

Didier de Montmollin*

L'autoréglementation: un pis-aller éphémère?

Mots clés : autorégulation, autoréglementation, organisme d'autorégulation, OAR, délégation, LBA/loi sur le blanchiment d'argent, Autorité de contrôle LBA

1. Définition

Pour tenter de répondre à la question de savoir si l'autoréglementation n'est qu'un système provisoire et «faute de mieux», il faut tout d'abord s'entendre sur les mots. En effet, une mauvaise compréhension du concept d'«*autorégulation*», de «*Selbstregulierung*», d'«*autodisciplina*» auquel se réfère la LBA est susceptible de fausser le débat.

A ma surprise, la définition de l'autorégulation apparaît déjà dans le Nouveau Larousse illustré, édité à la fin du XIX^e siècle: «(du grec *autos*, soi-même, et de *régulation*) n. f. *Régulation d'une machine par elle-même à l'aide d'un organe spécial appelé régulateur de vapeur*». Sans doute davantage adapté au domaine réglementaire qui est celui de la LBA, le terme «*autoréglementation*» n'a pas le privilège d'une définition spécifique dans l'une ou l'autre des éditions du Larousse. Mais il doit logiquement s'agir d'une réglementation décidée par ceux-là mêmes qui y seront ensuite assujettis.

Dans ces conditions, la référence à l'«*autorégulation*» dans la LBA est-elle adéquate? On peut en douter.

Arrêtons-nous tout d'abord au volet d'«*autoréglementation existant dans le secteur bancaire*» depuis 1977, qui vise ce que les anglo-saxons appellent les «*Know your Customer Principles*». Je veux parler bien sûr de la Convention de diligence.

S'il est vrai qu'à partir du millésime 1987, la Convention de diligence («*CDB*») est proposée exclusivement par l'Association suisse des banquiers («*ASB*») à ses membres, il convient toutefois de se rappeler qu'à l'origine, la Banque nationale suisse («*BNS*») avait joué un rôle majeur dans la mise en place d'une telle réglementation conventionnelle, et était même partie à la Convention.

Quant à la Commission fédérale des banques («*CFB*»), elle s'était montrée relativement discrète à l'origine de la Convention de diligence, mais elle a exercé une influence non négligeable sur le texte de cette Convention dès sa version de juillet 1992. Si la CFB considère que telle ou telle disposition d'un projet de nouvelle version de CDB n'est pas suffisamment contraignante, elle en fait part à l'ASB, qui n'a guère le choix. Le texte

de la Convention est revu dans le sens voulu par l'autorité de surveillance.

On se souvient aussi qu'au mois d'avril 1991, la CFB était même intervenue en cours de validité d'une version de la CDB, en l'occurrence la CDB 1987. La CFB avait ainsi signifié aux banques que désormais les fameux «*formulaire B*» – qui permettaient d'éviter la mention de l'ayant droit économique – n'étaient plus tolérés, et ceci avec effet immédiat, alors même que la CDB 1987, qui autorisait expressément ces formulaires, avait été conclue pour une période expirant au plus tôt le 30 septembre 1992.

C'est dire que, dans le secteur bancaire, l'autoréglementation dans le domaine qui nous intéresse, a d'emblée eu un caractère relatif, puisqu'influencée par la BNS, puis la CFB.

Venons-en maintenant au secteur non bancaire.

Nous savons que l'autonomie des organismes d'autorégulation est elle aussi relative: l'Autorité de contrôle est compétente pour approuver les Statuts et le Règlement LBA des OARs – et il ne s'agit pas d'une simple formalité – ainsi que pour vérifier, à l'occasion de révisions annuelles, que les OARs agissent effectivement en conformité avec les dispositions légales, statutaires et réglementaires applicables.

L'impact important des autorités de surveillance étatiques sur l'autoréglementation est également apparent sous l'angle des sanctions.

Dans le secteur bancaire, nous savons que les violations de la Convention de diligence sont sanctionnées par une peine conventionnelle, mais, dans les cas particulièrement graves, elles peuvent également conduire à une intervention de la CFB sur la base de l'art. 3 al. 2 lettre b de la Loi sur les banques (garanties d'une activité irréprochable). L'affaire Abacha en est un exemple récent.

L'intervention de la CFB est susceptible de se concrétiser par l'obligation faite à la banque concernée de se séparer du cadre responsable, voire, au moins en théorie, par une décision de retrait de la licence bancaire. On sait par ailleurs que la CFB souhaite diversifier l'éventail des sanctions qu'elle peut prononcer (cf. Rapport CFB sur les sanctions, d'avril 2003).

Pour sa part, l'Autorité de contrôle peut retirer sa reconnaissance à un OAR qui n'appliquerait pas avec suffisamment de rigueur ses Statuts et Règlements ou qui, de toute autre manière, contreviendrait à la LBA (art. 28 LBA).

Enfin, la violation de l'obligation de communiquer visée par l'art. 9 LBA pourrait entraîner pour l'intermédiaire financier affi-

* Didier de Montmollin est Avocat, associé de l'étude Secretan Troyanov à Genève, Membre du Comité de l'OAR FSA/FSN, Chargé d'enquête de la Commission de surveillance CDB (ASB) et Membre du Comité du Forum OAR-LBA.

Les quelques réflexions exposées dans cet article – qui reprennent très largement les propos tenus à l'occasion de la Conférence de Coordination OAR du 12 novembre 2003 organisée par l'Autorité de contrôle LBA – sont des propos libres qui n'engagent que l'auteur.

lié à un OAR, des sanctions de droit pénal administratif en vertu de l'art. 37 LBA, même lorsque l'OAR a lui aussi sanctionné l'intermédiaire financier en application de ses Statuts et des Règlements.

C'est dire que l'autorégulation ou autoréglementation est, en fait, bien limitée et qu'il est probablement plus juste de parler d'une «*délégation partielle à des organismes privés*» – la Commission de surveillance CDB et les OARs – «*de certaines tâches incombant fondamentalement à des autorités étatiques*».

Ce recadrage de la définition du rôle et des compétences des OARs me paraît essentiel.

Une véritable autorégulation – qui laisserait une totale indépendance aux secteurs professionnels concernés de mettre sur pied en leur sein un système de prévention du blanchiment d'argent plus ou moins sérieux et performant – n'est pas la solution retenue par la LBA.

Tant mieux d'ailleurs, car un tel système serait manifestement insuffisant pour remplir les objectifs visés. L'efficacité et la crédibilité de tout système de prévention du blanchiment passent par un contrôle étatique performant.

En revanche, une «*délégation de certaines tâches étatiques à des organismes privés*», à des miliciens spécialisés, est parfaitement concevable à mes yeux.

Or, il s'agit précisément du système de la LBA dans sa forme actuelle, et je pense qu'il serait judicieux de le présenter dorénavant comme tel, notamment dans les cercles internationaux.

En effet, on entend trop souvent à l'étranger – et parfois aussi en Suisse – que notre système n'est pas crédible dès lors qu'il repose exclusivement, ou du moins principalement, sur la libre volonté des intermédiaires financiers, sans rôle significatif de l'Etat.

J'ai eu moi-même très nettement ce sentiment lorsque le Député français Arnaud Montebourg m'avait interrogé dans le cadre de sa visite mémorable en Suisse en septembre 2000.

Je suis convaincu que si dorénavant nous mettions en exergue le concept de «*délégation partielle des tâches de l'Etat à des organismes privés*» plutôt que celui de l'autorégulation ou de l'autoréglementation, nos détracteurs à l'étranger – dont nous savons que les motivations ne sont pas toujours aussi innocentes qu'il y paraît – auraient la critique moins facile.

Nonobstant ce qui précède, je me référerai encore parfois à l'autorégulation dans la mesure où il s'agit du terme figurant actuellement dans la LBA.

2. Les OARs apportent-ils une contribution utile?

Voyons maintenant si une telle délégation partielle des tâches de l'Etat aux OARs est une bonne solution à moyen ou même à long terme dans le contexte de notre pays.

Un rappel mérite d'être immédiatement fait dans ce contexte: aucun pays au monde n'a été aussi ambitieux que le nôtre quant au cercle des personnes et entreprises qualifiées d'intermédiaires financiers.

Certes, la nouvelle Directive «anti-blanchiment» de l'Union Européenne de 2001 (2001/97/CE) et la récente révision des 40 Recommandations du GAFI vont dans le sens d'une augmentation du champ d'application personnel concerné, mais il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, la Suisse est la seule place financière qui ait fait l'expérience concrète, depuis plus de trois ans, d'une législation applicable à un nombre aussi grand et aussi diversifié d'intermédiaires financiers.

Dans ces circonstances, encore une fois exceptionnelles en comparaison internationale, l'Etat peut-il jouer la partition de la lutte anti-blanchiment «en solo»? On peut légitimement en douter.

Même la CFB a parfois des difficultés à tenir suffisamment compte de la grande diversité existant aux plans de la taille et des activités, parmi les établissements soumis à sa surveillance. C'est notamment pour cette raison que le Secrétariat compte depuis peu une section spécifiquement dévolue à la surveillance des grandes banques.

Si cette constatation est faite à propos de la CFB, que penser de l'Autorité de contrôle qui, si l'autorégulation était abandonnée, se trouverait à devoir assumer la surveillance directe, non pas de quelques centaines d'intermédiaires financiers comme c'est le cas pour la CFB, mais des milliers d'intermédiaires financiers dont la taille – et les activités – sont encore nettement plus différenciées que celles des entreprises bancaires?

L'Autorité de contrôle compte parmi les 221 *intermédiaires financiers* qui lui sont directement soumis (état à fin octobre 2003), probablement des stations d'essence pratiquant occasionnellement des opérations de change sur des montants modestes, mais aussi des intermédiaires dont les activités financières se chiffrent en millions sinon en milliards de francs. Elle a donc sans doute trouvé le moyen d'organiser son activité de surveillance en fonction de la taille et des activités des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis.

Toutefois, malgré toutes les compétences de la Cheffe de l'Autorité de contrôle et de son équipe, j'imagine qu'il ne doit pas toujours être simple de dégager des solutions pragmatiques adaptées aux multiples cas de figures.

Si les intermédiaires financiers assujettis à l'Autorité de contrôle devaient être multipliés par 30, on imagine mal comment cette Autorité pourrait faire face à la situation, même en augmentant sensiblement le nombre de ses effectifs et en recourant encore davantage aux services de réviseurs LBA agréés.

Bien évidemment, les OARs eux aussi sont parfois confrontés à des situations de surcharge de travail. Toutefois, sous l'angle des activités conduites par les intermédiaires financiers, les OARs sont dans une position avantageuse par rapport à l'Autorité de contrôle.

En effet, les OARs rattachés à une profession spécifique en connaissent bien les particularités. Ils peuvent donc mieux évaluer les spécificités des activités de leurs membres. Ainsi, ils sont en mesure d'opérer relativement facilement la distinction entre, d'une part, les préoccupations et les critiques légitimes et,

d'autre part, les allégations fantaisistes et les prétextes abusifs soulevés par leurs affiliés.

Quant aux OARs ouverts à de multiples professions, ils prennent généralement la précaution de compter parmi leurs organes dirigeants et parmi leurs conseillers et experts des personnes pouvant se prévaloir de connaissances théoriques, mais aussi pratiques, des différents domaines d'activité de leurs affiliés.

Je pense donc qu'en définitive, les OARs sont mieux armés que l'Autorité de contrôle pour trouver les méthodes adéquates afin d'assurer la mise en œuvre effective de la LBA chez leurs affiliés.

Encore plus que dans le secteur bancaire, il est inconcevable de s'en tenir à des procédures uniques et stéréotypées. Bien au contraire, chaque OAR s'efforce de prendre en compte la typologie de ses affiliés, ce qu'une Autorité de contrôle, même renforcée, ne pourrait guère assurer.

3. La coexistence

Venons-en maintenant à la question de la coexistence des diverses réglementations d'application de la LBA dans le secteur financier. Est-elle possible? Pour tenter de répondre à cette question, il convient de distinguer plusieurs cas de figures.

3.1 Les intermédiaires financiers visés par l'art. 2 al. 2 LBA et ceux visés par l'art. 2 al. 3 LBA

Tout d'abord se pose la question de la coexistence des intermédiaires financiers visés par l'art. 2 al. 2 LBA avec ceux visés par l'art. 2 al. 3 LBA, qualifiés d'«*autres intermédiaires financiers*».

Certes, la composition de ces deux catégories va sans doute évoluer en fonction des conclusions auxquelles parviendra la Commission d'experts Zimmerli. Je pense ici essentiellement au domaine de la gestion de fortune pratiquée par des gérants externes.

On pourrait même imaginer que la distinction faite actuellement tombe, et que l'ensemble des intermédiaires financiers, soumis ou non à une loi spéciale, soient tous rattachés à la surveillance exclusive de la future «*Surveillance fédérale des marchés financiers*» («*FINMA*»). On voit cependant mal comment cette nouvelle Autorité pourrait, du moins à moyen terme, parvenir à assumer la surveillance directe de tous les intermédiaires financiers pratiquant en Suisse.

Partons de l'idée que les deux catégories visées respectivement par l'al. 2 et l'al. 3 de l'art. 2 LBA demeurent, même si c'est dans une composition modifiée.

Dans cette hypothèse, je ne vois pas d'obstacle majeur à la continuation de la coexistence d'un système applicable aux intermédiaires financiers les plus gros (sauf La Poste), et celui applicable aux «*autres intermédiaires financiers*».

Il faudra bien sûr continuer à veiller à la continuité des principes et définitions de base.

On voit en effet mal que la LBA puisse s'appliquer avec une certaine efficacité si les concepts de cocontractant, d'ayant droit

économique, de risque accru, ou encore de «*politically exposed persons*» sont notablement différents selon que l'intermédiaire financier est visé par l'al. 2 ou par l'al. 3 de l'art. 2 LBA. Tous travaillent ensemble, parfois dans le cadre d'une même relation d'affaires, et la cohérence de la terminologie est donc indispensable.

3.2 Les intermédiaires financiers affiliés à un OAR et ceux soumis directement à l'Autorité de contrôle

La coexistence entre les intermédiaires financiers affiliés à un OAR et ceux qui sont soumis directement à l'Autorité de contrôle me paraît en revanche plus délicate.

En effet, l'Autorité de contrôle agit à la fois comme autorité de surveillance de 12 OARs comptant plus de 6000 affiliés et comme autorité directe pour quelque 220 intermédiaires financiers. Une telle double casquette me paraît être la source de nombreux problèmes potentiels.

En premier lieu, la crédibilité de l'Autorité de contrôle dans son rôle fondamental de surveillance indirecte – via les 12 OARs – risque d'être affectée par le rôle de «*quasi 13^e OAR*» qui, aujourd'hui, lui incombe également.

Il s'agit d'une situation boiteuse, dans la mesure où, lorsque l'Autorité de contrôle rend une décision relative à un intermédiaire financier qui lui est directement soumis, elle fonctionne de manière analogue à un OAR, étant confrontée elle aussi aux difficultés d'appliquer la LBA sur le terrain. Mais cette même Autorité de contrôle doit en même temps prendre de la hauteur pour évaluer, de manière objective et impartiale, si les OARs remplissent toujours les conditions légales nécessaires au maintien de leur reconnaissance en tant que tels.

Si l'on devait considérer que les décisions prises par l'Autorité de contrôle dans le cadre de l'évaluation concrète des obligations de diligence de tel ou tel intermédiaire financier qui lui est soumis sont, *ipso facto*, applicables à tous les intermédiaires financiers affiliés à un OAR dans une situation de fait analogue, alors les OARs perdraient toute signification et le système devrait être abandonné.

En effet, les OARs n'ont une raison d'être que s'ils jouissent d'une autonomie raisonnable dans le cadre de l'application de la LBA.

Si, à l'inverse, les OARs ne sont pas liés par les décisions de l'Autorité de contrôle relatives aux intermédiaires financiers qui lui sont soumis, des contradictions, source d'inégalité de traitement, peuvent survenir de façon très dommageable pour l'efficacité de la LBA et en particulier la crédibilité de l'Autorité de contrôle et celle des OARs.

Pour illustrer mon propos, je prendrai l'hypothèse d'un affilié à un OAR, sanctionné par son OAR pour une violation de ses obligations de diligence. Cet affilié viendrait ensuite à apprendre qu'un intermédiaire financier aurait été absout par l'Autorité de contrôle dans des circonstances de fait identiques. On imagine aisément l'inconfort d'une telle situation!

Autre exemple, celui de l'obligation de formation: il serait évidemment nuisible à l'efficacité, à la cohérence et donc à la

crédibilité de la LBA qu'un affilié à un OAR, sanctionné par hypothèse d'une amende pour n'avoir pas accompli son obligation périodique de formation continue, puisse prouver qu'un intermédiaire financier d'une taille similaire et exerçant une activité analogue à la sienne n'est, quant à lui, pas astreint à une telle obligation par l'Autorité de contrôle.

Cette hypothèse est particulièrement actuelle, compte tenu de l'intention manifestée tout récemment par l'Autorité de contrôle de renoncer à imposer aux intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis une obligation de formation continue, alors qu'une telle obligation perdurerait pour les intermédiaires financiers affiliés à un OAR!

Par conséquent, dans la mesure bien sûr où le système des OARs est maintenu à l'avenir, il serait souhaitable de décharger l'Autorité de contrôle de cette tâche de «13e OAR», ce qui lui permettrait d'exercer avec une crédibilité accrue sa fonction – fondamentale et indispensable – d'autorité de surveillance des OARs.

On m'objectera que cela signifierait que les intermédiaires financiers visés par l'art. 2 al. 3 LBA auraient désormais l'obligation de s'affilier à un OAR.

Eh bien soit! Il suffirait de prévoir dans la loi que si un requérant remplissant toutes les conditions requises par la LBA voyait sa requête d'affiliation rejetée par un OAR, l'Autorité de contrôle aurait alors la compétence d'imposer à l'OAR en question d'admettre le requérant en son sein.

On pourrait aussi objecter qu'on ne peut pas obliger une personne à devenir membre d'un organisme de droit privé. Mais on oublie que, précisément, si les OARs ont le plus souvent la forme d'une association au sens des art. 60 et ss CC, ils n'en sont pas moins essentiellement des «délégataires de tâches incombant à la Confédération».

Au demeurant, aujourd'hui déjà, les avocats et les notaires qui souhaitent exercer une activité d'intermédiaire financier n'ont pas l'option d'être soumis à l'Autorité de contrôle. Ils sont contraints de s'affilier à un OAR, en application de l'art. 14 al. 3 LBA.

Enfin, on constate de manière plus générale qu'il n'est pas rare en Suisse que le citoyen soit obligé par l'Etat d'accomplir une obligation auprès d'une entité de droit privé, délégataire de l'Etat. Tel est le cas notamment de tous les automobilistes qui ont l'obligation périodique de faire un test anti-pollution auprès d'un garagiste agréé de leur choix. A Genève, il a même été récemment question de privatiser le Service des automobiles.

3.3 La coexistence des OARs entre eux

La coexistence de plusieurs OARs est un fait depuis plusieurs années et ne donne pas lieu à des difficultés particulières.

Le Forum des OARs, présidé par M^e Markus Hess, révèle les préoccupations des uns et des autres et permet de dégager une position commune dans de nombreux cas et, en particulier, à l'égard de projets émanant de l'Autorité de contrôle ou d'autres Divisions du Département fédéral des finances.

Un récent exemple est le difficile – mais légitime – combat mené par les Forum et les OARs afin d'éviter que leurs ressources soient ponctionnées par de nouveaux émoluments qui seraient destinés à couvrir les frais de fonctionnement de l'Autorité de contrôle.

Toutefois, il arrive aussi que les OARs aient des points de vue différents sur telle ou telle question, ce qui est le reflet parfaitement normal des spécificités des activités conduites par leurs affiliés respectifs.

Bien entendu la coexistence de plusieurs OARs présente aussi certains risques, tels le développement d'une concurrence exacerbée.

On pourrait imaginer qu'un jour, un OAR soit tenté d'accroître le nombre de ses affiliés à des fins pécuniaires (finances d'affiliation) en attirant de nouvelles recrues avec des arguments de bas étage tels que «chez nous, c'est moins cher» ou «chez nous, c'est moins sévère».

Toutefois, à ma connaissance, de telles dérives ne se sont pas manifestées jusqu'ici.

Plus problématique en revanche est la question de la cohérence de la jurisprudence. En effet, la coexistence des OARs serait sérieusement menacée dans son principe si la jurisprudence des instances de recours n'était pas cohérente, au moins à moyen terme.

Or, le risque est relativement grand à cet égard.

Rappelons tout d'abord que les OARs prévoient généralement un système d'arbitrage dans lequel le collège arbitral est d'ores et déjà désigné.

Ce système ne répond probablement pas aux exigences minimales d'un véritable arbitrage. En effet, une des caractéristiques de l'arbitrage est de permettre aux parties de choisir leurs arbitres en toute indépendance. Tel est, au demeurant, le système adopté par la Convention de diligence (art. 13 CDB 2003).

Envisageons donc deux hypothèses:

- la première est celle du maintien du système généralement existant, dans lequel le Tribunal arbitral est en fait une commission de recours interne à l'OAR, ce qui laisse probablement la possibilité à l'affilié de saisir ensuite les tribunaux ordinaires du lieu du siège de l'OAR concerné et de recommencer toute la procédure. Dans cette hypothèse, la procédure sera longue et très aléatoire quant à son résultat et à son fondement. Si l'affaire s'arrête au stade du tribunal arbitral ou de l'instance supérieure cantonale, la mise en place d'une jurisprudence unifiée est bien aléatoire;
- la deuxième hypothèse est celle où l'OAR institue un véritable tribunal arbitral permettant à l'affilié de désigner l'arbitre de son choix, ceci sans limitation autre que celle du critère de l'indépendance et de l'impartialité. Ce système est plus rapide que le précédent dans la mesure où, en principe, il n'implique qu'une instance de recours cantonale, suivie éventuellement d'un recours en nullité au Tribunal fédéral. Mais il présente lui aussi des difficultés puisque sauf recours au Tribunal fédéral, la construction d'une jurisprudence com-

mune sera malaisée. En effet, au sein de chacun des 12 OARs, une multitude infinie de trios arbitraux est concevable. C'est pourquoi je me demande s'il ne faudrait pas envisager la mise sur pied d'une liste d'arbitres pouvant justifier d'une certaine expérience dans le domaine de la prévention du blanchiment d'argent et de la criminalité économique, liste qui ne serait pas établie par chaque OAR mais qui serait commune à tous les OARs (un système d'arbitrage institutionnel, valable pour l'ensemble des OARs pourrait même être envisagé). Ainsi, petit à petit, les chances de parvenir à une jurisprudence cohérente seraient probablement sensiblement plus élevées.

4. Conclusions

Il est temps de conclure ces quelques réflexions par un retour à la question posée: l'autoréglementation n'est-elle qu'un pis-aller éphémère?

On aura sans doute compris que je ne suis pas de cet avis.

Moyennant certains aménagements, je suis persuadé que l'autoréglementation prévue par la LBA est à même de rendre encore de précieux services dans le cadre de la prévention du blanchiment d'argent.

Au contact de la matière, souvent quotidiennement, les responsables de la bonne marche des OARs, dont le nombre doit dépasser la centaine, ont acquis depuis 1998, mais encore plus depuis le 1^{er} avril 2000, une expérience non négligeable et ce serait un véritable gâchis que de renoncer dorénavant à un tel réservoir de compétences.

Gardons-nous de tout jugement hâtif quant au prétendu manque d'efficacité de l'autoréglementation ou, plus exactement, de la délégation partielle aux OARs de certaines tâches étatiques.

Si les principales places financières étrangères parviennent à instaurer une surveillance étatique directe et efficace sur des milliers voire des dizaines de milliers d'intermédiaires financiers de tout genre et de toute taille, il conviendra alors d'évaluer dans quelle mesure la Suisse elle aussi doit suivre une voie purement étatique pour l'ensemble de son secteur financier.

Mais pour l'heure, continuons la partie entamée au printemps 2000 et jouons résolument la carte de la coopération des secteurs économiques à la mise en œuvre de la LBA. Faisons également valoir à nos interlocuteurs étrangers, avec confiance et détermination, les atouts qu'offre la délégation de certaines tâches de l'Etat à des organismes privés soumis à une surveillance appropriée. ■