

Buts, effets et limites des recommandations du GAFI – Avec un regard sur le droit suisse et comparé de la lutte contre le blanchiment d'argent

Résumé de thèse de doctorat

GIULIA MARIANI*

MOTS-CLÉS

Financial Action Task Force (FATF) – Blanchiment d'argent – droit des marchés financiers – Standards internationaux de droit étranger

I. Introduction

Les quarante recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) ont été reprises par 205¹ pays. Elles sont reconnues comme étant le standard international en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la prolifération des armes de destruction massive², alors que le GAFI n'est pas une organisation fondée sur un traité international³. Le travail de standardisation de la réglementation visant à favoriser un *level playing field* entre les acteurs du marché est primordial, car avec la globalisation de l'économie et les développements technologiques, la criminalité organisée prend de nouvelles formes et utilise de nouveaux canaux. Les modalités du blanchiment d'argent correspondent aux traits caractérisant le système financier moderne, car elles sont non seulement évolutives, mais aussi sophistiquées et internationales. La dématérialisation et l'internalisation des flux monétaires permet à l'argent virtuel de se dépla-

cer rapidement et facilement dans le monde entier⁴. Cette évolution comporte des risques, comme le démontre la succession de faillites et les cas de fraude inédits qui ont émaillé le secteur des prestataires de cryptomonnaies récemment. À titre d'exemple, l'on citera l'effondrement de la cryptomonnaie luna et de son *stablecoin* terra ainsi que la faillite de la plateforme d'échanges de cryptomonnaies FTX. Ces exemples, ainsi que la récente crise bancaire déclenchée par la faillite de la Silicon Valley Bank aux États-Unis tout comme les affaires de blanchiment d'argent d'envergure internationale des dernières années comme Petrobras, PDVSA, FIFA, Danske Bank et les révélations des *Panama Papers* (présentées en détail dans notre thèse de doctorat) publiée en décembre 2021 démontrent à quel point les systèmes financiers sont interconnectés et qu'il est nécessaire de prévoir une standardisation de la réglementation à un niveau international. Afin de faire face à ces défis, les pays membres et le GAFI doivent trouver des réponses pragmatiques et efficaces aux risques existants et émergents de blanchiment d'argent⁵.

Notre thèse représente la première étude d'un point de vue juridique sur la portée et les limites des recommandations du GAFI et aborde plusieurs questions fondamentales : les quarante recommandations du GAFI représentent-elles un standard minimal qui tient compte des réalités économiques et juridiques diverses et, partant, des risques de blanchiment d'argent différents des pays évalués ? L'évolution du cadre législatif helvétique est-elle

* GIULIA MARIANI, Dr. iur., MLaw, Mitglied des Fachkaders, Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA.

Cette contribution est publiée sous une licence Creative Commons. DOI de cet article: 10.3256/978-3-03929-036-9_08.

¹ GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2018-2019, Paris 2020, 21.

² Qui sommes-nous ?, in : Groupe d'action financière (GAFI) (<https://www.fatf-gafi.org/fr>) ; consulter à ce titre: <<https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/>> (08.03.2023).

³ Les quarante recommandations du GAFI sont reconnues par d'importants organismes internationaux tels que le Fonds monétaire international (FMI), la Banque mondiale et le Comité de sécurité des Nations Unies.

⁴ GIULIA MARIANI, Buts, effets et limites des recommandations du GAFI – Avec un regard sur le droit suisse et comparé de la lutte contre le blanchiment d'argent, thèse, Université de Lausanne, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2021, 337 à 338.

⁵ MARIANI (n. 4), 337 et 340.

le fruit des affaires de blanchiment d'argent des dernières décennies, ou bien de l'impact des quarante recommandations du GAFI ? Quels enseignements les droits états-uniens et allemand permettent-ils de tirer quant à la mise en œuvre homogène des recommandations du GAFI ? Quels sont les facteurs au sein du GAFI qui empêchent de lutter efficacement contre le blanchiment d'argent ?

II. L'évolution du GAFI au fil du temps

A. La constitution d'une *task force* et les quarante recommandations du GAFI

À la fin des années quatre-vingt, le trafic de stupéfiants avait atteint un niveau inquiétant. Les trafiquants abusaient des intermédiaires financiers pour introduire leurs valeurs patrimoniales d'origine criminelle dans le circuit financier légal. La réponse à cette menace fut la création d'une *task force* intergouvernementale nommée « Groupe d'action financière (GAFI) » et l'élaboration de recommandations pour lutter contre le blanchiment d'argent. Le champ d'application des recommandations du GAFI n'a pas cessé d'évoluer au fil du temps afin de tenir compte des menaces émergentes : parmi les révisions les plus importantes, l'on compte tout d'abord celle 2001, lorsque le GAFI a établi des recommandations spéciales pour lutter contre le financement du terrorisme, puis celle de 2003, quand le GAFI a élargi les obligations de diligence aux professions non financières⁶, et enfin celle de 2012 lorsque le mandat du GAFI a été élargi à la lutte contre le financement de la prolifération des armes de destruction massive. Par ailleurs, lors de cette dernière révision, le GAFI a érigé le délit fiscal comme délit préalable au blanchiment d'argent et a étendu l'approche basée sur les risques à toutes les recommandations. Enfin, outre l'examen portant sur le cadre juridique d'un pays (*technical compliance*), le GAFI a introduit un examen de l'efficacité des systèmes de lutte contre le blanchiment d'argent (*effectiveness*)⁷.

B. Portée et limites des recommandations du GAFI

Les risques économiques et juridiques du blanchiment d'argent ne sont pas limités aux marchés nationaux, mais ont une dimension transnationale⁸. À titre d'exemple, les affaires de corruption Petrobras, Odebrecht, IMDB, PD-VSA et FIFA, ainsi que les révélations des *Panama Papers* et des *Pandora Papers*, qui ont défrayé la chronique ces dernières années ont eu un retentissement international. Il en résulte une grande interdépendance entre les divers pays ayant comme conséquence que la mise en œuvre d'une réglementation territoriale peut conduire à des résultats inégaux ou inefficaces d'un point de vue de la lutte contre le blanchiment d'argent⁹. Par conséquent, l'élaboration d'un corps de règles pertinent ne peut plus se faire au niveau national, car la globalisation des marchés financiers exige une harmonisation des règles applicables à l'échelon national¹⁰. Pour réaliser cet objectif, il faut d'abord des standards internationaux ayant une vocation universelle, ensuite des règles minimales tenant compte des réalités économiques et juridiques propres à chaque pays et, enfin, il faut prévoir un mécanisme de contrôle pour mesurer le degré de leur mise en œuvre dans les différents pays. Cela dit, l'interprétation homogène des recommandations et de leurs notes interprétatives doit être la pierre angulaire de ces contrôles, afin d'assurer un terrain de jeu égal (*level playing field*) entre les différents pays. Dans notre thèse, nous avons étudié toutes ces questions et nous avons également analysé si les éléments structurels, organisationnels et de gouvernance du GAFI répondaient aux exigences d'un organisme intergouvernemental intègre, transparent, impartial et indépendant. En effet, si des préoccupations sont formulées quant à la légitimité du GAFI en tant qu'organisme et au bien-fondé de ses processus décisionnels, la légitimité démocratique de ses recommandations et de ces contrôles est également remise en question¹¹.

⁶ Les professions non financières comprennent les casinos, les agents immobiliers, les négociants en métaux précieux et en pierres précieuses, ainsi que les *gatekeepers* (les avocats, les notaires, les comptables et autres professions juridiques indépendantes, les prestataires pour la création de *trusts* et de sociétés), cf. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation, The FATF Recommendations (updated march 2022), Paris, mars 2022, Glossaire, 122.

⁷ GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2011–2012, Paris, septembre 2012, 16 à 18.

⁸ MARIANI (n. 4), 51.

⁹ MARIANI (n. 4), 335.

¹⁰ PETER NOBEL, Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards ? Globale Finanzmärkte versus nationale Gesetzgebung und Aufsichtsbehörden, 69, in : Brigitte Strebler-Aerni (éd.), Standards für nachhaltige Finanzmärkte, Zurich 2008 ; MARIANI (n. 4), 51.

¹¹ TIZIAN TROXLER, International Standards in Swiss Financial Market Law, 13, N 17, in: Jusletter, 16 novembre 2015 ; MARIANI (n. 4), 336.

III. Étude de droit comparé de mesures préventives en Suisse, en Allemagne et aux États-Unis

L'étude de droit comparé que nous proposons analyse un éventail de mesures préventives en Suisse, en Allemagne et aux États-Unis, ainsi que leur conformité avec les recommandations pertinentes du GAFI et leur évaluation dans le cadre des examens par les pairs menés par le Secrétariat du GAFI. Le cœur de l'analyse s'articule autour des mesures préventives de lutte contre le blanchiment d'argent ayant fait l'objet de violations répétées par les intermédiaires financiers suisses dans le cadre d'affaires criminelles d'envergure internationale ces dernières années¹². Quelques éléments de l'étude de droit comparé méritent d'être mis en évidence.

Premièrement, c'est avant tout l'expérience suisse qui s'est avérée être une contribution importante dans la mise en œuvre des obligations de diligence. En effet, en 1977, l'affaire bancaire de Chiasso¹³ a incité la Banque nationale suisse (BNS) à collaborer avec l'Association suisse des banquiers (ASB) pour rédiger la première version de la Convention de diligence des banques (CDB). Cet accord novateur entre les banques et l'ASB prévoyait des lignes directrices pour l'identification des clients, l'interdiction de fournir un soutien actif à l'évasion fiscale pour les sociétés de domicile et les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales dans le cadre du processus de clarification *know your customer* (KYC). Bien qu'à l'époque, la principale motivation était la sauvegarde de la réputation de la place financière suisse, la CDB a influencé les textes internationaux ultérieurs comme les *Basel Statement of Principles* et les quarante recommandations du GAFI¹⁴. Deuxièmement, de nombreux intermédiaires financiers font usage de la possibilité de déléguer à des tiers l'identification du cocontractant, de l'ayant droit économique ou d'un éventuel représentant, ainsi que les clarifications s'y rapportant. Par cette délégation, les institutions financières peuvent se concentrer sur leur activité principale et

tirer profit des ressources libérées. Toutefois, une telle délégation comporte aussi des risques, notamment lorsque le tiers n'exécute pas correctement sa fonction ou lorsque l'institution financière ne vérifie pas la bonne exécution des tâches déléguées. Dans ce contexte, les procédures d'*enforcement* menées par la FINMA ces dernières années ont révélé que, dans 27 % des cas, les intermédiaires financiers ont fait recours à des tiers et que, dans 14 % des cas, ces intermédiaires financiers ont violé leurs devoirs de contrôle de l'identification des cocontractants déléguée à des tiers¹⁵. Dans ce contexte, seules les dispositions suisses et allemandes prévoient qu'en cas de délégation l'institution financière continue de répondre de la bonne exécution des tâches pour lesquelles elle a recouru aux prestations d'un tiers, d'une personne ou d'une entreprise¹⁶. Enfin, il sied d'attirer l'attention du lecteur sur la comparaison des obligations de communication en Suisse, en Allemagne et aux États-Unis. Notre chapitre sur l'obligation de communiquer contient une analyse ciblée et approfondie de la jurisprudence et de la pratique des autorités compétentes en lien avec la notion du *soupçon fondé*, qui a finalement conduit à l'introduction du nouvel art. 9, al. 1^{quater}, LBA¹⁷ adoptée par le Parlement au printemps 2021¹⁸.

IV. Les plus grandes affaires de blanchiment d'argent et l'évolution du cadre législatif suisse

Au cours des dernières décennies, la place financière suisse a connu plusieurs cas de blanchiment d'argent ayant eu un rayonnement international : dans les années quatre-vingt, les affaires *Pizza Connection* et *Lebanon Connection* ont révélé l'implication à large échelle d'intermédiaires financiers suisses dans le blanchiment d'argent lié au trafic de stupéfiants. Au début des années quatre-vingt-dix, les affaires Marcos, Duvalier, Abacha et Montesinos ont démontré que la Suisse a servi de refuge aux fonds de dictateurs et de leurs proches provenant d'une gestion déloyale et d'actes de corruption. Récemment, l'implication des banques helvétiques dans les affaires de corruption Petrobras, Odebrecht, IMDB, PDVSA dans des pays émergents a défrayé la chronique. Enfin, les révélations des *Panama Papers*, en

¹² Cette conclusion se base, d'une part, sur l'ensemble de la casuistique analysée dans notre thèse de doctorat et, d'autre part, sur les données statistiques concernant les violations et manquements constatés par la FINMA et publiés dans son rapport annuel de 2019, cf. AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2019, Berne, avril 2019, 29 ; MARIANI (n. 4), 71.

¹³ Dans les années soixante, la succursale tessinoise de la Schweizerische Kreditanstalt créa un système de banque parallèle pour favoriser l'évasion fiscale, cf. MARIANI (n. 4), 139.

¹⁴ MARK PIETH/GEMMA AIOLFI, *Anti-Money Laundering: Levelling the Playing Field*, in: Basel Institute of Governance, Working Paper, Bâle 2003, 8 ; MARIANI (n. 4), 72.

¹⁵ Cf. AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Rapport annuel 2019, Berne, avril 2019, 29 ; MARIANI (n. 4), 95.

¹⁶ MARIANI (n. 4), 101.

¹⁷ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.0).

¹⁸ MARIANI (n. 4), 102.

2016, et des *Pandora Papers*, en 2021, ont mis en lumière l'implication d'études d'avocats, de fiduciaires et d'autres prestataires dans la mise en place de structures et de sociétés *offshore* ayant pour but de dissimuler des valeurs patrimoniales aux autorités fiscales ou de camoufler l'origine criminelle des fonds¹⁹. Notre thèse a examiné comment ces affaires de blanchiment et les recommandations du GAFI ont influencé la genèse et l'évolution du cadre législatif suisse. Autrement dit, l'évolution du cadre législatif helvétique est-elle la conséquence des affaires de blanchiment d'argent des dernières décennies, ou bien est-elle le fruit des recommandations et des examens par les pairs menés par le GAFI ?

Alors que, dans les années nonante, la Suisse était devenue « l'élève modèle » dans la lutte contre le blanchiment d'argent et avait obtenu de très bons résultats lors des deux premiers cycles d'évaluations mutuelles menés par le GAFI, en 1993 et 1998, la situation a changé à partir de l'année 2003 et les résultats n'ont plus été aussi bons. Le dernier chapitre de notre thèse montre les raisons de cette évolution et analyse les points forts et les faiblesses du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent. Par ailleurs, il montre de manière claire à quel rythme soutenu les révisions de la législation helvétique en matière de lutte contre le blanchiment d'argent se sont succédé et continuent de se succéder d'une façon frappante²⁰, afin de suivre les développements internationaux et de se conformer aux recommandations du GAFI.

V. Conclusion

Le GAFI remplit sans aucun doute une fonction primordiale non seulement dans le cadre de la coordination et de la coopération intergouvernementales, mais aussi dans les travaux réglementaires et de standardisation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et, ce qui est plus important encore, dans le cadre de la conduite d'éva-

luations mutuelles. Toutefois, certains points demeurent insuffisants à l'heure actuelle, à titre d'exemple certains aspects de gouvernance du GAFI. Par ailleurs, les travaux actuels conduisent à des règles de plus en plus détaillées qui ne correspondent plus à des principes universels visant à atteindre une harmonisation des règles minimales entre les pays²¹. Cette approche ne tient pas suffisamment compte du fait que les vulnérabilités et les risques de blanchiment d'argent diffèrent en fonction des circonstances nationales, économiques, gouvernementales et sociales. Partant, les activités criminelles ne se développent pas de la même façon dans tous les pays. Certains pays sont plus perméables à certaines formes de la criminalité que d'autres²². Enfin, pour renforcer la confiance institutionnelle, il faut veiller à ce que la mise en œuvre des recommandations soit effectuée de manière homogène ou au moins semblable lors des évaluations mutuelles²³.

Alors que le quatrième cycle d'évaluation touche à sa fin, le GAFI s'apprête à préparer son cinquième cycle d'évaluations mutuelles. Dans ce cadre, il a modifié ses procédures d'évaluation qui devront être prochainement publiées. Durant le prochain cycle d'évaluation, le GAFI souhaite se focaliser d'abord sur l'efficacité des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent pour vérifier que les pays ont effectivement mis en œuvre la réglementation pertinente et que celle-ci ne reste pas lettre morte. Ensuite, il entend mettre davantage l'accent sur les secteurs plus à risque dans les pays évalués. Finalement, le GAFI prévoit de formuler des recommandations plus spécifiques, c'est-à-dire plus axées sur les résultats qu'un pays doit atteindre²⁴. Ces modifications seront-elles suffisantes pour lutter efficacement contre les techniques et technologies évolutives en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ou serions-nous toujours en retard par rapport aux criminels ? Affaire à suivre.

¹⁹ MARIANI (n. 4), 133.

²⁰ Lors d'une interview avec le *TagesAnzeiger* du 25 février 2023, la Conseillère fédérale Karin Keller-Sutter a annoncé une nouvelle révision de la loi sur le blanchiment d'argent, prévoyant notamment l'assujettissement des avocats aux obligations de diligence pour certaines activités de conseils ; cf. *TagesAnzeiger* du 25 février 2023, « Das ist im Interesse der Schweiz, die neue Finanzministerin legt sich mit Schweizer Anwälten an: Im Interview erklärt sie ihre neue Vorlage, um das Geldwäschereigesetz zu verbessern », in : Département fédéral des finances (DFF), (<<https://www.admin.ch>>), consulter à ce titre: <<https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/le-dff/karin-keller-sutter/interviews/interview-kks.html>> (08.03.2023).

²¹ MARIANI (n. 4), 336 à 337.

²² MARIANI (n. 4), 338 ; dans le même sens FAHRANAZ BSK JETHA, Une nécessaire harmonisation internationale de lutte anti-blanchiment, éditions Connaissances et Savoirs, Saint-Denis 2016, 84.

²³ MARIANI (n. 4), 336 à 337.

²⁴ GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), Rapport annuel, 2021-2022, Paris, le 30 janvier 2023, 10.