

Cinq ans d'existence de l'OAR FSA / FSN : temps d'une révision générale

I. INTRODUCTION ET ARRIÈRE-PLAN

- 1 C'est en 1999 que l'OAR FSA / FSN a été créé sous la forme d'une société simple. Depuis le 1^{er} avril 2000, chaque intermédiaire financier – qu'il soit avocat ou notaire – doit obligatoirement s'inscrire à un organisme d'autorégulation. Durant les cinq dernières années, l'OAR a rempli toutes ses obligations qui étaient décrites dans les statuts et le règlement OAR édictés initialement. Entre-temps, la jurisprudence relative à la LBA s'est développée. Par ailleurs, l'OAR, l'Autorité de contrôle et les intermédiaires financiers ont pu acquérir de l'expérience avec l'application de la LBA et les obligations de diligence prescrites par le règlement OAR. Enfin, pour ne citer que la révision de 40 recommandations du GAFI ou le projet de la 3^e directive européenne en matière de blanchiment d'argent, d'importants développements ont également eu lieu à un niveau international.
- 2 Ces circonstances ont été les prémisses d'une adaptation des statuts et du règlement OAR à ces nouvelles données, ainsi que de plusieurs mesures ciblées permettant l'amélioration du fonctionnement général. En même temps, l'OAR a profité d'établir un règlement de procédure qui détermine les étapes procédurales à suivre en cas de violation des statuts ou du règlement OAR. Quant au règlement du tribunal arbitral, il a lui aussi fait l'objet d'améliorations. Ces 4 règlements ont maintenant été menés à chef et seront prochainement mis en vigueur. Les statuts et le règlement OAR ont été soumis à l'autorité de contrôle pour approbation, alors que le règlement de procédure et le règlement sur le tribunal arbitral peuvent être mis en vigueur directement par l'OAR.
- 3 L'article qui suit a pour but de vous présenter les modifications essentielles qui sont intervenues avec ces nouveaux textes. La fin de cet article vous fournit par ailleurs des informations sur les séminaires de formation de l'OAR FSA / FSN.

II. VUE D'ENSEMBLE DES TEXTES

1. Statuts

- 4 L'OAR FSA / FSN est passé du statut de société simple à celui d'association. Ses membres actifs sont la FSA et la FSN, alors que les intermédiaires financiers affiliés en sont les membres passifs. En 2005, ces derniers devront sortir de l'« ancien » OAR et demander leur adhésion à l'association OAR FSA / FSN (ou tout autre OAR).
- 5 Sur le plan de l'organisation, il y aura dorénavant un Conseil, composé de cinq membres (y compris le Président). À cela s'ajoute le fait qu'il a été prévu de mettre en

place d'autres contrôleurs en raison de l'accroissement des contrôles et du rythme plus élevé de ces derniers.

- 6 Enfin, les statuts contiennent également les bases qui déterminent la manière d'interjeter les recours contre les sanctions prononcées. Quant aux frais d'affiliation, ils ont eux aussi été adaptés.

2. Règlement OAR

- 7 Le règlement OAR a lui aussi fait l'objet d'une nouvelle promulgation. Ce règlement détermine la mise en œuvre – concrète et spécifique à la branche des avocats ou des notaires – des obligations de diligence et de communiquer prévues par la LBA. Elle contient par ailleurs des dispositions d'exécution d'ordre organisationnel qui découlent des statuts. La structure du texte a elle aussi été adaptée dans le sens d'une séparation entre, d'une part, les dispositions relatives à l'organisation et, d'autre part, les règles concernant les obligations de diligence. Dans la partie relative à l'organisation, figurent notamment les règles régissant l'affiliation collective et individuelle, alors que celles-ci ne reposaient jusqu'alors que sur la pratique de l'OAR.

- 8 L'observation des obligations formelles a été allégée et simplifiée, alors que les obligations matérielles ont quant à elles été précisées. Le règlement OAR contient désormais une série de définitions. Ainsi, par exemple, les mots « groupe », « cocontractant », « ayant droit économique » et « société de domicile » ont été dotés d'une définition. La délégation à un autre intermédiaire financier ou à un tiers qui remplit les obligations de diligence selon les art. 3 à 6 LBA est également possible. Concernant la documentation à établir, les dispositions contiennent les précisions nécessaires pour savoir quels sont les documents qui doivent être conservés, et de quelle manière ils doivent l'être.

- 9 S'agissant du concept général, une autre modification essentielle mérite d'être signalée : il s'agit de l'approche orientée sur le risque (voir les chiffres 13 ss).

3. Règlement de procédure

- 10 Comme mentionné plus haut, l'OAR édicte également un nouveau règlement de procédure. Celui-ci détermine le déroulement de la procédure d'enquête, le régime des sanctions et les moyens de droit, et définit les droits et obligations des intermédiaires financiers, des personnes chargées de l'enquête et de la commission disciplinaire. Il réglemente par ailleurs la procédure de recours de manière détaillée.

- 11 S'agissant de la procédure d'enquête, le règlement de procédure distingue entre deux cas de figure. Les cas simples peuvent faire l'objet d'une enquête conduite par le président, alors que pour les cas plus complexes, une personne spécialement chargée de l'enquête, voire une équipe de plusieurs personnes chargées de l'enquête, peut être mise en place. La décision d'une sanction est prise par la commission disciplinaire.

Celle-ci n'est liée ni pas l'ouverture de la procédure ni par l'enquête. Le règlement de procédure prévoit la possibilité d'attaquer la décision devant le tribunal arbitral.

4. Règlement du tribunal arbitral

- 12 Ce règlement définit la procédure arbitrale. Il institue un tribunal arbitral paritaire, auprès duquel l'intermédiaire financier recourant et l'OAR désignent tous deux un arbitre, qui à leur tour nomment un surarbitre. En ce qui concerne le déroulement de la procédure et les délais, ceux-ci ont été rigoureusement fixés. Ainsi, au niveau de la procédure, le tribunal arbitral ne dispose plus d'une liberté de manœuvre illimitée. Le but de ce règlement plus strict est de pouvoir mener les procédures – qui découlent de la violation de règles – de la manière la plus unifiée possible, permettant ainsi, d'une part, de développer une jurisprudence cohérente et, d'autre part, d'assurer l'égalité de traitement entre les différents intermédiaires financiers.

III. L'APPROCHE ORIENTÉE SUR LE RISQUE EXAMINÉE EN PARTICULIER

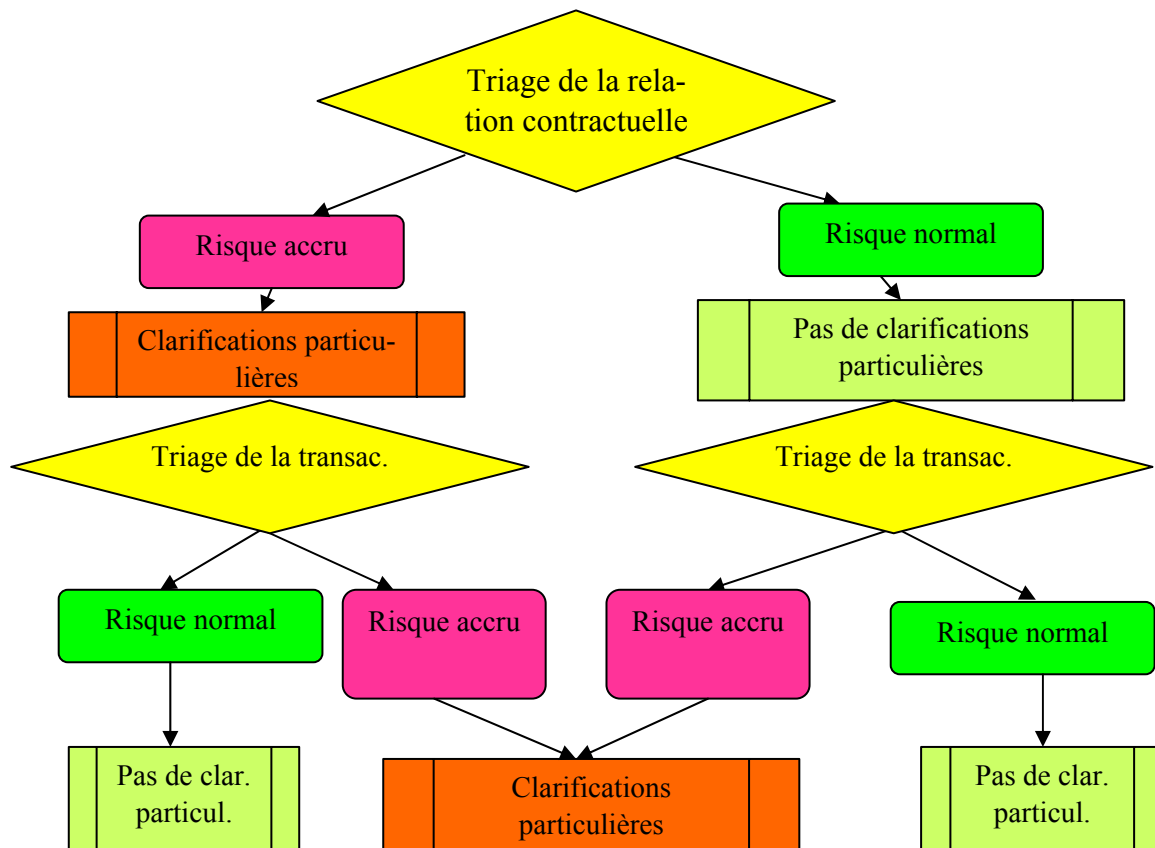
1. Situation de départ

- 13 L'art. 6 LBA prévoit une obligation de clarifications particulières. Celle-ci a pour but de clarifier l'origine des valeurs patrimoniales remises, le montant et le but de ces dernières, l'activité professionnelle ou commerciale du cocontractant ou de l'ayant droit économique, ainsi que la situation financière de ces personnes.
- 14 Les clarifications doivent être faites en cas de soupçons de blanchiment d'argent. Il appert néanmoins que toutes les relations d'affaires ou transactions ne revêtent pas le même risque élevé de blanchiment d'argent. Si toutes les clarifications de l'art. 6 LBA étaient menées avec le même degré d'intensité, cela entraînerait une surcharge inutile de travail pour l'intermédiaire financier, avec pour autre corollaire la perte de vue de l'essentiel, à savoir les véritables risques de blanchiment d'argent.

2. Solution de l'approche orientée sur le risque

- 15 L'approche orientée sur le risque part du principe que la répartition dans un groupe de risque est subordonnée à des clarifications qui doivent être effectuées dans chaque cas concret. L'intermédiaire financier doit en effet établir des groupes de risque et mettre en place des règles concernant la répartition de ses clients dans l'un ou l'autre de ces groupes. Ce tri permet ainsi de répartir les relations contractuelles entre celles qui sont « normales » et celles qui comportent un « risque accru ».

- 16 Le tri et les règles de répartition sont donc désormais directement subordonnés à ces nouvelles obligations de clarifications. Le tri intervient à deux échelons, comme le montre le graphique ci-après :
- 17 Le **premier triage** se fait au niveau de la relation contractuelle. Il s'agit ici de déterminer si le client ou l'ayant droit économique qui se cache derrière lui doit être réparti dans un ou plusieurs groupes de risque. Pour le triage qui concerne les « relations contractuelles », les intermédiaires financiers doivent établir, par le biais d'un règlement interne à leur étude, des critères aussi concrets que possible. Le règlement OAR mentionne certains de ces critères comme étant obligatoires. Ainsi, une PEP est toujours dans le groupe de risque accru. Si un client a été attribué au groupe de risque accru, il y a lieu, dès le début de la relation contractuelle, de procéder à des clarifications particulières sur le cocontractant ou l'ayant droit économique, pour ensuite consigner ces clarifications dans le document relatif à la description de la relation d'affaires. Il est suffisant d'insérer dans ce document quelques indications essentielles.
- 18 Le **second triage** se fait au niveau de la transaction. Il s'agit d'examiner si celle-ci, au regard de la relation d'affaires concrète, présente un risque normal ou accru. S'il s'agit d'un risque accru, il convient de procéder à des clarifications complémentaires relatives à la transaction elle-même. Si la transaction appartient au groupe « risque normal », il n'y a en règle générale pas d'autres clarifications à effectuer.
- 19 Le triage – qui consiste à examiner si la transaction présente un risque accru – repose pour l'essentiel sur le document qui décrit la relation d'affaires. Ce document présente les critères qui doivent être utilisés pour l'examen des différentes transactions. Si le document relatif à la relation d'affaires mentionne une fortune de CHF 200 millions, et que l'ayant droit économique effectue une transaction de CHF 250'000, ce montant n'a rien d'extraordinaire. En revanche, dans l'hypothèse où le client dispose d'une fortune de CHF 600'000, une transaction d'un montant de CHF 250'000 tombe



sous le coup des transactions à clarifier.

- 20 S'agissant de l'approche orientée sur le risque, la description de la relation d'affaires est donc un instrument cardinal. Par ailleurs, c'est là que doivent être inscrites les clarifications à effectuer lors de la réception du mandat. C'est là aussi qu'il faut procéder à une répartition dans un ou plusieurs groupes de risque. Enfin, la description de la relation d'affaires doit également définir les limites inférieures et supérieures des montants qui permettent de dire si la transaction – de manière spécifique au client – est critique ou normale.

3. Conséquences et mesures

- 21 Le but souhaité du nouveau concept est de ne devoir effectuer, en présence de relations contractuelles ou de transactions avec un risque normal, que des mesures de clarification réduites et de pouvoir réserver ses forces et ses ressources pour les relations contractuelles ou les transactions qui revêtent un risque accru.
- 22 En ce qui concerne les intermédiaires financiers affiliés à l'OAR, ceux-ci devront également, en 2005, procéder aux adaptations nécessaires au sein de leur étude. Le point principal consiste certainement en la répartition définie par le règlement dans les différentes catégories de risques décrites ci-dessus, ainsi que la répartition effective des différents mandats dans ces catégories. Ce travail unique devrait avoir pour contrepartie, dans les prochaines années, l'avantage d'une réduction massive des efforts de clarifications, dès lors qu'il ne faudra procéder à celles-ci que pour les clients dont les transactions appartiennent au groupe de « risque accru ». Ainsi, l'approche orientée sur le risque va sans aucun doute permettre une simplification et un allègement des tâches de l'intermédiaire financier.

4. Dispositions transitoires

- 23 Les nouvelles règles qui exigent de prendre des mesures au sein de l'étude devront avoir été mises en place d'ici fin 2005. Les dispositions immédiatement applicables peuvent être mises en œuvre sans délai de transition particulier.
- 24 Le passage de l'« ancien » OAR (en tant que société simple) au nouvel OAR (en tant qu'association) se fait au moyen de la déclaration d'adhésion que chaque intermédiaire financier remplit simultanément avec sa demande de sortie de l'« ancien » OAR.

IV. RÉSUMÉ ET CONCLUSION

- 25 Le nouvel arsenal de règles de l'OAR, qui se compose de quatre documents de base, apporte une nette amélioration par rapport à la situation initiale. De nombreuses insuffisances et lacunes ont été comblées, et les expériences acquises ont permis d'apporter des solutions pragmatiques. En ce qui concerne l'organisation de l'étude et le respect

des obligations de diligence, des allègements ont été apportés sans pour autant que les buts de la LBA ne soient compromis.

- 26 Dès lors que le nouveau Règlement OAR prévoit lui aussi l'obligation de se former, quatre séminaires de formation continue seront dispensés en 2005. Ceux-ci traiteront avant tout des nouveaux principes et feront un résumé des nouvelles conditions qui vont s'appliquer, ainsi que développement intervenu à un échelon international.
- 27 Le premier de ces séminaires aura lieu le 9 juin 2005 dans le cadre du Congrès des avocats à Lucerne et sera présenté simultanément dans les trois langues officielles. Les autres séminaires auront lieu le 13 septembre 2005 à Genève, le 30 septembre 2005 à Lugano, et le 4 octobre 2005 à Zurich. Les informations précises et les documents d'inscription peuvent être retirés auprès du secrétariat de l'OAR FSA / FSN, Marktgasse 4, 3001 Berne, tél. 031 313 06 00 ou sur www.swisslawyers.com.
-

Me Peter Lutz, Docteur en droit, LL.M.
Avocat à Zurich
Responsable de la formation OAR FSA / FSN