



Berne, le 21 janvier 2009

Commentaire

du projet d'ordonnance sur le contrôle du trafic transfrontière de l'argent liquide

1 Introduction

La loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (FF 2008 7553 [texte sujet au référendum ; délai référendaire 22 janvier 2009] ou FF 2007 5919 et 5963 [message]) prévoit notamment d'apporter un complément à la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD; RS 631.0). Ainsi, l'Administration fédérale des douanes (AFD) soutiendra la lutte contre le blanchiment d'argent et la lutte contre le financement du terrorisme dans le cadre de ses tâches (art. 95, al. 1^{bis}, LD). Selon l'art. 95 LD, l'AFD participe à l'exécution d'actes législatifs de la Confédération autres que douaniers si ces actes le prévoient.

De l'avis du Conseil fédéral, le soutien actif de l'AFD à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme se justifie de la façon suivante (voir FF 2007 5940 et 5955 s.):

La recommandation spéciale IX du Groupe d'action financière (GAFI) concernant le transport transfrontière d'espèces vise à lutter contre le flux transfrontière d'espèces, de devises et d'autres moyens de paiement servant au blanchiment de fonds illégaux ou au financement d'activités terroristes. Pour contrôler le transport d'espèces, le GAFI envisage deux systèmes possibles, à savoir la déclaration ou le renseignement sur demande. La première solution consiste en une obligation systématique de déclaration faite à toute personne franchissant la frontière avec des espèces; la seconde solution prévoit uniquement une obligation de renseignement si la demande en est faite. Dans les deux cas, les fonds doivent pouvoir être bloqués et confisqués. De plus, des sanctions doivent pouvoir être prononcées en cas de refus de renseigner ou si les renseignements fournis sont faux.

Le Conseil fédéral s'est déclaré pour l'introduction d'un système de renseignement sur demande à l'importation et à l'exportation. A ses yeux, un tel système est moins lourd sur le plan administratif, il ne gêne pas le trafic transfrontière quotidien et permet aux autorités douanières de contrôler non seulement la circulation des personnes et des marchandises, mais aussi le transport d'argent liquide, par le biais de demandes de renseignements par sondages ou en cas de soupçon, contribuant ainsi activement à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Dans le cadre du contrôle des marchandises, les autorités douanières suisses annoncent déjà aux autorités de police compétentes toute personne transportant des sommes considérables en espèces et soupçonnée de blanchiment d'argent. A l'heure ac-

tuelle, il n'existe toutefois aucune base juridique sur laquelle le système de renseignement envisagé puisse se fonder. Avec la mise en place d'un système de renseignement sur demande en matière de contrôle des transports transfrontières d'espèces, l'Administration fédérale des douanes (AFD) assumera une nouvelle mission dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

D'où la nécessité de modifier la LD, de manière à ce que l'AFD soit habilitée à contribuer à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le cadre de ses contrôles de la circulation transfrontière des personnes et des marchandises (art. 95, al. 1^{bis}, LD). Le système de renseignement sur demande envisagé devra être concrétisé au niveau de l'ordonnance.

Un acte législatif autre que douanier ne saurait préciser les modalités du soutien que doit apporter l'AFD à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Cette question doit être réglée par le Conseil fédéral. L'art. 95 LD ne contient toutefois pas de clause expresse de délégation chargeant le Conseil fédéral d'établir des normes primaires. Au contraire, les prescriptions édictées par ses soins consistent en dispositions d'exécution au sens de l'art. 130 LD. Les prescriptions relatives au contrôle du trafic transfrontière de l'argent liquide effectué afin de soutenir la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme doivent donc s'en tenir strictement aux dispositions en vigueur de la procédure douanière.

Du point de vue de la systématique législative, il convient de signaler que contrairement à l'intention initiale du Conseil fédéral, les dispositions relatives au contrôle du trafic transfrontière de l'argent liquide ne seront pas intégrées dans l'ordonnance du 1^{er} novembre 2006 sur les douanes (OD; RS 631.01), mais qu'il est prévu qu'elles fassent l'objet d'une ordonnance spécifique. Cette approche a déjà été choisie pour les émoluments, la caisse de prévoyance, l'utilisation d'appareils de prises de vues, le traitement des données et les compétences en matière pénale.

Le contrôle du trafic transfrontière de l'argent liquide que l'AFD exécute dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme revêt la forme de mesures d'exécution d'actes législatifs autres que douaniers. L'AFD a beau assumer en l'occurrence certaines fonctions de soutien dans le domaine de la procédure pénale, ses activités ne peuvent être assimilées à une procédure préliminaire (procédure d'investigation de la police et instruction conduite par le ministère public – voir art. 299 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, Code de procédure pénale, CPP; FF 2007 6583 [texte sujet au référendum]). En l'occurrence, il s'agit d'investigations préliminaires non réglementées par le législateur. Les mesures prises au titre de la préservation des moyens de preuve et du séquestre provisoire (art. 104 LD) doivent toutefois être réalisées de façon à être utilisables devant le juge.

2 Remarques concernant les articles

Art. 1 Objet

Cet article décrit l'objet de l'ordonnance et les tâches qu'elle implique pour l'AFD. Cette dernière effectue un contrôle du trafic transfrontière de l'argent liquide afin de lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Les notions de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme sont régies par les art. 305^{bis} et 260^{quinqüies} du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0). Remplit les éléments constitutifs du blanchiment d'argent celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime (art. 305^{bis}, al. 1, CP). La

sanction pénale prévue est la peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, soit jusqu'à 360 jours-amende de 3000 francs au plus. Par ailleurs, l'art. 260^{quinquies} CP (Financement du terrorisme) prévoit que celui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

L'ordonnance doit aussi s'appliquer, à la frontière helvético-autrichienne, sur le territoire de la Principauté de Liechtenstein. Le code pénal suisse ne s'applique toutefois pas au Liechtenstein, en vertu du Traité du 29 mars 1923 entre la Suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant la réunion de la Principauté de Liechtenstein au territoire douanier suisse (RS 0.631.112.514; ci-après: traité douanier). Par conséquent, ce sont les dispositions correspondantes des paragraphes 165 et 278d du code pénal liechtensteinois du 24 juin 1987 (StGB-FL; SR-FL 311.0) qui s'appliquent. Quand l'ordonnance se réfère aux autorités de police (cantonales) compétentes, cela vaut aussi par analogie pour la police nationale liechtensteinoise (voir art. 6 du traité douanier).

Art. 2 Définitions

Par personne assujettie à l'obligation de renseigner, on entend la personne assujettie à l'obligation de déclarer au sens de l'art. 26 LD.

La formulation de la let. b se fonde sur l'art. 2 du règlement (CE) n° 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté (JO L 209 du 25 novembre 2005, 9 ss), ainsi que sur le tarif des douanes. Les billets de banque, les chèques, les titres d'actions ou d'obligations et titres similaires sont considérés comme des marchandises au sens de la loi du 9 octobre 1986 sur le tarif des douanes (LTaD ; RS 632.10 ; le numéro 4907.0000 de son annexe est publié dans Internet à l'adresse <http://xtares.admin.ch>).

Art. 3 Fourniture de renseignements

Le droit douanier distingue différents modes de transport, en fonction du type de marchandise (marchandises du trafic touristique ou marchandises de commerce) ou du moyen de transport utilisé pour son importation (transport routier, ferroviaire, par bateau, aérien ou postal). Les marchandises du trafic touristique sont celles qu'une personne transporte avec elle lorsqu'elle passe la frontière douanière et qui ne sont pas destinées au commerce (art. 16, al. 2, LD). Sont réputées marchandises commerciales toutes les autres marchandises (*a contrario*; avec certaines exceptions non pertinentes ici).

En vertu de l'art. 25 LD, la personne assujettie à l'obligation de déclarer doit déclarer les marchandises conduites. L'AFD prescrit la forme de la déclaration (art. 28, al. 2, LD). Les marchandises du trafic touristique sont en principe déclarées verbalement; en empruntant la voie verte dans les aéroports douaniers ou en présentant une déclaration à vue verte dans le trafic par route, le voyageur indique qu'il ne transporte pas de marchandises soumises à déclaration (voir art. 25 ss de l'ordonnance de l'AFD du 4 avril 2007 sur les douanes (OD-AFD; RS 631.013). Dans le trafic des marchandises de commerce, la déclaration en douane a lieu par voie électronique ou sous forme papier (art. 6 OD-AFD).

L'obligation de déclarer vaut pour toutes les marchandises qui sont acheminées à travers la frontière, indépendamment du genre de trafic et du genre de moyen de transport utilisé. Dans le trafic touristique, les voyageurs ne se sentent toutefois pas tenus de déclarer à l'administration des douanes les billets de banque, les chèques, les titres d'actions ou

d'obligations et les titres similaires, parce qu'ils ne les considèrent pas comme des marchandises et que jusque-là ils n'avaient aucune obligation dans ce sens.

Dans le cadre de l'obligation de déclarer en douane et afin de soutenir la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, l'ordonnance prévoit des contrôles du trafic transfrontalier de l'argent liquide. Ces contrôles sont eux aussi effectués indépendamment du genre de trafic et du genre de moyen de transport utilisé. La lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme doit ainsi être possible dans toutes les opérations d'importation, d'exportation et de transit ; il s'agit de supprimer toute échappatoire.

La personne assujettie à l'obligation de renseigner peut ainsi être tenue de fournir à la demande tout renseignement concernant l'importation, l'exportation ou le transit d'argent liquide. Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation de déclaration des devises. La demande peut être formulée sans soupçon particulier. Des renseignements doivent être fournis si le montant d'argent liquide atteint 10 000 francs. L'obligation de renseigner vaut pour la personne assujettie à l'obligation de déclarer, pour le montant d'argent liquide, son origine, l'utilisation prévue et l'ayant droit économique.

En cas de soupçon de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, la demande peut être formulée même si le seuil de 10 000 francs n'est pas atteint. Un soupçon pourrait naître par exemple si une personne importe à plusieurs reprises des montants d'espèces qui, pris isolément, ne paraîtraient pas suspects.

Dans le trafic touristique, les questions sont posées oralement. Dans le trafic des marchandises de commerce, les renseignements et documents nécessaires à cet effet peuvent être demandés par écrit. On peut refuser de libérer la marchandise jusqu'à ce que les documents aient été reçus et examinés (art. 40 LD en corrélation avec les art. 17 ss OD-AFD).

Art. 4 Séquestre provisoire

En vertu de l'art. 104, al. 1, LD, l'AFD peut prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver les moyens de preuve susceptibles d'être utilisés dans une procédure pénale. Elle séquestre les objets et les valeurs dont la confiscation est probable (art. 104, al. 2, LD). Autrement dit, un séquestre provisoire est possible, sur la base de l'art. 104 LD, en cas de soupçon de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, mais aussi en cas de soupçon d'autres infractions (p. ex. vol). Le refus de communiquer des renseignements ou la communication de renseignements erronés peuvent être de nature à renforcer les soupçons de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme et constituer la base d'un séquestre provisoire. Cependant, tout soupçon ne conduit pas nécessairement à un séquestre provisoire.

D'après l'art. 104, al. 3, LD, l'AFD transmet immédiatement les objets, les valeurs et les moyens de preuve qui ont été séquestrés provisoirement à l'autorité compétente. En plus des différentes polices cantonales, l'autorité compétente peut aussi être la police nationale liechtensteinoise.

Les bureaux de douane établissent un rapport en cas de séquestre provisoire (art. 6).

Art. 5 Disposition pénale

Si la personne assujettie à l'obligation de renseigner refuse de fournir tout renseignement sur elle-même, sur l'importation, l'exportation ou le transit d'argent liquide ainsi que sur le montant d'argent liquide (art. 3, al. 1, let. a et b), son refus sera considéré comme une inobservation des prescriptions d'ordre au sens de l'art. 127, al. 1, let. a, LD. La peine applicable est une amende d'un montant maximal de 5000 francs. Pour la personne assujettie à l'obligation

de renseigner, le fait de refuser de communiquer des renseignements sur l'origine et l'utilisation prévue de l'argent liquide ainsi que sur l'ayant droit économique ne constitue en revanche pas une inobservation des prescriptions d'ordre (art. 3, al. 1, let. c et d). Cette restriction tient dûment compte de l'interdiction de l'obligation de s'incriminer soi-même, un principe reconnu par le Tribunal fédéral (cf. ATF 131 IV 36 ss, considérants 2 et 3).

La compétence d'exécuter une procédure pénale dans le cadre de l'administration des douanes est régie par l'ordonnance du 4 avril 2007 réglant les compétences de l'Administration fédérale des douanes en matière pénale (RS 631.09).

Si la personne assujettie à l'obligation de renseigner oppose une résistance active ou passive aux demandes formulées, l'infraction d'opposition aux actes de l'autorité au sens de l'art. 286 CP pourra être retenue contre elle le cas échéant.

Art. 6 Communications des bureaux de douane

Les bureaux de douane présentent un rapport sur les renseignements fournis. Leurs communications porteront sur la personne assujettie à l'obligation de renseigner, sur le montant, l'origine et l'utilisation prévue de l'argent liquide, ainsi que sur des renseignements relatifs à l'ayant droit économique. Les comptes rendus sont effectués même en l'absence de tout soupçon et n'exigent donc pas que les éléments constitutifs du blanchiment d'argent ou du financement du terrorisme soient effectivement réunis.

La communication est effectuée même lorsque le seuil de 10 000 francs n'est pas atteint (al. 2) ou qu'aucune mesure supplémentaire n'est prise. En cas de séquestre provisoire, il faut établir un rapport.

Art. 7 Système d'information

Les communications des bureaux de douane à la Direction générale des douanes faites en vertu de l'art. 3 s'effectuent dans un domaine particulier du système d'information «Rapports et communications du Cgfr (RUMACA)», conformément à l'annexe A 8 de l'ordonnance du 4 avril 2007 sur le traitement des données personnelles dans l'Administration fédérale des douanes (ordonnance sur le traitement des données dans l'AFD; RS 631.061). La dénomination du système d'information est modifiée à cette occasion. L'ordonnance susmentionnée réglemente les autorisations d'accès et de traitement (voir art. 10).

Art. 8 Assistance administrative

La Direction générale des douanes est seule habilitée à communiquer à d'autres services publics les contenus du système d'information – en lieu et place de l'octroi d'une autorisation d'accès – dans le cadre de l'assistance administrative. Les prescriptions de service internes à l'AFD régleront ou excluront les compétences correspondantes des directions d'arrondissement des douanes et des bureaux de douane.

Sont nommément mentionnés comme services publics autorisés le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent et les autorités de police compétentes. La police nationale liechtensteinoise fait partie des autorités de police compétentes. Il existe un devoir d'assistance administrative. Le devoir d'assistance administrative envers le Bureau de communication ressort déjà de la «Note interprétative à la recommandation spéciale IX: passeur de fonds», qui dispose que les informations qui ont pu être recueillies grâce au système de renseignement doivent être rendues accessibles au Bureau de communication.

D'après l'ordonnance du 7 novembre 2001 concernant l'extension du devoir de renseigner et du droit de communiquer d'autorités, d'offices et d'organisations visant à garantir la sécurité

intérieure et extérieure (RS 120.1), les autorités fédérales sont tenues de communiquer toute information relative à la lutte contre le terrorisme et son financement à l'actuel Service d'analyse et de prévention (SAP) de l'Office fédéral de la police. Il n'est par conséquent pas nécessaire d'insérer dans l'article 8 une nouvelle réglementation concernant l'assistance administrative fournie au SAP du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (cf. art. 1, let. b, de la loi fédérale du 3 octobre 2008 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure, LMSI ; texte soumis au référendum facultatif, FF 2008 7495).

En cas de séquestre provisoire, les bureaux de douane traitent directement avec les autorités de police compétentes (art. 104, al. 3, LD).

Dans le cadre de l'art. 113 LD, c'est-à-dire lorsque des traités internationaux le prévoient, la Direction générale des douanes peut également transmettre des données relatives au contrôle du trafic transfrontière de l'argent liquide tirées du système d'information à des autorités étrangères. Etant donné que cette possibilité découle de traités internationaux, une disposition spécifique n'est pas non plus nécessaire dans l'ordonnance.

Art. 9 Analyse

Il incombe à la Direction générale des douanes d'examiner régulièrement les communications enregistrées par les bureaux de douane dans le système d'information. Ces exploitations servent à l'analyse des risques, laquelle permet la mise en place de contrôles mieux ciblés, et font office de comptes rendus généraux des contrôles du trafic transfrontière de l'argent liquide effectués par l'AFD dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Les données non personnelles peuvent être sans autre communiquées et n'exigent pas de directives particulières. La communication des données personnelles s'effectuera conformément aux art. 7 et 8.

La compétence au sein de la Direction générale des douanes reste à préciser.

Art. 10 Modification du droit en vigueur

L'annexe A 8 de l'ordonnance sur le traitement des données dans l'AFD devra être complétée en conséquence.