

FORUM OAR-LBA

Congrès LBA 2005

En collaboration avec :

- **economiesuisse**
- **Association suisse des banquiers**
- **Forum Place Financière Suisse**

Berne, 7 juin 2005

L'autoréglementation « à la Suisse » : Ses atouts à la lumière de l'expérience du terrain

Didier de Montmollin¹

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

Lorsque la loi sur le blanchiment d'argent (« LBA »)² traite de la contribution du secteur privé à sa mise en œuvre, elle utilise le terme « **autorégulation** », « **Selbstregulierung** » et « **autodisciplina** ».

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

¹ L'auteur est avocat, associé de l'Etude Secretan Troyanov à Genève, chargé d'enquête de l'Association suisse des banquiers (Convention relative à l'obligation de diligence des banques), membre du bureau du comité de l'OAR de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires, ainsi que membre du comité du Forum OAR-LBA

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

² Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, du 10 octobre 1997 (RS 955.0) Cf. également, de manière générale, le site de l'Autorité de contrôle LBA www.gwg.admin.ch

Mais nous savons que cette liberté n'est pas de mise ici : les délégués de l'économie privée qui assument les fonctions d'organes dirigeants des organismes dits d' « autorégulation » sont tenus d'appliquer les normes de droit administratif prescrites par la LBA et leur marge de manœuvre dans le cadre de la mise sur pied de règlements et directives prenant en compte les spécificités de l'activité de leurs affiliés respectifs est, quoi qu'on en dise, relativement limitée.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Puis, il sera temps de conclure.

II. Le champ d'application personnel

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

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

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

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

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

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

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

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

Face à ce constat, la Suisse ne doit pas faire preuve d'arrogance, mais elle ne doit pas non plus être embarrassée, se sentir « en faute » dans ses relations extérieures, et tout particulièrement dans le cadre de sa participation aux travaux du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (« GAFI »)³.

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

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

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

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

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

Or, l'Avant-Projet de janvier 2005 rédigé par une commission d'experts, qui a fait l'objet d'une procédure de consultation jusqu'au 15 avril dernier⁴ (l'« Avant-Projet ») comporte précisément et malheureusement de nombreuses normes de ce type.

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

³ www.fatf-gafi.org. CF. notamment les 40 Recommandations révisées du 20 juin 2003 (avec modifications d'octobre 2004)

⁴ www.dff.admin.ch/ff/dok/medien/medienmitteilungen/2005/01/qafi.htm

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

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

Or si l'on admet que le critère décisif est et doit rester l'activité d'intermédiaire financier - c'est-à-dire le fait pour une personne à titre professionnel, de s'entremettre dans une activité de garde, de gestion ou de transfert de valeurs patrimoniales - le libellé actuel de l'article 2, al. 3, première phrase LBA permet d'ores et déjà l'application des normes de diligence prévues par la LBA dans l'ensemble des secteurs professionnels visés par la Recommandation précitée.

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

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

Je saisis cette occasion pour rappeler que le secret professionnel de l'avocat et du notaire est essentiel pour le bon fonctionnement de toute société démocratique. Il conviendra donc à l'avenir de maintenir intégralement la pratique actuelle selon laquelle les avocats et les notaires qui acceptent, gardent en dépôt ou transfèrent des valeurs patrimoniales dans l'exercice de leur activité traditionnelle couverte par le secret professionnel ne conduisent pas une activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA⁵. En revanche, dès le moment où l'avocat ou le notaire détient, gère ou déplace des valeurs patrimoniales d'un tiers, sans que ces dernières ne soient intrinsèquement liées à l'exercice de son activité professionnelle typique, il agit alors bien en qualité d'intermédiaire financier tel que défini par la LBA.

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

⁵ Le formulaire R de la Convention de diligence vise ce type d'opérations

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

On rappellera à ce sujet que les opérations pour des tiers, que ce soit dans le domaine des œuvres de beaux arts ou des immeubles, ou dans tout autre domaine, sont déjà susceptibles d'être des activités d'intermédiaire financier au sens de l'article 2, al. 3 LBA, de sorte qu'aucune nouvelle disposition ne se justifie⁶.

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

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

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

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

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

En tout état de cause, **le fait que seuls les intermédiaires financiers soient soumis à la LBA ne signifie aucunement l'impunité des autres : toute personne, qu'elle soit ou non soumise à la LBA, est susceptible d'encourir la sanction pénale prévue à l'article 305 bis du Code pénal, qui réprime le blanchiment d'argent⁷.**

⁶ S'agissant des immeubles, dès lors que tant l'achat que la vente sont visés par la Recommandation du GAFI, l'Autorité de contrôle pourrait être amenée à revoir, au moins partiellement, sa pratique actuelle consistant à considérer que l'intermédiaire agissant pour le vendeur, c'est-à-dire celui qui recouvre une créance, n'est pas soumis à la LBA, alors que l'intermédiaire agissant pour l'acheteur, c'est-à-dire celui qui paie une dette, est lui soumis à la LBA. En effet, tant l'achat que la vente sont visés par la Recommandation du GAFI

⁷ Cf. RS 311.0

Enfin, je mentionnerai encore brièvement ici que **les modifications envisagées introduisent des inégalités de traitement inadmissibles entre les personnes et entreprises visées**. Certaines sont mises au bénéfice d'un régime allégé⁸, alors que d'autres restent astreintes à un régime beaucoup plus lourd, et ceci sans égard à la taille et au risque concret de blanchiment qui caractérisent les personnes concernées.

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

Le régime allégé permettrait aux professions concernées d'éviter des obligations aussi importantes que celles consistant à devoir se former et se soumettre à un contrôle périodique. En outre, il est prévu d'astreindre les professions mises au bénéfice du régime allégé aux obligations d'identification, de conservation de documents et de communication, mais non pas à l'obligation de clarification ! Or, la pratique a démontré que le préalable d'une communication selon l'article 9 LBA était précisément souvent une opération de clarification dont le résultat est jugé insatisfaisant. Au demeurant, l'articulation même de la LBA est révélatrice de ce « crescendo ».

Dans le temps qui m'est imparti, je ne peux poursuivre sur le thème de la révision de la LBA et d'autres lois, telle que proposée par la commission d'experts, et je renvoie les personnes intéressées à la prise de position du Forum OAR-LBA à ce sujet, de même qu'aux prises de position émanant en particulier de l'Association suisse des banquiers, d'économiesuisse ainsi que des OAR qui se sont également exprimés sur cette question (tel est notamment le cas de l'OAR FSA/FSN).

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

III. La mise à contribution de l'économie privée

Dans un premier temps, nous traiterons de la contribution apportée par les **acteurs du secteur privé qui sont régis par une loi spéciale**, puis nous passerons à la contribution du secteur privé non soumis à de telles lois.

Nous commencerons par l'**Association suisse des banquiers** (« ASB »).

⁸ Cf. article 2a de l'avant-projet de révision de la LBA

Au cours de ces quatorze dernières années, la Commission fédérale des banques (« CFB ») a bien sûr développé son implication dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent. En effet, nous savons que l'Autorité de surveillance bancaire a émis en 1991 et 1998 des Directives relatives au blanchiment de capitaux, remplacées depuis le 1^{er} juillet 2003 par l'Ordonnance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, du 18 décembre 2002 (« OBA-CFB »)⁹.

Toutefois, malgré cette implication toujours plus grande de la CFB, la « **Convention relative à l'obligation de diligence des banques** » – dont l'origine remonte à 1977 – a été régulièrement reconduite avec quelques précisions et adaptations, notamment en 1998 (CDB 98) et en 2003 (CDB 03)¹⁰, soit alors même que la LBA était entrée en vigueur.

On rappellera que la CDB est d'abord une Convention entre l'ASB et la quasi totalité des banques suisses et étrangères établies en Suisse. Mais la CFB considère la CDB comme étant un standard minimum dans le domaine de la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique, non seulement pour les banques, mais encore pour l'ensemble des intermédiaires financiers soumis à sa surveillance, soit aussi certaines directions de fonds au sens de la Loi sur les fonds de placement ainsi que les négociants en valeurs mobilières au sens de la Loi sur les bourses et les négociants en valeurs mobilières¹¹.

Ainsi, la contribution de l'ASB à la prévention du blanchiment d'argent est-elle remarquable.

Depuis près de 30 ans, les cadres et employés du secteur bancaire – actuellement plus de 100'000 personnes - sont sensibilisés à l'importance des « *Know your Customers Principles* » les plus fondamentaux c'est-à-dire ceux permettant aux enquêtes pénales nationales et aux commissions rogatoires internationales pénales de disposer des bases nécessaires dans les établissements bancaires pour assurer la collecte d'informations et de documents ainsi que le blocage éventuel de fonds.

Les règles de la CDB ont inspiré très largement celles contenues dans la LBA¹², dans l'Ordonnance 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, (versions de 1998 et de 2003 (« OBA-AdC »)¹³, ainsi que tous les règlements édictés par les Organismes d'autorégulation, sans oublier le rôle de la CDB en tant qu'exemple « modèle » pour nombre de réglementations étrangères et de cercles internationaux dont le GAFI.

⁹ RS 955.022

¹⁰ www.swissbanking.org

¹¹ Cf. art. 2 al. 2 let. a, b et d LBA; art. 2 et 14 OBA-CFB

¹² Cf. art. 3, 4 et 5 LBA.

¹³ Cf. art. 6 à 24 OBA-AdC, RS 955.16, www.admin.ch/efv

On rappellera que les violations de la CDB par les banques sont susceptibles de sanctions de la part de la « Commission de surveillance » instituée par l'ASB, composée de 5 personnalités indépendantes et compétente pour établir et réprimer les violations de la CDB^{14 15}.

Enfin il convient de noter que les « **Global Anti-Money-Laundering Guidelines for Private Banking** » émanent d'une initiative clairement privée, soit celle du « Wolfsberg Group »¹⁶, composé de banques suisses et étrangères majeures. Il s'agit indéniablement d'une remarquable démonstration transfrontalière de la capacité et de la volonté contributive de l'économie privée à la prévention du blanchiment d'argent, même si l'objectif - parfaitement légitime d'ailleurs - était aussi de lutter contre les distorsions de concurrence.

Passons brièvement au **secteur des assurances**.

A l'image de la CFB pour ce qui relève de la compétence de cette dernière, l'Office fédéral des assurances privées (« OFAP ») exerce la surveillance sur les institutions d'assurances précitées. Toutefois, cette surveillance est souvent indirecte dans la mesure où la majorité des compagnies d'assurance vie dont le siège est en Suisse sont rattachées à l'Organisme d'autorégulation « OAR - ASA », créé par l'Association suisse d'assurances, en application des art. 16 al. 1 et 24 LBA et reconnu par l'OFAP¹⁷.

Gelöscht: ¶

Enfin, toujours dans les domaines soumis à une loi spéciale, il convient de mentionner l'Organisme d'autorégulation de la Fédération suisse des **casinos** « **OAR FSC** ».

La Commission fédérale des maisons de jeu (« CFMJ ») exerce une surveillance directe sur l'ensemble des casinos. Toutefois, la CFMJ considère le règlement de l'OAR FSC comme étant comme étant « *un standard minimal dans le cadre de sa surveillance directe* »¹⁸.

Force est donc de constater que **même dans les domaines régis par une loi spéciale** - donc a priori les moins sujets à bénéficier d'une contribution du secteur privé - **l'économie joue un rôle non négligeable dans la mise en œuvre de la lutte contre le blanchiment d'argent**.

Venons-en maintenant aux domaines d'activité non régis par une loi spéciale.

¹⁴ Cf. art. 11 et 12 CDB 03.

¹⁵ Quant aux autres intermédiaires financiers soumis à la surveillance de la CFB, cette dernière peut prendre des mesures à leur encontre si le « standard minimum » que représente la CDB n'est pas respecté.

¹⁶ www.wolfsberg-principles.com

¹⁷ Cf. Brochure de l'Administration fédérale « la lutte contre le blanchiment d'argent, Etat : octobre 2003, p. 52, ch. 2.2 ; www.dff.admin.ch et www.bpv.admin.ch

¹⁸ Cf. Brochure de l'Administration fiscale, op. cit. p. 62, ch. 5.2; www.esbk.admin.ch

Au 31 décembre 2004, **6404 intermédiaires financiers** non soumis à une loi spéciale étaient enregistrés. C'est sans doute ici que la contribution du secteur privé est la plus déterminante dans la mesure où à fin 2004, seuls 333 intermédiaires financiers avaient choisi d'être assujettis directement à l'Autorité de contrôle alors que **6071** étaient affiliés à l'un des **11 organismes d'autorégulation reconnus par l'Autorité de contrôle**^{19 - 20}.

Or, les Organismes d'autorégulation dans les domaines non soumis à une législation spéciale (« OAR ») doivent satisfaire à des exigences strictes pour être reconnus comme tels par l'Autorité de contrôle, ce qui implique à la charge de l'économie, la mise en œuvre de moyens très conséquents, que ce soit sous l'angle financier ou sous celui des disponibilités et des compétences.

On rappellera à cet égard qu'aux termes des art. 24 al. 1 et 25 LBA, les OAR doivent :

- disposer d'un règlement précisant à l'attention de leurs affiliés les obligations de diligence et les modalités d'application de ces dernières, définissant les conditions d'affiliation et d'exclusion, le mode de contrôle et les sanctions en cas de violation de la LBA ou du règlement ;
- veiller à ce que leurs affiliés respectent effectivement les obligations de diligence et, en particulier, disposent d'une formation adéquate;
- garantir que les personnes chargées des contrôles ou révisions (contrôles périodiques et enquêtes particulières) disposent des connaissances professionnelles requises, présentent toutes les garanties quant à une activité de contrôle irréprochable et sont indépendantes de la direction et de l'administration des intermédiaires financiers qu'elles doivent contrôler.

¹⁹ Cf. Rapport annuel 2004 de l'Autorité de contrôle, p. 40

²⁰ A fin 2004, l'OAR de la Chambre fiduciaire a mis un terme à son activité (392 affiliés à fin 2003). Les 11 OARs actuellement reconnus sont :

- VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen, Zoug; www.vqf.ch (1685 affiliés au 31 décembre 2004);
- La Poste Suisse – OAR Poste, Berne (1);
- Chemins de fer fédéraux suisses – OAR CFF, Berne (13);
- Association suisse des gérants de fortune (ASG), Zurich; www.vsv-asg.ch (778);
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT), Lugano; www.occt.ch/oad/welcome.cfm (514);
- OAR Fédération Suisse des avocats et Fédération Suisse des notaires (OAR FSA /FSN), Berne; www.swisslawyers.com (1063);
- Association romande des intermédiaires financiers (ARIF), Genève; www.arif.ch (442);
- Association Suisse des Sociétés de Leasing (ASSL), Zurich; www.leasingverband.ch (44);
- PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein, Zurich; www.polyreg.ch (567);
- Organisme d'Autorégulation du Groupement Suisse des Conseils en Gestion Indépendants („GSCGI“) et du Groupement Patronal Corporatif des Gérants de Fortune de Genève (« GPCGFG ») (OAR-G), Genève; www.oarg.ch (210);
- Union Suisse des fiduciaires SRO-STV/USF, Lucerne; www.stv-usf.ch (401).

En outre, les OAR doivent fournir un certain nombre d'informations à l'Autorité de contrôle dont un rapport annuel détaillé, et il leur incombe de communiquer au Bureau de communication tout cas de soupçon fondé au sens de l'art. 9 LBA porté à leur connaissance et qu'un affilié aurait omis de communiquer lui-même (art. 26 et 27 LBA).

Enfin, si les conditions légales ne sont plus remplies par un OAR, l'Autorité de contrôle a la compétence de lui retirer sa reconnaissance (art. 28 LBA).

C'est dire que le rôle d'un OAR n'est pas celui d'une organisation purement privée, facultative et accessoire mais bien d'un organisme auquel est dévolu la tâche de mettre en œuvre pleinement la lutte contre le blanchiment d'argent telle que définie dans la LBA.

Il s'agit d'une mission didactique, préventive, mais aussi répressive, qui est exercée par l'économie privée alors même que cette tâche, de droit public, est manifestation du ressort naturel de l'Etat.

De cette manière, l'Autorité de contrôle peut se limiter à vérifier le fonctionnement des 11 OAR existant à ce jour, sans avoir à se soucier elle-même d'assurer les procédures d'admission, de formation, de révision et de sanctions relatives à des milliers d'intermédiaires financiers.

L'Autorité de contrôle est apparemment satisfaite du travail des OAR et aucun OAR n'a, à notre connaissance, été menacé d'un retrait de reconnaissance. Dans son Rapport concernant le bilan de l'autorégulation, du 31 mars 2005, l'Autorité de contrôle est même extrêmement élogieuse puisqu'elle indique entre autres motifs de satisfaction notamment que :

- « les OAR assument leurs tâches de surveillance dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent avec diligence et garantissent une surveillance de qualité équivalente à celle d'une autorité publique de surveillance »²¹ ;
- « la création, en Suisse, d'une surveillance en matière de lutte contre le blanchiment couvrant l'ensemble des secteurs concernés aurait pris beaucoup plus de temps sans l'autorégulation et [qu']elle ne serait peut être pas achevée à ce jour »²² .

Les 11 OAR revêtent donc une importance primordiale dans la mesure où ils déchargent l'Etat de tâches considérables. Par ailleurs, leur proximité du « terrain » est précieuse. Qu'ils soient rattachés à une profession spécifique ou qu'ils soient « généralistes », les OAR disposent en effet de connaissances pratiques qui les rendent particulièrement à même d'assurer la mise en œuvre concrète de la LBA dans les professions exercées par leurs affiliés respectifs.

²¹Cf. Rapport de l'Autorité de contrôle concernant le bilan de l'autorégulation, du 31 mars 2005, p. 2

²² Cf. Rapport de l'Autorité de contrôle concernant le bilan de l'autorégulation, du 31 mars 2005, p. 3

Quant au **Forum OAR-LBA** (le « Forum »), qui réunit les 11 OAR, il fournit lui aussi une contribution utile dans ce domaine. En effet, à l'occasion de ses quatre réunions annuelles, il permet d'utiles échanges d'expériences entre les OAR, mais également avec des représentants de l'Autorité de contrôle, du Bureau de communication, de l'ASB, ainsi que de l'OAR ASA et de l'OAR FSC.

Par ailleurs, le Forum permet de dégager une position commune dans un certain nombre de cas, en complément aux initiatives individuelles de chaque OAR, que ce soit à l'égard de divers projets émanant de l'Autorité de contrôle²³ ou de développements législatifs tels que par exemple l'Avant-Projet et les rapports émanant de la Commission d'experts Zimmerli²⁴.

En outre, l'Autorité de contrôle a récemment manifesté son intérêt à la création d'un « Comité de coordination » composé d'une délégation de l'Autorité de contrôle et d'une délégation du Forum, Comité qui a tenu sa première séance le 20 mai dernier.

Enfin, le Forum s'efforce de mieux faire connaître et comprendre le système d'autoréglementation « à la Suisse », que ce soit dans les cercles politiques, les médias ou à l'occasion de manifestations telles que celle tenue aujourd'hui.

On peut donc retenir, en toute modestie, que la **contribution du secteur privé** à la lutte contre le blanchiment d'argent, déjà non négligeable dans les domaines d'activité régis par une loi spéciale, **est tout simplement primordiale dans les domaines de compétence des 11 OAR et du Forum OAR-LBA.**

Malgré le constat extrêmement plaisant que nous venons de faire, il n'est pas interdit de s'interroger tout de même sur les **limites éventuelles** de cette contribution.

Qu'ils soient créés dans un domaine régi par une loi spéciale ou non, les Organismes d'autorégulation²⁵ ne sont **pas dotés de la force publique.**

Ainsi, par exemple, les organes des OAR ne peuvent pas contraindre un affilié récalcitrant à ouvrir ses portes à un contrôleur, réviseur ou chargé d'enquête et encore moins saisir des documents sans l'agrément de l'affilié.

De prime abord, il s'agit d'un inconvénient important pour une application efficace de la LBA.

Toutefois, en pratique, tel n'est pas le cas.

En premier lieu, l'autorité pénale fédérale ou cantonale compétente peut évidemment procéder à des perquisitions et à des saisies lorsque les conditions légales sont remplies et ceci sans égard au fait qu'un intermédiaire financier est assujéti directement à une autorité administrative (telle que l'Autorité de contrôle ou la CFB) ou est affilié à un OAR.

²³ Cf. par exemple le projet d'ordonnance sur la taxe de surveillance et les émoluments de l'Autorité de contrôle, du 1^{er} mars 2005

²⁴ Cf. 1^{er} Rapport partiel de juillet 2003 et 2^{ème} Rapport partiel d'août 2004 ; www.dff.admin.ch.

²⁵ On peut assimiler sur ce point les organes d'application de la CDB 03, soit la Commission de surveillance et les chargés d'enquête.

De plus, un affilié encore récalcitrant après avoir reçu un avertissement, s'expose à des sanctions comprenant l'exclusion et l'amende conventionnelle.

Or, l'exclusion d'un OAR est une mesure grave dans la mesure où, en fonction des motifs de l'exclusion, l'intermédiaire financier concerné pourra devoir cesser toute activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA. En effet, selon les circonstances, il lui sera impossible d'obtenir une affiliation auprès d'un autre OAR ou de s'assujettir directement à l'autorité administrative dont il relève. On rappellera à cet égard que les OAR sont notamment tenus d'informer l'Autorité de contrôle, des affiliés qui sont frappés d'une sanction d'exclusion²⁶ et que ces derniers doivent impérativement, avoir été admis dans les deux mois suivant l'exclusion, au sein d'un autre OAR ou par l'Autorité de contrôle²⁷.

A défaut, l'intermédiaire financier concerné sera considéré comme exerçant une activité sans autorisation au sens de l'art. 36 LBA²⁸.

Enfin, en ce qui concerne les sanctions, les OAR prévoient tous qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours à une instance arbitrale, en analogie plus ou moins proche avec le système prévu par l'ASB dans les éditions successives de la CDB²⁹. Dès lors qu'il s'agit d'arbitrages internes, les dispositions impératives du Concordat suisse sur l'arbitrage sont applicables (« CSA »)³⁰.

Or, en son article 44, le CSA prévoit la possibilité d'obtenir de l'Autorité judiciaire compétente au siège du Tribunal arbitral³¹ une « Déclaration de force exécutoire » de la sentence arbitrale rendue (aux conditions énumérées dans l'article précité).

Bien entendu, comme dans toute activité humaine les **conflits d'intérêts** ne peuvent jamais être totalement exclus.

Toutefois, il convient de se garder de tout procès d'intention. Les organes en charge des OAR sont parfaitement conscients que leur rôle comporte des éléments très importants qui ne ressortent pas uniquement du droit privé, mais également du droit administratif.

²⁶ Cf. art 27 al. 1 LBA.

²⁷ Cf. par analogie, art. 28 al. 2 et al. 3 LBA et Lettre d'information de l'Autorité de contrôle du 23 janvier 2001

²⁸ Art. 36 al. 1 : « Quiconque aura agi en qualité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2, 3^e alinéa sans avoir d'autorisation (art. 14) ou sans être affilié à un organisme d'autorégulation sera puni d'une amende de 200'000.- francs au plus. En cas de récidive, l'amende s'élève au minimum à 50'000.- francs ».

²⁹ Cf. art. 13 CDB 03.

³⁰ Dans un arrêt du 14 mars 2005, l'Obergericht du canton de Zurich, qui était appelé à statuer sur un recours en nullité contre une sentence arbitrale rendue suite à une décision de sanction prononcée par un OAR, s'est considéré comme étant incompétent. Le Tribunal a en effet retenu que le litige n'était pas arbitral (art. 5 CSA) car le droit litigieux n'était pas de la libre disposition des parties, la sanction ayant été prononcée en relation avec une obligation prescrite par la LBA, donc de droit public. En revanche, le Tribunal d'appel du canton du Tessin a, pour sa part, dans trois arrêts du 23 mai 2005, reconnu sa compétence en tant qu'autorité de recours selon les art. 3 et 36 CSA

³¹ Cf. art. 3 CSA.

Ils sont donc, de manière générale, très sensibles au souci d'éviter les risques de conflits d'intérêts et se récusent volontairement lorsque de tels risques existent.

Tous les OAR prévoient dans leurs statuts des dispositions relatives à la récusation et ni les rapports annuels de l'Autorité de contrôle, ni le rapport concernant le bilan de l'autorégulation ne font état de dysfonctionnements constatés à ce sujet.

La LBA ne prescrit **aucune surface financière minimale** aux OAR. On pourrait donc imaginer qu'un jour ou l'autre, un OAR se trouve face à des difficultés financières importantes et durables, donc susceptibles de mettre en péril sa faculté d'accomplir sa mission. Un tel risque ne touche évidemment pas les structures étatiques malgré l'ampleur actuelle des déficits du secteur public.

Le fait que les OAR soient soumis à une surveillance rend toutefois relativement improbable une « faillite » d'un OAR. En effet, l'Autorité de contrôle (tout comme, le cas échéant, les autorités de surveillance instaurées par une loi spéciale) ne manquerait pas d'intervenir rapidement si elle venait à constater des défauts graves et récurrents dont l'origine serait due à des ressources financières insuffisantes.

L'Autorité de contrôle pourrait brandir la menace du retrait de la reconnaissance si un OAR ne remédiait pas rapidement à la situation³². Il est alors très vraisemblable que l'OAR concerné augmenterait de manière appropriée les finances d'affiliation et autres contributions éventuelles, aux fins de mieux couvrir les frais générés par son administration générale ou par les contrôles périodiques et enquêtes particulières.

Dans l'hypothèse où l'OAR refuserait de remédier à la situation ou encore échouerait dans sa tentative d'y remédier, il se verrait retirer sa reconnaissance et les intermédiaires financiers qui lui étaient affiliés disposeraient du délai légal de 2 mois pour s'affilier à un autre OAR ou demander leur assujettissement direct à l'Autorité de contrôle³³.

Dès lors, le risque financier n'est ici pas aussi réel qu'il n'y paraît au premier abord.

En revanche, plus délicate est ici la question connexe de la **couverture de la responsabilité des OAR**. En effet, on ne peut exclure qu'un OAR doive un jour faire face à une action en dommages et intérêts de la part de l'un de ses affiliés, au motif qu'une décision erronée de sa part aurait engendré un dommage, par exemple sous la forme d'un manque à gagner.

Certains OAR sont parvenus à conclure des assurances à cet effet, mais l'expérience montre que la couverture et la somme assurée ne seront pas nécessairement suffisantes.

³² Cf. art. 28 al. 1 LBA

³³ Cf. art. 28 al. 2 et al. 3 LBA

Il convient à ce propos de prendre en compte le fait que si, pour certains affiliés, l'activité d'intermédiaire financier n'est que fortement accessoire, pour d'autres intermédiaires financiers, il s'agit d'une activité essentielle. Le risque de prétentions en dommages et intérêts en est d'autant plus grand.

Comme mentionné plus haut, les OAR accomplissent des tâches qui naturellement sont du ressort de l'Etat (droit administratif). En outre, si les personnes composant les organes des OAR ne sont pas nommées par l'autorité administrative, elles doivent néanmoins obtenir l'agrément de la part de cette autorité. Il en va de même d'un OAR : il peut certes être constitué en vertu du droit privé, mais il ne pourra être opérationnel qu'une fois l'agrément obtenu de l'autorité administrative.

Dès lors, il convient de faire en sorte que dorénavant, les personnes exerçant les fonctions d'organes des OAR soient reconnues comme étant couvertes par la loi sur la responsabilité de la Confédération (« LR »)³⁴.

Enfin, si la **solidité financière** des OAR dépend avant tout de l'adéquation des finances d'affiliation et autres contributions payées par les affiliés avec les frais de fonctionnement des OAR, elle **dépend aussi du volume des ponctions financières opérées par la Confédération sur les OAR**.

A cet égard, il est essentiel que l'Etat fasse preuve de modération, sous peine d'alourdir excessivement la charge des OAR et donc, en définitive, la charge que l'économie privée supporte dans le cadre de la mise en œuvre de la lutte contre le blanchiment d'argent. Et le pire serait que des ponctions excessives de la part de l'Etat conduisent l'ensemble des OAR ou une majorité d'entre eux, en désespoir de cause, à mettre fin volontairement à leur activité. On peut alors aisément imaginer l'impact négatif qu'une telle décision engendrerait, tout particulièrement pour l'image de notre pays.

Les OAR et leurs affiliés sont résolus à ne pas devenir les « vaches à lait de la Confédération ».

Comme l'indique fort justement l'Autorité de contrôle dans son Rapport du 31 mars 2005, « *s'il revenait à l'Etat d'exercer seul la fonction de surveillance, les ressources en personnel et les moyens financiers actuellement à la disposition de l'Autorité de contrôle ne lui permettrait pas d'assumer cette tâche. On peut donc supposer que la Confédération a réalisé des économies majeures, dans la mesure où ce sont avant tous les OAR qui se sont chargés de la mise en application de la loi sur le blanchiment d'argent et de la surveillance en la matière dans le secteur non bancaire* »³⁵.

³⁴ RS 170.32. Sont visés par la loi, non seulement les membres des instances exécutives, législatives et judiciaires, ainsi que les fonctionnaires et autres agents de la Confédération, mais également : « Toutes les autres personnes, dans la mesure où elles sont chargées directement de tâches de droit public de la Confédération » ; cf. art. 1^{er} al. 1^{er}, let. f LR. On pourrait au besoin ajouter une lettre g) qui viserait spécifiquement les OAR au sens de la LBA

³⁵ Cf. Rapport de l'Autorité de contrôle du 31 mars 2005 p. 4

Il conviendra dès lors de veiller à ce que la modification apportée récemment à l'article 22 LBA en application du programme d'allègement budgétaire 2003 de la Confédération, ne conduise à une augmentation sensible des montants que l'Autorité de contrôle prélève auprès des OAR³⁶.

Il s'agira aussi de donner à une délégation des OAR – le cas échéant dans le cadre du Comité de coordination récemment créé - un droit de regard sur la comptabilité de l'Autorité de contrôle permettant de vérifier que cette dernière a une stricte gestion de ses frais de fonctionnement.

En définitive, il importera de s'assurer que les OAR paient seulement des émoluments et taxes en strict rapport de causalité avec les frais qu'ils occasionnent (décisions et surveillance les concernant) et non pas pour des frais sans relation directe avec leur activité, au titre d'impôts déguisés³⁷.

IV. Conclusion

En comparaison internationale, les **mesures** de droit administratif prises par la Suisse dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent sont **ambitieuses au moins à trois titres**.

Premièrement, aucun autre pays n'a jusqu'ici visé réellement, c'est-à-dire concrètement, un aussi large cercle de personnes et d'entreprises. Les initiatives prises en vue de l'extension de ce cercle également dans d'autres pays ne sont que très récentes et leur portée pratique est encore souvent bien aléatoire.

³⁶ Cf. ch. 17 de la Loi sur le programme d'allègement budgétaire 2003, dont le contenu est le suivant :

« Art. 22 Emoluments et taxe de surveillance

¹ L'autorité de contrôle perçoit des émoluments pour les décisions qu'elle prend et les prestations qu'elle fournit. Elle perçoit en outre chaque année une taxe de surveillance auprès des organismes d'autorégulation et des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis.

² La taxe de surveillance couvre les frais de surveillance dans la mesure où le produit des émoluments n'y suffit pas. Elle est fixée sur la base des frais encourus l'année précédente par l'autorité de contrôle.

³ Pour les organismes d'autorégulation, la taxe de surveillance est calculée en fonction du rendement brut et du nombre d'affiliés, et pour les intermédiaires directement soumis à l'autorité de contrôle, en fonction du rendement brut et de la taille de l'entreprise.

⁴ Le Conseil fédéral règle les modalités, en particulier le tarif des émoluments, les frais de surveillance à prendre en compte et la répartition de la taxe de surveillance entre les organismes d'autorégulation et les intermédiaires financiers directement soumis à l'autorité de contrôle .»

³⁷ On peut citer en particulier les frais liés aux intermédiaires financiers assujettis à l'Autorité de contrôle, les frais engendrés par la police du marché (traque des intermédiaires financiers pratiquant sans autorisation) et par la coopération internationale (par ex. relations avec le GAFI). Le Forum ainsi que plusieurs OAR, dont l'OAR FSA/FNS, ont récemment pris position de manière très critique au sujet du projet d'ordonnance sur la taxe de surveillance et les émoluments de l'Autorité de contrôle, mis en consultation le 1^{er} mars 2005. Le Professeur Xavier Oberson a également rendu un avis dans ce cadre.

En deuxième lieu, aucun autre pays n'a jusqu'ici eu une conception aussi extensive de l'objet de la diligence nécessaire. Les Etats étrangers ont encore trop souvent une tendance à focaliser la nécessité de diligence sur l'obligation d'annoncer les soupçons de blanchiment, alors que le système suisse attache, pour sa part, une importance en tout cas équivalente à la mise en œuvre d'autres obligations telles que l'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique, la prise en compte du risque concret dans certaines relations d'affaires ou transactions présentant un risque accru, la formation et, de manière générale, la nécessité pour chaque intermédiaire financier, de faire preuve d'une organisation adaptée au volume et au genre d'activités conduites.

Enfin, le système suisse se distingue en ce sens qu'il ne se contente pas d'énoncer des obligations mais qu'il fait en sorte que leur respect soit vérifié périodiquement, et ceci même en l'absence de tout indice de blanchiment d'argent.

Dans de telles circonstances, il n'est guère pensable que l'Etat puisse avoir seul le moyen de ses ambitions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, et il ne le prétend d'ailleurs pas.

Le principal atout que nous avons en Suisse **est**, comme j'ai tenté de le démontrer, **de pouvoir compter sur la très forte contribution de l'économie privée à de multiples niveaux, assurant par là une rapide et large diffusion des obligations de diligence définies par le droit administratif, et leur application concrète.**

Dès lors, il est impératif que le secteur privé puisse compter sur le soutien résolu de l'Etat. Nous avons vu au moins deux cas dans lesquels il serait souhaitable que ce soutien se manifeste sans attendre :

- **d'abord, dans le cadre du maintien, de la cohérence du système, qui commande une grande retenue législative, notamment quant à toute modification du point d'ancrage de la LBA (activité d'intermédiaire financier);**
- **ensuite à propos des ponctions financières sur les OAR, lesquelles doivent impérativement rester raisonnable et strictement causales, pour que l'économie privée puisse continuer à les accepter.**

Je veux croire que ce soutien se confirmera sous bien d'autres formes encore, de sorte que la contribution constructive du secteur privé constituera encore longtemps un atout décisif du système suisse de prévention contre le blanchiment d'argent.
