



26.02.2020

Supervision des activités de négoce de matières premières sous l'angle du blanchiment

Rapport du Conseil fédéral
donnant suite au postulat 17.4204 Seydoux-
Christe du 14.12.2017

Table des matières

1	Introduction.....	3
1.1	Mandat et teneur du texte du postulat.....	3
1.2	Définitions et champ d'analyse	3
1.3	Contexte politique entourant la question des flux financiers illicites dans le négoce de matières premières	4
1.4	Méthodologie.....	4
2	Contextualisation.....	5
2.1	Négoce de matières premières et financement en Suisse	5
2.2	Fonctionnement du financement du négoce de matières premières (CTF)	5
3	Analyse des risques dans le financement du négoce de matières premières	7
3.1	Facteurs de la menace	7
3.2	Typologies de blanchiment.....	8
4	Dispositif suisse de lutte contre le blanchiment et le secteur des matières premières: obligations des acteurs du marché, pratiques et contrôles ..	9
4.1	Pratiques des négociants non-assujettis à la LBA	10
4.2	Obligations et supervision des négociants assujettis à la LBA	11
4.3	Obligations, pratiques et supervision des banques	11
4.3.1	Règles applicables par les banques	11
4.3.2	Surveillance des banques.....	13
4.4	Code pénal.....	14
4.5	Autres mesures et instruments de prévention	14
5	Défis liés à l'identification des cas suspects	16
5.1	Complexité des schémas financiers.....	16
5.2	Ampleur des volumes échangés	17
5.3	Niveau de transparence des instruments financiers utilisés.....	18
5.4	Dissociation entre contrôles et octroi de financement.....	18
6	Conclusions et champs d'action.....	19
6.1	Synthèse et appréciation de l'efficacité des contrôles et du dispositif LBA.....	19
6.2	Moyens d'améliorer le dispositif	21

1 Introduction

1.1 Mandat et teneur du texte du postulat

Le postulat Seydoux-Christe (17.4204) « La supervision bancaire est-elle suffisante pour juguler les risques de blanchiment dans le secteur des matières premières? » demande au Conseil fédéral de lui présenter un rapport traitant de «l'efficacité de la supervision indirecte des activités de négoce exercée par les intermédiaires financiers sous l'angle du blanchiment». Le 7 mars 2018, le Conseil des États l'a adopté à 24 voix contre 11. Le présent rapport donne réponse à ce postulat.

Dans son intervention parlementaire, la postulante demande que le rapport donne une estimation du pourcentage d'opérations de négoce effectuées depuis la Suisse qui font l'objet d'un financement bancaire (par une banque supervisée en Suisse). Le rapport doit aussi présenter en quoi consistent les devoirs de diligence des banques dans des opérations de ce type et analyser dans quelle mesure ceux-ci sont mis en œuvre concrètement. Il doit enfin évaluer l'efficacité de ce dispositif et des moyens de l'améliorer.

1.2 Définitions et champ d'analyse

Le postulat Seydoux-Christe critique le fait que les risques de blanchiment dans le secteur des matières premières ne sont pas «atténué(s) par les vérifications systématiques supplémentaires que les banques entreprennent afin de minimiser leurs risques financiers et de réputation» lors de l'octroi de crédits aux sociétés de négoce. Ainsi, le postulat pose principalement la question de l'efficacité des contrôles dans le domaine du financement du négoce international de matières premières et les limites de ces contrôles dans le contexte du risque de blanchiment d'argent.

Le présent rapport se concentre surtout sur les aspects de lutte contre le blanchiment d'argent, faisant l'objet du postulat, et les infractions préalables qui peuvent être liées aux défis soulevés par le postulat (par exemple la corruption, l'escroquerie ou la gestion déloyale des intérêts publics ou privés). Il se focalise sur le financement du négoce de matières premières par les banques, en tenant compte d'autres activités financières qui touchent aussi à la branche (p. ex. gestion de fortune) dans la mesure où cela est pertinent, même s'il faut souligner qu'un financement bancaire n'est pas forcément octroyé par une banque établie en Suisse. La question du préfinancement octroyé par des négociants qu'ils fassent ou non recours à une banque a également été examinée. En outre, le rapport évoque d'autres contrôles relatifs aux sanctions (qui sont importants dans le contexte du financement du négoce mais ne font pas l'objet du postulat).

À relever que sur le plan international, les standards du GAFI ne s'appliquent pas au négoce de matières premières¹. Les négociants en métaux précieux et négociants en pierres précieuses sont toutefois assujettis à ces standards lorsqu'ils effectuent avec un client une opération en espèces égale ou supérieure au seuil désigné applicable (cf. Recommandation 22). En pratique, ces règles ne sont guère applicables au négoce de matières premières car les opérations sont rarement exécutées en espèces. Le GAFI précise, enfin, que lorsque les pays établissent, dans leurs évaluations des risques, que certains types d'institutions, d'activités, d'entreprises ou de professions ne relevant pas de la définition des institutions financières ou des entreprises et professions non financières désignées présentent un risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, ils devraient envisager de leur appliquer des obligations de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBC/FT) (cf. R. 1). Ce rapport s'inscrit également dans ce contexte.

¹ Cf. glossaire des standards du GAFI, définition des institutions financières : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations%20du%20GAFI%202012.pdf>

1.3 Contexte politique entourant la question des flux financiers illicites dans le négoce de matières premières

Le secteur suisse des matières premières a gagné en importance et en visibilité depuis une dizaine d'années. Cela s'explique notamment par l'envolée des prix des matières premières, qui a valu au secteur d'échanger des volumes plus importants en termes financiers, et par le retentissement médiatique d'affaires pénales impliquant des sociétés de négoce actives en Suisse. Tandis que le secteur du négoce de matières premières est un pilier important pour l'économie suisse, l'occurrence des affaires de blanchiment et de corruption liées au négoce représente pour la Suisse un risque de réputation, auquel s'ajoutent des risques en termes de violation des droits de l'homme, de cohérence des politiques pour le développement durable, notamment en termes de cohérence entre politiques de développement et politiques économiques, et des flux financiers illicites. Les risques de réputation s'inscrivent donc dans un contexte plus large que celui du blanchiment d'argent, et mettent en évidence, en relation avec la corruption notamment, l'importance de la bonne gouvernance et la responsabilité des entreprises multinationales. À relever que, d'après les informations provenant des acteurs de ce secteur interrogés dans le cadre de la réalisation du présent rapport, une tendance au renforcement continu des contrôles et des pratiques mis en œuvre par les banques et les négociants pour se prémunir contre les abus dans ce secteur serait observée.

Depuis 2010, on compte une demi-douzaine d'interpellations parlementaires soulevant la question du blanchiment d'argent dans le négoce de matières premières. Les motions Wyss (11.4161) et Birrer-Heimo (17.4244) présentent un lien avec le postulat Seydoux-Christe, dans le sens qu'elles demandent au Conseil fédéral de soumettre le négoce pour compte propre à la législation anti-blanchiment. Dans son avis du 21 février 2018, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion. Le présent rapport prend toutefois en compte la problématique de l'assujettissement à la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) du négoce de matières premières pour compte propre. Relevons aussi la question 17.5358 Cédric Wermuth «Activités de la société Gunvor au Congo» qui soulève également la problématique de l'adéquation de la réglementation actuelle pour juguler les risques de blanchiment d'argent.

1.4 Méthodologie

Le présent rapport se fonde sur l'expertise des autorités fédérales chargées de la lutte contre le blanchiment d'argent et la corruption². L'analyse, portant sur les pratiques des banques actives en Suisse dans le financement du négoce de matières premières, a notamment été conduite sur la base de questionnaires qualitatifs et quantitatifs et d'entretiens avec le secteur privé (banques et négociants). Tout en fournissant des indications précieuses sur les risques de blanchiment d'argent et de corruption et l'efficacité des mesures d'atténuation de ces risques dans le financement des matières premières, les réponses ne prétendent pas donner une vue exhaustive du secteur.

D'autres sources ont enfin alimenté ce rapport, en particulier:

- le rapport du Groupe de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF) de 2015 sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse³,
- le rapport de 2018 intitulé «National risk assessment: La corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent»⁴;

² SIF, MROS, MPC, OFJ, FINMA, SECO, DPES

³ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/39966.pdf>

⁴ <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/finanzmarktpolitik/integritaet-des-finanzplatzes-.html>

- le «Rapport de base: matières premières» de 2013 ainsi que le rapport du Conseil fédéral de 2018 sur «Le secteur suisse des matières premières: état des lieux et perspectives»⁵, et
- le rapport du Conseil fédéral de 2016 sur les «Flux financiers déloyaux et illicites en provenance des pays en développement»⁶.

2 Contextualisation

2.1 Négoce de matières premières et financement en Suisse

On ne dispose que de données ponctuelles concernant les volumes de financement du négoce de matières premières en Suisse. Celles-ci proviennent de différentes sources et présentent des écarts importants. Il faut relever qu'une distinction doit être faite, en termes de volumes, entre le financement du négoce international assuré depuis la place financière suisse, et les volumes de financement dont ont besoin les sociétés actives depuis la Suisse dans leurs opérations de négoce. En 2013, l'Association Suisse des Banquiers estimait à environ 1500 milliards de CHF les financements commerciaux de matières premières assurés par des banques en Suisse,⁷ tandis qu'un volume de 62 milliards de USD était estimé en 2016 en terme de financement bancaire du négoce en Suisse.⁸ Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une proportion importante en comparaison aux autres centres internationaux de négoce, qui ont plutôt tendance à financer ces opérations via les marchés des capitaux.

En Suisse, le financement des opérations de négoce de matières premières est assuré par des banques spécialisées dans ce type d'activité. Des banques étrangères interviennent sur le marché à la fois depuis l'étranger et depuis la Suisse, par le biais de filiales et de succursales. De nombreuses sociétés de négoce, certaines de grande taille et de nombreuses de petite taille, ont une présence en Suisse pour pouvoir profiter d'un financement bancaire. À relever que, pour les petites et moyennes entreprises, un financement non-bancaire (notamment via les marchés de capitaux) est difficilement accessible.

Les banques peuvent être impliquées dans des transactions liées au négoce de matières premières quand bien même elles ne fournissent pas elles-mêmes de prestations de financement (p. ex. au travers de services dans le cadre du trafic des paiements ou de gestion de fortune).

2.2 Fonctionnement du financement du négoce de matières premières (CTF)

Les sociétés de négoce peuvent financer leurs opérations par des financements bancaires, par des financements non-bancaires (marché des capitaux, prêts non-bancaires) ou avec leurs fonds propres. Une tendance selon laquelle des négociants mettent à disposition des liquidités à d'autres négociants a aussi pu être observée ces cinq dernières années. Cependant, la grande majorité des opérations de négoce conduites depuis la Suisse (entre 80 et 90 % selon les estimations des intermédiaires financiers interrogés) sont financées via des crédits bancaires, octroyés par des banques en Suisse ou à l'étranger.

Dans la pratique, on peut distinguer deux types de financement bancaire du négoce de matières premières:

- D'un côté, les **financements transactionnels de matières premières**. Toujours à court terme, ces financements sont liés à des flux commerciaux de matières premières. Les transactions financées (p. ex. au moyen de lettres de crédit) reflètent une acquisition et une vente effectives de biens entre un fournisseur (commerçant ou producteur) et un acquéreur. Le financement

⁵ <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55061.pdf>

⁶ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-64112.html>

⁷ *La Suisse, place de négoce de matières premières*, 2013, ASB

⁸ *Swiss Commodity Trading Sector: Competitiveness and Integrity*, 2017, Oliver Wyman

repose donc sur des biens. Les recettes tirées de la vente des matières premières financées sont utilisées pour le remboursement du crédit. La banque vérifie systématiquement, (c.-à-d. pour chaque transaction) que le crédit soit utilisé dans les conditions convenues au moyen de différents documents et de différentes sources attestant le déplacement des biens financés.

- D'un autre côté, les **financements non-transactionnels de matières premières**. Ces financements sont à plus long terme et souvent de nature renouvelables (p. ex. borrowing base). Pour ces derniers, il n'y a pas de suivi unitaire de toutes les transactions, mais une déclaration régulière concernant l'usage des fonds (p. ex. hebdomadaire). Font partie de ce type de financement les lignes de crédit dites «en blanc», qui sont qualifiées ainsi car elles sont octroyées au client (la société de négoce) sans que la banque ne conserve de garantie sur le recevable (la matière première). Les financements non-transactionnels ont l'avantage de permettre aux sociétés de négoce une meilleure planification de l'allocation des liquidités.

Le choix d'un mode ou l'autre de financement dépend principalement du risque de défaillance de la contrepartie. En termes de volumes et de nombre d'opérations, les banques interrogées affirment financer en grande majorité des opérations de négoce en mode transactionnel parce que cela leur permet de limiter les pertes financières en cas de défaillances de la contrepartie. Les financements non-transactionnels sont en règle générale octroyés à des sociétés de négoce plus grandes ou diversifiées, qui disposent de davantage d'actifs, par exemple en raison de leur intégration verticale.

Indépendamment de leur nature transactionnelle ou non-transactionnelle, les opérations de négoce peuvent aussi être préfinancées. Dans ce cas de figure, un contrat entre les parties prenantes est conclu avant que la marchandise ne soit produite. Un crédit commercial est octroyé par un négociant à une société productrice, laquelle remboursera ce crédit en livrant des matières premières une fois celles-ci produites ou extraites. Le négociant peut obtenir à son tour un crédit auprès d'une banque pour couvrir le crédit qu'il accorde à une société productrice. Ce mode de financement est surtout utilisé dans le secteur énergétique, même si selon les informations fournies par les banques actives dans le financement de négoce de matières premières, les opérations préfinancées sont globalement marginales. Le préfinancement sans l'apport d'une banque (par exemple via les fonds propres d'une entreprise) est une pratique qui n'est pas non plus répandue, même si des exemples ont pu l'illustrer. Celle-ci nécessite en effet non seulement l'apport, mais surtout l'immobilisation sur une certaine période, de grands volumes de capitaux, que les sociétés de négoce indépendantes⁹ n'ont en général pas. Par ailleurs, le préfinancement représente un certain risque de crédit: la contrepartie n'ayant pas encore réalisé sa partie du contrat, soit la production de la matière, la créance n'est pas, comme dans le cas d'un financement classique de négoce, auto-amortissable.

Nécessitant un accès à des volumes importants de liquidités pour financer leurs opérations, les sociétés de négoce ont souvent recours à plusieurs banques pour leur financement. Une certaine proportion de ces lignes de crédits reste en générale non utilisée. Cela s'explique par le fait que, lorsque leur capacité financière le leur permet, les négociants préfèrent disposer d'une certaine flexibilité pour la planification de l'utilisation de leurs financements. Il n'est pas rare que les larges facilités de crédits soient octroyées à des sociétés de négoce au travers de crédits syndiqués, c'est-à-dire que plusieurs banques mettent ensemble le pool de liquidités à disposition.

Il apparaît clairement que les sociétés de négoce de matières premières effectuent généralement des opérations qui ont une portée globale. Ces sociétés ont recours à de nombreux intermédiaires financiers, ce qui résulte en des schémas opérationnels et financiers complexes. Ce constat est central,

⁹ Les entreprises qui n'ont en règle générale pas d'activité de production, mais dont l'objectif premier est l'activité de négoce.

puisque cela affecte dans une large mesure le niveau de visibilité dont profitent les banques qui financent ces opérations (voir ch. 5.1).

3 Analyse des risques dans le financement du négoce de matières premières

3.1 Facteurs de la menace

Comme toutes les entreprises, celles actives dans le négoce de matières premières sont théoriquement susceptibles d'être impliquées dans des infractions pénales très diverses, comme l'escroquerie, le financement du terrorisme ou la manipulation de cours. Néanmoins, le plus grand risque encouru par ce secteur d'activités est la corruption¹⁰.

À cet égard, trois facteurs de risque principaux caractérisent particulièrement ce secteur. Le premier est dû au fait que les contrats, octrois de licences d'exploitations, autorisations et contrôles liés au négoce de matières premières interviennent souvent dans un domaine régalien, pouvant impliquer la présence d'une entreprise étatique (*state-owned enterprise*, SOE). Cela augmente le risque que des pots-de-vin soient versés, soit pour y obtenir accès, soit pour s'en faire adjudiquer la commercialisation. Deuxièmement, les matières premières, notamment les énergies fossiles, sont souvent acquises dans ou fournies à des pays caractérisés par d'importants défis en termes de gouvernance, y compris des pays en développement et fragiles, davantage exposés en matière de corruption. Troisièmement, le négoce de matières premières met souvent en jeu des sommes d'argent élevées liées à des volumes importants d'unités de vente, ce qui constitue également une menace plus importante du point de vue du blanchiment d'argent. Il est en effet plus aisé de dissimuler des pots-de-vin par une sur- ou une sous-facturation minime d'unités de vente achetées par millions que dans l'achat de quelques unités de ventes, où l'inadéquation du prix est davantage visible.

Depuis 2009, le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) a reçu plusieurs milliers de communications de soupçons impliquant des activités de négoce de matières premières. Rien qu'entre 2015 et 2018, plus de 1500 relations d'affaires ont été communiquées au MROS dans le contexte des scandales dits «Petrobras» (Brésil) et «PDVSA» (Venezuela), qui impliquent l'un et l'autre des sociétés semi-étatiques pétrolières ainsi que, parfois, les sociétés qui commercialisent leur pétrole. L'analyse statistique d'un échantillon de 367 relations d'affaires communiquées au MROS entre 2016 et 2018 (hors affaires Petrobras, PDVSA et autres affaires de «laundromats») montre que la corruption apparaît comme l'infraction préalable supposée dans près de 53 % des cas, alors qu'elle ne caractérise qu'un total d'environ 25 % de l'ensemble des communications reçues pendant ces mêmes trois années. Après la corruption, les infractions préalables supposées les plus souvent citées sont l'escroquerie (20 %) et l'abus de confiance (7 %), voire la gestion déloyale, qui, souvent commises par des agents publics, des personnalités politiquement exposées (PPE) ou certains de leurs proches, infractions qui peuvent entrer en concours avec la corruption. De même, le risque particulier que représente le négoce d'énergies fossiles apparaît clairement, puisque des entreprises actives dans ce type de négoce sont impliquées dans 85 % de l'échantillon analysé, les autres étant actives dans le trading de denrées alimentaires (3 %), de minerais et de métaux d'extraction minière (3 %) ou dans le commerce d'autres types de produits ou de plusieurs produits (8 %). Les 367 relations d'affaires de l'échantillon analysé mettent en jeu des sommes d'un montant global équivalant à environ 1,1 milliard de francs, soit près de 3 % du montant total des avoirs déposés sur la totalité des relations signalées au MROS pendant cette période. Ces informations confirment que les négociants en matières premières sont exposés à des risques de corruption élevés.

¹⁰ Rapport NRA, 2015, p. 122 ; OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale. Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, 2014, p. 21, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/rapport-de-l-ocde-sur-la-corruption-transnationale_9789264226623-fr#page4.

3.2 Typologies de blanchiment

Dans le négoce de matières premières, la corruption en tant qu'infraction préalable au blanchiment d'argent peut être en concours avec d'autres infractions telles que l'escroquerie (146 CP) ou la gestion déloyale d'intérêts publics ou privés par des personnes physiques (Art. 314 et 158 CP). Elle implique souvent des PPE ou des agents publics étrangers exerçant un contrôle effectif de l'offre des matières premières dans le pays d'extraction ou des personnes qui leur sont proches. Dans de telles circonstances, les conditions d'achat des matières premières sur le marché international peuvent être tronquées, par exemple par l'octroi de conditions privilégiées à des sociétés de négoce «écran», opérant en Suisse et à l'étranger, en réalité contrôlées par les PPE, les agents publics étrangers indécents ou des personnes qui leur sont proches. Au bénéfice de conditions plus favorables, ces sociétés peuvent par exemple obtenir des matières premières à des conditions avantageuses pour elles et au détriment de la société étatique qui les commercialise ou se voir accorder un financement facilité. En outre, cette modalité peut se passer d'un intermédiaire financier en Suisse, notamment pour le financement.

Du point de vue de la corruption proprement dite, le risque existe que des comptes bancaires helvétiques soient utilisés pour transférer des montants servant à corrompre (= *instrumenta sceleris*). C'est par exemple le cas si un intermédiaire financier helvétique communique au MROS des soupçons en remarquant que des apporteurs d'affaires redistribuent à l'étranger des commissions anormalement élevées perçues suite à l'octroi d'un contrat par une société pétrolière étatique d'un pays tiers. Des comptes bancaires helvétiques peuvent aussi être utilisés pour recueillir le produit de la corruption passive (= *producta sceleris*). C'est par exemple le cas lorsqu'une banque helvétique communique des soupçons parce qu'elle héberge les comptes d'une société de domicile appartenant à un ministre de l'énergie et qu'elle suspecte des entrées de fonds sur ce compte qui pourraient provenir de pots-de-vin en relation avec l'attribution de marchés publics.

Les communications de soupçons reçues par le MROS montrent la grande exposition de la Suisse au risque de blanchiment d'argent associé au négoce de matières premières. Cela s'explique d'une part par l'importance de ce secteur au sein de l'économie helvétique (cf. ch. 2). D'autre part, les sociétés étrangères de négoce de matières premières peuvent elles-aussi recourir au système bancaire suisse, de sorte que les irrégularités qu'elles commettent à l'étranger peuvent trouver des répercussions en Suisse via le système bancaire. Comme l'illustrent les récentes affaires de corruption qui ont ébranlé les sociétés semi-étatiques pétrolières Petrobras et PDVSA, les irrégularités peuvent ainsi impliquer à la fois des sociétés suisses de négoce et des banques helvétiques.

L'échantillon de communications retenu illustre les typologies développées ci-dessus. Dans 34 % des cas, le cocontractant est une personne physique; dans 41 % des cas, il s'agit d'une société de domicile et il ne s'agit d'une société opérationnelle que dans 24 % des cas. Parmi ces dernières, toutes ne sont pas actives dans le négoce de matières premières. Certaines entreprises sont des sociétés de conseil ou des fiduciaires en faveur desquelles les sociétés de négoce ont versé des honoraires pour des activités de consulting ou de gestion, soupçonnés de correspondre à des pots-de-vin. D'autres sont des sociétés actives dans différents secteurs d'activité, par exemple des sociétés immobilières ou des caisses de pension, dans lesquelles sont investis les profits soupçonnés être d'origine criminelle, le plus souvent de faits de corruption, lesquels auraient été engrangés dans le cadre d'activité de négoce de matières premières. D'autres, enfin, sont des sociétés de négoce déclarées comme étant opérationnelles, mais qui pourraient s'avérer n'être en fait que des sociétés de domicile. Par ailleurs, dans 72 de ces 367 relations d'affaires, la personne dont les comptes font l'objet de la communication est une société suisse (dix sociétés de domicile et 62 sociétés déclarées comme opérationnelles), ce qui correspond à près de 30 % des relations d'affaires de l'échantillon dont le titulaire est une personne morale.

L'analyse qui précède montre que la place financière suisse, étant donné la taille du secteur, est particulièrement exposée au risque de blanchiment d'argent lié au négoce de matières premières, tant à travers ses banques qu'à travers les négociants établis en Suisse. Cela représente non seulement un défi pour les entreprises, mais aussi un risque pour l'intégrité ainsi qu'un risque de réputation pour la Suisse en tant que siège de ces entreprises.

4 Dispositif suisse de lutte contre le blanchiment et le secteur des matières premières: obligations des acteurs du marché, pratiques et contrôles

Dans le cadre de l'évaluation mutuelle du GAFI de 2016, le cadre légal suisse, tel qu'applicable aux négociants, a été reconnu conforme aux standards internationaux de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Les obligations des acteurs du marché (intermédiaires financiers et sociétés de négoce) et les contrôles en place dépendent de la nature des activités entreprises. En Suisse, le négoce de matières premières pour compte propre n'est pas soumis à la LBA, en raison du fait qu'on ne se trouve pas en présence de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers qui seraient acceptées ou gardées en dépôt dans le cadre de l'activité de négoce¹¹. Il n'en va pas de même pour le négoce pour compte propre de métaux précieux bancaires, lequel entre également dans le champ d'application de la LBA¹². Est réputée négociante en matières premières agissant pour compte propre toute personne qui achète ou vend des matières premières en son nom propre.. Si lors de l'achat ou de la vente de matières premières, il est recouru à un financement bancaire, le négoce de ces matières premières pour compte propre, respectivement la transaction financière correspondante, est soumis indirectement à la LBA à travers la banque qui assure son financement. Il arrive cependant que le négociant faisant du commerce pour son compte propre dispose de suffisamment de moyens financiers pour autofinancer une partie de ses opérations. Ces éléments sont plus amplement développés au point 4.1.

En contrepoint, le négoce de matières premières pour compte de tiers entre dans la définition de l'intermédiation financière et est soumis à la LBA. Le négoce de matières premières revêtant alors souvent un caractère commercial, il entre généralement dans le champ d'application de la LBA¹³. Le négoce physique de matières premières et hors bourse entre dans le champ d'application de la LBA lorsque les matières premières atteignent un degré de standardisation tel qu'elles peuvent être aliénées en tout temps, comme c'est par exemple le cas du pétrole brut, du sucre et du café¹⁴. Entre également dans le champ d'application de l'OBA le négoce en bourse de matières premières. À cet effet, les matières premières doivent répondre aux critères des valeurs mobilières (y compris les dérivés de matières premières¹⁵). Actuellement, près de 20 petits et moyens négociants en matières premières, sont affiliés à un organisme d'autorégulation (OAR) reconnu et sont donc soumis à sa surveillance. Les obligations et contrôles relatifs à ces opérations sont décrits au point 4.2.

Les obligations et pratiques des banques, ainsi que les contrôles y relatifs, sont décrits au point 4.3. Le chapitre 4.4 rappelle en outre que l'art. 305^{bis} CP est systématiquement applicable, même lorsque le

¹¹ Cf. art. 5, al. 1, let. c et d, *a contrario*, de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) et message du 13 décembre 2013 concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2014, pp 627.

¹² cf. art. 5, al. 1, let. e, OBA et circulaire 2011/1 de l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), ch. marg. 75 ss.

¹³ cf. art. 2, al. 3, let. c, LBA en relation avec l'art. 5, al. 1, let. c et d, OBA et avec la circulaire 2011/1 de la FINMA, ch. marg. 72 ss.

¹⁴ Art. 5, al. 1, let. d, OBA

¹⁵ En vertu du ch. marg. 74 de la circulaire 2011/1 de la FINMA, les dérivés de matières premières sont des valeurs mobilières au sens de l'art. 2, let. b, de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers.

négociant échappe à la LBA en raison du fait qu'il effectue des opérations pour compte propre et sans implication d'un intermédiaire financier. Enfin, des instruments et mesures de prévention allant au-delà du cadre réglementaire LBA pertinents dans la lutte contre la corruption et le renforcement général de la bonne gouvernance d'entreprise dans le secteur des matières premières sont décrits au point 4.5.

4.1 Pratiques des négociants non-assujettis à la LBA

Une société négociant pour son propre compte des matières premières n'est pas assujettie à la LBA. Dans le cas où le négociant est client d'une banque en Suisse pour d'autres services, ses activités restent contrôlées dans la mesure où sa banque doit connaître son client et comprendre les transactions qui interviennent sur les comptes de ce dernier. Dans la mesure où le négociant en matières premières ne dispose pas d'un compte en Suisse et finance des matières premières sans passer par un intermédiaire financier établi en Suisse, un tel contrôle n'a pas lieu en Suisse et les activités commerciales s'opèrent en dehors du dispositif LBA suisse. Les opérations sont alors soumises à la réglementation étrangère, et la surveillance incombe à l'autorité de surveillance du pays concerné.

De plus en plus, les négociants appliquent des mesures de conformité de manière volontaire. Celles-ci consistent en particulier en des mesures de diligence sur les contreparties, des codes de conduite adoptés par les entreprises et des systèmes de contrôles internes, des formations destinées à leurs collaborateurs ou sous-traitants, la non-acceptation de paiements en espèces, ou encore des procédures de recrutement strictes. À relever que certains codes de conduite incorporent des principes issus d'instruments juridiquement non contraignants (Organisation de coopération et de développement économiques [OCDE], Transparency international ou Nations Unies). Ces contrôles visent surtout à prévenir la corruption et sont mis en œuvre à titre volontaire, même si les négociants doivent se conformer aux règles généralement applicables dans le pays (notamment CP).

Il convient de distinguer les grands négociants, qui peuvent disposer de services de compliance et juridiques sophistiqués à l'échelle mondiale et régionale, des négociants de taille plus modeste, dont les contrôles peuvent être plus limités. Une certaine harmonisation des contrôles est à constater si le négociant à recours à un financement bancaire. Dans ce cas de figure, le négociant doit se conformer aux exigences des banques pour l'ouverture d'une relation d'affaire et accéder à un financement bancaire.

Les pratiques de gestion des risques et les contrôles des négociants ne sont donc pas harmonisées au sein de la branche. Cette hétérogénéité comporte des risques. Toutefois, un assujettissement à la LBA des négociants agissant pour compte propre n'améliorerait probablement pas de manière significative la prévention de la lutte contre le blanchiment d'argent, notamment parce que le dispositif actuel transposé au négoce imposerait en premier lieu des devoirs de diligence dans les opérations où les sociétés soumises vendent des matières premières, alors que leurs risques sont plus élevés du côté de l'acquisition des matières premières. En outre des considérations de coûts et de compétitivité de la place économique suisse entrent également en ligne de compte. En effet, un assujettissement à la LBA entraînerait pour ces acteurs des coûts importants, notamment en matière de révisions, mais aussi de contributions financières aux OAR et d'adaptations organisationnelles à l'interne pour répondre aux règles définies (service de compliance LBA, formations, documentation). Cependant, une harmonisation des pratiques en matière de gestion des risques pourrait améliorer la prévention (cf. champ d'action au ch. 6.2).

4.2 Obligations et supervision des négociants assujettis à la LBA

Les négociants en matières premières assujettis à la LBA doivent s'affilier à un OAR reconnu par la FINMA^{16,17}. L'OAR assure, par l'intermédiaire de ses membres, la surveillance prévue par la LBA et surveille le respect des devoirs de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Les négociants de matières premières affiliés doivent remplir les devoirs de diligence énoncés dans la LBA conformément au règlement édicté par l'OAR concerné qui définit ces devoirs de diligence¹⁸. D'après ce règlement, le négociant en matières premières doit en particulier définir l'identité de son partenaire contractuel (l'entité qui achète des matières premières contre des valeurs patrimoniales) et de l'ayant droit économique. Il doit vérifier en outre si l'opération n'est pas interdite par des sanctions ou des embargos (cf. loi sur les embargos). Si des risques importants ou inhabituels se révèlent dans la cadre d'une transaction ou d'une relation d'affaire, le négociant en matières premières doit éclaircir d'autres points. Enfin, il est soumis à certains devoirs de documentation et doit, en cas de soupçons fondés de blanchiment d'argent, informer le MROS. A ce jour, le MROS n'a reçu aucune communication de soupçons de la part de négociants pour le compte de tiers dans le domaine du trading de matières premières, ce qui pourrait toutefois s'expliquer par le faible nombre d'assujettis ou le faible volume de leurs affaires.

De son côté, la FINMA reconnaît et surveille les OAR dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La FINMA supervise le travail de l'OAR qui consiste à contrôler si ses membres respectent les prescriptions en matière de blanchiment d'argent. À cet effet, elle effectue des contrôles périodiques sur place et des entretiens de surveillance bilatéraux réguliers et analyse des rapports annuels des OAR. En outre, la FINMA procède chaque année à une analyse et à une catégorisation des risques auxquels sont exposés les OAR. Ces travaux permettent de déterminer l'intensité et la périodicité des instruments de surveillance appliqués par la FINMA. La surveillance du respect des sanctions et de la loi sur les embargos ne relève pas de la compétence des OAR, mais de celle du Secrétariat d'État à l'économie (SECO). Dans sa politique de sanctions, la Suisse s'aligne sur les décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation des nations unies (ONU). Par ailleurs, elle s'est associée depuis 1998 dans pratiquement tous les cas importants aux sanctions décidées par l'Union européenne (UE). Les sanctions dans le domaine des matières premières constituent un moyen de pression économique important à l'encontre des États ou des régimes dans la mesure où elles peuvent priver ces États d'importantes sources de revenus.

4.3 Obligations, pratiques et supervision des banques

4.3.1 Règles applicables par les banques

Les activités de financement du commerce sont régies par les dispositions réglementaires générales et les dispositions du droit de surveillance. Chaque intermédiaire financier est soumis à la LBA et doit respecter à l'endroit de ses clients les obligations de diligence fixées par la LBA¹⁹. L'intermédiaire financier doit informer immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont fait l'objet d'une incrimination²⁰. Il en va de même si l'intermédiaire financier rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés²¹.

¹⁶ Constitue la seule solution depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les établissements financiers (LEFin) et de l'abrogation du statut des intermédiaires financiers directement soumis (IFDS) le 1er janvier 2020.

¹⁷ Cf. art. 14 en relation avec l'art. 2, al. 3, LBA.

¹⁸ Cf. art. 25 et art. 3 ss LBA.

¹⁹ Cf. art. 3 ss LBA, art. 10 ss de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA) ainsi que la convention relative à l'obligation de diligence des banques de l'Association suisse des banquiers (CDB 20).

²⁰ Cf. art. 9, al. 1, let. a, LBA.

²¹ Cf. art. 9, al. 1, let. b, LBA.

Une des spécificités de l'activité de financement réside dans le fait que la banque octroie un crédit, dont l'origine est de l'argent propre. Au-delà des défis liés à l'application des devoirs de diligence que cela implique (cf. ch. 5), il n'est par ailleurs pas toujours aisé pour la banque de distinguer les cas où elle doit communiquer des soupçons. Il existe un risque que le crédit soit utilisé à des fins de corruption et que cela échappe à l'obligation de communiquer tant qu'il n'est pas remboursé et que d'autres valeurs patrimoniales ne sont pas impliquées. Une plus grande clarté sur l'étendue de l'obligation de communiquer contribuerait à renforcer la détection (cf. champ d'action au ch. 6.2).

Si le client est un négociant en matières premières, la banque doit également remplir les obligations LBA usuelles en ce qui le concerne. Le droit bancaire et la législation relative au blanchiment d'argent ne prévoient pas de dispositions spéciales pour le financement du négoce de matières premières; celle-ci est régie par les dispositions générales du droit bancaire (en ce qui concerne les opérations de crédit, on se fonde surtout sur les prescriptions légales régissant les fonds propres) et par les dispositions générales concernant la lutte contre le blanchiment d'argent. Pour octroyer un crédit, la banque doit très bien connaître son client, l'opération que le crédit servira à financer, les contreparties impliquées et les pays concernés, ainsi que les flux et les volumes de transactions annuels prévus ²².

Dans le cadre du financement d'un commerce, une banque doit notamment déterminer et documenter à quelle fin son partenaire commercial entend utiliser l'argent et si l'opération financée est légale (en particulier si elle n'est pas interdite par des sanctions [internationales] ou par des embargos). En général, la banque connaît également les partenaires commerciaux de ses clients. La loi ne définit cependant pas de façon exhaustive la nature exacte des clarifications que la banque doit apporter dans le cadre du financement d'un commerce. La portée concrète dépend surtout de la manière dont la banque gère les risques et est notamment défini par la propension de la banque à prendre des risques ²³. Lorsqu'une relation d'affaire ou une transaction révèlent des risques accrus, notamment en raison des États concernés ou de l'importance des valeurs patrimoniales, ou si ces risques semblent inhabituels, la banque doit apporter des clarifications complémentaires sur les tenants et les aboutissants ²⁴. Dans le cadre du suivi des transactions, la banque devra donc vérifier si les fonds ne servent pas à financer des activités incompatibles avec les indications fournies. Conformément aux dispositions de l'OB, les banques doivent en outre documenter, limiter et surveiller les risques liés à leur activité commerciale. En vertu de la LBA, les banques doivent édicter des directives internes, définir des processus de monitoring et mettre en œuvre des mécanismes de contrôle afin d'assurer le respect de ces réglementations. Toutefois, la banque ne peut assurer le suivi des transactions que dans la mesure où les fonds sont déposés sur des comptes qu'elle gère. En effet, si le montant du crédit est transféré à une banque tierce, par exemple au partenaire contractuel de l'emprunteur, la banque accordant le crédit n'est plus en mesure de surveiller l'utilisation des fonds. Ainsi, lorsqu'une banque accorde un crédit à un négociant en matières premières et que celui-ci achète du pétrole auprès d'un autre État au moyen des fonds de la banque, il ne relève plus de la responsabilité de cette banque de surveiller l'utilisation ultérieure des fonds par le bénéficiaire du prix d'acquisition (en l'occurrence l'autre État). Les différents facteurs expliquant les limites de l'identification de cas suspects sont développés au chapitre 5.

Également conscient des risques dans le domaine du financement du commerce (*Trade Finance*), le groupe de Wolfsberg, constitué de banques internationales, a introduit des recommandations pratiques de lutte contre le blanchiment d'argent dans ses «*Trade Finance Principles*». En application de ces recommandations, les banques impliquées dans le financement du commerce doivent gérer les risques en les documentant et en instaurant des mesures et des mécanismes de contrôle. L'ensemble des

²² Cf. aussi *Trade Finance Principles* publiés en 2019 par le groupe de Wolfsberg en collaboration avec la *Bankers Association for Finance and Trade* (BAFT) et la Chambre de commerce internationale (CCI).

²³ Cf. notamment art. 12 de l'ordonnance sur les banques (OB)

²⁴ Art. 15 ss OBA-FINMA

clients, des transactions, des paiements et des documents doivent être surveillés dans le cadre d'une approche axée sur les risques (notamment en ce qui concerne les pays à risque impliqués, les sanctions, les embargos et la non-prolifération des armes de destruction massive).

Lorsqu'une banque ne fournit, dans le cadre d'une opération de négoce, pas de prestations de financement et n'est impliquée que dans le trafic de paiement, elle connaît moins bien les détails de l'opération et il lui est donc plus difficile d'identifier les opérations de négoce illégales.²⁵ La banque doit respecter les obligations de diligence LBA usuelles (Know Your Customer, clarification de relations d'affaires ou de transactions inhabituelles ou présentant un risque élevé, instauration de mesures organisationnelles comme la rédaction de directives internes, l'introduction de contrôles et le respect des embargos et des sanctions internationaux).

4.3.2 Surveillance des banques

La FINMA exerce une surveillance des banques axée sur les risques. Les institutions sont placées dans des catégories de risque sur la base d'une récolte annuelle des données et d'audits menés par les sociétés d'audit. Cette catégorisation se fonde notamment sur les risques induits par la composition du portefeuille de clients (nombre de clients, domicile, segment de fortune, etc.), par la nature des prestations fournies (par ex. *Trade Finance*) et par la mise en œuvre de mesures visant à diminuer les risques (cf. points à vérifier en matière de lutte contre le blanchiment d'argent publiés sur le site Web de la FINMA). Les prescriptions de la FINMA à l'intention des sociétés d'audit énumèrent les thèmes à vérifier; ceux-ci comprennent expressément la *Trade Finance*. Dans le cadre de leur devoir de surveillance prudentielle, les banques actives dans la *Trade Finance* seront confrontées à des questions relatives à cette activité et la société d'audit effectuera des contrôles par échantillonnage de dossiers de clients.

En dehors des contrôles exhaustifs effectués par les sociétés d'audit, la FINMA peut procéder elle-même à des contrôles directs auprès des banques lorsque cela se révèle nécessaire en raison de l'importance économique de la banque ou de la complexité des faits (art. 23 de la loi sur les banques). Dans le cadre de son activité de surveillance LBA, la FINMA effectue chaque année une vingtaine de contrôles sur place auprès de banques. Au cours de ces contrôles, elle vérifie comment les institutions gèrent la lutte contre le blanchiment d'argent (en particulier le risque de corruption). Du fait que des banques étaient impliquées ces dernières années dans de nombreuses affaires de blanchiment d'argent liées à de graves cas de corruption, la FINMA a placé ce thème au cœur de son activité de surveillance. L'application de l'art. 23 LB exige toutefois la présence d'un événement complexe et ne prévoit pas que la FINMA effectue des contrôles sur place sur la base d'une approche préventive.

La FINMA concentre son activité de surveillance sur les institutions qui présentent les risques les plus élevés en ce qui concerne la place financière suisse, en procédant par exemple à des contrôles sur place ou en mandatant des sociétés d'audit ou d'autre prestataires pour effectuer des contrôles supplémentaires spécifiques. Dans le cadre de la surveillance LBA, la FINMA surveille également le respect des dispositions de la législation sur le blanchiment d'argent. Elle peut en outre effectuer des contrôles ciblés concernant un thème spécifique, par exemple en ce qui concerne la *Trade Finance*. Si la FINMA constate d'autres manquements ou infractions au droit de surveillance ou aux lois sur les marchés financiers, elle les suit de près et ordonne les mesures appropriées.

La surveillance des banques en ce qui concerne le respect des sanctions et de la loi sur les embargos incombe en revanche au SECO.

²⁵ Cf. *Trade Finance Principles* publiés en 2019 par le groupe de Wolfsberg en collaboration avec la BAFT et la CCI, p. 9.

4.4 Code pénal

Les actes de blanchiment d'argent sont punissables en vertu de l'art. 305^{bis} CP, indépendamment des faits que le négociant agisse pour son compte propre ou pour le compte de tiers, et que le financement de l'opération repose sur un financement bancaire, non-bancaire ou des fonds propres. Dans la mesure où l'acte de blanchiment a pu être commis en raison du fait que l'entreprise n'a pas «pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction», le blanchiment d'argent, au sens de l'art. 305bis CP, peut être imputé à l'entreprise conformément à l'art. 102 al. 2 CP en sus de la personne physique ayant agi au sein de l'entreprise. Ces normes pénales agissent à titre dissuasif et contribuent ainsi à la prévention des abus. État-membre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales²⁶, la Suisse a fait de la corruption d'agents publics étrangers un crime (art. 322^{septies} CP). La Suisse coopère avec les autres États au travers de l'entraide judiciaire internationale et de l'échange d'informations des cellules de renseignement financier.

Lorsque seul le dispositif pénal est applicable, le défi principal reste cependant la détection des infractions. Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler que de plus en plus d'organisations internationales (ONU, OCDE, Groupe d'États contre la corruption [GRECO]) demandent à leurs États membres de développer des régimes de protection des lanceurs d'alerte dans le secteur public et dans le secteur privé. Il est en effet reconnu que ces derniers peuvent jouer un rôle déterminant dans le cadre de la lutte contre la criminalité en général et la criminalité économique en particulier²⁷. Dans ce contexte, le projet de loi destiné à renforcer la protection des lanceurs d'alerte dans le secteur privé que le Conseil fédéral a transmis au Parlement en 2018 pourrait être appelé à jouer un rôle important.

4.5 Autres mesures et instruments de prévention

Comme indiqué au chapitre 3, parmi les infractions pénales potentielles, le risque principal auquel le secteur des matières premières est exposé est la corruption d'agents publics étrangers. A l'assujettissement des banques et des négociants à la LBA et aux mesures pénales s'ajoutent d'autres mesures qui contribuent à réduire les risques de corruption dans le négoce de matières premières.

Pour soutenir les actions de sensibilisation à l'intention des entreprises, le SECO a mis à jour en 2017 sa brochure «Prévenir la corruption»²⁸ qui vise à aider les entreprises à identifier les facteurs de risques, et à prendre des mesures internes pour les atténuer (par exemple formation ciblée de leur personnel exposé ou recours aux conseils des représentations suisses à l'étranger). Il convient en particulier de relever, dans le cadre des mesures préventives, la publication des normes ISO 37001:2016 «Systèmes de management anti-corruption», qui permettent de préciser les mesures nécessaires et raisonnables à mettre en place par les entreprises pour lutter contre la corruption.

La Suisse occupant une place importante dans le négoce de l'or et les activités de raffinage, il convient de relever qu'aux exigences en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (voir points 4.1 et 4.2) s'ajoutent pour ces acteurs des mécanismes spécifiques, dont la Loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP, RS 941.31) et l'Ordonnance sur le contrôle des métaux précieux (OCMP RS 941.311). De plus, les quatre grandes raffineries suisses ont adhéré à la «Good Delivery List» de la London Bullion Market Association (LBMA) sur une base volontaire. A ce titre, elles se doivent de respecter un devoir de diligence de la chaîne responsable d'approvisionnement en minerais (incluant la lutte contre l'or issu

²⁶ <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>

²⁷ Voir notamment : https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf; https://read.oecd-ilibrary.org/governance/committing-to-effective-whistleblower-protection_9789264252639-en#page1.

²⁸ «Prévenir la corruption – Conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger» disponible sous www.seco.admin.ch > Services et publications > Publications > Economie extérieure > RSE et Lutte contre la corruption.

des conflits, contre le blanchiment, contre le financement du terrorisme) tout comme de déclarer à leurs auditeurs l'origine de l'or qu'elles acquièrent.

La transparence des paiements aux gouvernements dans le cadre de l'extraction et de la production de matières premières est un autre instrument important dans la lutte contre le blanchiment et la corruption. Il est prévu que la Suisse mette en œuvre des règles similaires à celles appliquées par l'UE. Des dispositions en matière de transparence des paiements effectués par les entreprises de matières premières ont été prévues dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme. Cette révision contient notamment une réglementation selon laquelle les entreprises actives dans l'extraction des matières premières doivent communiquer leurs versements effectués au profit des gouvernements lorsqu'ils dépassent 100 000 francs. En 2019, le Parlement a décidé d'introduire une modification importante (par rapport à la proposition présentée par le Conseil fédéral dans son message²⁹) en ce qui concerne la transparence dans les entreprises de matières premières: il veut introduire une norme de délégation habilitant le Conseil fédéral à étendre les dispositions en matière de transparence dans le cadre du négoce de matières premières.

En outre, la Suisse apporte un soutien financier à l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE) et participe activement au Conseil d'administration de l'initiative. Cette dernière vise à rendre transparents les flux financiers au profit des gouvernements des pays d'extraction des matières premières, de même que les contrats de prospection et la propriété effective des entreprises, contribuant ainsi directement à la lutte contre la corruption transnationale dans le domaine des matières premières. La Suisse a pris une part active aux réflexions de l'ITIE visant à étendre ces obligations aux entreprises du négoce de matières premières; une procédure harmonisée en ce sens a été adoptée par le Conseil d'administration de l'ITIE en juin 2019.

Dans le domaine des matières premières, la Suisse a soutenu le développement du Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque³⁰. Cet instrument qui s'applique aux entreprises actives dans l'extraction et le négoce de matières premières contient des recommandations spécifiques à la lutte contre la corruption. La Suisse a aussi contribué à l'élaboration de principes directeurs pour l'intégrité dans les SOE³¹, souvent impliquées dans le négoce de matières premières. L'observation de normes reconnues à l'échelle internationale est cruciale pour les entreprises opérant dans des États fragiles caractérisés par un manque de gouvernance et de législation appropriée.

C'est dans cet esprit que la Direction politique du DFAE et le SECO ont développé spécifiquement à l'intention des acteurs du négoce le Guide de mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour l'économie et les droits de l'homme.³² Cet instrument a été élaboré en collaboration avec la branche, les ONG et les cantons de Genève, de Zoug et du Tessin et offre aux entreprises de négoce des moyens d'intégrer le respect des droits de l'homme dans leurs activités. Le guide inclut des propositions précises et fournit des exemples concrets visant à permettre aux entreprises de planifier, d'identifier, de mesurer et de contrer les risques de corruption et de blanchiment d'argent. Parmi les outils présentés à cet effet figurent une cartographie des relations d'affaire et des clauses spécifiques dans les contrats d'approvisionnement. Suite à sa publication fin 2018, le guide est actuellement en phase de diffusion active à la fois auprès des entreprises concernées en Suisse et dans les principaux centres de négoce internationaux.

²⁹ Voir le Message du Conseil fédéral, FF 2017, 353, p. 564 ss

³⁰ <http://mneguidelines.oecd.org/mining.htm>

³¹ [https://one.oecd.org/document/C/MIN\(2019\)5/FINAL/fr/pdf;](https://one.oecd.org/document/C/MIN(2019)5/FINAL/fr/pdf;http://www.g20.utoronto.ca/2018/final_hlps_on_soes.pdf)
http://www.g20.utoronto.ca/2018/final_hlps_on_soes.pdf

³² "The Commodity Trading Sector: Guidance on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights" disponible sous https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/menschenrechte-menschliche-sicherheit/Guidance-on-Implementing-UN-Guiding-Principles-Business-HR_en.pdf

5 Défis liés à l'identification des cas suspects

En guise de contexte, il faut rappeler que l'expérience des autorités pénales tend à démontrer que le risque pour une entreprise active dans le domaine du négoce de matières premières et domiciliée en Suisse est plus élevé pour la commission de l'infraction préalable – en général la corruption d'agents publics étrangers – que pour le blanchiment d'argent (voir ch. 3). Les faits qui pourraient être reprochés sur le plan pénal à l'entreprise relèvent plus de l'infraction préalable que du blanchiment qui est la phase de dissimulation des biens d'origine criminelle. Ce constat est dû au fait que le rôle de l'entreprise consiste à chercher et acquérir des matières premières. Ainsi, le risque concret pour l'entreprise est d'être impliquée dans des actes de corruption qui constitueront, le cas échéant, des infractions préalables au blanchiment d'argent qui n'interviendra que postérieurement.

L'analyse des communications de soupçons en matière de blanchiment d'argent parvenues au MROS montre que l'identification par les intermédiaires financiers d'avoirs potentiellement criminels dans le négoce de matières premières intervient de manière prépondérante³³ sur la base de sources externes (p. ex. enquêtes de presse), un nombre limité de cas étant signalés sur la base d'une analyse des transactions. Ceci s'explique par plusieurs facteurs³⁴.

D'emblée, il faut relever que le taux d'identification de soupçons de blanchiment d'argent lié à la corruption sur la base de transactions suspectes n'est pas significativement moins élevé que pour l'ensemble des infractions préalables³⁵. Les défis de détection liés à l'infraction préalable de corruption dans le domaine du financement du négoce de matières premières ne sont donc pas inhabituels. La difficulté des intermédiaires financiers à identifier des cas suspects dans le domaine du négoce de matières premières sans recours à des sources externes semble particulièrement grande lorsque le cocontractant est une société de négoce opérationnelle. Sur les 367 relations d'affaires signalées au MROS évoquées plus haut, seules neuf étaient ouvertes au nom de sociétés de négoce opérationnelles et ont été signalées sur la base d'une analyse des transactions (cela n'est toutefois pas spécifique à ce secteur en particulier). Parmi ces neuf cas, un seul a été signalé par l'intermédiaire financier qui finançait les opérations commerciales de son client. On voit ainsi à quel point les soupçons de blanchiment d'argent en lien avec le négoce de matières premières sont rarement signalés par les établissements bancaires qui financent les activités de négoce de leurs clients. En outre, dans 189 cas sur 367, les relations d'affaires communiquées étaient déjà clôturées au moment de leur signalement au MROS.

La difficulté de détection des cas suspects par les banques s'explique par différents facteurs, qui sont développés ici.

5.1 Complexité des schémas financiers

Le premier facteur est la complexité des schémas financiers développés dans le contexte du négoce de matières premières. La plupart du temps, ils impliquent une multiplication des transactions entre les comptes de nombreux acteurs (consultants, apporteurs d'affaires, fiduciaires, sous-traitants, clients, sociétés de transport ou de stockage portuaire), ouverts dans plusieurs juridictions, et pouvant impliquer des SOE (voir ch. 3.1). De tels schémas recourent par ailleurs à des structures sociétaires peu transparentes, en particulier des sociétés de domicile, souvent à des fins d'optimisation fiscale, et rendent la vérification par les intermédiaires financiers des contreparties commerciales plus difficile. En outre, la complexité des schémas de financement implique aussi que l'intermédiaire financier n'a pas la

³³ Il arrive néanmoins que plusieurs raisons concomitantes (informations de tiers ou des autorités de poursuite pénale) amènent un intermédiaire financier à effectuer une communication.

³⁴ Voir *National Risk Assessment (NRA)*, *La corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent*, chapitre 2.2, p. 32-33 ; 2018 : <https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/geldwaescherei/nra-berichte/nra-bericht-april-2019-f.pdf>

³⁵ Voir supra (cf. encadré en pp. 32-33)

vue d'ensemble sur les opérations effectuées entre l'octroi du crédit (dont l'origine est généralement licite) et son remboursement par le client. Une telle complexité est de nature à entraver la détection des opérations de blanchiment. Les schémas criminels utilisés dans le cadre de l'infraction de blanchiment d'argent reflètent la complexité des schémas financiers (à caractère international et suffisamment vastes pour dissimuler la réelle destination des fonds). De plus, les infractions visées peuvent être commises par la société en Suisse mais également par ses filiales et succursales à l'étranger, ce qui complique la situation. Dans ce contexte, la banque n'a pas toujours la vue d'ensemble des activités de ses clients.

Certains négociants de matières premières financent ou sécurisent aussi leur commerce au moyen d'opérations financières sur des produits dérivés basés sur des matières premières négociées en bourse. Le commerce avec de tels produits dérivés s'effectue la plupart du temps en dehors du marché suisse, avec des contractants étrangers. Ce mode de financement présente une vulnérabilité en raison de l'opacité quant à l'identification de l'ayant droit économique de la contrepartie et à l'implication éventuelle de PPE³⁶.

De manière générale, les banques interrogées affirment toutefois être bien équipées pour répondre à ces défis. Des contrôles sur les contreparties sont effectués et, en cas de doute, des clarifications complémentaires sont entreprises, conformément aux obligations légales et en application de l'approche fondée sur les risques. Bien qu'ils ne soient pas soumis à une réglementation sectorielle spécifique sous cet angle, des exigences importantes sont en outre placées sur les négociants par les intermédiaires financiers qui les financent, en terme de fourniture d'informations et de documentation (code de conduite et politiques anti-corruption, identification des contreparties, gestion de risques spécifiques, tels que le recours à des intermédiaires). Malgré tout, des vulnérabilités liées à la complexité des schémas financiers peuvent subsister.

5.2 Ampleur des volumes échangés

Le haut volume d'unités de vente et, en conséquence, d'argent en jeu dans le négoce de matières premières facilite la dissimulation d'avoirs potentiellement criminels ou destinés à des fins criminelles. Les flux financiers peuvent en effet être opacifiés par des accords illégaux entre acteurs d'une opération de négoce. Par exemple, cela peut être le cas lorsqu'une transaction sous-tendant une opération de négoce serait qualifiée, en connaissance des conditions réelles (qualité, quantité, prix), d'inusuelle sur le marché (car non conforme au principe de pleine concurrence). Reconnaître ce genre d'opérations (*Overinvoicing*, *Underinvoicing*, *Multipleinvoicing*, *Shortshipping*, *Overshipping*, *Phantomshipping*) constitue un défi pour une banque, d'autant plus que les informations pertinentes dans un dossier concernant le négoce de matières premières (comme les termes exacts des accords commerciaux, les rabais de quantité, la qualité de la marchandise, les prix du marché) sont complexes ou inconnues. Pour les banques, cela constitue un défi pour le suivi des transactions et l'éventuelle détection d'abus. Les contrôles visent principalement à comprendre l'organisation du négociant, identifier les contreparties et vérifier que les prix du marché sont respectés.

A titre d'exemple, un navire pétrolier contient en moyenne 2 millions de barils de pétrole, ce qui représente plus de 100 millions de francs aux cours actuels. Face à des volumes aussi importants, un intermédiaire financier a peu de moyens d'identifier une surfacturation minimale à l'unité, qui pourrait correspondre à un pot-de-vin ou à une escroquerie. Il en a encore moins d'identifier des cas de sous-facturations, où les denrées sont achetées à des prix sous-évalués par des proches des dirigeants des

³⁶ Cf. Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse, juin 2015, p. 122.

sociétés d'extraction ou par des sociétés qui leur appartiennent, puis revendues à un prix légitime à d'autres négociants.

5.3 Niveau de transparence des instruments financiers utilisés

Les différents instruments de financement du négoce de matières premières (voir ch. 2.2), présentent, pour les banques qui financent les activités de leurs clients, des divergences du point de vue de leur connaissance et visibilité des opérations commerciales. Un intermédiaire financier n'a pas la même compréhension des affaires de son client lorsqu'il ouvre en sa faveur un accréditif à court terme nanti sur les cargaisons, une ligne de crédit à long terme garantie par les liquidités du client lui-même ou lorsqu'il ne fait que tenir les comptes d'une société de négoce. La nature des contrôles varie dès lors entre ces différents instruments de financement et en conséquence les risques qui y sont attachés. Le secteur privé interrogé confirme ces différences en pratique, les financements de type «transactionnel» présentant un plus grand niveau de transparence pour le suivi des transactions par la banque. La visibilité relative à l'usage des fonds est notamment plus limitée dans le cadre d'un financement non-transactionnel (où les fonds peuvent être par exemple versés sur les comptes généraux de la société) ou d'un préfinancement. Les communications de soupçons reçues par le MROS dans des cas de préfinancements sont rares.

5.4 Dissociation entre contrôles et octroi de financement

À cela peut s'ajouter, comme cela a été constaté par le MROS dans certains cas, le risque qu'il y ait une dissociation entre le processus de compliance des opérations de négoce, effectué par la maison-mère d'une banque à l'étranger ou par l'établissement à la tête d'un consortium de banques établies dans différents pays qui financent le client par un crédit syndiqué, et la mise à disposition des lignes de financement en faveur du client par la filiale helvétique ou par les autres banques du consortium. Dans certains cas, les contrôles sur le client n'ont pas été opérés par la même entité, ce qui implique que les intermédiaires financiers connaissent peu le client, et, parfois, n'ont pas même de relations d'affaires ouverte en son nom. Dans 16 des 367 cas étudiés, les institutions auprès desquelles de telles lignes de crédit sont ouvertes ont adressé des communications de soupçons au MROS en n'ayant en leur possession que très peu d'informations relatives au client. Elles ne détiennent souvent pas de précisions sur l'arrière-plan économique des transactions qu'elles effectuent, de sorte que les informations qu'elles fournissent au MROS sont très maigres. Si ce dernier n'obtient pas de ses homologues étrangers des informations déterminantes, il ne peut que classer ces dossiers.

Lors de l'octroi de crédits, la banque doit également remplir les devoirs de diligence inscrit dans la législation sur le blanchiment d'argent en ce qui concerne l'emprunteur: elle doit en particulier identifier la partie contractante et le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique. Il existe en revanche des configurations, notamment dans le cadre des crédits syndiqués, dans lesquelles il n'existe pas de relation commerciale directe entre la banque et l'emprunteur (en cas de participation subséquente ou de sous-participation à des crédits). Le cas échéant, au moins la partie contractante directement impliquée (dans ce cas, la banque en tête de file du syndicat) doit procéder à l'identification formelle de l'emprunteur et à la détermination de l'ayant droit économique ou du détenteur du contrôle³⁷.

Le secteur privé interrogé mentionne toutefois que la pratique largement applicable dans le cadre de groupe financier est que les devoirs de diligence sont effectués là où sont mis à disposition les lignes de crédit, y compris dans le cas d'un crédit syndiqué. Dans le cas de prêts syndiqués impliquant un financement effectué par un consortium de banques (en Suisse ou à l'étranger), les devoirs de diligence sont en principe effectués par toutes les banques prenant part au financement. Dans le cas où des entités du même groupe sont impliquées, il peut y avoir une dépendance limitée au sein du même

³⁷ Cf. Commentaire de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), p. 14 s.

groupe quant à la documentation collectée. Une scission entre la relation d'affaires (et donc l'application des devoirs de diligence) et l'octroi du financement peut toutefois avoir lieu si une banque dispose en Suisse uniquement d'un office de représentation.

6 Conclusions et champs d'action

6.1 Synthèse et appréciation de l'efficacité des contrôles et du dispositif LBA

De manière générale, l'infraction principale affectant le secteur des matières premières est la corruption et non le blanchiment d'argent. Par ailleurs, en matière de blanchiment d'argent dans le secteur des matières premières, l'infraction préalable la plus fréquente est la corruption. Le risque de corruption est renforcé par la faiblesse des mécanismes de gouvernance dans certains pays d'exportation ou d'importation, l'opacité des entreprises d'État (SOE) engagées dans le contrôle de l'accès aux ressources, et les volumes – et surtout de montants – d'échange élevés. La corruption est principalement identifiée comme infraction préalable et le segment du pétrole est en particulier jugé à haut risque, même si d'autres segments sont également touchés. Cela se traduit par différentes typologies de blanchiment d'argent (notamment blanchiment d'avoirs provenant de faits de corruption active et passive). Dans un tel contexte, améliorer la lutte contre la corruption dans le domaine du négoce de matières premières est essentiel, et les champs d'action identifiés au chapitre 6.2 ont prioritairement cet objectif.

Il faut souligner que dans tous les cas, l'art. 305^{bis} CP (blanchiment d'argent) est applicable, même lorsque le négociant qui agit pour son propre compte n'est pas assujéti à la LBA. Cette norme agit à titre dissuasif et contribue à la prévention des abus. A cela s'ajoute, au niveau des négociants, le constat d'un renforcement des contrôles suite à leur implication dans des cas pénaux. En effet, dans le cadre des procédures instruites par le MPC contre des entreprises actives dans le négoce des matières premières (art. 102 al. 2 CP), on a pu constater des lacunes en termes de mesures de compliance adaptées aux activités de l'entreprise (et donc une faute d'organisation au sens pénal). Il faut toutefois relever que, dans la mesure où une enquête est ouverte, les entreprises s'engagent généralement à revoir leur organisation et améliorer leur compliance. En cas de condamnation, cette mesure permet d'ailleurs à l'entreprise d'obtenir une diminution de la sanction pénale.

En Suisse, une vingtaine de négociants ont des activités de négoce pour compte de tiers et sont supervisés par un OAR en Suisse. Les négociants en matières premières font toutefois principalement du négoce pour compte propre. Ils ne sont ainsi pas directement assujettis à la LBA, sauf pour le négoce de métaux précieux bancaires. Les systèmes de compliance de ces négociants existent donc largement sur une base juridiquement non-contraignante. Leurs pratiques de gestion des risques varient en fonction de leur taille, les grands négociants ayant en règle générale des politiques et systèmes de contrôles plus développés. Dans l'ensemble, les mesures de compliance des négociants ont toutefois été renforcées ces dernières années, notamment à la suite de plusieurs affaires de corruption et de blanchiment d'argent. Selon les informations fournies par la branche et l'appréciation de la FINMA, les négociants peu regardants en matière de compliance rencontrent en outre davantage de difficultés à accéder à un financement bancaire que par le passé. Les négociants qui se financent auprès d'une banque supervisée par la FINMA font face à des attentes strictes de la part de leur institution financière, à la hauteur des exigences des banques en matière de lutte contre le blanchiment. Un instrument juridiquement non-contraignant visant à harmoniser les pratiques de diligence raisonnable pourrait renforcer la compétitivité et l'intégrité du secteur, tout en validant la pratique déjà existante de certains négociants. Un tel outil contribuerait aussi à améliorer l'accès à des financements bancaires. Un champ d'action à cet effet est identifié au chapitre 6.2.

Dans l'analyse de l'efficacité des contrôles bancaires sur les négociants, il convient de se remémorer que les limites présentées par les contrôles bancaires, tels que constatés au chapitre 5, ont une application universelle. Elles sont aussi constatées dans d'autres juridictions par les intermédiaires financiers (voir p. ex. le Groupe de Wolfsberg) et ne sont pas spécifiques à la Suisse. Selon les informations fournies par la branche et l'appréciation des autorités suisses, l'application de l'approche fondée sur les risques par les banques actives dans le financement du négoce de matières premières fonctionne bien dans l'ensemble. Les banques vont assez loin dans l'application de ces contrôles matériels. En cas de doutes, des clarifications plus poussées sont effectuées dans le cadre de l'application de l'approche fondée sur les risques permettant in fine de maîtriser les risques. Malgré tout, ces vulnérabilités impliquent des risques accrus pour les banques. Les contrôles relatifs aux ayants droit économiques des sociétés de domicile se sont améliorés. En outre, les banques semblent conscientes des risques, même si les politiques en matière de gestion des risques varient d'un intermédiaire financier à l'autre, reflétant différents niveaux d'appétit aux risques. Les risques de corruption que peuvent représenter les SOE dans le contexte décrit au ch. 3.1 suggèrent qu'une identification plus systématique de la présence de relations entretenues avec des SOE par la clientèle des banques serait souhaitable (cf. champ d'action ch. 6.2). A cela s'ajoute que la banque ne voit pas toujours les risques sur toute la chaîne qui remonte jusqu'à la production de la matière première. Il s'agit certes d'une problématique plus générale liée à la lutte contre le blanchiment d'argent, qui n'est pas spécifique au financement du négoce de matières premières. Toutefois, cela implique que la banque doit s'accommoder de ce manque de visibilité.

Il convient également de relever qu'il y a peu d'annonces de soupçons provenant des banques lorsqu'elles sont actives dans le financement du négoce de matières premières. Les cas suspects identifiés sont surtout issus de l'activité de gestion de fortune. La difficulté de détection par les banques (cf. ch. 5) justifie que les attentes des autorités compétentes en matière de communication de soupçons (art. 9 LBA) vis-à-vis des banques soient clarifiées. Un champ d'action à cet effet est identifié au chapitre 6.2.

En outre, le financement n'est pas toujours octroyé par une entité suisse (banque suisse ou banque étrangère en Suisse), auquel cas il ne passe pas par les intermédiaires financiers helvétiques et n'est pas soumis aux contrôles prévus par la LBA. Pour les raisons évoquées au point 2.2, il est toutefois très rare qu'une société de négoce préfinance ses opérations sans l'apport d'une banque. L'échantillon ne nous permet toutefois pas de conclure sur l'importance du financement des opérations en Suisse.

Concernant les instruments nationaux et internationaux juridiquement non contraignants en matière de lutte contre la corruption, tels le Guide de mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour l'économie et les droits de l'homme dans le négoce de matières premières, le Conseil fédéral en suit l'application par le secteur privé dans le cadre de rapports de monitoring, sur la RSE³⁸ ou, particulièrement, les matières premières.³⁹ Le dispositif existant est considéré comme adéquat, permettant à la fois une application des normes en vigueur et un «level playing field» pour le secteur privé. En comparaison internationale, la Suisse occupe un rôle de pionnier dans ces thématiques, comme en attestent les examens par les pairs au regard, par exemple, de la lutte contre la corruption⁴⁰.

³⁸ Voir *Position et plan d'action RSE, rapport du progrès (2017)* ou *Rapport sur la stratégie de la Suisse visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, décembre 2016

³⁹ Voir *Le secteur suisse des matières premières: état des lieux et perspectives*, Rapport du Conseil fédéral, novembre 2018

⁴⁰ Ce rôle de pionnier ressort des évaluations de la Suisse en matière de lutte anti-corruption telles que celles de l'[OCDE](#) et du [GRECO](#).

6.2 Moyens d'améliorer le dispositif

Le Conseil fédéral estime que les autorités chargées de la mise en œuvre de la législation anti-blanchiment d'argent disposent dans une très large mesure des bases légales et des moyens pour prévenir le blanchiment d'argent et la corruption inhérente à ce dernier. Il rappelle que la lutte contre la corruption est essentielle pour réduire les risques de blanchiment d'argent via le système financier suisse. En outre, il estime que les devoirs de diligence des banques et leur mise en œuvre sont globalement adéquats. De l'avis du Conseil fédéral, un assujettissement supplémentaire à la LBA des négociants agissant pour compte propre n'est pas proportionné aux risques et aux coûts impliqués par une telle mesure et n'apporterait pas une amélioration matérielle significative de la prévention dans ce domaine.

Toutefois, le Conseil fédéral juge que l'efficacité du cadre existant pourrait être renforcée de manière ciblée, pour atténuer davantage le risque de corruption et de blanchiment d'argent dans le contexte des activités de financement du négoce de matières premières, en ligne avec les constats effectués dans ce rapport. Il identifie à cet égard cinq champs d'action.

- [1] Dans le but de renforcer la lutte contre la corruption, le Conseil fédéral attend de la part de tous les acteurs concernés une mise en œuvre effective des initiatives juridiquement non contraignantes (ex. lignes directrices «Guide de mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour l'économie et les droits de l'homme dans le négoce des matières premières»).
- [2] Afin d'harmoniser les pratiques des négociants dans l'application de contrôles basés sur les risques, le Conseil fédéral encourage la branche des négociants en matières premières à développer et à adopter des lignes directrices sectorielles relatives aux devoirs de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (en particulier lié à la corruption).
- [3] L'étendue de l'obligation de communiquer des soupçons doit être évaluée, et des adaptations et clarifications entreprises au besoin. Ces travaux seront entrepris dans le cadre de la discussion sur l'optimisation du système d'annonces de soupçons, que le Groupe de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme doit lancer en 2020.
- [4] Afin d'atténuer les risques de corruption inhérents au blanchiment d'argent de manière adéquate dans le domaine du négoce de matières premières, et sur la base d'une approche fondée sur les risques, la Suisse doit s'engager dans les discussions internationales en faveur du traitement des relations ouvertes avec des entreprises étatiques (SOE) ainsi qu'avec des sociétés entretenant elles-mêmes des relations commerciales avec des SOE, comme des critères de risque accru.
- [5] Enfin, les débats actuels au sein de l'OCDE et d'autres enceintes permettent d'élaborer des améliorations au dispositif actuel dans la lutte contre la corruption. Les recommandations de l'OCDE lors de son dernier examen de la Suisse en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers (2018) vont dans le sens d'une détection et d'une sanction améliorée des actes corruptifs. La Suisse se prononcera sur leur mise en œuvre lors de son rapport de suivi en juin 2020.

En guise de conclusion, le Conseil fédéral estime que les mesures de lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent devraient être continuellement adaptées face à l'évolution des risques pour assurer leur efficacité. Ces objectifs continueront d'être poursuivis dans le cadre de la législature en cours.