondent au nouvel élément constitutif de l'art. 14, al. 4, AP-DPA (voir art. 305^{bis}, ch. 3, CP). Etant donné que les normes de droit pénal administratif ne protègent généralement que l'Etat dont elles émanent, il suffit, au regard de l'infraction préalable, que la double incrimination soit donnée de manière abstraite.

La contrebande organisée au sens de l'art. 14, al. 4, AP-DPA est érigée en crime. L'art. 21, al. 1, DPA part du principe que le tribunal pénal doit être compétent dans les cas où une peine privative de liberté est à prévoir. Cette disposition délègue la responsabilité d'introduire la procédure adéquate au Département auquel l'administration concernée est subordonnée. Le Département compétent joue ainsi un rôle important. Les départements doivent en effet garantir le transfert direct au tribunal pénal des cas laissant prévoir une peine privative de liberté.

Le nouvel élément constitutif de la contrebande organisée visé à l'art. 14, al. 4, AP-DPA, conçu comme escroquerie qualifiée en matière de prestations et de contributions, est érigé en crime au vu de la peine prévue et constitue ainsi une infraction préalable potentielle au blanchiment d'argent.

¹⁴ Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup; RS 812.121).

2.2.2 Opérations d'initiés et manipulation de cours (art. 161 AP-CP et art. 161^{bis} AP-CP)

Dans leur nouvelle version, les Recommandations du GAFI compte nouvellement deux infractions boursières au catalogue des infractions préalables au blanchiment d'argent, à savoir les opérations d'initiés et la manipulation des cours¹⁵.

Les deux normes correspondantes du droit pénal suisse, soit l'art. 161 CP (Exploitation de la connaissance de faits confidentiels, en bref: opérations d'initiés) et l'art. 161^{bis} CP (Manipulation de cours), sont requalifiés dans le cadre de la présente révision, dans les cas graves, comme des crimes et donc infractions préalables potentielles au blanchiment d'argent. Le délit d'initié et la manipulation de cours font ainsi partie des faits qu'il est obligatoire de communiquer selon l'art. 9, al. 1, LBA.

Cette nouvelle obligation de communiquer n'implique toutefois pas un renforcement de la surveillance des transactions prévus dans le droit de la surveillance au sens de l'art. 8 de l'ordonnance de la Commission fédérale des banques du 18 décembre 2002¹⁶ en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. En particulier, elle n'astreint pas les intermédiaires financiers à introduire une surveillance complète des transactions (Trade Surveillance). La variante, envisagée ici, de l'obligation de communiquer selon l'art. 9, al. 1, LBA, ne s'applique en effet que si l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que des biens patrimoniaux proviennent des circonstances évoquées, ce qui ne saurait être le cas avant qu'une telle transaction ait été effectuée. L'obligation de communiquer ex ante n'astreint donc pas les intermédiaires financiers à vérifier systématiquement et automatiquement les transactions avant de les exécuter, à un stade où ils ne peuvent connaître ni présumer sur la base de soupçons fondés la possibilité d'une opération d'initiés ou d'une manipulation de cours.

2.2.2.1 Nouvelle définition des faits relevant du délit d'initié, par la suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP

Il s'agit ici de mettre en œuvre, dans le cadre de cette révision, la motion Jossen «Délit d'initié» du 12 juin 2002¹⁷. Cette motion a été transmise par le Conseil national le 4 octobre 2002, puis par le Conseil des Etats le 2 octobre 2003. Elle charge le Conseil fédéral de proposer au Parlement une modification de l'art. 161 CP, afin que la norme pénale sur le délit d'initié s'applique également aux ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets d'une baisse de cours. Le développement de la motion renvoie à un arrêt du Tribunal fédéral datant du 15 avril 2002 (2A.567/2001). Dans ce jugement concernant l'entraide administrative internationale, le Tribunal fédéral avait confirmé sa jurisprudence selon laquelle l'annonce de bénéfices ou de pertes n'entre pas dans la définition du fait confidentiel au sens de l'art. 161 CP. La motion Jossen préconise donc d'étendre les faits relevant du délit d'initié, à l'art. 161 CP, aux avertissements concernant les bénéfices.

¹⁵ «Délits d'initiés et manipulation de marchés», voir la Recommandation 1 et infractions sous-jacentes dans la liste des «catégories désignées d'infraction» du «glossaire» en annexe des 40 Recommandations

¹⁶ RS 955.022.

¹⁷ N 02.3246.

Le présent projet va plus loin que la motion Jossen. En effet, au lieu d'inclure à l'art. 161, ch. 3, CP, les avertissements concernant les bénéficiaires, il renonce à l'ensemble de la définition restrictive concrétisée à l'art. 163, ch. 3 CP. Cela correspond aussi au vœu du secteur bancaire. La suppression de l'actuel ch. 3 de l'art. 161 CP aura des conséquences pour toute la norme pénale, en élargissant la définition du délit d'initié. Par conséquent, il appartient dans une large mesure à la pratique ou à la jurisprudence d'interpréter l'éléments constitutifs de cette infraction, et en particulier de définir la notion de fait exerçant une influence sur les cours compte tenu de la suppression de l'art. 161, ch. 3, CP.

2.2.2.2 Opérations d'initiés: qualification de crime pour le délit d'initié primaire; durcissement du cadre pénal pour le bénéficiaire d'informations privilégiées (art. 161, ch. 1 et 2, AP-CP)

La mise en œuvre des Recommandations révisées du GAFI a conduit à relever la peine prévue pour l'initié primaire à l'art. 161, ch. 1, AP-CP, qui devient la réclusion pour cinq ans au plus, la prison ou l'amende (ou, selon la nouvelle PG-CP, cinq ans de peine privative de liberté ou une peine pécuniaire). L'infraction constitue dès lors non plus un délit mais un crime. Quant à la possibilité actuelle d'infliger une amende comme alternative à la peine privative de liberté, elle est maintenue.

La redéfinition comme crimes, à l'art. 161, ch. 1, AP-CP, des faits relevant du délit d'initié, entraîne une obligation de communiquer au sens de l'art. 9, al. 1, LBA, dans le texte en vigueur comme dans le présent avant-projet; cette obligation n'apparaît toutefois que lorsque des valeurs patrimoniales sont en cause ou, comme le dit la loi, «proviennent d'un crime». Pour qu'un fait doive être communiqué, il faut qu'une ou plusieurs transactions aient eu lieu à une date donnée ou au cours d'une période spécifique. Ainsi la personne qui ne vend pas ses titres, alors même qu'elle a connaissance d'un fait relevant du délit d'initié, ne tombera pas à l'avenir non plus sous le coup de l'art. 161 CP.

Quant au fait de bénéficier d'informations privilégiées selon l'art. 161, ch. 2, AP-CP, il n'est pas érigé en crime mais demeure un délit (art. 9, al. 2, CP ou art. 10, al. 3, nCP). Cette variante fait déjà actuellement l'objet d'une peine plus légère que celle prévue à l'art. 161, ch. 1, CP. Ainsi l'échelonnement du droit pénal actuel entre un initié primaire et un bénéficiaire d'informations privilégiées (Tippee) reste maintenu. La peine maximale en vigueur pour le bénéficiaire d'informations privilégiées selon l'art. 161, ch. 2, AP-CP, passe d'un an à trois ans d'emprisonnement (ou de peine privative de liberté).

Ainsi l'obligation de communiquer selon l'art. 9, al. 1, LBA, se limite aux faits selon le ch. 1 de l'art. 161, AP-CP, plus simples à identifier le cas échéant pour les intermédiaires que le fait de bénéficier d'informations privilégiées selon l'art. 161, ch. 2, AP-CP. Il est vrai que la variante retenue à l'art. 161, ch. 2, AP-CP, pour le bénéficiaire de telles informations se rapproche de celle du délit d'initié primaire selon le ch. 1, et donc d'un fait désormais reconnu comme crime. Le bénéficiaire d'informations privilégiées ne commet en revanche lui-même qu'un délit, si bien

que l'avantage pécuniaire qu'il a obtenu illicitement ne provient pas – sinon indirectement – d'un crime.

La qualification de crime conférée par l'art. 161, ch. 1, AP-CP à l'élément constitutif de l'initié primaire et l'obligation de communiquer qui s'ensuit en cas de soupçon – n'astreignent cependant pas les intermédiaires financiers à vérifier automatiquement et de manière systématique, avant l'exécution de transactions boursières ou même avant de nouer toute relation d'affaires, si le titulaire d'un dépôt est potentiellement, dans le cas concret, un initié primaire. L'obligation de communiquer n'apparaît qu'en cas de soupçon qu'une valeur patrimoniale provienne d'un crime, soit après l'exécution d'une transaction boursière sur ordre d'un initié primaire.

En outre, l'élément constitutif du délit d'initié reste inchangé sur le plan matériel. Seule la terminologie est adaptée, en ceci que les nouveaux chiffres 1 et 4 ne parlent plus d'actions et autres titres négociés en bourse ou avant bourse, mais désormais – comme déjà dans l'actuel art. 161^{bis} (Manipulation de cours) – de *valeurs mobilières traitées en bourse*.

2.2.2.3 Manipulation de cours, art. 161^{bis} AP-CP

La teneur de l'art. 161^{bis} AP-CP, peine comprise, reste inchangée et constitue la nouvelle infraction de base. Un second chiffre s'y ajoute toutefois pour les cas qualifiés; ainsi les cas graves sont passibles de la réclusion pour cinq ans au plus, de l'emprisonnement ou de l'amende (ou après l'entrée de la nPG-CP, d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire). En l'occurrence, l'élément de qualification pour le cas grave est «un avantage pécuniaire notable».

Ainsi dans une situation de manipulation de cours, les faits soumis à l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA se limitent aux cas d'obtention d'un avantage pécuniaire notable. Quant à la valeur patrimoniale à bloquer selon l'art. 10, al. 1, LBA, elle doit être en relation avec le fait survenu. Autrement dit, seule une partie d'un compte ou d'un dépôt sera bloquée.

2.2.3 Falsification de marchandises (art. 155, ch. 2, AP-CP) et piratage (art. 67, al. 2, AP-LDA)

Les Recommandations révisées du GAFI retiennent désormais aussi la falsification de marchandises et le piratage¹⁸ parmi les infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent.

2.2.3.1 Falsification de marchandises (art. 155, ch. 2, AP-CP)

La falsification de marchandises consiste à imiter d'une manière quelconque des produits – en vue de tromper autrui. Le droit pénal en vigueur punit de l'emprisonnement ou de l'amende celui qui aura falsifié des marchandises¹⁹ en vue de tromper autrui dans les relations d'affaires, pour autant que l'infraction ne tombe pas sous le coup d'une disposition prévoyant une peine plus sévère. Si l'auteur agit à titre commercial, la peine sera l'emprisonnement (sous réserve toujours d'une

¹⁸ «Contrefaçon et piratage de produits», voir la Recommandation 1 et infractions sous-jacentes dans la liste des «catégories désignées d'infraction» du «glossaire» en annexe des 40 Recommandations

¹⁹ Art. 155 CP, Falsification de marchandises.

peine plus sévère). Le but est de garantir que l'acquéreur n'obtienne pas une marchandise qu'il n'achèterait qu'à moindre prix voire même pas du tout s'il savait qu'elle ne correspond pas à ce qu'elle prétend être. Est réputée marchandise tout bien mobilier pouvant faire l'objet du commerce, ce qui équivaut à la notion de produit dans les Recommandations. La falsification de marchandises est définie aujourd'hui comme délit.

La mise en œuvre de la Recommandation révisée du GAFI en matière de falsification de marchandises exigeait la création d'un fait qualifié pour la falsification de marchandises, qui est ainsi érigée en crime. Comme critère de qualification, l'activité doit être effectuée à titre commercial. La limite des peines prévues pour la falsification qualifiée de marchandises, c'est-à-dire à titre commercial au sens de l'art. 155, ch. 2, AP-CP, est portée à la réclusion pour cinq ans au plus ou à l'emprisonnement (puis à une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou à une peine pécuniaire dès l'entrée en vigueur de la partie générale révisée du code pénal). Ainsi la falsification à titre commercial est érigée en crime et constitue une infraction préalable au blanchiment d'argent.

Diverses dispositions du droit pénal accessoire, notamment dans la loi sur la protection des marques, la loi fédérale contre la concurrence déloyale, la loi sur les designs ou la loi sur les denrées alimentaires, fixent chacune dans son domaine la punissabilité des mesures de falsification ou de tromperie²⁰. Il s'agit à chaque fois de délits ou contraventions au sens du code pénal. Il est vrai que l'art. 62 de la loi sur la protection des marques prévoit comme peines l'emprisonnement jusqu'à cinq ans ou l'amende jusqu'à 100 000 francs²¹. Après l'entrée en vigueur de la partie générale révisée du code pénal, un tel fait sera passible d'une peine privative de liberté de cinq au plus ou d'une peine pécuniaire (la peine privative de liberté pouvant être liée à une peine pécuniaire). Ainsi les actes relevant de la protection des marques au sens de l'art. 62 de la loi sont érigés en crimes et constituent un acte préalable au blanchiment d'argent.

Au vu des objectifs de protection différents des normes pénales, ces dispositions de droit pénal accessoire sont en concours parfait avec l'art. 155 AP-CP. On peut être coupable de deux infractions, et le champ d'application de l'art. 155 AP-CP n'est pas limité.

2.2.3.2 Piratage de produits (art. 67, al. 2, AP-LDA)

La Recommandation révisée du GAFI retient le piratage de produits dans le catalogue des possibles infractions préalables au blanchiment.

Le piratage de produits ou les copies pirates consistent à reproduire illégalement une œuvre, dans sa totalité ou en partie, en violation du droit d'auteur ou d'un droit voisin. Pour être punissable, il n'est pas nécessaire que l'imitation ait trompé des tiers. Au contraire, les acheteurs sont généralement conscients d'acquiescer une copie illégale. En vertu de la législation suisse en matière de droit d'auteur, sera puni, sur plainte, de l'emprisonnement pour un an au plus ou de l'amende quiconque aura, de

²⁰ Art. 61 et 62 de la loi sur le droit des marques, art. 3, let. b et d, en relation avec l'art. 23 LCD, art. 41 de la loi sur les designs (RS 232.12), art. 48, let. h, de la loi sur les denrées alimentaires.

²¹ Selon l'art. 36 CP, la durée maximale de la privation de liberté est normalement de trois ans.

manière illégale, confectionné ou aliéné des copies d'une œuvre, les aura mises en circulation ou fait voir ou entendre²².

Si l'auteur agit à titre commercial, il sera poursuivi d'office et puni de la réclusion ou d'une amende pouvant atteindre 100 000 francs (art. 67, al. 2, LDA). Sont réputées œuvres, dans une approche large, les créations de l'esprit, littéraires ou artistiques, en particulier aussi les programmes d'ordinateurs, les œuvres acoustiques et visuelles, les livres, plans, etc.²³. Le piratage de produits est défini comme délit.

La mise en œuvre de la Recommandation révisée du GAFI augmente la quotité de la peine pour un fait qualifié de violation à titre commercial du droit d'auteur, laquelle comprend le piratage à titre commercial de produits (art. 67, al. 2, LDA). La peine prévue alors est la réclusion pour cinq ans au plus, l'emprisonnement ou l'amende (puis une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire dès l'entrée en vigueur de la partie générale révisée du code pénal).

2.2.4 Trafic illicite de migrants (art. 111 du projet de loi sur les étrangers): adaptation dans le cadre de la révision de la LSEE

Les Recommandations révisées du GAFI retiennent désormais aussi le *trafic illicite de migrants*²⁴ dans le catalogue des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent.

La loi sur les étrangers devra être modifiée pour permettre l'inclusion du trafic illicite de migrants parmi les infractions préalables au blanchiment (nouvel art. 111 du projet de révision de la LSEE). Cette modification est prévue dans le cadre de la révision de la loi sur les étrangers qui est en cours et dont est responsable l'Office fédéral des migrations. Le projet de révision a été discuté par le Conseil national (1^{ère} Chambre) qui a approuvé la modification du nouvel art. 111 en question²⁵.

2.3 Entraide judiciaire en matière pénale (art. 3, al. 3, AP-EIMP)

Les recommandations révisées du GAFI prévoient notamment la mise en place d'une entraide pour les cas de contrebande organisée et de blanchiment d'argent découlant de produits de la contrebande organisée (cf. ch.2.2.1) En outre, l'extradition doit aussi être possible pour les cas de contrebande organisée et de blanchiment d'argent découlant de produits de la contrebande organisée. Ou, s'il ne peut autoriser l'extradition, le pays doit prévoir la possibilité de déléguer la poursuite pénale. En cas d'escroquerie, la collaboration internationale est déjà possible en Suisse dans le domaine fiscal, mais seule l'entraide judiciaire accessoire est alors possible. Le droit actuel ne permet pas l'extradition. D'où la nécessité d'adapter l'art. 3, al. 3, EIMP, afin qu'en cas de contrebande organisée au sens du nouvel art. 14, al. 4, AP-DPA, la collaboration en place dans le domaine de la justice pénale aille au-delà du droit en vigueur et porte sur toutes les parties de l'EIMP, donc aussi sur l'extradition.

²² Art. 67, al. 1, let. d, e, f et g, LDA.

²³ Définition légale selon l'art. 2 LDA.

²⁴ «Trafic illicite de migrants», voir la Recommandation 1 et infractions sous-jacentes dans la liste des «catégories désignées d'infraction» du «glossaire» en annexe des 40 Recommandations

²⁵ Voir BO 2004, 1148ss.

Ainsi la reformulation de l'art. 3, al. 3, AP EIMP vise à permettre une collaboration large par le biais d'une ouverture contrôlée aux cas d'escroquerie fiscale, soit aux cas de contrebande organisée. De tels cas pourront donner lieu non seulement à l'entraide judiciaire accessoire, mais aussi à l'extradition. Cela vaut naturellement aussi pour le blanchiment de valeurs patrimoniales provenant de l'escroquerie qualifiée, étant donné qu'une collaboration portant sur toutes les parties de l'EIMP est déjà possible au plan de l'infraction préalable.

2.4 Modifications de l'assujettissement des intermédiaires financiers (art. 2, al. 3, AP-LBA)

Les Recommandations révisées du GAFI qualifient désormais d'exposées au risque de blanchiment diverses activités en dehors du secteur bancaire et financier, et exigent leur assujettissement à un régime anti-blanchiment. Ainsi les agents immobiliers, les négociants en métaux précieux ou en pierres précieuses, les avocats, les notaires, les fiduciaires ainsi que les prestataires de services intervenant pour la constitution ou l'administration de sociétés sont considérés exposés au risque de blanchiment. Les Recommandations révisées préconisent un dispositif de défense qui s'inscrit dans une approche fondée sur le risque et qui s'applique aux personnes travaillant dans ces professions pour autant qu'elles effectuent des transactions pour leurs clients. Si elles font office d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 LBA, un assujettissement complet au sens de l'art. 2, al. 3, de cette loi est justifié.

La réglementation actuelle de la LBA couvre déjà une grande partie des activités nouvellement assujetties par le GAFI. Ainsi les agents immobiliers, les avocats, les notaires, les fiduciaires et les prestataires de services intervenant dans l'administration de sociétés sont déjà soumis à la LBA lorsqu'ils transfèrent sur mandat d'un client des fonds pour le compte de tiers, ou lorsqu'ils gardent en dépôt ou administrent des valeurs patrimoniales. Dans ces domaines, le projet ne fait donc que clarifier la réglementation actuelle de l'art. 2, al. 3, LBA (voir chap. 2.4.1 à 2.4.7).

Pour ce qui est des services dans le domaine du trafic des paiements, fournis sur ordre du créancier (encaissement), la pratique de l'Autorité de contrôle ne prévoit pas d'assujettissement à la LBA. La présente révision ne modifie ni le droit en vigueur, ni la pratique correspondante. Les activités d'encaissement ne seront pas soumises à la LBA à l'avenir non plus.

En revanche, la mise en œuvre des Recommandations du GAFI se traduit par la création, dans la LBA, d'un nouveau régime pour les activités afférentes au commerce de métaux précieux, de pierres précieuses et d'immeubles. A la différence de l'intermédiaire financier, qui agit au nom et pour le compte de tiers, ou qui limite son activité commerciale aux instruments financiers, la nouvelle obligation d'assujettissement vaut pour des personnes ou des entreprises qui négocient, dans les secteurs susmentionnés, des produits qui ne constituent pas des instruments financiers.

Au-delà des exigences posées par le GAFI, le commerce d'œuvres d'art (négoce d'œuvres des beaux-arts) est également soumis à la LBA (régime des activités commerciales), en réponse à une recommandation de la Commission de gestion du Conseil national.

2.4.1 Services de trafic des paiements (art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA)

Dans le droit en vigueur, l'art. 2, al. 3, LBA, énumère les activités faisant partie du secteur financier. En se basant sur la clause de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA, l'Autorité de contrôle a développé pour les services dans le domaine du trafic des paiements une pratique qu'il s'agit d'explicitier dans cette disposition légale.

Est notamment réputé intermédiaire financier au sens de la clause générale de l'actuel art. 2, al. 3, LBA, selon la législation et la pratique en vigueur de l'Autorité de contrôle, quiconque encaisse les paiements d'un donneur d'ordre et vire cet argent à un bénéficiaire selon les instructions du donneur d'ordre (art. 2, al. 3, let. b, ch. 2, AP-LBA). Cela vaut en particulier pour les personnes dont le rôle se limite à aider à effectuer des transferts en plus d'une activité d'intermédiation. C'est par exemple le cas des courtiers qui aident aussi à un tel transfert. Les personnes qui aident au transfert agissent le cas échéant au nom et pour le compte de tiers, en ayant pour cocontractant l'acheteur.

En revanche l'activité du commissionnaire d'achat, qui réalise en son nom une transaction commerciale pour le compte d'autrui, n'entre pas dans le champ de l'art. 2, al. 3, let. b, même si le flux financier – soit le paiement – transite par lui au lieu d'être direct. A titre d'exemple, un marchand d'art qui réalise des affaires en son nom mais pour le compte d'autrui ne sera pas soumis à l'art. 2, al. 3, let. b, LBA.

De façon générale, la branche dans laquelle sont exercées les activités susmentionnées est indifférente pour la qualification d'intermédiaire financier au sens indiqué.

La pratique de l'Autorité de contrôle relative à l'art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA se voit ainsi inscrite expressément dans la loi. L'art. 2, al. 3, let. b, ch. 2 et 3, AP-LBA clarifie ce point par l'ajout suivant «ou encaissent les paiements d'un donneur d'ordre et virent cet argent à un bénéficiaire selon les instructions du donneur d'ordre» (ch. 2), ou «exécutent des ordres de paiements sur procuration bancaire donnée par des tiers» (ch. 3).

Il importe de bien distinguer entre la situation de la personne qui aide au transfert sur ordre de l'acheteur et les mandats d'encaissement. Dans le second cas, de l'argent est encaissé de débiteurs par ordre du créancier. Cette activité ne constitue pas une activité d'intermédiation financière au sens de la LBA et n'y est donc pas soumise.

Selon la Recommandation 12 b du GAFI, certaines activités dans le domaine immobilier doivent être soumises à un régime anti-blanchiment. Cette Recommandation ne se réfère pas à la branche, mais à une activité²⁶. Or ladite activité tombe déjà dans le champ d'application de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA lorsque les transactions s'effectuent sur ordre de l'acheteur. On renonce à étendre la soumission de la branche immobilière à l'art. 2, al. 3, AP-LBA. Par conséquent, les personnes qui, dans le marché immobilier, ne sont pas en contact avec l'argent et n'effectuent par conséquent pas une intermédiation financière ne sont pas soumises à la LBA. Le simple courtage d'immeubles en tant que tel n'entre pas dans le champ d'application de la loi.

²⁶ En anglais dans le texte original: «Real estate agents – when they are involved in transactions for their client concerning the buying and selling of real estate».

Les notaires sont désormais eux aussi assujettis à la LBA (art. 2, al. 3, AP-LBA) lorsque le prix de la transaction leur est intégralement ou partiellement versé dans le cadre de l'acte d'achat. Le notaire qui reçoit un tel montant de l'acheteur pour le faire parvenir au vendeur fait office de personne qui aide au transfert. Selon le cas, il est habilité à compléter le formulaire R pour le virement bancaire, c'est-à-dire une déclaration d'ouverture de compte ou de dépôt par un avocat ou un notaire suisses. Il peut ainsi renoncer à indiquer à la banque l'ayant droit économique. L'assujettissement des notaires dans ce domaine d'activité comble une lacune et met en œuvre les Recommandations 12 b ainsi que 12 d.

2.4.2 Change, transfert d'argent et transport d'argent (art. 2, al. 3, let. c, AP-LBA)

Le nouvel art. 2, al. 3, let. c, AP-LBA établit clairement que les activités de change et de transfert ou de transport d'argent ainsi que de valeurs sont soumises à la LBA. Il ne s'agit pas d'une extension du champ matériel de la loi. En effet, le change était déjà inclus dans l'ancienne formulation de l'art. 2, al. 3, let. c, AP-LBA («font le commerce, pour leur propre compte [...], de billets de banque ou de monnaies [...]).

Dans la pratique de l'Autorité de contrôle, le transport d'argent et de valeurs est déjà soumis à la LBA en vertu de la clause générale de l'art. 2, al. 3. Il s'agit en effet d'un service dans le cadre duquel une personne «aide» une autre à «transférer des valeurs patrimoniales». Mais le champ d'application de cette disposition se limite, toujours selon la pratique de l'Autorité de contrôle, au transport d'argent liquide, de métaux précieux et de titres au porteur particulièrement exposés au blanchiment de par leur liquidité. Comme cette pratique ne figurait pas expressément dans la loi, la nouvelle disposition vise à créer une situation juridiquement claire et donc à encourager la sécurité du droit.

Le transport d'argent et d'autres valeurs patrimoniales liquides se prêtent au blanchiment d'argent. En outre, comme le montrent des indices au plan international, les transports transfrontaliers en particulier peuvent être utilisés pour le financement du terrorisme. Ce constat a conduit le GAFI à édicter, le 22 octobre 2004, la Recommandation spéciale IX sur les passeurs de fonds («cash couriers»).

La même disposition de l'art. 3, al. 2, let. c, AP-LBA inclut le transfert d'argent et de valeurs. Son assujettissement se fondait jusqu'ici sur la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA. La nouvelle disposition répond par ailleurs à la Recommandation spéciale VI du GAFI qui vise l'assujettissement de la remise de fonds alternative («alternative remittance»). La mention expresse de ces activités à la lettre c de l'art. 2, al. 3, AP-LBA accroît la sécurité du droit.

2.4.3 Métaux précieux bancaires (art. 2, al. 3, let. d, AP-LBA)

Selon la pratique de l'Autorité de contrôle relative à l'assujettissement à la LBA du commerce des métaux précieux, seuls les métaux précieux bancaires, et non les métaux précieux bruts ou travaillés, peuvent être qualifiés d'instruments financiers. Le négoce portant sur des instruments financiers est fondamentalement soumis à la loi. Il est vrai que les métaux précieux bruts représentent des matières premières, et que leur négoce en bourse pour le compte d'autrui est donc aussi assujetti (voir chapitre 2.4.4). Selon la législation actuelle et la pratique évoquée plus haut, le commerce pour son propre compte ou pour celui de tiers de métaux précieux bancaires

res au sens de la législation sur les métaux précieux (voir l'art. 1, al. 1, de la loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP; RS 941.31) et l'art. 144a de l'ordonnance sur le contrôle des métaux précieux (OCMP; RS 941.311) est soumis à la LBA. D'où la précision apportée à l'art. 2, al. 3, let. d, AP-LBA, où il est désormais question de métaux précieux bancaires et non plus seulement de métaux précieux. Sur le plan matériel, cette modification ne change rien à l'assujettissement actuel.

2.4.4 Négoce de matières premières (art. 2, al. 3, let. e, AP-LBA)

Le négoce de matières premières et de leurs dérivés pour le compte de tiers est déjà soumis à la LBA (art. 2, al. 3, let. c) lorsqu'il est pratiqué en bourse. En effet, on est alors en présence d'instruments financiers dont l'usage confère le statut d'intermédiaire financier. La pratique a cependant réservé l'assujettissement dans ce domaine au négoce effectué pour le compte de tiers. Ainsi, le commerce de matières premières et de leurs dérivés fait désormais l'objet d'une disposition à part entière (art. 2, al. 3, let. e, AP-LBA). Sa formulation correspond à l'interprétation concrète de la loi développée par l'Autorité de contrôle. Cette nouvelle disposition vise uniquement à accroître la sécurité du droit et n'apporte aucun changement matériel.

La formulation de l'art. 2, al. 3, let. e, AP-LBA demeure limitée au commerce de matières premières et de leurs dérivés pour le compte de tiers. A la demande de la Commission de gestion du Conseil national, un examen a été réalisé sur l'assujettissement éventuel du commerce de matières premières pour son propre compte, mais a débouché sur la conclusion qu'un tel assujettissement ne s'imposait pas. Une comparaison internationale a d'ailleurs montré qu'aucun système juridique ne le prévoit. Ni le GAFI ni la proposition de 3^{ème} Directive de l'UE sur le blanchiment ne stipulent un tel assujettissement. En s'engageant dans une pareille voie solitaire, la Suisse se heurterait à juste titre à l'incompréhension de la branche, et créerait un désavantage concurrentiel pour ses négociants en matières premières.

2.4.5 Gestion de fortune (art. 2, al. 3, let. f, AP-LBA)

La gestion de fortune est déjà soumise à la législation anti-blanchiment, en vertu de l'art. 2, al. 3, let. e, LBA, dont la formulation reste très générale («pratiquent la gestion de fortune»). Le nouvel art. 2, al. 3, let. f, AP-LBA précise cet assujettissement dans les termes suivants: les intermédiaires financiers sont des personnes qui «pratiquent la gestion de fortune individuelle ou collective (...)». Cette précision met en évidence que les formes de placements collectifs, comme les sociétés de placement, sont soumises à la loi. La pratique de l'Autorité de contrôle figurera ainsi expressément dans la loi.

Les Recommandations du GAFI emploient toujours les termes de gestion individuelle ou collective de patrimoine. Il en va de même pour les directives européennes. La nouvelle formulation de la LBA reprend cet énoncé afin d'éviter des différences sans justification matérielle.

Les sociétés d'investissement sont des véhicules de placements collectifs fermés, servant d'intermédiaires financiers entre les investisseurs et les participations à financer. Elles ont pour but le placement collectif de capitaux et servent en premier lieu à réaliser des bénéfices et/ou des gains en capitaux, sans avoir à proprement parler d'activité comme entreprise. En tant qu'instrument de placement et de gestion collective du patrimoine, les sociétés de placement sont soumises à la loi. Mais

comme chaque fois qu'elles sont cotées, les actions des sociétés de placement sont traitées exclusivement ou en majeure partie par des intermédiaires financiers agréés – banques en particulier –, il y aurait double emploi à les astreindre à respecter en pareil cas les devoirs de vigilance au sens de la LBA. A l'instar des directions de fonds qui, selon l'art. 2, al. 2, let. b, LBA, ne sont assujetties que si elles gèrent des comptes de parts ou si elles proposent ou distribuent des parts de fonds de placement, les sociétés de placement ne seront assujetties à la loi que si elles proposent ou distribuent elles mêmes leurs actions. Quant aux sociétés d'investissement dont les actions sont exclusivement distribuées par des tiers assujettis à la LBA (banques, fiduciaires, etc.), elles ne soient ainsi pas soumises de plus à cette loi.

Si toutefois des sociétés d'investissement devaient relever par la suite de la loi sur les fonds de placement et donc de la surveillance de la Commission fédérale des banques, leur assujettissement découlerait de l'art. 2, al. 2, LBA.

2.4.6 Administration de sociétés (art. 2, al. 3, let. i, AP-LBA)

Selon la Recommandation 12 d et e du GAFI, les activités déployées par les avocats, les notaires, les comptables ainsi que les prestataires de services aux sociétés et aux trusts «trust and company service providers» (qui s'abrège: TCSP) dans le domaine de l'administration de sociétés doivent être régies par un système de lutte anti-blanchiment. Les sociétés de domicile notamment comportent un risque élevé de blanchiment, qui justifie l'assujettissement à la LBA des «administrateurs», soit des organes de tels véhicules financiers.

En Suisse, l'activité d'organe de sociétés de domicile (p. ex. comme membre d'un conseil d'administration, d'un conseil de fondation ou comme *trustee*) relève déjà de la LBA selon la pratique de l'Autorité de contrôle. Cette pratique fait désormais l'objet du nouvel art. 2, al. 3, let. i, AP-LBA. Ainsi, l'assujettissement des organes des sociétés de domicile, qui se fondait auparavant sur une interprétation de la loi, possède désormais une base légale explicite.

La Recommandation 12 d et e du GAFI n'utilise pas le terme d'organes de sociétés de domicile, mais parle d'avocats, de notaires, de comptables et de TCSP. En revanche, la formulation de l'art. 2, al. 3, let. i, AP-LBA se réfère volontairement – selon la conception actuelle de la LBA – à une activité et non à une profession. Ainsi, toute personne agissant en tant qu'organe d'une société de domicile est soumise à la LBA lorsqu'elle le fait à titre professionnel.

La nouvelle disposition de l'art. 2, al. 3, let. i, AP-LBA se rapporte donc à l'activité exercée, conformément à la conception de la LBA. Elle se limite volontairement à assujettir l'«exécution des transactions» et satisfait ainsi aux Recommandations du GAFI. De par leur position, les organes d'une société de domicile exercent un pouvoir de disposition sur ses valeurs patrimoniales – en tant qu'ayants droit économiques. Ils exécutent des transactions pour la société, et sont soumis à ce titre à la LBA. Cela correspond d'ailleurs à la conception de la loi. En effet l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) va de pair avec le blocage des avoirs (art. 10 LBA), afin de garantir l'accès des autorités judiciaires aux valeurs patrimoniales en cause. Pour opérer un blocage des avoirs il faut toutefois avoir accès aux avoirs des clients, ce qui est en l'occurrence le cas des organes de la société de domicile.

2.4.7 Créations de sociétés (art. 2, al. 3, let. j, AP-LBA)

Les Recommandations révisées 12 d et 12 e du GAFI préconisent d'assujettir à un système anti-blanchiment les personnes effectuant des transactions dans le cadre de la création de sociétés. Sont visés les avocats, les notaires, les comptables et les TCSP.

En Suisse, la LBA ne régissait pas jusqu'ici les transactions liées à la création de sociétés. A l'exception du cas où un fiduciaire aidant sa clientèle lors de la constitution et, à ce titre, réunit le capital de fondation puis le transfère, selon les instructions reçues, soit à une banque pour alimenter le compte de la société en formation, soit à un notaire. Le fiduciaire en question aide au transfert en ce qu'il reçoit et transmet des fonds pour le compte du client. Cela relève, selon la pratique de l'Autorité de contrôle, de l'art. 2, al. 3, let. b, LBA²⁷. Ainsi la pratique actuelle de l'Autorité de contrôle est inscrite dans la loi.

Selon l'art. 2, al. 3, let. j, AP-LBA, toutes les transactions ayant pour but la création de sociétés sont soumises à la LBA. En l'occurrence, le risque de blanchiment d'argent réside d'une part dans le fait que le capital destiné à la création d'une société est versé sur un compte (bloqué), la création de société aboutit et le capital est libéré sans qu'il y ait eu enregistrement de l'ayant droit économique au capital versé. D'autre part, si la création de société n'a pas lieu, le capital versé est remboursé, ce qui peut également être exploité à des fins de blanchiment d'argent.

En effet le législateur entend que la LBA régisse les transactions afférentes à la création de sociétés. Ainsi, l'accent est mis dans ce contexte sur les transactions. Sont dès lors soumises à la LBA les personnes qui entrent concrètement en contact avec le capital de fondation. Cette approche est à son tour justifiée par la conception selon laquelle l'obligation de communiquer doit aller de pair avec le blocage des avoirs. Or pour procéder à un tel blocage, il faut avoir effectivement accès aux fonds du client. D'où l'adoption d'une formulation axée sur une activité, comme la loi le faisait déjà. Ainsi, est soumis à la LBA quiconque reçoit le capital de fondation.

En vertu de ce développement, le fait pour un avocat ou un notaire d'accepter des fonds dans le cadre d'une création de société sera à l'avenir soumis à la LBA. De tels services étaient jusqu'ici mis sur le compte des activités de base d'un avocat ou d'un notaire et échappaient à ce titre à la LBA. Elles seront dorénavant soumises à la loi. Les notaires, en particulier ceux qui exercent leur activité à titre indépendant, reçoivent souvent le capital d'une fondation. Dans le cas de la création d'une sarl, il est admis dans la pratique que le capital social soit directement versé au notaire ou déposé en espèces. Dans le cas des sociétés anonymes par contre, le capital de fondation doit être versé sur le compte de la société en formation. Cet argent peut toutefois être reçu par un fiduciaire, si bien qu'on ne peut parler d'activité spécifique à la profession de notaire.

2.5 Nouveau régime anti-blanchiment relatif aux transactions commerciales (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)

Dans sa recommandation 24b, le GAFI demande que ses Etats membres assurent la surveillance des «activités et professions non financières» pour lesquelles il a décelé

²⁷ Voir aussi plus haut, ch. 2.2.1.

un risque accru de blanchiment d'argent. Dans la plupart des cas mentionnés dans cette recommandation, la Suisse n'a aucune nécessité d'agir parce que l'activité d'intermédiaire financier est déjà couverte par l'art. 2, al. 3, let. b, LBA. C'est notamment le cas lorsque la personne qui aide au transfert, indépendamment de l'activité de base sous-jacente, reçoit de l'argent sur mandat de l'acheteur pour le remettre au vendeur, dans la mesure où il agit au nom et pour le compte d'un tiers c'est-à-dire où il n'intervient pas lui-même comme acheteur ou vendeur. Il devient ainsi un intermédiaire financier. Les activités d'encaissement, dans lesquelles l'intermédiaire, sur mandat du créancier, reçoit des fonds et les lui transmet, ne sont pas saisies. Elles ne sont pas soumises, dans le droit actuel, au régime prévu pour l'activité d'intermédiaire financier, et elles ne le seront pas non plus à l'avenir.

Selon l'art. 2, al. 3, let. c LBA en vigueur (art. 2, al. 3, let. d et e, AP-LBA), le commerce de billets de banque, de pièces de monnaie, de devises et de métaux précieux bancaires pour son propre compte ou pour celui d'un tiers ainsi que de matières premières et de leurs dérivés pour le compte d'un tiers est assujéti, en tant qu'activité d'intermédiaire financier, à la loi sur le blanchiment d'argent. Ces cas ne constituent pas des activités commerciales proprement dites, mais des activités d'intermédiaire financier.

Jusqu'à présent, les pures activités commerciales ne tombaient pas dans le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent. Dorénavant elles devront, dans différents secteurs d'activité présentant un risque accru de blanchiment d'argent, être soumises à un régime anti-blanchiment conformément à l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA. Précisons d'emblée qu'il ne s'agit pas d'assujétiir ces différents secteurs d'activité d'une manière générale à ce nouveau régime anti-blanchiment, mais uniquement les transactions commerciales dans ces domaines, soit concrètement le commerce d'œuvres d'art (commerce d'œuvres des beaux-arts), de pierres précieuses brutes, de métaux précieux et de pierres précieuses travaillés ainsi que de biens immobiliers.

L'assimilation de transactions commerciales comportant un risque de blanchiment d'argent à des activités d'intermédiaire financier proprement dites n'est objectivement pas justifiée. En outre, la charge administrative et financière qui en résulterait pour les branches concernées est disproportionnée. C'est pourquoi les activités n'appartenant pas au secteur financier, mais concernant un domaine commercial qui comporte un danger de blanchiment d'argent et doivent être soumises à un régime anti-blanchiment selon les recommandations du GAFI seront dorénavant reprises en Suisse dans la loi sur le blanchiment d'argent, mais réglées d'une manière spéciale. L'introduction d'un nouveau régime anti-blanchiment pour des transactions commerciales est compatible avec les recommandations du GAFI: en plus de la surveillance étatique et de la surveillance par les associations professionnelles («organismes d'autorégulation (OAR)» dans la terminologie du GAFI, à ne pas confondre avec les OAR selon la LBA, car ceux-ci sont soumis à la surveillance étatique), d'autres moyens peuvent être prévus pour assurer le respect des obligations de diligence, de conservation des documents et de communication, par exemple des dispositions pénales spécifiques. Le régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales est conçu selon ce principe. Il ressort par ailleurs de la proposition de 3^e directive anti-blanchiment de l'Union européenne que cette dernière ne soumet pas non plus à un régime de surveillance systématique les branches exposées au risque de blanchiment.

2.5.1

Conditions à respecter pour l'assujettissement des transactions commerciales au régime anti-blanchiment (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)

Le présent projet crée, parallèlement au régime anti-blanchiment existant pour l'assujettissement des intermédiaires financiers, un nouveau régime pour l'assujettissement des activités qui ne peuvent pas être considérées comme des activités d'intermédiaire financier, mais qui sont simplement des transactions commerciales. Ce genre d'activité se caractérise de la manière suivante: il s'agit d'activités commerciales

- dans lesquelles aucune activité d'intermédiaire financier dans le sens de l'art. 2, al. 3, LBA n'est exercée, c'est-à-dire qui ne se rapportent pas à des billets de banque, des pièces de monnaie, des devises et des métaux précieux bancaires ni à des matières premières ou à leurs dérivés négociés en bourse et
- qui sont exercées à titre commercial et
- dans lesquelles l'intermédiaire reçoit d'importants montants d'argent au comptant.

Certaines branches mentionnées expressément à l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA sont exposées, selon la recommandation du GAFI, à un danger accru de blanchiment d'argent. C'est pourquoi les activités commerciales dans le domaine du négoce de pierres précieuses brutes, de métaux précieux et de pierres précieuses travaillées ainsi que de biens immobiliers sont assujetties au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales. L'assujettissement du commerce d'œuvres d'art à un tel système repose sur la recommandation de la commission de gestion du Conseil national. Ce commerce est également assujetti au régime prévu pour les transactions commerciales.

En outre, l'exercice à titre commercial est pris comme critère pour délimiter les transactions commerciales assujetties de celles qui ne le sont pas. Seul celui qui agit à titre commercial dans ces branches est soumis régime anti-blanchiment relatif aux transactions commerciales. L'Autorité de contrôle se voit attribuer la compétence d'édicter une ordonnance définissant la notion d'exercice à titre commercial (voir à ce propos le chapitre 2.7.8). Sous cette forme, l'Autorité de contrôle a déjà défini concrètement la notion d'exercice à titre professionnel au sens de l'art. 2, al. 3, LBA²⁸.

Un troisième critère cumulatif intervient, à savoir la réception de sommes importantes d'argent au comptant. La notion de «sommes importantes» doit être définie par voie d'ordonnance. En principe, on se fondera pour cela sur les recommandations du GAFI et sur les tendances constatées dans l'Union européenne, avec des limites correspondant à peu près à 25 000 francs.

Par rapport à l'assujettissement des activités concernées, on soulignera que le régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales s'applique tant au commerce pour son propre compte qu'à celui pour le compte d'un tiers. Le négociant intervient ici chaque fois en son nom propre. Si la personne concernée ne joue qu'un

²⁸ Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 20 août 2002 concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel (OAP-LBA; RS 955.20).

rôle de personne qui aide au transfert, et transmet le prix d'achat sur mandat de l'acheteur, au nom et pour le compte de celui-ci, elle est considérée comme intermédiaire financier selon l'art. 2, al. 3, LBA (voir chapitre 2.4.1). La même personne qui agit au nom et pour le compte d'un tiers dans le cadre d'une activité d'encaissement, c'est-à-dire sur mandat du vendeur, n'est en revanche pas assujettie à la loi, et ne le sera pas non plus à l'avenir.

2.5.2 Obligations applicables (art. 2a AP-LBA)

Le régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales prévoit, à l'art. 2a LBA, que les personnes qui y sont assujetties doivent respecter les obligations les plus importantes mentionnées aux art. 3 ss de la loi sur le blanchiment d'argent et dont la violation fait l'objet de sanctions (art. 36a AP-LBA).

Etant donné que les obligations de diligence définies aux art. 3 ss LBA sont prévues en priorité pour les relations d'affaires suivies, mais que les transactions commerciales comprennent essentiellement des opérations de caisse²⁹, ces dispositions ne peuvent être appliquées que de manière limitée à ce régime anti-blanchiment. Ainsi, l'obligation, prévue à l'art. 5 LBA, de renouveler la vérification d'identité et l'identification de l'ayant droit économique ne peut pas s'appliquer au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales, car elle présuppose une relation d'affaires suivie.

Les personnes assujetties au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales doivent par conséquent respecter les obligations de diligence suivantes:

- *Art. 3, al. 1 et 2, LBA (obligation de vérifier l'identité):* Une condition préalable à l'assujettissement au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales est la réception de sommes importantes d'argent au comptant. Etant donné que, dans les opérations de caisse, une vérification d'identité est nécessaire à partir d'un montant important, la vérification de l'identité d'une personne qui n'en a pas encore fait l'objet est nécessaire dans tous les cas dans le régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales. A cet effet, la copie d'un document d'identification doit être jointe au dossier.
- *Art. 4, al. 1, let. a et b LBA (identification de l'ayant droit économique):* Les transactions commerciales se déroulent principalement par le biais d'opérations de caisse. Par conséquent, elles nécessiteraient dans tous les cas une déclaration écrite sur l'ayant droit économique selon l'art. 4, al. 1, let. c, LBA. Cette obligation serait toutefois disproportionnée pour les activités tombant sous le coup de ce régime relatif aux transactions commerciales. C'est pourquoi les assujettis doivent appliquer, en ce qui concerne l'identification de l'ayant droit économique, la procédure prévue à l'art. 4, al. 1, let. a et b, LBA pour les relations d'affaires suivies: ils doivent exiger

29 Selon l'art. 2, let. a, de l'ordonnance du 10 octobre 2003 de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (OBA AdC; RS 955.16), «toute transaction au comptant (en particulier le change et la vente de chèques de voyage), la souscription au comptant de titres au porteur, la transmission de fonds et de valeurs et l'achat et la vente de métaux précieux, si ces transactions n'ont pas de lien avec une relation d'affaires suivie» sont des opérations de caisse.

une déclaration sur l'ayant droit économique uniquement si le cocontractant et l'ayant droit économique ne sont pas une seule et même personne, qu'il existe des doutes à cet égard ou que le cocontractant soit une société de domicile.

- Art. 7 LBA (*obligation d'établir et de conserver des documents*)
- Art. 9 AP-LBA (*obligation de communiquer*)

2.5.3 Sanction en cas de violation des obligations de diligence (art. 36a AP-LBA)

Les personnes et les sociétés assujetties au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales doivent respecter les obligations de diligence énumérées à l'art. 2a LBA. Le non-respect ou la violation de ces obligations est sanctionné par une nouvelle norme pénale administrative prévue à l'art. 36a AP-LBA (voir chapitre 2.7.21).

2.5.4 Transactions commerciales assujetties

2.5.4.1 Commerce d'œuvres d'art (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)

Le GAFI n'a pas introduit le commerce d'œuvres d'art dans ses recommandations révisées de juin 2003. Aucune analyse approfondie n'existe sur cette question, bien que ce point ait été débattu dans le cadre de la révision des recommandations du GAFI. Le commerce d'œuvres d'art figure par contre dans la 2^e Directive de l'UE sur le blanchiment de capitaux de 2001. Selon l'art. 2a, chif. 6, de cette directive, les obligations de diligence s'appliquent aux «personnes faisant commerce de biens de grande valeur tels que les pierres précieuses et les métaux précieux ou d'œuvres d'art, ainsi qu'aux enchérisseurs dans la mesure où ils effectuent un paiement en numéraire dont le montant s'élève à 15'000 euros au moins.» La 3^e Directive de l'UE telle qu'elle a été proposée prévoit également que ces personnes soient soumises au devoir de diligence.

La commission de gestion du Conseil national a demandé au Département fédéral des finances d'étudier, entre autres, l'assujettissement du commerce d'œuvres d'art dans le cadre de la prochaine révision de la LBA, lors de son inspection de l'Autorité de contrôle de l'automne 2003, complémentaire à l'inspection de 2001. En outre, l'assujettissement du commerce d'art à la loi sur le blanchiment d'argent a été, en principe, jugé positif lors des débats du Parlement en relation avec la loi sur le transfert de biens culturels (LTBC).

L'ampleur du blanchiment d'argent dans le commerce d'œuvres d'art ne peut pas être chiffrée de manière exacte. Les spécialistes étrangers et suisses estiment toutefois que les risques de blanchiment d'argent sur le marché de l'art sont considérables. On peut souligner en outre que la Suisse occupe, derrière les Etats-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France et l'Allemagne, le cinquième rang des marchés d'œuvres d'art. La Grande-Bretagne, la France et l'Allemagne ont mis en œuvre la 2^e Directive de l'UE sur le blanchiment de capitaux pour leur marché

intérieur et ont assujéti le commerce d'œuvres d'art à certaines obligations de diligence visant à empêcher le blanchiment d'argent. Avec un volume de transactions d'œuvres d'art parmi les plus élevé du monde, la Suisse ne peut guère se permettre, pour des raisons de réputation, de rester à l'écart de la lutte contre le blanchiment d'argent dans ce domaine.

Selon l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA, les personnes qui, à titre commercial, achètent ou vendent pour leur propre compte ou pour celui de tiers des œuvres des beaux-arts et reçoivent ainsi d'importants montants d'argent au comptant doivent être soumises au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales. Le terme «d'œuvre des beaux-arts» doit être interprété dans le sens de l'art. 2, al. 2, let. c, de la loi fédérale du 9 octobre 1992³⁰ sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). La référence à ce terme du droit d'auteur est faite pour deux raisons: premièrement, c'est pour ce type de création artistique que le danger de blanchiment d'argent est le plus grand (contrairement par exemple aux œuvres littéraires); deuxièmement, le terme «d'œuvre des beaux-arts» est soumis à une délimitation claire, dans la doctrine comme dans la pratique, ce qui facilite l'application de la loi sur le blanchiment d'argent. En ce qui concerne le champ d'application personnel de l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA on constatera, à titre de précision, que l'échéance du délai de protection de 70 ans prévu à l'art. 29, al. 2, let. b, de la loi sur le droit d'auteur ne joue aucun rôle pour l'assujettissement au régime anti-blanchiment. C'est pourquoi le commerce d'œuvres des beaux-arts très anciennes (archéologiques et ethnologiques) tombe aussi dans le champ d'application de l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA. En outre, l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA ne fait aucune distinction entre les contrats de vente ordinaires et ceux pratiqués notamment lors de ventes aux enchères. Une vente aux enchères se distingue en fait d'un contrat de vente ordinaire uniquement en ce qui concerne le mode de formation du prix, mais non pas sur le plan du droit matériel.

Par contre, les artistes qui vendent directement leurs propres œuvres et reçoivent pour cela de l'argent au comptant ne tombent pas sous le coup de l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA, car une telle opération n'a pas le caractère d'une activité commerciale (achat à des fins de revente).

L'assujettissement des personnes qui font le commerce d'œuvres des beaux-arts au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales répond également au postulat 01.3514 du conseiller national Hans Widmer; ce postulat demande au Conseil fédéral «de renseigner le Parlement sur les possibilités et l'ampleur du blanchiment d'argent sous couvert de commerce d'œuvres d'art et de bijoux ainsi que d'étudier des mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent dans ce domaine». Les risques de blanchiment d'argent dans le commerce d'œuvres d'art et de bijoux ont été étudiés dans le cadre des travaux préparatoires à la révision de la LBA. Etant donné le risque potentiel considérable, le Conseil fédéral propose, dans le cadre de cette révision, d'assujettir le commerce d'œuvres d'art et de bijoux au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales par le biais de l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA. Il satisfait ainsi au postulat, qui peut ainsi être considéré comme traité.

Dans un souci de clarté, on précisera que le commerce d'œuvres des beaux-arts est assujéti au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales uniquement en l'absence d'activité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, let. b,

³⁰ RS 231.1.

LBA: comme on l'a déjà expliqué au chapitre 2.4.1, la fourniture de prestations de services de paiement dans le domaine du commerce d'œuvres d'art, au nom d'un tiers et pour le compte de celui-ci, doit être qualifiée d'activité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA. Cela s'applique tant aux paiements au comptant qu'aux virements électroniques.

Les cas d'encaissement ne tombent pas sous le coup de l'art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA. Jusqu'à présent, ils ne sont pas soumis à la loi sur le blanchiment d'argent, et ne le seront pas non plus à l'avenir. S'il agit au nom et sur mandat du vendeur en encaissant l'argent auprès du débiteur (acheteur), le négociant en œuvres d'art ne doit pas être considéré comme un intermédiaire financier selon la pratique actuelle de l'Autorité de contrôle qui sera ancrée dans la loi (art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA). Ce cas de figure de l'encaissement ne tombera pas non plus à l'avenir sous le coup de la loi sur le blanchiment d'argent.

2.5.4.2 Commerce de pierres précieuses brutes ainsi que de métaux précieux et de pierres précieuses travaillées (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)

Le GAFI considère qu'il existe un risque élevé de blanchiment d'argent dans le commerce, de gros mais surtout de détail, des métaux précieux et des pierres précieuses. Il se réfère à cet effet à son rapport sur les typologies 2002–2003³¹.

Le commerce de pierres précieuses au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA englobe tant le commerce de matériaux bruts que le commerce de matériaux travaillés. Les pierres précieuses brutes sont, contrairement aux métaux précieux bancaires, en aucune façon qualifiables, de manière générale, d'instruments financiers. Le critère de la fongibilité requis pour la qualification d'un produit financier et qui est donné dans le cas des métaux précieux bancaires et des matières premières négociées en bourse, n'est pas rempli par les pierres précieuses brutes. La fongibilité implique une constitution entièrement identique assurant l'interchangeabilité des pièces et des quantités (Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zurich 2002, p. 468). Les pierres précieuses brutes ne remplissent pas ce critère, puisque leur qualité au niveau du poids final et du poli, ne peut pas être déterminée à l'avance. Il n'existe ainsi pas de cours officiel, tel celui des métaux précieux, pour les pierres précieuses brutes. Il n'en existe pas non plus pour les pierres précieuses taillées. Il existe seulement des listes internes à la branche, émises par des négociants privés, de prix indicatifs pour pierres travaillées.

Un autre élément important va à l'encontre d'une qualification générale des pierres précieuses brutes comme instrument financier: au plan international, ce commerce n'est pas non plus attribué au secteur financier. Cette activité n'est par exemple pas mentionnée à la rubrique «Financial Services» de la «Service Sectoral Classification List» (liste W120) établie par l'OMC en relation avec le GATS. Dans la «Central Product Classification» (CPC) de la division des statistiques de l'ONU, les «precious and semi-precious stones» figurent à la rubrique «Other minerals». Le commerce de «non-metallic minerals» est mentionné sous «Distributive trade service» et

³¹ Report on Money Laundering Typologies 2002-2003 du 14 février 2003, p. 19, ch. 45: http://www1.oecd.org/fatf/pdf/TY2003_en.pdf

non pas sous «Financial and related services»³². Pour ces raisons, le commerce de pierres précieuses brutes n'est pas défini d'une manière générale comme activité d'intermédiaire financier à l'art. 2, al. 3, LBA.

Comme indiqué au chapitre 2.4.1, la fourniture de prestations de paiement dans le domaine du commerce de pierres précieuses doit toutefois être qualifiée d'activité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, let. b LBA. Cela s'applique tant aux paiements au comptant qu'aux virements électroniques. Par conséquent, la mention explicite de ces activités dans la loi n'est pas nécessaire.

Les pierres précieuses se caractérisent d'une manière générale par la grande constance de leur valeur et sont par conséquent faciles à négocier. Les matériaux et les objets présentent une liquidité élevée. Les transactions au comptant peuvent atteindre des sommes élevées, ce qui peut poser un problème lors de la vente finale dans les commerces spécialisés. De l'argent de source criminelle peut alors très vite être converti en un objet de valeur facile à transporter. C'est pourquoi les cas de commerce de pierres précieuses brutes à titre commercial non mentionnés à l'art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA sont soumis au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales.

Le nouvel art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA s'applique par ailleurs aux personnes faisant à titre commercial le négoce de métaux précieux et de pierres précieuses travaillés. Il en résulte un assujettissement des personnes actives dans le marché de détail, notamment les bijoutiers, au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales. On tient ainsi compte, par ces dispositions, du risque de blanchiment d'argent constaté dans ces branches, comme on l'a mentionné plus haut, ainsi que des préoccupations du GAFI qui en résultent et selon lesquelles toute la «chaîne» dans ce domaine devrait si possible être soumise aux obligations de diligence.

Etant donné que des prix d'achat élevés sont souvent payés au comptant dans le marché de bijoux de détail et surtout, comme cela a été mentionné, que les transactions de ce genre comportent un risque accru de blanchiment d'argent, l'assujettissement du commerce de détail se limite aux transactions portant sur des sommes importantes d'argent au comptant, ce qui satisfait également à la teneur de la recommandation 12 c du GAFI. Une solution faisant dépendre l'assujettissement du commerce de détail du prix des bijoux proposés n'apparaît pas adéquate, car elle pourrait être contournée par des opérations telles que la vente en nombre.

2.5.4.3 Commerce d'immeubles (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA)

La teneur de la recommandation 12 b du GAFI exige l'assujettissement de toutes les prestations du domaine du commerce de biens immobiliers, dans la mesure où des prestations d'aide à l'exécution des transactions sont fournies. Cela signifie que, contrairement au régime en vigueur actuellement, un courtier immobilier auquel un vendeur potentiel aurait demandé de lui trouver un acheteur pour sa maison et qui ensuite, sur demande du vendeur, encaisserait le prix de vente ou une partie de

³² L'autorité de contrôle utilise régulièrement, comme aide à l'interprétation pour délimiter le terme de secteur financier, des listes établies sur le plan international (voir publication de l'autorité de contrôle sur l'Internet «Activité relevant du secteur financier en tant que condition pour un assujettissement à la clause générale de l'art. 2, al. 3, LBA» du 4 novembre 2003).

celui-ci auprès de l'acheteur devrait être soumis à un régime anti-blanchiment. La même conclusion s'applique à un agent immobilier achetant et vendant des biens en son nom propre, mais pour le compte d'un tiers (de manière analogue à un commissaire d'achat et de vente). Selon l'interprétation actuelle de l'art. 2, al. 3 LBA par l'Autorité de contrôle, ces deux cas ne sont aujourd'hui pas assujettis à la loi sur le blanchiment d'argent.

La pratique de l'Autorité de contrôle reprise dans le nouvel art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA ne saisit pas non plus ces deux cas. Il ne s'agit pas là d'une activité effective d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, let. b, AP-LBA. Le commerce de biens immobiliers en nom propre présuppose une activité commerciale. Il est donc assujetti au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales selon l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA. Par contre, l'agent immobilier qui se charge, au nom d'un tiers, d'encaisser le prix de vente continuera de ne pas être assujetti.

Lors de l'adoption de la loi sur le blanchiment d'argent, le secteur immobilier n'a pas été pris en compte, le champ d'application ayant été limité volontairement au secteur financier, car celui-ci est particulièrement exposé au risque de blanchiment d'argent. Le message concernant la loi sur le blanchiment d'argent mentionne toutefois expressément que si de nouveaux faits sont constatés dans d'autres secteurs (entre autres le commerce de biens immobiliers) en matière de risque de blanchiment d'argent, un élargissement du champ d'application de la loi peut être envisagé³³. Comme le prouvent des cas concrets, le risque que le commerce de biens immobiliers puisse être utilisé à des fins de blanchiment d'argent existe bel et bien en Suisse.

Les personnes faisant le commerce de biens immobiliers en nom propre sont assujetties au régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales dans la mesure où elles exercent cette activité à titre commercial et qu'elles reçoivent à cet effet des sommes importantes d'argent au comptant. Bien que les recommandations du GAFI n'englobent pas le commerce immobilier pour propre compte, le non-assujettissement de ce domaine ne serait pas cohérent. Si on limitait l'assujettissement aux opérations effectuées pour le compte d'un tiers, le spéculateur classique en biens immobiliers ne serait pas concerné, ce qui ne se justifierait pas au vu du risque de blanchiment d'argent existant dans ce secteur, comme on l'a vu plus haut.

L'achat, la rénovation et la revente de biens immobiliers d'une manière générale ne doivent pas tomber sous le coup du régime anti-blanchiment relatif aux activités commerciales dans la mesure où il s'agit d'une activité qui n'est pas effectuée à titre commercial pour son propre compte ou qu'aucun argent n'est reçu en numéraire. N'est donc pas assujetti notamment le commerce d'un bien immobilier qu'une personne acquiert pour elle-même, utilise quelque temps, transforme ou agrandit éventuellement en augmentant sa valeur et le revend finalement avec bénéfice.

³³ Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissement d'argent dans le secteur financier du 17 juin 1996, FF 1996 III 1057 (1071 s.).

La fonction de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent comme «organisation d'autorégulation», d'une part envers les intermédiaires financiers qui lui sont directement assujettis et, d'autre part, comme autorité de surveillance des organismes d'autorégulation, a soulevé différentes questions. On craint des inégalités de traitement entre les intermédiaires financiers directement assujettis et ceux qui le sont à un organisme d'autorégulation. Dans son rapport du 21 novembre 2003, la commission de gestion du Conseil national a demandé au DFF d'analyser cette double fonction de l'Autorité de contrôle.

La loi prévoit l'Autorité de contrôle comme solution de remplacement pour les intermédiaires financiers qui ne disposent, du fait de leur secteur d'activité ou de leur appartenance linguistique, d'aucun organisme d'autorégulation. En outre, elle offre ainsi aux intermédiaires financiers ayant une attitude critique envers les organismes d'autorégulation le choix de s'assujettir à une surveillance de l'Etat au lieu d'à celle d'un organisme de droit privé. Cette liberté de choix accordée aux intermédiaires financiers est déjà prévue explicitement dans le message du 17 juin 1996 concernant la loi fédérale sur la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (message concernant la LBA, FF 1996 III 1101), dans les commentaires concernant l'art. 14, al. 3 LBA, et souligne l'équivalence de l'Autorité de contrôle, comme autorité de surveillance directe, par rapport aux organismes d'autorégulation.

Renoncer entièrement à l'Autorité de contrôle comme autorité de surveillance pour les intermédiaires financiers qui lui sont directement assujettis impliquerait, comme conséquence logique, que les organismes d'autorégulation seraient obligés de les accepter. Il ne serait en effet pas acceptable qu'une activité du secteur financier ne puisse être exercée que si un organisme d'autorégulation est d'accord d'accepter comme membre la personne ou la société en question. La loi devrait par conséquent prévoir une obligation d'acceptation, que les organismes concernés estiment être des plus indésirables. Avec ou sans obligation d'acceptation, le renoncement à l'Autorité de contrôle polariserait en outre la puissance des organismes d'autorégulation envers les intermédiaires financiers, ce que seule la conservation du système actuel est à même d'empêcher.

La liberté d'association garantit en outre, à l'art. 23, al. 3 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) que personne ne peut être forcé d'adhérer à une association ou d'en faire partie. Toute restriction à ce droit fondamental nécessite, selon l'art. 36 Cst., une base légale et doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection de droits fondamentaux de tiers. En outre, le principe de la proportionnalité doit être appliqué. On y a fait exception dans la loi sur le blanchiment d'argent pour les avocats et les notaires, parce que l'intérêt de préserver le secret professionnel d'une manière stricte primait sur la liberté d'association des avocats et des notaires ayant une activité d'intermédiaire financier. Il n'existe toutefois aucune raison convaincante d'élargir la restriction de cette liberté à tous les intermédiaires financiers du secteur parabancaire, et une telle restriction serait donc contraire à la Constitution.

Une disposition selon laquelle une surveillance directe ne serait autorisée que s'il n'est pas possible ou pas acceptable pour l'intermédiaire financier d'adhérer à un organisme d'autorégulation aurait, quant à elle, des conséquences inacceptables pour les intermédiaires financiers. En effet, les organismes d'autorégulation ne

connaissent aucune obligation d'acceptation, en tant qu'associations de droit privé. Un intermédiaire financier pourrait, le cas échéant, être tenu de déposer une requête auprès de tous les organismes d'autorégulation reconnus ou de prouver à l'Autorité de contrôle qu'une adhésion est inacceptable pour lui. Il est évident que cela entraînerait une énorme charge administrative supplémentaire. Le retard qui en résulterait n'est pas non plus acceptable.

Sa double fonction est perçue comme une chance par l'Autorité de contrôle. Comme autorité administrative, elle contrôle les organismes d'autorégulation organisés selon le droit privé. Cette fonction comprend aussi l'accompagnement et l'assistance de ces derniers pour les questions et les problèmes qui leur sont posés en ce qui concerne leurs membres. Pour qu'elle puisse assumer cette fonction de conseil de manière adéquate et réaliste, l'Autorité de contrôle a besoin de s'appuyer sur ses propres expériences pratiques dans le secteur financier. Celles-ci sont acquises grâce à l'assujettissement direct d'intermédiaires financiers, sans que l'Autorité de contrôle en perde l'indépendance nécessaire. Ce rapport à la réalité lui permet de définir les exigences envers les organismes d'autorégulation. Etant donné qu'elle perçoit ainsi elle-même les difficultés spécifiques de la surveillance, l'Autorité de contrôle ne risque pas de poser aux organismes d'autorégulation des exigences trop élevées en ce qui concerne la qualité de cette surveillance.

Les inégalités de traitement entre les intermédiaires financiers directement assujettis et ceux qui font partie d'un organisme d'autorégulation doivent toutefois être évitées dans la mesure du possible. C'est pourquoi les modifications de la loi sur le blanchiment d'argent proposées ici poursuivent, en plusieurs points, le but d'assurer encore mieux l'égalité de traitement entre les intermédiaires financiers. Ainsi par exemple dans le domaine des échanges d'informations entre les autorités de surveillance et les organismes d'autorégulation: ces échanges doivent être développés et simplifiés, ce qui favorisera une plus étroite collaboration.

Toutes les différences de traitement des intermédiaires financiers n'ont cependant pas pu être toutes éliminées, principalement parce que l'Autorité de contrôle, en tant qu'autorité administrative, doit respecter, de par la loi, des procédures et des déroulements déterminés, alors que les organismes d'autorégulation peuvent réglementer eux-mêmes leurs procédures. Il existe aussi des différences entre les organismes d'autorégulation en ce qui concerne le traitement de leurs membres. La loi sur le blanchiment d'argent ayant été conçue comme une loi cadre, les organismes d'autorégulation disposent d'une marge de manœuvre relativement grande pour élaborer leurs statuts et leurs règlements. Les onze organismes d'autorégulation reconnus par l'Autorité de contrôle ont tous tiré profit différemment de cette marge de manœuvre et se distinguent ainsi, parfois considérablement, les uns des autres. L'inégalité de traitement des intermédiaires financiers par l'Autorité de contrôle et par les organismes d'autorégulation, qui est due au système, n'est pas plus grande que celle qui résulte des différences de règlements entre les organismes d'autorégulation eux-mêmes. Elle ne doit par conséquent pas être surestimée.

En résumé, il y a lieu de relever que la double fonction de l'Autorité de contrôle correspond à la volonté du législateur de 1997 et qu'elle est nécessaire pour l'accomplissement de la mission légale de cette autorité ainsi que sur le plan du droit constitutionnel. Cette double fonction doit dès lors être maintenue.

2.7 Autres modifications de la LBA

2.7.1 Condensé

La nécessité d'introduire plusieurs modifications de la LBA, qui correspondent largement aux nouvelles exigences du GAFI, est apparue au cours des premières années d'application de cette loi. Les principaux besoins examinés ont conduit à la formulation de propositions sur les points suivants: amélioration de l'échange d'informations, adaptation de certains articles à de nouvelles conditions (formalismes), meilleure prise en compte du domaine de la protection des données ainsi qu'autres modifications de différentes dispositions. Il s'agit là de propositions ciblées visant à améliorer le fonctionnement de la loi et non pas à modifier fondamentalement le système actuel. Ces propositions de modification doivent aussi permettre, lorsque c'est nécessaire, de se conformer aux recommandations révisées du GAFI.

2.7.2 Identification de l'ayant droit économique (art. 4, al. 1 et al. 3, AP-LBA)

Le principe connu et appliqué en Suisse depuis longtemps, de l'identification de l'ayant droit économique est ancré dans la loi à l'art. 4, al. 1, AP-LBA. Ce principe s'applique déjà aux banques sur la base de la CDB (art. 3). Il s'applique également, aujourd'hui déjà, au secteur parabancaire. Il ne s'agit donc pas d'une modification du droit actuel, mais d'une clarification de la loi actuelle. Celle-ci ne mentionne en effet que les cas spéciaux dans lesquels l'intermédiaire financier doit se procurer une déclaration écrite. Mais l'interprétation de la loi a voulu que ce principe s'applique déjà selon le droit en vigueur.

La prise en compte du principe de l'identification de l'ayant droit économique satisfait formellement, au niveau légal, à la recommandation 5 b du GAFI. Cette recommandation formule le principe que l'ayant droit économique aux valeurs patrimoniales doit être identifié. La règle de base veut que l'ayant droit économique soit toujours connu (al. 1 de la recommandation). Dans une approche prenant en compte les risques, des allègements peuvent être octroyés (al. 3 de la recommandation) dans des cas décrits de manière précise. La possibilité d'établir des catégories pour les relations d'affaires et les transactions en fonction du risque qu'elles comportent correspond à une mesure organisationnelle et peut être réglée par voie d'ordonnance.

La réglementation en vigueur en ce qui concerne l'obtention d'une déclaration écrite sur l'ayant droit économique est reprise sans modification de l'art. 4, al. 1, LBA à l'art. 4, al. 2, AP-LBA.

Mais dorénavant, l'art. 4, al. 3, AP-LBA mentionne aux let. a-c, les exceptions faites à l'obligation d'obtenir une déclaration écrite. De telles exceptions peuvent être octroyées si la détermination de l'ayant droit économique n'a pas de sens comme pour les intermédiaires financiers soumis à une surveillance d'une autorité instituée par une loi spéciale (cf. let. a), pour les intermédiaires financiers assujettis à une surveillance et à une réglementation équivalentes (cf. let. b) et pour les institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts (cf. let. c). Jusqu'à présent, une possibilité d'allègement était prévue dans la CDB pour les banques et définie éga-

lement pour d'autres intermédiaires financiers, mais seulement par voie d'ordonnance. Plusieurs OAR avaient des doutes quant à la base légale et hésitaient par conséquent de prévoir une exception similaire dans leurs règlements. La mention formelle de cette exception dans la loi assure l'égalité de traitement de toutes les parties concernées.

L'art. 4, al. 2, LBA devient l'art. 4, al. 4, AP-LBA.

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

Partant d'une approche tenant compte du risque pour la lutte anti-blanchiment, un nouvel art. 7a AP-LBA est introduit dans la loi sur le blanchiment d'argent comme clause bagatelle. Cette clause se réfère non pas à l'assujettissement des intermédiaires financiers, mais aux obligations de diligence. Une règle "de minimis", telle qu'elle existe déjà à l'art. 3, al. 2, LBA pour les opérations de caisse, est ainsi également introduite pour certaines relations suivies. L'intermédiaire financier doit être délié du respect des obligations de diligence selon les art. 3 à 7 LBA pour des relations suivies également, lorsqu'il s'agit uniquement de montants d'une faible valeur et que la légitimité de la relation d'affaires est reconnaissable.

Une telle clause bagatelle contribue à l'introduction et au développement en Suisse de nouveaux marchés ou produits financiers comportant un danger très faible de blanchiment d'argent, comme par exemple l'e-money (compte électronique pour le paiement de prestations sur l'Internet).

Pour pouvoir exclure le danger de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, les conditions de la reconnaissance de la légitimité et de la faible valeur des montants sont posées. Il incombera aux autorités de surveillance de préciser ces conditions dans leurs ordonnances de manière à éviter un cumul des montants définis comme faibles. Il ne peut pas être possible techniquement de payer en une fois plus que le montant défini. De même, il s'agira d'empêcher que les limites fixées puissent être cumulées d'une manière ou d'une autre.

2.7.4 Obligation de communiquer (art. 9, al. 1, AP-LBA)

Les déclarations de soupçon au sens de l'art. 9, al. 1, AP-LBA concernent les valeurs patrimoniales qui ont un rapport avec une infraction au sens de l'art. 305^{bis} CP, qui proviennent d'un crime, sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition (art. 260^{ter}, ch. 1, CP) ou encore qui servent au financement du terrorisme (art. 260^{quinquies}, al. 1, CP). L'information doit toujours être transmise au Bureau de communication et non à une autorité de poursuite pénale. Cette procédure offre un double avantage. D'une part les autorités de poursuite pénale sont déchargées de telles communications, d'autre part le bureau spécialisé est en mesure de distinguer les états de fait substantiellement très suspects de ceux qui le sont moins et de procéder ainsi à un premier examen efficace (art. 23, al. 2, LBA) à l'intention des autorités de poursuite pénale. Par ailleurs, la recommandation 26 du GAFI stipule d'adresser de telles informations à une autorité nationale centrale (Bureau de communication) – et non directement à une autorité de poursuite pénale.

Par souci de clarté, les raisons exigeant une communication au sens de l'art. 9, al. 1, let. a, AP-LBA, font l'objet d'une liste numérotée.

Le soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme peut déjà naître avant la conclusion effective du contrat et, donc, avant l'ouverture d'une relation d'affaires. En pareil cas, le simple renoncement à établir la relation d'affaires, sans que le soupçon soit communiqué aux autorités, comporte le risque que l'argent arrive ailleurs sur la place financière sans que les autorités aient connaissance d'une éventuelle suspicion de blanchiment d'argent. C'est pourquoi les recommandations 13 et 5 du GAFI prévoient, combinée l'une avec l'autre, l'obligation de communiquer en cas de soupçon naissant pendant la phase de préparation, avant l'ouverture effective de la relation d'affaires. Le but en est que le Bureau de communication et, le cas échéant, les autorités pénales, soient informés et que les mesures correspondantes puissent être prises. C'est pourquoi l'obligation de communiquer est dorénavant élargie, à l'art. 9, al. 1, let. b, AP-LBA, pour tous les intermédiaires financiers, aux situations dans lesquelles les négociations sont interrompues avant l'ouverture proprement dite de la relation d'affaires. Cela vise à empêcher que l'obligation de communiquer puisse être contournée par une interruption des négociations visant à établir une relation d'affaires. La période considérée englobe les phases de négociation, qui peuvent durer des semaines ou même des mois avant la conclusion du contrat. Les premiers entretiens pendant la période où l'intermédiaire financier n'a pas encore suffisamment d'informations pour faire une communication ne sont pas concernés. Celui-ci a cependant la possibilité de faire usage du droit de communication prévu à l'art. 305^{ter}, al. 2, CP. Dans ce cas aussi, une communication ne doit être faite qu'en cas de soupçon fondé; cela nécessite, comme déjà mentionné, que l'intermédiaire financier dispose des informations et indications requises. Le terme d'«interruption des négociations» est par ailleurs déjà mentionné pour les banques à l'art. 24 OBA CFB.

2.7.5 Blocage des avoirs (art. 10 AP-LBA)

Dorénavant, l'obligation de bloquer les avoirs et l'interdiction d'informer, qui sont actuellement ancrées dans l'art. 10 LBA, seront réglées dans deux dispositions séparées (art. 10 AP-LBA, blocage des avoirs et art. 10a AP-LBA, interdiction d'informer). Les obligations des intermédiaires financiers en cas de soupçon de blanchiment d'argent sont mentionnées de manière claire, précise et systématique dans la loi. L'obligation de communiquer, l'obligation de bloquer les avoirs et l'interdiction d'informer sont en étroite relation et forment ensemble un seul système. Elles sont spécifiées dans deux articles différents pour des raisons de clarté.

L'art. 10 AP-LBA doit être adapté aux nouveautés prévues à l'art. 9, al. 2, AP-LBA. Il précise que le blocage des avoirs s'applique aussi, lorsque cela est possible de fait, aux valeurs patrimoniales selon l'art. 9, al. 2, AP-LBA. Cela signifie que s'il dispose déjà, exceptionnellement, de valeurs patrimoniales pendant les négociations du contrat, l'intermédiaire financier doit aussi bloquer ces dernières en cas de communication au Bureau de communication. Cette obligation ne va pas au-delà (une acceptation aussi précoce que possible de valeurs patrimoniales n'est par exemple pas exigée).

L'interdiction d'informer selon l'art. 10, al. 3 LBA est désormais réglée séparément à l'art. 10a AP-LBA.

2.7.6 Interdiction d'informer (art. 10a AP-LBA)

L'interdiction d'informer est dorénavant réglée dans un article spécifique et est ainsi séparée thématiquement du blocage des avoirs. La pratique déjà en vigueur selon laquelle l'intermédiaire financier qui n'est pas en mesure de bloquer les avoirs concernés peut informer celui qui est à même de le faire est dorénavant ancrée matériellement dans la loi. On pense ici aux gérants de fortune qui n'ont d'ordinaire qu'un pouvoir de disposition limité sur les avoirs de leurs clients mais ne peuvent pas empêcher ceux-ci d'en disposer, contrairement à la banque qui gère le dépôt. De fait, il ne leur est pas possible de bloquer ces avoirs en cas de communication. Ce blocage ne peut être réalisé que par la banque qui gère le compte ou le dépôt en question. Et l'actuelle interdiction d'informer ne permet pas aux gérants de fortune d'aviser la banque concernée. La situation légale est insatisfaisante, car le blocage des avoirs représente un principe de base de la lutte anti-blanchiment en Suisse. Il permet aux autorités pénales d'accéder à des valeurs patrimoniales éventuellement incriminées et de déterminer leur origine. C'est pourquoi la loi doit donner à l'intermédiaire financier qui n'est pas en mesure de bloquer les avoirs le droit d'informer de sa communication l'intermédiaire financier qui peut le faire.

Le blocage des avoirs est une obligation essentielle du système suisse de lutte contre le blanchiment d'argent. L'interdiction d'informer sert, entre autres, à protéger ce blocage. Elle peut toutefois aussi empêcher ce blocage dans des situations exceptionnelles, comme le montre l'exemple ci-dessus du gérant de fortune qui n'est, de fait, pas en mesure de bloquer les avoirs concernés.

La demande concernant l'introduction d'une réglementation spéciale adaptée à cette situation exceptionnelle s'est fait ressentir toujours plus fortement, tant dans la pratique que dans la doctrine. Cela provient du fait que les gérants de fortune sont nombreux en Suisse. Jusqu'à présent, la loi était interprétée de manière à autoriser les intermédiaires financiers ne pouvant pas bloquer les avoirs concernés (par exemple les gérants de fortunes) d'informer, après avoir fait une communication, l'intermédiaire à même de le faire (par exemple la banque).

Dorénavant, cette possibilité accordée par l'interprétation de la loi doit être ancrée dans une base légale formelle (art. 10a, al. 2, AP-LBA). Le blocage des avoirs est d'une grande importance pour les autorités pénales et sur le plan de la politique extérieure. C'est pourquoi son exécution est prioritaire si l'on veut lutter efficacement contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. L'interdiction d'informer n'est que légèrement restreinte par l'autorisation, octroyée à l'intermédiaire financier ne pouvant pas bloquer les avoirs concernés, d'informer celui qui en a la possibilité. En outre, le droit d'informer dans ce cas exceptionnel permet seulement d'annoncer à l'intermédiaire financier pouvant procéder au blocage les faits ayant déclenché un soupçon fondé.

Bien entendu, l'exception à l'interdiction d'informer se limite à l'intermédiaire financier à même de bloquer les avoirs concernés, ce qui ressort clairement de la teneur de la loi. Bien entendu aussi, cette exception ne concerne que les intermédiaires financiers à même de procéder au blocage qui sont soumis à la LBA, car les

autres ne sont pas censés connaître et appliquer les obligations de cette loi. Il est clair également que cette autorisation d'informer n'est octroyée qu'après la transmission d'une communication. Il reste toutefois interdit, dans ce cas également, d'informer toute autre personne, notamment le client, qu'une communication a été faite.

S'il est informé de la communication, l'intermédiaire financier à même de bloquer les avoirs concernés est tenu de procéder à des examens particuliers. Il lui incombe de décider si l'information est suffisante pour avoir un soupçon fondé. Si tel est le cas, il est tenu de faire lui-même une communication et de bloquer les avoirs. Les renseignements qu'il transmet au Bureau de communication doivent comprendre les coordonnées de la personne lui ayant fait part de la communication ainsi que la communication elle-même. S'il n'a pas lui-même de soupçon fondé, la seule information sur la communication ne l'oblige pas au blocage des avoirs. Le système en vigueur reste valable, selon lequel l'obligation de blocage des avoirs n'est déclenchée que par une communication.

2.7.7 Exclusion de la responsabilité pénale et civile (art. 11, al. 1 et 2, AP-LBA)

La nouvelle formulation de la loi à l'art. 11, al. 1, AP-LBA est une simple clarification, sans modification effective. La teneur actuelle peut éveiller l'impression que la communication selon l'art. 305^{er}, al. 2 du code pénal entraîne aussi un blocage des avoirs. Ce n'est pas le cas aujourd'hui et ce n'est pas non plus prévu à l'avenir. L'obligation de bloquer des avoirs n'est déclenchée que par les communications selon l'art. 9 LBA. C'est pourquoi la formulation de cette disposition est légèrement modifiée.

Comme les personnes assujetties au régime relatif aux activités commerciales sont également tenues, selon le nouvel art. 2a AP-LBA, de respecter l'obligation de communiquer selon l'art. 9, l'exclusion de la responsabilité pénale et civile doit bien évidemment aussi leur être accordée. C'est pourquoi un nouvel al. 2 est prévu à l'art. 11 AP-LBA. Il est nécessaire de régler l'exclusion de la responsabilité pénale et civile des agents commerciaux dans un alinéa séparé parce que ceux-ci sont soumis, en principe, à un autre régime que les intermédiaires financiers. Parmi les obligations et les possibilités mentionnées à l'art. 11, al. 1, LBA, seule l'obligation de communiquer s'applique à eux. Par contre, l'obligation de blocage des avoirs ne les concerne pas. Selon la doctrine, l'article 305^{er}, al. 2, du code pénal ne s'applique qu'aux prestataires de services financiers.

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

L'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA introduit un nouveau régime de lutte contre le blanchiment d'argent pour certains types d'activités commerciales. Les personnes et sociétés visées seront donc soumises aux obligations de diligence, d'établir et de conserver des documents et de communiquer prévues par la loi sur le blanchiment d'argent. Ces obligations ne peuvent cependant pas toutes être transposées tel quel dans le nouveau régime. Un certain nombre de détails doivent donc être réglés, mais cela ne peut se faire dans la LBA en raison de son caractère de loi cadre. C'est pourquoi la nouvelle let. g de l'art. 18 AP-LBA attribue à l'Autorité de contrôle la

compétence de concrétiser par voie d'ordonnance le nouveau régime de lutte contre le blanchiment d'argent de même que les obligations de diligence.

Le nouveau régime ne s'applique qu'aux personnes exerçant à titre commercial l'une des activités visées à l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA. Le nouvel art. 18, let. h, AP-LBA attribue à l'Autorité de contrôle la compétence de définir la notion d'activité commerciale dans une ordonnance. Cumulativement à l'exercice de l'activité à titre commercial, le critère de l'acceptation de sommes importantes d'argent au comptant (art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA) doit être rempli. L'Autorité de contrôle se voit également attribuer la compétence de définir cette notion dans une ordonnance par le nouvel art. 18, let. h, AP-LBA.

2.7.9 Registre public (art. 18a AP-LBA)

Cette nouvelle disposition régleme la publication sur Internet des données concernant les intermédiaires financiers qui sont affiliés à un OAR ou qui ont reçu une autorisation de la part de l'Autorité de contrôle. Il s'agit ici d'introduire dans la loi une disposition formelle qui n'existe pour le moment qu'au plan matériel, aux art. 7 et 8 OReg-LBA.

La connaissance de la partie avec laquelle une relation d'affaires est nouée est très importante sur le marché financier. Un client potentiel doit donc avoir la possibilité de se renseigner facilement et à peu de frais sur un intermédiaire financier s'il exerce légalement son activité. La publication de ces informations répond aussi à un intérêt public: d'une part, elle garantit l'application de la loi sur le blanchiment d'argent et, d'autre part, elle aide à détecter les intermédiaires financiers agissant dans l'illégalité. Le but de la loi sur le blanchiment d'argent, soit de prévenir les activités de blanchiment et de protéger le marché financier, nécessite la publication des données sur les intermédiaires financiers. Une transparence accrue permet de prévenir le blanchiment.

Dès lors que l'on peut reconnaître facilement les intermédiaires financiers agissant légalement, ceux qui pratiquent dans l'illégalité trouvent fatalement moins de débouchés. La mise à disposition du public d'informations sur les intermédiaires financiers contribue donc à la sécurité du marché financier. En outre, la Suisse a intérêt à ce que ce secteur économique de premier plan jouisse d'une position forte et, pour consolider les avantages de sa place financière sur le plan international, elle doit donner aux clients potentiels une forme de garantie.

Des intermédiaires financiers se sont opposés (aussi par voie judiciaire) à la publication des données les concernant, au motif que les bases légales étaient insuffisantes. La Commission fédérale de la protection des données est parvenue à la même conclusion dans une décision du 31 octobre 2003 (JAAC 68.92). Pour l'instant, il n'existe en effet qu'une disposition matérielle (art. 7 et 8 OReg-LBA).

Or, même s'il ne s'agit pas de publier des données sensibles au sens de l'art. 3, let. c, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD³⁴), l'insécurité qui a pu mener à des interprétations divergentes doit être levée en créant une norme remplissant toutes les conditions de légalité au niveau formel.

³⁴ RS 235.1

Les données devant être publiées sur Internet sont seulement des généralités telles que le nom, l'adresse et l'autorité de surveillance. L'intérêt particulier des intermédiaires financiers à la confidentialité de leurs données doit céder le pas devant l'intérêt de la collectivité à une lutte efficace contre le blanchiment d'argent et à la protection du marché financier. La procédure d'appel des données sur Internet fait déjà partie des prestations standard de l'OFAP, de la CFB et de la CFMJ, mais elle fait encore défaut dans le secteur parabancaire. L'inscription dans la loi de l'obligation de publier les données sur les intermédiaires financiers par le biais d'une procédure d'appel garantit donc l'accessibilité des nom, adresse et autorité de surveillance de tous les intermédiaires financiers soumis à la LBA. Sous l'angle de la transparence, la publication de données incomplètes ou partielles serait encore plus gênante que l'absence de publication.

2.7.10 Droit d'être renseigné (art. 19, al. 2, AP-LBA)

L'actuel art. 19 al. 1 LBA reste inchangé. Dans un nouvel al. 2, l'Autorité de contrôle est investie du droit d'obtenir des renseignements sur les personnes dont elle suppose qu'elles pourraient être soumises à la loi sur le blanchiment d'argent. Pour pouvoir exercer correctement ses tâches de surveillance, en particulier de surveillance du marché, et pour être capable de détecter les intermédiaires financiers agissant dans l'illégalité, l'Autorité de contrôle doit en effet disposer d'un droit à l'information vis-à-vis des intermédiaires financiers potentiellement soumis à sa surveillance.

En vertu de l'art. 42, al. 3, LBA, les intermédiaires financiers soumis à la loi sur le blanchiment d'argent qui ne sont pas encore titulaires d'une autorisation de l'Autorité de contrôle ou affiliés à un OAR sont soumis à la surveillance directe de l'Autorité de contrôle. Il appartient à l'Autorité de contrôle de déterminer si l'obligation de soumission s'applique ou non (cf. ATF 129 II 438, consid. 4). Pour que celle-ci puisse exercer sa surveillance et mener les investigations requises, la loi doit explicitement l'investir du même droit à l'information vis-à-vis de ces intermédiaires financiers que vis-à-vis de ceux qui lui sont soumis directement par le biais des autorisations délivrées.

Les investigations menées par l'Autorité de contrôle avant de prendre les mesures prévues à l'art. 20 LBA ne se limitent pas à la simple question de la soumission à la loi sur le blanchiment d'argent. L'une des mesures étant l'attribution rétroactive d'une autorisation au sens de l'art. 14 LBA, il faut que l'Autorité de contrôle ait la possibilité de vérifier le respect des obligations de diligence et de communiquer. Les investigations concernant l'obligation de soumission peuvent également servir à établir une dénonciation fondée sur l'art. 36 LBA.

La loi spécifie encore que le droit de l'Autorité de contrôle d'être renseignée est également valable à l'égard de l'organe de révision des entreprises et personnes sous enquête. Cette précision s'impose parce que l'Autorité de contrôle ne peut pas s'appuyer sur la loi fédérale sur la procédure administrative pour auditionner ces personnes en qualité de témoins. Or dans les cas où il lui est impossible d'entrer en contact avec l'intermédiaire financier, l'organe de révision représente souvent l'unique moyen pour se procurer les informations pertinentes. Tel est le cas, par

exemple, lorsque plus aucun organe pouvant fournir des renseignements n'est déclaré en Suisse.

2.7.11 Mesures (art. 20, al. 2, AP-LBA)

L'art. 20, al. 2, AP-LBA donne à l'Autorité de contrôle le pouvoir de dissoudre ou de radier la société lorsque l'autorisation ne lui est pas accordée ou ne peut lui être accordée rétroactivement. Jusqu'ici, le seul motif de liquidation de la société prévu par la loi sur le blanchiment d'argent était le retrait de l'autorisation. Or si l'autorisation n'est pas délivrée, l'activité de l'intermédiaire financier demeure ou devient illégale; l'entreprise doit donc être dissoute. En pratique, l'interprétation du texte actuel va déjà dans ce sens, avec l'appui de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 129 II 438, consid. 4). Il s'agit donc ici de clarifier la situation sur le plan législatif.

En outre, la notion d'«entreprise individuelle» est remplacée par celle de «raison individuelle». Cette nouvelle terminologie n'est pas contestée et sera donc également utilisée dans le cadre de la LBA.

2.7.12 Changement formel (art. 24, al. 2, AP-LBA)

Le statut juridique de «La Poste Suisse» et des CFF de même que les lois citées ayant changé, la formulation de l'art. 24, al. 2, AP-LBA doit être adaptée, mais ces changements sont de nature purement formelle. Les citations dans les dispositions légales en vigueur doivent être adaptées en conséquence.

2.7.13 Obligation d'informer et de dénoncer (art. 27 AP-LBA)

Les bases légales de l'échange d'informations entre les OAR d'une part et l'Autorité de contrôle et les autorités de surveillance instituées par une loi spéciale d'autre part doivent être adaptées aux besoins pratiques. L'échange d'informations entre les OAR et l'Autorité de contrôle a pour but de raccourcir le cheminement administratif, de gagner du temps et en fin de compte d'accroître l'efficacité de la surveillance. En pratique, le flux d'informations entre les OAR et l'Autorité de contrôle est toutefois insuffisant. Selon la loi, un OAR n'a par exemple pas le droit de signaler à l'Autorité de contrôle les membres qui n'offrent plus les garanties d'une activité irréprochable. L'obligation d'informer l'Autorité de contrôle ne s'applique qu'une fois la décision d'exclusion entrée en force (art. 27, al. 1, LBA). Or un intermédiaire financier dans cette situation peut démissionner d'un OAR et s'affilier sans problème auprès d'un autre. Il faut alors des mois, éventuellement des années jusqu'à ce qu'il ait à rendre des comptes sur ses obligations de diligence ou que des mesures soient prises pour rétablir l'ordre légal. Pour éviter les cas de ce genre, les OAR doivent être autorisés à informer l'Autorité de contrôle, qui peut ensuite prendre les mesures qu'elle juge opportunes. Par ailleurs, si elle veut assurer une coordination

dans sa sphère de compétences, l'Autorité de contrôle doit pouvoir compter sur un tel flux d'informations.

Inversement, l'Autorité de contrôle et les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales peuvent transmettre aux OAR tous les renseignements et les documents dont ceux-ci ont besoin pour accomplir leur tâche (art. 27, al. 1, AP-LBA). Comme c'est déjà le cas actuellement, l'échange d'informations entre les OAR est prohibé. Les renseignements doivent impérativement transiter par l'Autorité de contrôle qui les centralise.

L'échange d'informations est limité au minimum requis pour exercer la surveillance des intermédiaires financiers. Si les informations relèvent d'une autre autorité de surveillance, l'OAR doit pouvoir s'adresser à elle directement. L'avant-projet LBA cherche ainsi à éviter des charges administratives inutiles. Inversement, les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales qui souhaiteraient des informations concernant le membre d'un OAR peuvent s'adresser à l'Autorité de contrôle qui fait alors office d'organe de liaison (art. 29, al. 1, LBA).

Pour remplir ses tâches de surveillance du marché, l'Autorité de contrôle doit disposer de toutes les informations énumérées à l'art. 27, al. 2, let. a à e, AP-LBA.

Selon la loi actuelle, les OAR doivent uniquement signaler à l'Autorité de contrôle les intermédiaires financiers auxquels ils ont refusé l'affiliation ou qu'ils ont exclus. Pour prévenir la naissance de situations illégales, il faut que l'Autorité de contrôle soit aussi informée immédiatement des résiliations devenues effectives. En effet, comme un intermédiaire financier dispose de deux mois à compter de l'entrée en force de la résiliation pour s'affilier à un nouvel OAR ou pour s'annoncer à l'Autorité de contrôle (art. 28, al. 2), il est important que cette dernière entre le plus vite possible en possession des informations citées à l'art. 27, al. 2, let. a à c, de l'avant-projet. En l'espèce, la transmission trimestrielle de ces informations lors de la mise à jour du registre est insuffisante et c'est pourquoi l'art. 27, al. 2, AP-LBA oblige les OAR à signaler ces informations sans délai à l'Autorité de contrôle. L'exclusion d'un membre est la sanction la plus sévère qu'un OAR puisse prononcer et lorsqu'il est amené à le faire, c'est la plupart du temps suite à des violations des obligations de diligence, ce qui peut constituer un véritable obstacle à l'affiliation auprès d'un autre OAR ou à l'obtention d'une autorisation de la part de l'Autorité de contrôle. Pour que la surveillance du marché soit effective, il faut donc que l'OAR signale à l'Autorité de contrôle les motifs de chacune de ses décisions d'expulsion et qu'il le fasse sans délai, autrement dit à l'entrée en force de la décision (art. 27, al. 3, AP-LBA) – à moins que lesdites décisions puissent être notifiées sans indication des motifs, comme le prévoit le règlement de quelques OAR. Grâce au système d'annonce instauré par l'art. 27, al. 2, let. a à c, et al. 3, AP-LBA, l'Autorité de contrôle peut bannir définitivement du marché financier les intermédiaires concernés ou s'assurer qu'ils ont mis en œuvre les mesures nécessaires avant de les réintégrer par le biais d'une affiliation à un OAR ou d'une autorisation directe.

Il est également important que les OAR signalent sans délai l'ouverture de procédures de sanction susceptibles d'aboutir à l'exclusion du membre ainsi que les décisions de sanction entrées en force qui concernent des violations des art. 3 à 10 LBA. De la sorte, l'Autorité de contrôle dispose constamment d'une vue d'ensemble des décisions et procédures majeures des OAR, ce qui lui permet aussi de savoir si les intermédiaires financiers se conforment à la loi.

Les OAR sont également tenus de remettre chaque année un rapport d'activité à l'Autorité de contrôle (art. 27, al. 4, AP-LBA). Le rapport annuel de l'OAR est un instrument de surveillance très important que l'Autorité de contrôle utilise en complément aux révisions annuelles. Il présente les thèmes auxquels l'OAR s'est intéressé au cours de l'exercice, les domaines où des améliorations sont nécessaires et enfin ceux où l'OAR a besoin de soutien. Il permet aussi à l'Autorité de contrôle de vérifier l'observation des règles d'autorégulation. Quant aux listes des décisions de sanction que les OAR doivent communiquer annuellement, l'Autorité de contrôle les utilise pour s'assurer que les règlements sont respectés, pour contrecarrer une évolution négative de l'application du droit de la surveillance et pour établir des statistiques. La liste des décisions de sanction énumérées à l'art. 27, al. 4, AP-LBA, comprend toutes les décisions et non pas seulement celles qui découlent d'une violation et doivent, en vertu de l'art. 27, al. 2, let. e, AP-LBA être communiquées sans délai à l'Autorité de contrôle.

2.7.14 Mesures contre les organismes d'autorégulation (art. 28 AP-LBA)

L'Autorité de contrôle doit avoir la possibilité de prendre les mêmes mesures à l'encontre des OAR que des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis. Formellement, la version actuelle de la loi sur le blanchiment d'argent ne connaît que le retrait et la menace de retrait de la reconnaissance. Dans son interprétation de la loi, l'Autorité de contrôle conçoit toutefois que des mesures moins drastiques soient aussi possibles, notamment en application du principe de proportionnalité qui doit gouverner l'action de l'Etat. La menace de retrait de la reconnaissance est disproportionnée dans les cas d'infraction mineure et la mesure n'atteint pas le but visé. Le complément ajouté dans l'avant-projet LBA clarifie donc la situation.

2.7.15 Echange d'informations entre les autorités (art. 29, note marginale, AP-LBA)

Dans l'avant-projet LBA, l'art. 29 est accompagné d'une nouvelle note marginale «Echange d'informations entre les autorités». Ce supplément est nécessaire en raison de l'ajout de deux nouveaux articles dans le chapitre 4 «Entraide administrative» (art. 29a AP-LBA et art. 29b AP-LBA; cf. ch. 2.7.16 et 2.7.17).

2.7.16 Autorités pénales (art. 29a AP-LBA)

Selon le «projet d'efficacité», les autorités de poursuite pénale de la Confédération (Ministère public et Office des juges d'instruction fédéraux) ont également une obligation de communiquer, et c'est la raison pour laquelle l'adjectif «cantonales», qui figure dans l'actuel art. 29, al. 2 et 5, est absent du nouvel art. 29a, al. 1, AP-LBA.

Les autorités pénales au sens de la LBA sont toutes celles qui sont engagées ou spécialisées dans la lutte contre le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), contre la criminalité organisée (art. 260^{ter} CP) et contre le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP). En font partie les autorités de poursuite pénale cantonales et

fédérales, ainsi que les diverses instances des tribunaux appelés à juger. Cela a, entre autres, pour conséquence que leurs jugements ou ordonnances de non-lieu doivent être communiqués au Bureau de communication, accompagnés de leur motivation. Tous ces jugements ou décisions de non-lieu procurent au Bureau de communication un état des lieux des développements afférents au blanchiment d'argent, à la criminalité organisée et au financement du terrorisme, ainsi que de la manière de procéder des organisations criminelles. Ce savoir est répercuté dans la formation dispensée aux intermédiaires financiers, soit directement par le Bureau de communication, soit par le truchement des autorités de surveillance instituées par des lois spéciales ou de l'Autorité de contrôle. D'où la nécessité que les jugements ou ordonnances de non-lieu parviennent au Bureau de communication avec leur motivation.

Le libellé de la loi n'inclut cependant pas les autorités de poursuite pénale, telles que l'inspection fiscale par exemple, qui ne sont pas en raison de leur domaine d'activité chargées de ou spécialisées dans la lutte anti-blanchiment, le crime organisé ou le financement du terrorisme.

L'art. 29a, al. 2, AP-LBA consacre le devoir incombant aux autorités de poursuite pénales d'annoncer au Bureau de communication les décisions prises par rapport aux dénonciations qu'il leur a adressées. De cette manière, le Bureau de communication est informé du cours de la procédure. Cette disposition contient désormais le principe de l'échange d'informations entre autorités. Cette disposition est précisée en ceci que le Ministère public de la Confédération, l'Office des juges d'instruction fédéraux et les autorités cantonales de poursuite pénale sont tenus d'informer systématiquement et spontanément le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent sur l'évolution des procédures ouvertes suite à une communication. Cette mesure va dans le sens de la Recommandation 32 du GAFI, qui suggère la mise en place d'un système d'autocontrôle fondé sur des relevés statistiques. Le Bureau de communication a besoin de ces informations pour effectuer son propre travail et pour établir des statistiques. Pour simplifier les démarches administratives, il est donc préférable que la transmission des informations au Bureau de communication ait un caractère systématique au lieu de se faire sur demande.

L'art. 29a, al. 3, AP-LBA introduit, au profit des autorités de surveillance instituées par des lois spéciales ainsi que de l'Autorité de contrôle, le droit d'être renseigné par les autorités pénales. Dans l'intérêt de la poursuite pénale, ces dernières demeurent libres quant à l'étendue et au moment de leur communication. Mais il importe aussi de prendre dûment en compte les intérêts des autorités de surveillance instituées par des lois spéciales et ceux de l'Autorité de contrôle en ce qui concerne la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Il est important pour les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales et pour l'Autorité de contrôle de savoir si une enquête pénale ou une procédure sont en cours contre une entreprise soumise à leur surveillance. En effet, les documents correspondants renferment parfois des éléments de preuve qui renseignent sur des activités antérieures ou des opérations réalisées auparavant. Cela peut avoir des conséquences par rapport aux garanties, exigées par le législateur, de respect des obligations découlant de la LBA. Concrètement, la consultation des dossiers des autorités pénales donne à l'autorité de surveillance concernée les informations requises pour refuser des autorisations, ordonner les mesures qui s'imposent et retirer des autorisations. De cette manière, et même souvent uniquement par ce

biais, les autorités de surveillance peuvent s'acquitter de leur mission préventive et adopter activement des mesures de droit de la surveillance visant à préserver la réputation et l'intégrité de la place financière, ainsi qu'à protéger les créanciers et le bon fonctionnement du marché.

Or faute de base légale, les autorités pénales cantonales et le Ministère public de la Confédération n'étaient pas en mesure jusqu'ici de soutenir le travail des autorités de surveillance en leur fournissant des informations et des documents tirés de leurs procédures pénales respectives. La collaboration efficace qui s'impose n'était donc pas garantie sur le plan juridique. L'absence d'une base légale dans ce sens s'est avérée être une lacune de la LBA. L'échange d'informations est d'ailleurs indispensable à la coordination des procédures pénales et de surveillance, procédures qui risquent sinon de faire double emploi ou même de s'entraver mutuellement.

Les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales ou l'Autorité de contrôle sont en outre tenues de coordonner avec les autorités de poursuite pénale compétentes leurs interventions éventuelles auprès d'un intermédiaire financier. Ainsi, elles s'entretiendront avec les autorités de poursuite pénale compétentes avant une transmission éventuelle des renseignements et des documents reçus (art. 29, al. 4, AP-LBA). Cette disposition vise à garantir que les interventions des autorités de surveillance instituées par des lois spéciales ou de l'Autorité de contrôle n'entravent pas une procédure en cours à l'encontre d'un intermédiaire financier. Il serait souhaitable que dès la réception de renseignements ou documents, lesdites autorités conviennent avec l'autorité de poursuite pénale compétente de l'étendue et du mode d'utilisation de ces renseignements ou documents, ainsi que de leur mise à disposition de participants à la procédure ou de tiers. Si le besoin s'en fait sentir par la suite, elles s'entretiendront au préalable avec les autorités de poursuite pénale. De telles ententes et prises de contact sont importantes notamment, mais pas exclusivement, dans les cas présentant un risque de collusion.

Pour ne pas mettre en péril la procédure pénale, l'art. 29a, al. 3 in fine, AP-LBA, stipule que l'échange d'informations ne doit pas entraver une procédure pénale en cours.

2.7.17 Informations transmises par le Bureau de communication (art. 29b AP-LBA)

Il convient d'instituer et de définir précisément l'échange d'informations systématique entre le Bureau de communication et les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales ainsi qu'entre le Bureau de communication et l'Autorité de contrôle. Le contenu des données devant être transmises systématiquement et spontanément doit aussi être défini dans la loi.

La Recommandation 31 du GAFI prévoit l'échange d'informations entre les autorités concernées. L'échange prévu par l'art. 29b AP-LBA est limité aux communications concernant des soupçons de violations que le Bureau de communication a transmises aux autorités de poursuite pénale. Les communications classées par le Bureau de communication, autrement dit celles qui ne sont pas transmises aux autorités de poursuite pénale, ne sont pas visées. Les communications transmises comportent souvent des informations pertinentes pour les autorités de surveillance, car si une autre autorité (p. ex. une autorité de poursuite pénale) enquête sur un

intermédiaire financier, cela constitue aussi un indice qui peut motiver une intervention au niveau de la surveillance. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet institue ce type d'échange d'informations systématique.

La loi fédérale sur la protection des données, qui régit le traitement et la transmission des données personnelles, exige une base légale au sens formel pour le type d'échange de données prévu par l'avant-projet LBA. La disposition en question doit notamment déterminer quelles données peuvent être échangées. Afin de ne pas affaiblir la position de confiance du Bureau de communication, seules les données strictement nécessaires – c'est-à-dire celles dont une autorité de surveillance a besoin pour remplir ses obligations légales – seront échangées. Si l'autorité de surveillance instituée par une loi spéciale ou l'Autorité de contrôle ont besoin d'informations plus précises que celles qui sont citées explicitement à l'art. 29b. al. 2, AP-LBA, elle peuvent demander l'entraide administrative pour les obtenir.

L'autorité de surveillance ne doit pas entraver les enquêtes des autorités de poursuite pénale, mais il faut pour cela qu'elle ait connaissance des enquêtes en cours. Elle ne peut adopter un comportement adéquat que si elle dispose d'informations pertinentes. Sinon, elle risque d'informer involontairement des intermédiaires financiers éventuellement passibles d'une sanction pénale (risque de collusion). Selon l'al. 2, let. d, le Bureau de communication indique donc aux autorités de surveillance instituées par des lois spéciales et à l'Autorité de contrôle à quelles autorités de poursuite pénale il a fait part d'une annonce de soupçon. C'est la raison pour laquelle l'al. 4 oblige en plus les autorités de surveillance à coordonner leurs interventions avec les autorités de poursuite pénale compétentes.

2.7.18 Entraide administrative de l'Autorité de contrôle (art. 31, al. 2, let. c. AP-LBA)

La disposition sur l'entraide administrative de l'Autorité de contrôle reste matériellement inchangée. L'art. 31, al. 2, let. c, LBA, est simplement adapté à une modification organisationnelle. En effet, l'accord à octroyer relève non plus de l'Office fédéral de la police, mais de l'Office fédéral de la justice.

2.7.19 Fichiers en rapport avec l'obligation de communiquer (art. 34, al. 1 et 4, AP-LBA)

Les dispositions du chapitre 5 de la loi sur le blanchiment d'argent consacré au traitement des données personnelles (art. 33 ss) s'appliquent à toutes les personnes soumises à la loi. L'art. 34, al. 1, AP-LBA précise donc que ce ne sont pas seulement les intermédiaires financiers qui sont concernés par la gestion des données se rapportant aux communications mais également les personnes au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA.

L'obligation de conserver les données se rapportant aux communications au Bureau de communication est prolongée à dix ans. De la sorte, la durée de conservation sera la même pour l'obligation générale qui incombe aux intermédiaires financiers aux

termes de l'art. 7, al. 3, LBA et pour les documents se rapportant aux communications.

Le Bureau de communication enregistre les données qui lui sont transmises dans son système informatique GEWA. Selon l'art. 28 de l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA)³⁵, les données de GEWA sont conservées pendant dix ans au plus à compter de leur enregistrement par le bureau. En effet, s'il n'existe aucune raison objective, il est inutile de maintenir des durées de conservation différentes. En outre, il peut arriver que le Bureau de communication ait besoin de certains documents concernant un intermédiaire financier après la période de cinq ans prévue actuellement.

2.7.20 Accès en ligne au système de traitement des données GEWA (art. 34, al. 2 à 4, AP-LBA)

Le Bureau de communication se sert du système de traitement des données GEWA pour l'accomplissement de ses tâches légales. En vertu de l'actuel art. 35, al. 2, LBA, le Bureau de communication, les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales, l'Autorité de contrôle et les autorités de poursuite pénale peuvent échanger des informations au moyen d'une procédure d'appel informatique (en ligne). A ce jour, seul le personnel du Bureau de communication possédait un accès en ligne à GEWA. Comme les données personnelles traitées dans ce système sont particulièrement dignes de protection, elles ne sont accessibles par une procédure d'appel informatique en ligne que si une loi formelle le prévoit expressément (art. 19, al. 3, loi fédérale sur la protection des données, LPD³⁶). Au niveau réglementaire, la toute récente révision de l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA) régit les droits d'accès à GEWA par procédure d'appel informatique en ligne. Cette modification a été effectuée en perspective des changements que le présent projet apportera à la LBA. En effet les nouveaux al. 2, 3 et 4 de l'art. 35 AP-LBA créent la base légale nécessaire. L'ancien al. 2 (droit en vigueur) est abrogé par les deux nouveaux al. 2 et 4, qui précisent tous deux les modalités d'accès, comme le requiert la protection des données.

L'art. 35, al. 2, let. a, AP-LBA octroie désormais l'accès à GEWA aux autorités de police et de poursuite pénale de la Confédération et des cantons qui sont engagées ou spécialisées dans la lutte contre le blanchiment d'argent, la criminalité organisée et le financement du terrorisme. Il se fonde sur le principe de spécialité, qui ne prévoit d'accès à GEWA que pour un secteur bien précis des autorités de police et de poursuite pénale. L'art. 35, al. 2, let. b, AP-LBA confère un tel accès au Service d'analyse et de prévention de l'Office fédéral de la police pour s'acquitter de sa tâche légale dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, le crime organisé et le financement du terrorisme. Le Conseil fédéral a déjà réglé l'étendue concrète du droit d'accès octroyé aux autorités et organes susmentionnés à l'art. 35, al. 2, let. a, OBCBA et dans l'annexe 2 de cette ordonnance.

L'art. 35, al. 3, AP-LBA a été introduit pour garantir qu'au cas où la consultation déboucherait sur un résultat positif, la transparence règne sur qui a traité quelles données. Selon le droit en vigueur, le Bureau de communication peut donner aux autorités de poursuite pénale des renseignements tirés de GEWA suite à une de-

³⁵ RS 955.23

³⁶ RS 235.1

mande concrète (art. 35, LBA, en relation avec l'art. 12 OBCBA). De telles demandes d'information sont enregistrées selon l'art. 15 OBCBA dans GEWA, dans un but de transparence mais aussi pour optimiser la collaboration entre le Bureau de communication et les autorités de poursuite pénale. Dans les cas notamment où des avis de suspicion avaient été classés au niveau du Bureau de communication, de nouvelles connaissances peuvent être acquises du service consultant et les annonces être transmises après coup ou donner lieu à des poursuites pénales.

L'art. 35, al. 4, AP-LBA règle le droit d'accès en ligne pour les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales et pour l'Autorité de contrôle. Le catalogue d'accès défini pour les autorités de surveillance est limité aux données dont l'autorité de surveillance concernée a besoin pour l'exercice de son activité. Il s'agit de données marginales de GEWA, dont l'art. 35, al. 4, let. a à d, AP-LBA fixe la liste positive. Pour des raisons liées à la protection des données, des dispositions différentes régissent le droit d'accès des autorités et organes au sens de l'art. 35, al. 2, let. a et b, AP-LBA, d'une part, et celui des autorités de surveillance instituées par des lois spéciales et de l'Autorité de contrôle au sens de l'al. 4 de la même disposition, d'autre part. En effet, GEWA a été conçu comme base de données de soupçons aux fins de la lutte spécialisée contre le blanchiment d'argent, la criminalité organisée et le financement du terrorisme. Le but de la base de données GEWA se situe donc au niveau du droit pénal et de la procédure pénale, et ne vise pas en premier lieu l'accomplissement des tâches liées à la surveillance. Par conséquent, seules des données marginales de GEWA peuvent être communiquées aux autorités de surveillance instituées par des lois spéciales et à l'Autorité de contrôle.

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

Selon la Recommandation 26 du GAFI, le Bureau de communication devrait avoir accès directement ou indirectement aux informations dont il a besoin pour exercer correctement ses fonctions. L'art. 35a AP-LBA garantit ainsi au Bureau de communication l'accès aux banques de données de la Confédération par le biais d'une disposition formelle du degré législatif.

Pour accomplir ses tâches, le Bureau de communication doit impérativement pouvoir accéder aux banques de données de la Confédération, ce que personne ne conteste. Actuellement, dans le cadre de son mandat légal, le Bureau de communication a accès aux banques de données RIPOL, AUSLÄNDER, PAGIRUS, IPAS, JANUS, VOSTRA et ISIS. La base légale autorisant ces accès se trouve dans l'art. 5 de l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA; RS 955.23). Dans son rapport annuel publié en vertu de l'art. 21 OBCBA, le Bureau de communication a relevé qu'une base légale au niveau d'une ordonnance était insuffisante pour garantir son droit d'accès aux banques de données et que ce point devait être traité dans une loi formelle, autrement dit dans la loi sur le blanchiment d'argent. Cette question est donc résolue grâce au nouvel art. 35a AP-LBA.

Par ailleurs, l'art. 35a, let. f, AP-LBA permet désormais au Bureau de communication d'accéder à la banque de données ISIS (Système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat). Cet accès est très important dans le cadre de

l'exécution du mandat légal d'analyse du Bureau de communication, notamment au plan de la détection du financement du terrorisme.

Les personnes visées par l'art. 35a, al. 1, AP-LBA sont des personnes morales et des personnes physiques. Les informations supplémentaires qui peuvent être transmises au Bureau de communication sont définies dans les dispositions régissant les banques de données elles-mêmes et ne doivent donc pas l'être dans la loi sur le blanchiment d'argent. C'est en substance ce que rappelle l'art. 35a, al. 2, AP-LBA.

2.7.22 Violation des obligations de diligence et de communication dans les activités commerciales (art. 36a AP-LBA)

Les par le nouveau régime de lutte contre le blanchiment d'argent dans l

Le régime des activités commerciales est conçu de telle sorte que les sanctions pénales sont le seul mécanisme de contrôle prévu. Ainsi, les personnes et entreprises soumises à ce régime qui ne respectent pas ou qui enfreignent les obligations de diligence ou l'obligation de communiquer peuvent être frappées d'une amende de 100 000 francs au plus. Par contre, la violation des obligations de diligence par les intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 2 et 3 LBA n'est toujours pas sanctionnée pénalement. Ce traitement différencié se justifie dans la mesure où les intermédiaires financiers sont soumis à une surveillance préventive très étendue exercée par leur autorité de surveillance instituée par une loi spéciale, par l'Autorité de contrôle ou par un OAR, lesquels veillent au maintien de l'ordre légal par le biais de mesures de précaution et de correction. Les personnes soumises à la LBA en vertu de l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA ne font pour leur part l'objet d'aucune surveillance préventive. Si l'on veut s'assurer qu'elles remplissent les obligations que leur impose la loi sans les soumettre à une surveillance étendue, et donc coûteuse, il n'y a d'autre solution que de punir le non-respect de ces obligations par des sanctions pénales. Pour permettre une application mesurée du droit pénal, la présente disposition prévoit cependant que seules les violations commises intentionnellement sont punies.

2.8 Transparence des sociétés émettant des actions au porteur et conversion des actions

La Recommandation 33 du GAFI vise à empêcher l'utilisation illicite des personnes morales par les blanchisseurs de capitaux et les terroristes. A cette fin, il est recommandé d'assurer une transparence adéquate des personnes morales, en particulier des sociétés émettrices d'actions au porteur. Au niveau des autorités de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, le but de la transparence est triple; d'une part, les autorités compétentes doivent pouvoir obtenir ou avoir accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle de la société; d'autre part, les informations doivent être adéquates, précises et disponibles en temps voulu; enfin, les autorités compétentes doivent être en mesure d'échanger des informations avec d'autres autorités compétentes, nationales ou internationales. Une transparence adéquate est en outre justifiée au niveau des institutions financières également; les informations sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des

personnes morales leur sont en effet nécessaires pour leur permettre d'exercer leurs devoirs de diligence (tels que définis dans la Recommandation 5).

Une importante délimitation peut être déduite de la Recommandation 33 et des débats menés au sein du GAFI: La notion de *bénéficiaire effectif* («beneficial owner» ou ayant droit économique), telle que définie dans le Glossaire, signifie la ou les personne(s) physique(s) qui *in fine* possèdent ou contrôlent le client et/ou la personne pour laquelle une transaction est effectuée. Ceci comprend également les personnes qui exercent en dernier ressort un contrôle effectif sur une personne morale ou une autre construction juridique. En d'autres termes, les autorités doivent pouvoir avoir accès aux informations relatives non pas à tous les détenteurs d'actions au porteur, mais uniquement à ceux *qui détiennent le contrôle de la société*. Car c'est bien l'usage abusif de la société que l'on vise à éviter, et non pas celui d'actions au porteur.

2.8.1 Obligation de déclarer incombant aux titulaires d'actions au porteur qui contrôlent la société (art. 702a, al. 1 et 2, AP-CO)

L'avant-projet concrétise la Recommandation 33 du GAFI par le biais d'une nouvelle disposition instituant une obligation de déclarer les participations qualifiées (par analogie à l'art. 20 LBVM). L'obligation incombe au titulaire d'actions au porteur, qui doit faire connaître sa quote-part de participation à la société. Il ne s'agit pas d'une obligation universelle puisqu'elle est subordonnée à la participation à l'assemblée générale, autrement dit à une volonté de jouer un rôle actif dans la société. L'actionnaire doit donc être rendu attentif à cette obligation dans la convocation à l'assemblée générale et déterminer ensuite s'il est ou non soumis à l'obligation de déclarer au sens de l'art. 702a AP-CO. Bien entendu, le conseil d'administration ne doit rappeler l'obligation de déclarer aux actionnaires que si cela a un sens.

Cette obligation faite aux actionnaires qui prennent part à l'assemblée générale, génère une charge de travail raisonnable pour la société. Il en irait autrement s'il incombait à cette dernière d'identifier les actionnaires dominants (agissant éventuellement sans apparaître) dans la masse des actionnaires présents à l'assemblée. Elle ne pourrait d'ailleurs que difficilement mener cette tâche à bien. De plus, suivant la taille de l'actionnariat, elle devrait recueillir un impressionnant volume de données uniquement dans ce but. C'est pour ces raisons que l'obligation de déclarer n'incombe pas aux sociétés mais aux actionnaires.

Les actionnaires qui ne participent pas à l'assemblée générale n'exercent pas leurs droits de vote, ne contrôlent pas la société et ne sont donc pas soumis à l'obligation de déclarer. Lorsque l'actionnariat est très fragmenté, il n'y a pas de participation qualifiée: la société est contrôlée de fait par le conseil d'administration et l'identité des administrateurs figure dans le registre du commerce.

Toutes les sociétés émettrices d'actions au porteur sont soumises à l'obligation de déclarer, même celles qui sont cotées en bourse. Pour ces dernières, ou plutôt pour leurs actionnaires, l'obligation de déclarer prévue à l'art. 702a AP-CO n'implique pas véritablement un travail supplémentaire dans la mesure où le droit boursier

contraint déjà les actionnaires et groupes d'actionnaires dont la participation atteint 5 % des droits de vote à en informer la société et la bourse (art. 20, al. 1, LBVM). Sur le fond, les deux obligations de déclarer se recouvrent. La seule différence réside dans la publicité des informations: les données qui concernent une société privée ne sont pas publiées tandis que celles concernant une société cotée en bourse sont publiées dans l'annexe au bilan, qui est accessible au public (art. 663c en relation avec l'art. 697h, al. 1, CO).

Au sens de l'art. 702a, al. 1, AP-CO, tout titulaire d'actions au porteur qui contrôle seul ou en concertation avec d'autres actionnaires au moins 10 % de tous les droits de vote est lié par l'obligation de déclarer. Selon le ch. 2 de cette disposition, cette obligation s'applique aussi lorsque la société a émis des actions au porteur et des actions nominatives (cf. art. 622, al. 2, CO), notamment lorsque le seuil de contrôle défini par la loi est atteint en tenant compte des actions des deux catégories.

Le chiffre de 10 % des droits de vote correspond au seuil de protection des intérêts minoritaires communément appliqué dans le droit suisse de la société anonyme (cf. art. 663e, al. 3, ch. 3, art. 697b, al. 1, art. 699, al. 3, et art. 736, ch. 4, CO). Il correspond aussi à la valeur articulée par la Commission européenne à l'art. 3 (8) (a) de sa proposition de Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, y compris le financement du terrorisme. La quote-part de 10 % est calculée sur la totalité des droits de vote. Ce système est le seul qui permette à l'actionnaire de déterminer lui-même s'il est soumis à l'obligation de déclarer ou non, car si les droits de vote ne pouvant être exercés devaient être exclus du calcul, l'actionnaire ne siégeant pas au conseil d'administration ne disposerait pas du chiffre de référence nécessaire.

2.8.2 Obligation de justifier son identité (art. 702a, al. 2, AP-CO)

L'obligation de justifier son identité prévue à l'art. 702a, al. 2, AP-CO doit permettre à la société de procéder à un contrôle croisé des données fournies. Les personnes visées par cette disposition sont l'actionnaire lui-même (art. 702a, al. 1, ch. 1, AP-CO) ou son représentant (art. 702a, al. 1, ch. 4, AP-CO).

Si l'actionnaire au porteur visé est une personne morale, cette dernière doit indiquer sa raison sociale et l'adresse de son siège (art. 702a, al. 1, ch. 1, AP-CO).

Enfin, le contrôle d'au moins 10 % des droits de vote en concertation avec des tiers requiert une certaine organisation, par exemple un contrat d'actionnaires.

2.8.3 Obligation de conserver les données (art. 702a, al. 3, AP-CO)

L'art. 702a, al. 3, AP-CO exige la conservation des données déclarées pendant dix ans, ce qui correspond à la durée usuelle dans ce domaine. La conservation des données sert, d'une part, à pouvoir déterminer qui a élu le conseil d'administration (dont la durée de fonction peut aller de trois à six ans, cf. art. 710, al. 1, CO) et, d'autre part, à garantir la disponibilité des informations concernant les titulaires

d'actions au porteur contrôlant la société, notamment pour les autorités de poursuite pénale.

Le conseil d'administration est pénalement responsable s'il enfreint son obligation de conservation, même s'il a délégué cette tâche à des administrateurs, à des membres de la direction ou à des tiers.

Les données conservées aux termes de l'art. 702, al. 3, AP-LBA doivent être produites selon les normes du droit de procédure pénale ou civile.

2.8.4 Violation de l'obligation de communiquer et de conserver les documents (art. 327, AP-CP)

Le respect de l'obligation de déclarer les participations qualifiées et de conserver les données correspondantes (art. 702a AP-CO) passe par une action efficace contre les infractions.

A cet effet, l'avant-projet propose sous le titre «Contraventions à des dispositions du droit fédéral» la création d'une nouvelle norme pénale (art. 327 AP-CP) stipulant que la violation de l'obligation de communiquer et de conserver les documents désormais prévue dans le code des obligations est passible des arrêts ou de l'amende.

Le régime de sanctions de droit pénal a l'avantage de ne viser que l'actionnaire, respectivement le conseil d'administration ou ses membres ayant commis une faute. A l'inverse, des sanctions de droit civil risqueraient de nuire aux autres actionnaires ayant un comportement irréprochable ainsi qu'à la société elle-même.

Par conséquent, les infractions à l'obligation de communiquer (art. 702a, al. 1, AP-CO) n'entraînent pas de sanctions de droit civil. En particulier, la participation à l'assemblée générale sans annonce préalable n'est pas assimilée à une participation non autorisée, et les décisions prises par l'assemblée générale ne sont pas attaquables en pareil cas (voir l'art. 691, al. 3, CO).

Une violation de l'obligation de conserver les documents (art. 702a, al. 3, AP-CO) ne doit être punissable que si elle complique ou empêche l'identification des actionnaires qui dominent la société. Cela ne peut guère être le cas lorsqu'une société anonyme ne comprend qu'un seul actionnaire par exemple.

2.8.5 Transformation d'actions au porteur en actions nominatives (art. 704a AP-CO)

Le projet propose de simplifier les règles de transformation des actions au porteur en actions nominatives. Cette démarche ne répond pas à une recommandation expresse du GAFI mais vise à encourager ce type d'opération. Les deux dispositions actuelles du code des obligations concernant la conversion (art. 622, al. 3, et art. 627, ch. 7, CO) ne permettent de convertir des actions au porteur en actions nominatives et inversement, que si cette opération est prévue dans les statuts de la société. Selon le droit en vigueur, la transformation d'actions au porteur en actions nominatives ne peut donc être décidée que lorsque les statuts fondateurs le prévoient explicitement ou lorsqu'un intérêt supérieur justifie une modification ultérieure des statuts en ce sens. L'esprit de ces règles n'est plus en phase avec la pratique actuelle et par conséquent, les dispositions citées sont aujourd'hui obsolètes. De plus, elles compli-

quent inutilement le processus de conversion des actions, raison pour laquelle il convient de les abroger.

Souvent, les statuts eux-mêmes compliquent la conversion d'actions au porteur en actions nominatives en imposant des conditions plus restrictives que l'art. 703 CO, en exigeant un quorum ou une majorité qualifiée pour certaines décisions ou en excluant a priori la transformation des actions.

C'est pourquoi le projet (art. 704a AP-CO) invalide les dispositions statutaires qui seraient en porte-à-faux avec les majorités légales (p. ex. interdiction de la conversion des titres, quorum, majorité qualifiée). Le but de cette mesure est de simplifier la conversion des actions au porteur en action nominatives. La majorité qualifiée reste cependant de mise pour les décisions de restriction de la transmissibilité des actions nominatives (art. 704, al. 1, ch. 3, CO).

Certaines procédures de conversion des actions au porteur en actions nominatives peuvent poser des problèmes très concrets selon les cas. Des conversions ont pourtant déjà été réalisées sans que cela ne soulève des problèmes insurmontables. Des transactions comparables, comme les réductions de la valeur nominale, ne sont d'ailleurs pas moins problématiques. Définir une procédure de conversion dans la loi pourrait en outre restreindre la marge de manœuvre des sociétés. Par conséquent, le présent projet ne prévoit pas d'ancrer dans la loi les modalités d'une telle procédure.

2.9 Dispositions transitoires

Les dispositions transitoires de l'actuel art. 42 LBA se rapportent à la phase d'entrée en vigueur de la loi sur le blanchiment d'argent, qui avait commencé le 1^{er} avril 1998. Elles sont aujourd'hui obsolètes et peuvent donc être abrogées.

D'une manière générale, les modifications proposées par l'avant-projet sont applicables dès leur entrée en vigueur. Les intermédiaires financiers qui sont déjà soumis à la loi doivent donc appliquer les nouvelles règles dès cet instant. Il est inutile de différer l'entrée en vigueur de l'une ou l'autre des dispositions les concernant, dans la mesure où aucune d'entre elles ne nécessite une mise en place particulièrement longue. Des dispositions transitoires sont en revanche inévitables en rapport avec le nouveau régime institué à l'art. 2, al. 1, let. b, AP-LBA pour les activités commerciales. Un délai transitoire d'un an est ainsi accordé aux personnes et entreprises soumises aux nouvelles règles de lutte contre le blanchiment d'argent, pour leur permettre de prendre les dispositions nécessaires à la mise en œuvre de leurs obligations de diligence. Comme les obligations en question doivent être précisées dans la législation d'exécution, le délai d'un an ne peut courir qu'à partir de l'entrée en vigueur desdites dispositions d'exécution. En cas contraire, on risquerait de créer une obligation de soumission sans que les intéressés ne sachent comment faire pour la remplir.

Contrairement aux nouvelles activités assujetties, celles qui entraient déjà dans le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent de 1997, et qui sont désormais mentionnées explicitement pour plus de clarté, ne doivent pas faire l'objet d'un délai transitoire. Une seule exception est nécessaire, pour les intermédiaires financiers nouvellement soumis à la loi en vertu de l'art. 2, al. 3, let. j, AP-LBA. En effet, la modification proposée prévoit une obligation de soumission nouvelle pour

les avocats et les notaires qui acceptent et administrent des fonds dans le cadre d'une création de société. Ces personnes, qui ne sont pas soumises à la loi actuelle, disposeront d'une année avant d'être soumises aux obligations découlant de la LBA et pour s'affilier à un OAR.

3 Conséquences

3.1 Importance pour la Suisse

La Suisse s'est dotée d'un arsenal de règles efficace pour lutter contre le blanchiment d'argent. Les instruments mis en œuvre sont conformes aux normes internationales en vigueur et vont dans le sens des recommandations révisées du GAFI. Le dispositif suisse de défense contre les blanchisseurs est d'ailleurs reconnu dans le monde entier pour sa qualité et son bon fonctionnement. Les propositions avancées dans l'avant-projet ont pour but de combler les lacunes encore existantes.

Une part importante de la plus-value créée en Suisse provient du secteur des services financiers, dont la force réside en grande partie dans le bon fonctionnement du système et dans la réputation d'intégrité de la place financière helvétique. De ce fait, la Suisse doit suivre les développements internationaux dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Une législation efficace permet de prévenir les abus et l'utilisation criminelle du système. Elle protège ainsi la place financière suisse et, d'une manière générale, l'économie, contribue à sa bonne réputation et consolide les bases de son succès.

La criminalité se développe à l'échelle internationale et déplace ses activités du secteur financier vers d'autres secteurs de l'économie. La Suisse n'est pas épargnée par ce phénomène. Il est donc très important pour elle de se conformer aux nouvelles règles internationales proposées par le GAFI et de mettre en œuvre ses recommandations révisées. La mise en œuvre des nouveaux standards a été préparée en tenant compte des critères de compatibilité économique, en veillant notamment à contenir la charge administrative et à ne pas étendre excessivement le cadre réglementaire.

3.2 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

Le projet ne devrait avoir aucun effet sur les finances de la Confédération. L'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent dispose déjà des ressources humaines nécessaires à l'application de la législation suisse dans sa sphère de compétences. L'extension du champ d'application de la loi à de nouveaux types d'activités commerciales pouvant servir à blanchir des capitaux se traduit par la création d'un régime particulier. Ce dernier n'implique pas d'activités de surveillance et ne devrait donc pas nécessiter de ressources supplémentaires permanentes. Il se peut qu'un besoin additionnel se fasse sentir momentanément, durant la phase de mise en place du nouveau régime, notamment pour des activités d'information et de formation dans les branches concernées et pour élaborer les

dispositions d'exécution concernant la notion d'activité commerciale et les obligations de diligence dans le commerce. Un surcroît d'activité durant la phase initiale pourrait aussi découler de demandes d'éclaircissements plus nombreuses adressées à l'Autorité de contrôle par les branches concernées. Celle-ci devrait cependant être en mesure de couvrir ces besoins supplémentaires, mais passagers, avec les ressources actuelles.

Etant donné que l'art. 260^{quinquies}, al. 1, CP (financement du terrorisme) est explicitement mentionné à l'art. 9, al. 1, LBA comme motif devant donner lieu à une communication, la liste des motifs en question n'a pas été rallongée. En effet, en vertu de l'art. 9 LBA les intermédiaires financiers ont aujourd'hui déjà l'obligation d'informer le Bureau de communication lorsqu'ils ont de bonnes raisons de penser «qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition» sur des valeurs patrimoniales.

L'extension du champ d'application de la loi à des activités spécifique dans le domaine du commerce (introduction d'un régime spécifique pour les activités commerciales) risque cependant d'entraîner une augmentation du nombre de communications adressées au Bureau de communication. Ce dernier s'efforcera de couvrir les besoins supplémentaires avec ses ressources actuelles, mais ce n'est qu'après l'entrée en vigueur des modifications de la loi que l'on pourra évaluer définitivement les besoins en ressources humaines.

3.3 Conséquences dans le domaine de l'informatique

Le projet n'a aucune répercussion sur la stratégie informatique de la Confédération.

3.4 Conséquences économiques

Le présent projet et les différentes dispositions introduites dans diverses lois ne devraient pas entraîner d'effets mesurables sur l'économie nationale. En ce qui concerne le secteur financier en particulier, il ne génère pas de coûts ou de charges supplémentaires. Par contre, les acteurs touchés par le nouveau régime relatif aux activités commerciales ne feront pas l'économie d'une augmentation de la charge de travail lors de la mise en œuvre des obligations de diligence et cela malgré la volonté de contenir autant que possible la charge administrative et de ne pas alourdir le cadre réglementaire. Il n'en l'état pas possible d'estimer le volume de travail et les coûts induits par les mesures à prendre.

4 Rapport avec le programme de la législature

Le projet a été annoncé dans le Rapport du Conseil fédéral du 25 février 2004 sur le Programme de la législature 2003–2007 (FF 2004 1081, Annexe 1, ch. 1.2).

5.1**Constitutionnalité et conformité aux lois**

Les modifications et nouvelles dispositions proposées par le projet ne concernent que des lois fédérales, plus précisément le code pénal, la loi sur l'entraide pénale internationale, la loi sur le blanchiment d'argent et le code des obligations. Les propositions de modification peuvent se fonder sur les mêmes bases constitutionnelles que les dispositions à réviser.

5.2**Compatibilité avec le droit étranger**

En vue de la transposition des recommandations révisées du GAFI dans le droit suisse, l'Administration fédérale des finances a analysé la législation actuelle et en gestation dans divers pays. Lors de cette étude, elle a constaté que les recommandations révisées du GAFI avaient été en grande partie reprises dans la 2^e Directive de l'UE sur le blanchiment des capitaux ou qu'elles le seront dans la 3^e Directive actuellement en préparation. La reprise de ces dispositions dans le droit national des Etats membres – tout comme dans le droit suisse – n'est encore que dans sa phase préparatoire. Il conviendra donc d'observer l'évolution de ces projets législatifs dans les mois à venir. A noter que la 3^e Directive de l'UE sur le blanchiment de capitaux va, dans la même direction que le présent projet.

