

Négoce des matières premières, risques de corruption, loi sur le blanchiment d'argent et matières premières illicites. Quelques considérations

URS RYBI ET OLIVIER LONGCHAMP

Déclaration de Berne (DB)

En quelques années, la Suisse est devenue une plaque tournante mondiale des matières premières. Or, ce secteur est particulièrement exposé aux risques de corruption ou de blanchiment. Plus largement, les sociétés actives dans le négoce peuvent devenir complices de l'exploitation illicite des matières premières, lorsqu'elles acceptent de commercialiser des richesses naturelles sans se préoccuper de la façon dont celles-ci ont été acquises ou vendues. En dépit de l'importance de ce secteur, le dispositif destiné en Suisse à lutter contre les flux de matières premières illicites est pratiquement inexistant. La Loi sur le blanchiment d'argent, qui aurait peut-être pu constituer l'ébauche d'une régulation dans ce domaine est appliquée d'une façon qui limite au strict minimum les obligations des négociants de matières premières, les exemptant de tout devoir de diligence lorsqu'ils effectuent leurs opérations pour compte propre. Cet article se propose de livrer quelques considérations sur les moyens de limiter les risques de criminalité économique dans le secteur du négoce et d'éviter que des matières premières illicites soient introduites dans les circuits commerciaux.

1. La Suisse : une plaque tournante mondiale des matières premières sous le feu des critiques

La Suisse est devenue en quelques années un acteur de premier plan du secteur mondial des matières premières. Ceci est vrai d'abord en ce qui concerne le négoce de celles-ci. En 2013, on estime la part des négociants helvétiques à 20% du marché mondial en chiffres ronds¹, à 1/3 dans le secteur pétrolier², à plus de 50% pour certains métaux et minéraux non ferreux³. La

¹ Calculs DB Estimation du chiffre d'affaires du négoce mondial basé sur CNUCED, *Manuel statistique*, 2012. Chiffres d'affaires du commerce de transit selon BNS, *Balance suisse des paiements 2011*, Zurich, août 2012, pp. 34-6.

² *Geneva trading and shipping association* (GTSA), recoupements DB.

prédominance de la place helvétique est aussi confirmée par les rapports privilégiés que les principales firmes de négoce entretiennent avec la Suisse. Sa position est unique : dans le monde, onze sociétés sont responsables de $\frac{3}{4}$ du chiffre d'affaires global du négoce des matières premières. Ces onze sociétés ont toutes domicilié leurs activités commerciales ou un important siège régional en Suisse, cinq d'entre elles y ont même leur siège principal⁴.

Bien qu'il soit difficile de le circonvenir avec précision, le poids de la branche du négoce dans l'économie suisse paraît remarquable, lui aussi. Les trois plus importantes entreprises de Suisse en termes de chiffres d'affaires – Vitol, Glencore ou Trafigura, dont les noms n'étaient connus, il y a peu, que de quelques initiés – sont des sociétés actives dans ce secteur⁵, auquel la Banque nationale suisse (BNS) a, pour la première fois en 2012, consacré un chapitre spécial de sa publication relative à la balance des paiements. Selon les données grossières qui y figurent, le chiffre d'affaires du commerce de transit de matières premières atteindrait, en 2011, 720 milliards de francs, dépassant ainsi le Produit intérieur brut (PIB) helvétique. Les recettes nettes qui en découlent contribueraient à 3,4% du PIB (presque le double de l'industrie des machines)⁶.

Fait remarquable confirmé par la BNS, ce volume important résulte d'un essor effectué en une décennie à peine. Entre 2001 et 2011, les recettes nettes qui découlent du secteur des matières premières ont été multipliées par quatorze. Si le secteur du négoce est présent de longue date en Suisse⁷, son importance actuelle semble donc n'avoir que peu de points communs avec la situation qui prévalait à la fin du 20^{ème} siècle.

Le négoce de matières premières standardisées et aisément commercialisables (« *commodities* ») s'étend des matières premières énergétiques, aux métaux et aux matières premières agricoles. A l'exception de l'or, les biens commercialisés ne pénètrent que rarement en Suisse. Ils sont vendus d'un pays tiers à un autre (*commerce de transit*). Les activités de

³ *Financial Times*, 26.3.2013.

⁴ Présentation de *First Reserve*, au *Global Commodities Summit 2013*, Lausanne, 18.04.2013. Calculs basés sur les chiffres d'affaires communiqués par les firmes, pour l'année la plus récente. Ces estimations sont surévaluées, car ces chiffres incluent les activités extractives. Cf. *infra*. Liens avec la Suisse : recherches DB.

⁵ *Handelszeitung*, 27.06.2013.

⁶ BNS, *Balance suisse des paiements 2011*, *op. cit.*, pp.34-6.

⁷ GUEX, Sébastien, « The development of Swiss trading companies in the twentieth century », in : JONES GEOFFREY (Éd.), *The Multinational Traders*, London, New York 1998, pp. 150-72.

la plaque tournante helvétique des matières premières ne se limitent toutefois pas au négoce. Des sociétés extractives, comme Glencore – Xstrata, la quatrième entreprise minière du monde, sont aussi domiciliées en Suisse. La société brésilienne Vale, numéro trois du secteur, dispose d'une importante filiale dans le canton de Vaud. Par ailleurs, les deux mondes du *négoce* des matières premières et de leur *exploitation* s'amalgament toujours davantage⁸. Du fait de leur intégration verticale, la plupart des maisons de négoce, et parmi elles des sociétés comme Cargill, Vitol, Trafigura ou Mercuria, déploient désormais leurs activités tout au long de la chaîne de valeur, possédant des mines, des installations de production, des terres arables, des concessions pétrolières, des entrepôts et des réseaux de distribution (p. ex. des stations-services). La fusion entre Glencore et Xstrata intervenue en 2013 est le fer de lance de cette évolution.

La croissance rapide du secteur helvétique des matières premières conjuguée avec la hausse du prix des ressources naturelles intervenue au cours de la dernière décennie ont contribué à rendre plus visibles les sociétés de matières premières, traditionnellement discrètes. Les critiques à leur endroit, formulées en premier lieu par des organisations non gouvernementales⁹, se sont multipliées dans la foulée. Elles portent sur diverses thématiques, allant de la violation des droits environnementaux et sociaux à la capacité du secteur de contourner les sanctions internationales, ou de tirer profit d'opérations menées dans des zones de conflit.

Une critique récurrente consiste à insister sur le rôle des sociétés de matières premières dans la « malédiction des ressources ». Ce concept regroupe un ensemble de phénomènes propres aux pays riches en ressources naturelles, incapables de résorber leur pauvreté – ou, pire, dont la pauvreté s'accroît – en dépit de l'exploitation de celles-ci. L'un des mécanismes expliquant cette malédiction est la présence, à la tête d'Etats souvent peu démocratiques, d'une caste privilégiée, octroyant à des sociétés – le plus souvent de pays du Nord – le droit d'exploiter ou d'acheter des ressources naturelles à bon compte, en échange d'avantages personnels. Ce

⁸ Cf. p. ex. l'étude du co-fondateur de Trafigura, GRAHAM SHARP (septembre 2012) :

http://www.oliverwyman.com/media/The_dawn_of_a_new_order_in_commodity_trading.pdf.

⁹ Cf. p. ex. Pain pour le prochain, *Contrats, droits humains et fiscalité : comment une entreprise dépouille un pays. Le cas de Glencore en République démocratique du Congo*, Berne, 2011. Déclaration de Berne, *Swiss Trading SA. La Suisse, le négoce et la malédiction des matières premières*, Lausanne, 2011.

détournement de richesses appartenant, tout compte fait, aux populations concernées, peut être effectué à petite échelle ou en grand style, mobilisant parfois des schémas complexes pour des sommes dépassant l'entendement. Il peut revêtir le caractère de la corruption classique, avec versement de pots-de-vin, ou au contraire s'apparenter davantage à un détournement, ou à l'abus de biens publics. C'est à cet ensemble d'opérations que nous faisons référence dans les lignes qui suivent lorsque nous parlons de « corruption ».

2. Matières premières, corruption : des risques spécifiques élevés

Ces dernières années, les cas de corruption présumée dans le secteur des matières premières ont à réitérées reprises fait les titres des journaux. L'un des plus documentés reste le scandale « pétrole contre nourriture ». Entre 1996 et 2003, des sociétés ont acquitté des pots-de-vin au régime de Saddam Hussein pour obtenir des livraisons de pétrole, dont l'attribution était supervisée par l'ONU. La part des commissions illicites versées au total par des entreprises suisses – en premier lieu les géants pétroliers Vitol et Glencore – s'élève à au moins 24% des 229 millions de dollars ayant atterri illégalement sur les comptes du régime irakien¹⁰. A proprement parler, le scandale ne portait pas uniquement sur le versement de commissions illicites, mais aussi sur le détournement de fonds publics par le régime baasiste : en versant des commissions à ce dernier, des traders obtenaient du brut à un prix fixé trop bas par rapport aux prix du marché (avec l'assentiment de l'ONU)¹¹, et ce au détriment du fond fiduciaire destiné à l'achat de biens humanitaires pour la population irakienne.

Ce n'est pas la seule affaire de ce genre. Le détournement du produit de la vente du brut de la société pétrolière angolaise par les élites locales a été documenté dès le début de la décennie¹². L'ampleur de son volet helvétique n'a été mise à jour que plus tard¹³. Une procédure a été ouverte aux Pays-Bas contre Glencore pour surfacturation de minerais achetés à Kazzinc. Une partie des paiements effectués par Glencore via une société offshore

¹⁰ IIC Independent Inquiry Committee, *Final Report 2005, Manipulation of the Oil-for-Food Programme by the Iraqi Regime*.

¹¹ CIA, *DCI Special Advisor Report on Iraq's WMD*, Vol. 1, 2004, p. 34 ; *Wall Street Journal*, 02.05.2002.

¹² GLOBAL WITNESS, *All the President's Men*, London, 2002.

¹³ ASSOCIAÇÃO MÃOS LIVRES – CORRUPTION WATCH UK, *Deception in high places*, London, 2013.

caribéenne aurait servi à acheter un proche conseiller du Président Kazakh¹⁴. D'autres cas ont défrayé la chronique, plus récemment. La presse a révélé en 2012 les déboires de Gunvor, impliquée dans une étrange affaire congolaise. Le trader suisse aurait obtenu 18 cargaisons de pétrole (pour une valeur de deux milliards de dollars) avec une décote de 4 dollars par baril environ. Un employé de la firme, aujourd'hui licencié, aurait versé des rétrocommissions sur les comptes de deux sociétés écran, l'une détenue par un proche du président congolais Denis Sassou Nguesso¹⁵. Une enquête contre inconnu a été ouverte par le Ministère public de la Confédération. Cette affaire fait écho à une longue procédure ouverte à Londres, qui relevait en 2007 le versement de « sommes substantielles » par Vitol dans des banques à Hong Kong en faveur de plusieurs individus proches du même président congolais¹⁶. En 2012 toujours, Trafigura a été accusée de verser des pots-de-vin à Malte pour y obtenir le marché des importations de carburants¹⁷. Cette affaire en rappelle également une autre, dans laquelle le négociant genevois avait été accusé de paiements de commissions illicites pour l'obtention de marchés publics en Jamaïque¹⁸. La liste pourrait sans peine être encore allongée.

A la multiplication de ces affaires – dont beaucoup n'ont pas encore d'épilogue judiciaire, et qu'il est par conséquent difficile de connaître en détail –, il convient de juxtaposer les témoignages selon lesquels les pratiques de corruption ou de détournement de fonds seraient usuelles dans la branche. Mark Pieth, l'un des experts enquêtant sur le scandale « Oil for food » a, à réitérées reprises, évoqué le caractère systématique de la corruption dans le secteur des matières premières, affirmant qu'il faut « payer des commissions pour rester en lice. De l'achat de droits d'exploitation jusqu'au commerce, en passant par l'extraction »¹⁹. Des

¹⁴ *Handelszeitung* 29.09.2011 ; *Financial News*, 13.11.2011.

¹⁵ RTS, 05.07.2012, *Le Matin Dimanche*, 08.07.2012, *Le Temps*, 20.10.2012, *Le Monde*, 03.06.2013.

¹⁶ Six jugements de la « *England and Wales High Court (Commercial Court)* », datés du 16.04.2003, 28.11.2005, 26.05.2006, 20.07.2006, 13.07.2007 et 07.11.2007.

¹⁷ *Malta Today*, 20.01.2013.

¹⁸ *Guardian*, 16.09.2009 ; *Office of the contractor general, special report of investigation conducted into the Oil Lifting Contracts between the Petroleum Corporation of Jamaica (PCJ) and Trafigura Beheer*, August 2010 ; *Volkskrant*, 01.02.2011.

¹⁹ Déclaration de Berne, *Swiss Trading SA.*, *op. cit.*, p. 281.

témoignages internes à la branche corroborent parfois ce constat. Gunvor elle-même déclarait ainsi aux investisseurs que ses opérations « étaient complexes et de grande ampleur, ce qui rend difficile la détection de transactions frauduleuses », que ces affaires étaient « exposées à des risques inhérents de fraude et de corruption [...] du fait de la nature de ces opérations », et reconnaissait être active « dans des pays où on reconnaît généralement que la corruption existe »²⁰. En 2011, James Dunsterville, du *Global Commodities Group* à Genève reconnaissait plus lapidairement encore que « le commerce des matières premières fonctionne grâce à la corruption » et concluait désabusé qu'il en était « ainsi depuis le début, et [que] cela ne changera probablement pas »²¹.

Ce constat peu engageant est par ailleurs partagé par des organismes internationaux spécialisés dans la lutte contre la corruption. Une recherche publiée par *Transparency International* montrait ainsi que le secteur extractif et celui du pétrole et du gaz étaient perçus par les acteurs économiques eux-mêmes comme des branches dans lesquelles la corruption est fréquente²². Par ailleurs, force est de constater que la branche de l'énergie et de l'industrie extractive totalisait en 2009 la part relative la plus grande des cas de corruption ouverts recensés par l'OCDE (25%), devant la défense et l'aviation (19%) ou le secteur de la construction (15%)²³.

A prendre les choses de façon plus analytique, le caractère endémique de la corruption dans le secteur des matières premières n'est pas surprenant. Plusieurs facteurs se conjuguent en effet, qui exposent ce domaine d'activité à des risques de corruption élevés. En premier lieu, le fait que les transactions qui y ont cours impliquent des *volumes financiers* très élevés. Le fait qu'environ deux tiers des matières premières énergétiques et minérales proviennent de *pays en développement*²⁴ (parmi lesquels de nombreuses zones de conflits, des Etats faillis ou des Etats dans lesquels la corruption est endémique) est également un facteur de risque accru. On y ajoutera le fait que l'exploitation des ressources naturelles soit tributaire

²⁰ *Gunvor Preliminary Offering Circular*, 10.5.2013, p. 33 f.

²¹ *Ibid.*, p. 255.

²² *Transparency International, Bribe Payers Index 2011*, Graph. 2.

²³ Statistique de l'OCDE portant sur 311 enquêtes pour corruption ouvertes au 31.5.2009, reproduite in : PIETH MARK, « Bestechung ausländischer Amtsträger im Geschäftsverkehr. Eine kriminologische Studie », in : BANNENBERG BRITTA, JEHLÉ JÖRG-MARTIN (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität*, Mönchengladbach, 2010, p. 178.

²⁴ Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend der Republik Österreich, *World Mining Data : Rohstoffproduktion*, Vienne, 2011.

d'*interactions importantes avec la puissance publique* (avec des compagnies publiques, ou des monopoles publics, comme dans les cas évoqués plus haut d'importation de produits pétroliers, pour l'octroi de licences, le versement de royalties, du fait de la politique douanière, etc.). *Last but not least*, l'*opacité* légendaire du secteur, en particulier du négoce, joue également un rôle, accentué encore par le fait que la plupart des sociétés actives dans ce secteur ne sont pas cotées en bourse. Il n'est pas inutile de rappeler aussi que les négociants ont souvent des positions particulières dans les opérations qu'ils réalisent, servant en quelque sorte de banque alternative pour des Etats dépendants de la rente des matières premières, qu'ils préfinancent en échange de livraisons ultérieures de matières premières. La société pétrolière genevoise Gunvor reconnaît d'ailleurs que « les opérations de préfinancement sur des matières premières entre pays émergents et sociétés de négoce sont courantes »²⁵.

Les autorités partagent le constat sur les risques élevés de corruption dans le secteur. Le rapport du Conseil fédéral sur les matières premières publié en 2013 évoque le rôle primordial joué par des sociétés helvétiques « dans des régions politiquement instables avec un Etat de droit faible » et dans un marché « peu transparent », dont « la corruption endémique et le vol sapent l'adoption et l'application de législations nationales idoines, de même que le respect de normes et de standards internationaux ». Il relève les risques de corruption élevés du secteur et souligne que « divers facteurs (par ex. importance des ressources financières en jeu, activités menées essentiellement dans des Etats fragiles) exposent particulièrement le secteur des matières premières au risque de corruption »²⁶.

Disons-le d'emblée : ce constat ne débouche pourtant sur aucune mesure concrète. Dans le même rapport, les autorités reconnaissent certes de façon générale (recommandation 4) que le dispositif de lutte contre les flux financiers illégaux doit être « régulièrement examiné et, le cas échéant, adapté sur la base des nouveaux risques qui peuvent résulter également de fonds acquis illicitement provenant du négoce des matières premières », mais elles soulignent surtout ne pas vouloir prendre des mesures « focalisée[s] sur des secteurs particuliers » (p. 1) et compter avant tout sur les initiatives volontaires. Elles relèvent également le caractère suffisant du droit suisse de la corruption en général, et en particulier le fait que l'article

²⁵ *Le Monde*, 04.06.2013.

²⁶ DFAE, DFF, DEFR, *Rapport de base : matières premières*, 27.03.2013 pp. 20, 22, 39, 49.

305^{bis} CP (blanchiment d'argent) s'applique aussi au secteur des matières premières. L'écart paraît donc patent entre la reconnaissance des risques de corruption existants dans ce secteur suisse – dont le poids mondial a été évoqué plus haut – et la faible volonté politique d'y remédier par un développement de l'arsenal légal helvétique.

3. Typologie de la corruption et du blanchiment dans le secteur des matières premières

Afin de déterminer quels dispositifs permettraient de combattre les risques de corruption et de blanchiment dans le secteur des matières premières, il paraît utile d'effectuer un essai empirique de typologie des cas de criminalité impliquant ce secteur. Nous le ferons en distinguant les cas de corruption dans le négoce, dans l'extraction, et les cas de blanchiment dans le négoce. Qu'il soit permis de souligner que cette typologie embryonnaire effectuée à la lumière des cas particuliers évoqués plus haut est dépendante des informations réduites dont nous disposons. Sans doute insuffisante pour caractériser des infractions pénales, elle est destinée à comprendre schématiquement les mécanismes en œuvre, et à réfléchir à la façon de les endiguer.

a) La corruption dans le négoce

Pour obtenir un marché, ou des conditions favorables, une société de négoce – possiblement domiciliée en Suisse – accepte de rémunérer des agents publics, les détenteurs du pouvoir du pays d'origine des matières premières, ou encore, leur entourage. Dans son expression la plus simple, l'opération de corruption peut se faire par le versement direct d'une commission par la société suisse. Ce cas de figure reste toutefois rare. Des mécanismes plus subtils et plus discrets sont généralement utilisés. Il peut s'agir de l'usage d'intermédiaires, chargés de payer eux-mêmes ces commissions, comme p. ex. dans l'affaire « Oil for food » déjà évoquée *supra*²⁷. Ces intermédiaires peuvent alors être des individus, des sociétés boîtes aux lettres, ou des sociétés dépourvues d'activités appartenant directement aux personnalités corrompues, retenant au passage un « bénéfice » sous un prétexte quelconque. Version plus élaborée, la création de sociétés offshore appartenant en réalité à la société de négoce et aux officiels corrompus se partageant *in fine* les bénéfices de l'opération réalisée.

²⁷ IIC Independent Inquiry Committee, *Final Report 2005, Manipulation of the Oil-for-Food Programme by the Iraqi Regime*, p. 155f.

Dans ce cas de figure, proche du cas Glencore-Kazinc évoqué plus haut, la société offshore achète à des prix avantageux la matière première exportée par une société étatique – de production pétrolière, par exemple – pour la revendre ensuite au négociant au prix du marché. En choisissant correctement le lieu de domiciliation de la société offshore, il peut être possible de cacher ses bénéficiaires ultimes, tout en réduisant – cerise sur le gâteau – l'imposition de ses bénéfices. Relevons que les opérations frauduleuses peuvent être réalisées à l'export, mais également à l'import. Dans ce cas, un monopole étatique d'importation de carburants remplacera la société nationale pétrolière, comme dans le cas maltais évoqué précédemment.

Les mécanismes utilisés dans ce type de schémas de corruption peuvent être compliqués à l'envi. De façon générale, ils n'ont cependant pas grand chose de spécifique au secteur des matières premières et correspondent à ceux que les recherches internationales sur les flux financiers illicites ont mis en évidence, en particulier l'usage de structures écrans dissimulant les opérations et les flux financiers illicites²⁸. Seule particularité : il paraît aisé, lors de transactions commerciales impliquant des matières premières, de jouer sur leurs prix, leur quantité ou leur qualité pour dissimuler des commissions occultes, peut-être davantage que dans d'autres secteurs où le type de biens échangés, leur nombre et leur valeur sont plus aisés à déterminer.

b) La corruption dans l'extraction

Dans l'extraction, l'objet principal de la corruption reste l'obtention privilégiée de concessions ou de licences. Des cas célèbres, en République démocratique du Congo²⁹ ou en Guinée³⁰, ont documenté quelque peu les mécanismes potentiels de ce type d'affaires : dans ces deux cas, des licences d'extraction auraient été vendues à des prix sous-évalués à des sociétés extractives, contre paiement de commission. Dans le cas congolais, celle-ci aurait été versée par le biais de sociétés offshore achetant des licences à bas prix avant de revendre ces dernières avec un important bénéfice, distribué aux bénéficiaires – partiellement inconnus – de ces sociétés offshore. Dans

²⁸ The World Bank, *The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, Washington, 2011.

²⁹ GLOBAL WITNESS, *Secret Sales Memo*, 9th May 2012.

³⁰ *Financial Times*, 2nd and 7th November 2012.

chacun de ces cas, les schémas impliquaient des sociétés helvétiques actives dans l'extraction³¹.

c) Le blanchiment dans le négoce

Au delà de la corruption proprement dite, les flux de matières premières peuvent être d'utiles vecteurs financiers lorsqu'il s'agit de contourner les dispositifs anti-blanchiment. Fongibles, miscibles, stockables, immédiatement réalisables (liquides), les matières premières présentent en effet des caractéristiques monétaires, sans que les opérations commerciales dont elles sont l'objet ne bénéficient d'une surveillance équivalente à celle des flux financiers. Dans ce type de configuration, des opérations commerciales sur matières premières peuvent servir à dissimuler l'origine illégale de valeurs patrimoniales. Ce type d'opérations s'apparente dès lors à du blanchiment, au sens de l'article 305^{bis} CP. Ce blanchiment peut intervenir de deux façons différentes.

Premier cas : on peut imaginer que le produit d'un crime serve à acquérir des matières premières auprès d'un négociant suisse (cas « argent sale »). Dans ce cas, des valeurs patrimoniales acquises illégalement – de l'argent sale – sont acceptées comme moyen de paiement en l'échange de matières premières. Notons déjà que, dans la mesure où il n'effectue ici aucune opération d'intermédiation financière, le négociant lui-même ne sera pas soumis à la LBA³², au contraire de l'intermédiaire financier hypothétique qui accepterait de recevoir les sommes d'argent sale, contreparties de cette opération commerciale. Ce cas théorique doit être mentionné parce que c'est à lui que se réfèrent généralement les autorités fédérales lorsqu'elles discutent du blanchiment dans le négoce. Ce faisant, elles adoptent un point de vue cohérent avec la pratique internationale développée dans la lutte anti-blanchiment depuis la fin des années 1990, consistant à surveiller les points d'entrée de « l'argent sale » dans le système financier. En pratique toutefois, des cas recoupant ce cas de figure ne nous sont pas connus. Ils ne sauraient pourtant être exclus. Le GAFI notait en 1996 déjà qu'en Afrique australe et en Afrique de l'Est, « l'achat et la vente de matières premières (*commodities*) est une méthode usuelle de blanchiment d'argent »³³.

³¹ Cf. Ip Wyss 12.3138 « Attribution suspecte de licences minières au Congo. Rôle de la compagnie Glencore et du FMI » et *Tribune de Genève*, 18-20.05.2013.

³² A l'exception, dans certains cas, des négociants en matières premières précieuses. Cf. *infra*.

³³ GAFI, *Report on Money Laundering Typologies*, 1996-97, § 53, p. 12.

Un deuxième cas de figure – probablement plus important et beaucoup moins discuté – est réalisé lorsque le négociant accepte d'acheter (avec de l'argent « propre ») des matières premières « sales » (cas des « matières premières sales ») ou d'échanger des matières premières « propres » avec des matières premières « sales ». Ici, les matières premières ont été obtenues illicitement – on peut penser à des matières premières volées, ou pillées, comme dans le cas, par exemple, de vols de pétrole au Nigéria³⁴. Dans ce cas, ces matières premières constituent bien des valeurs patrimoniales produit d'un crime. On peut aussi penser, dans une acception plus large, à des matières premières obtenues par le fait de la corruption, de l'exploitation illicite, ou peut-être même en violation de droits humains (p. ex. des matières premières extraites moyennant le travail des enfants). On peut penser aussi aux cas où des organisations criminelles ont le pouvoir de disposition sur des sociétés productrices de matières premières. Dans l'ensemble de ces cas, les matières premières ne sont pas nécessairement le produit d'un crime, mais elles sont *illicites*. Le fait est que le négociant est dans une position où il peut sans doute supposer mieux que quiconque, ou même savoir, leur origine illicite, qu'il accepte, en quelque sorte, de dissimuler (de blanchir) lorsqu'il les revend.

Ce cas est sans doute le plus fréquent. Pour n'en donner qu'un exemple : songeons à une société offshore appartenant en fait à une personne politiquement exposée (PEP) ou à un proche (le fils du ministre du pétrole d'un pays producteur, le fils du ministre des mines,...) proposant sur le marché des lots de matières premières (des cargaisons de pétrole, p. ex.) acquises à des prix inférieurs à ceux du marché. Il est probable que ces lots aient été obtenus au détriment de la société productrice (en l'occurrence, une société nationale pétrolière). Dans ce cas de figure, ce n'est pas à proprement parler la société suisse qui corrompt un fonctionnaire étranger pour effectuer une affaire, c'est un officiel étranger qui détourne les biens de son Etat. Un négociant peu regardant – dans le pire des cas, il a même aidé à monter la société offshore en question, sans y être impliqué directement – peut acheter ces lots sans avoir à se préoccuper de l'abus de biens publics à l'origine de sa bonne affaire. Il se fait ainsi, intentionnellement ou par négligence, le complice de cet officiel délictueux. Des indices évidents (l'origine, mais aussi peut-être le prix avantageux des matières premières, l'absence d'activité opérationnelle de la société intermédiaire, ou l'identité de PEP ou

³⁴ Cf. p. ex. : « Criminal Networks blamed for Nigeria Oil Theft », *Financial Times*, 19.09.2013.

de proche des ayants droit économiques de celle-ci, par exemple) constituent autant de facteurs permettant au négociant bienveillant de se douter que les matières premières ont probablement été obtenues dans des conditions discutables.

Qu'il soit permis de signaler d'emblée que dans un tel cas l'approche classique consistant à surveiller l'origine de l'argent utilisé comme moyen de paiement n'est d'aucune utilité – puisqu'en dépit de leurs caractéristiques quasi monétaires, les matières premières ne sont pas considérées elles-mêmes comme des flux financiers.

Il est possible de tirer un certain nombre de conclusions générales des trois cas de figure exposés ci-dessus lorsque l'on s'interroge sur les mesures qui permettraient d'endiguer les phénomènes de criminalité économique dans le négoce.

Un premier champ de mesures consisterait à disposer de dispositifs contraignant les sociétés actives dans le secteur des matières premières et les Etats d'origine de celles-ci à publier les flux financiers versés aux Etats (« transparence des paiements »). Sans entrer dans les détails, l'idée de ce type de mesures consiste à mettre en évidence les différences éventuelles entre les montants payés et reçus de façon à repérer les fuites siphonnant les revenus étatiques. A divers niveaux, des processus internationaux et nationaux, volontaires et contraignants poursuivant cet objectif, sont en cours à l'heure où nous écrivons ces lignes, y compris en Suisse, et il faut s'en féliciter³⁵. S'il s'agit toutefois de repérer les « deals pourris » et non seulement les fuites siphonnant les caisses de l'Etat, la transparence des paiements est clairement insuffisante et devrait être élargie de façon à rendre transparent chaque contrat, chaque affaire conclue.

Un deuxième champ de mesures – n'ayant rien de spécifique au secteur des matières premières à proprement parler – consisterait à empêcher l'existence de structures masquant l'identité de leurs ayants droit économiques. Les schémas évoqués plus haut ont souvent comme lieu commun l'utilisation d'un véhicule financier (p. ex. une société offshore) dont les bénéficiaires sont inconnus, et servant à dissimuler les faits de corruption. L'usage de telles structures peut être combattu dans les pays qui en sont le siège, par le biais de modifications des règles d'incorporation des sociétés. Ainsi du projet helvétique de mise en œuvre des recommandations

³⁵ A ce sujet, cf. Déclaration de Berne, « Questions et réponses sur la transparence des paiements dans le secteur des matières premières », http://www.evb.ch/cm_data/1306011_QA_Rohstoff_Zahlungstransparenz_FR.pdf.

du GAFI, qui prévoit entre autres des dispositions destinées à identifier les ayants droit économiques des sociétés dont l'actionnariat est au porteur³⁶.

Au-delà de ces champs de mesures à caractère systémique, on peut reconnaître que le droit matériel suisse paraît suffisant pour punir les infractions éventuelles constatées dans le secteur des matières premières : les infractions de corruption et de blanchiment suffisent probablement à couvrir les délits pénaux commis par les sociétés suisses dans les schémas décrits *supra*. Ce constat doit cependant être assorti de deux bémols importants.

Premier bémol : lorsqu'il s'agit de poursuivre ces cas, en Suisse ou à l'étranger, le problème ne paraît pas tant être de disposer du droit matériel adéquat, mais bien plutôt pour les autorités judiciaires d'avoir connaissance des infractions commises. Au cours des années 1980 et 1990, lorsqu'elles avaient été confrontées au problème du blanchiment et de la criminalité économique dans le secteur financier, les autorités n'avaient pas seulement étoffé le droit matériel en créant le délit de blanchiment : elles avaient développé, avec la Loi sur le blanchiment (LBA), les devoirs de diligence, le droit et le devoir d'annonce, des outils spécifiques destinés à responsabiliser le secteur financier, à prévenir les risques de criminalité économique et surtout à porter à la connaissance des autorités de poursuite les soupçons de blanchiment, en faisant en quelque sorte des intermédiaires financiers les auxiliaires de la justice. Quelle que soit l'évaluation qu'on peut avoir de l'efficacité de ce dispositif et de sa supervision³⁷, force est de reconnaître que de telles mesures font défaut dans le secteur du négoce. Par ailleurs, second bémol, les sociétés achetant des matières premières ne sont pas tenues de s'assurer de l'origine licite des matières premières qu'elles acquièrent. Il n'existe donc aucun volet préventif destiné à empêcher que des matières premières d'origine illégale soient infiltrées dans les circuits commerciaux.

Dans la suite de cet article, nous tentons d'esquisser ce que pourraient être des mesures efficaces pour prévenir les risques de criminalité économique dans le secteur des matières premières et porter à la connaissance des autorités judiciaires leur acquisition illicite.

³⁶ SFI, *Mise en œuvre des recommandations du GAFI, révisées en 2012, rapport explicatif*, 27.02.2013, en particulier les nouveaux art. 697 i à m CO proposés.

³⁷ LONGCHAMP OLIVIER, HERKENRATH MARK, « Money Laundering, Liability and Sanctions for Financial Intermediaries – The Issue of having the Assets of politically exposed Persons in Switzerland », in : FENNER GRETTA (Ed.), *Emerging Trends in Asset Recovery*, Berne, 2013, pp. 127-136.

4. La soumission du négoce à la LBA

Depuis 2010, la recrudescence des affaires impliquant le secteur du négoce et de l'extraction et la prise de conscience politique de l'importance de ce secteur ont contribué à faire surgir la question des moyens permettant d'endiguer au mieux la criminalité économique dans le domaine des matières premières. On peut en particulier se demander si la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), qui forme la clef de voûte du dispositif de lutte contre la criminalité économique en Suisse, est appropriée à cet effet. Depuis 2010, une demi-douzaine de démarches parlementaires ont porté sur l'assujettissement du secteur du négoce à la LBA³⁸. Cette question a aussi été débattue dans la presse³⁹. Elle a en outre été discutée par les autorités fédérales dans le rapport de base sur les matières premières publié en mars 2013⁴⁰, et fait l'objet d'une assez longue « digression » dans le rapport sur l'avant-projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI) publié le 27 février 2013⁴¹.

En substance, la position actuelle de l'administration fédérale sur cette question est toujours la même. Elle consiste en premier lieu à défendre une interprétation selon laquelle ne peuvent être soumises à la LBA que les opérations dans lesquelles un intermédiaire financier reçoit ou garde en dépôt des valeurs patrimoniales qui ne sont pas les siennes. Or, selon les autorités fédérales, « le négoce de matières premières pour compte propre est une activité strictement commerciale par laquelle le négociant opère en premier lieu dans une perspective d'achat et de vente en y investissant ses propres ressources ». Deuxième argument, l'administration relève que les devoirs de diligence tels qu'ils sont définis dans la LBA ne sont pas appropriés aux opérations de négoce. Etant lui-même partie à la transaction effectuée, le négociant effectuant une opération pour son propre compte devrait « appliquer les obligations de diligence à lui-même, y compris la vérification de l'arrière-plan économique de sa propre transaction » et de relever que « de tels contrôles ne font aucun sens ». Défendant l'esprit de la LBA selon laquelle il s'agit toujours de prévenir l'afflux d'argent sale dans

³⁸ Po Moser 10.3365 ; Mo Thanei 11.3118 ; Mo Zisyadis 11.3840 ; Mo Wyss 11.4161 ; Ip. Massahrdt 13.3344 ; Mo Von Graffenried 13.3513.

³⁹ Cf. p. ex. *Tages Anzeiger*, 09.02.2012.

⁴⁰ DFAE, DFF, DEFR, *Rapport de base : matières premières*, 27.03.2013, p. 29.

⁴¹ DFF, *Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012. Rapport explicatif destiné à la consultation*, 27.02.2013, p. 29. Les citations du paragraphe qui suivent proviennent toutes de ce rapport.

le système financier – et ignorant du même coup la problématique des matières premières sales – l'administration relève en outre que le risque de blanchiment dans le négoce « est en théorie limité » et même « pas avéré » en pratique. Reconnaissons néanmoins que, sensible à ce risque théorique, l'administration propose, dans son projet GAFI, de modifier la LBA pour obliger les opérations mobilières quelles qu'elles soient à être effectuées par le truchement d'un intermédiaire financier dès qu'elles dépassent le montant de CHF 100'000. Cette disposition bienvenue est destinée à éviter que des flux importants d'argent sale ne soient ainsi introduits dans le système financier par le biais de relations commerciales, y compris lorsqu'elles sont le fait de négociants.

Résumons : l'administration fédérale défend une position ne considérant les négociants en matière première comme soumis à la LBA que lorsqu'ils agissent pour le compte de tiers, en achetant des matières premières suffisamment liquides – une seconde condition parfois étrangement limitée par le fait que l'opération soit effectuée sur des bourses de matières premières⁴². Dans ce cas, le négociant en matières premières est soumis à des obligations de diligence à l'égard de son client au sens de la LBA.

Cette position restrictive est conforme aux textes actuels d'application de la LBA⁴³. Elle a le mérite d'une certaine logique, en particulier parce qu'on voit mal en effet comment les devoirs de diligence des intermédiaires financiers tels qu'ils sont définis dans cette loi – p. ex. le blocage de valeurs patrimoniales faisant l'objet d'un soupçon – pourraient s'appliquer aux opérations de négoce pour compte propre⁴⁴. Elle ignore néanmoins le fait

⁴² Cf. p. ex. DFF, *Mise en œuvre des recommandations du GAFI*, op. cit., p. 26. En contradiction avec l'*Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel* (OIF) du 18 novembre 2009, art. 5 al. 2 b, qui précise qu'est également soumis le négoce pour compte de tiers intervenant hors bourse, « pour autant que les matières premières atteignent un degré de standardisation si élevé qu'elles peuvent être liquidées en tout temps ».

⁴³ OIF, art. 5 al. 2 b. Cf. aussi FINMA, Circ.2011/1, « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA », § 72.

⁴⁴ Il y aurait lieu de se demander qui contrôle le respect des devoirs découlant de la LBA lors des opérations de négoce effectuées pour compte de tiers et avec quelle efficacité. A ce sujet, qu'il soit simplement permis de remarquer que les secteurs du négoce des matières premières et des métaux précieux amalgamés dans la statistique ne communiquent qu'exceptionnellement des soupçons de blanchiment aux autorités responsables. Entre 2003 et 2012, seules 13 communication de soupçons parvenues au MROS sur 5917 (0.2%) provenaient de ce secteur.

qu'il serait tout à fait possible de développer la LBA pour y inclure des devoirs de diligence spécifique, s'appliquant à d'autres secteurs que celui de l'intermédiation financière. Une telle solution a été proposée par le passé en Suisse⁴⁵, et elle est pratiquée ailleurs (AML-EU⁴⁶, Allemagne⁴⁷, ...). Mais surtout, la position des autorités fédérales fait fi d'un certain nombre d'éléments, qu'il vaut la peine de relever.

- A) En premier lieu, on peut noter que cette interprétation résulte d'une lecture de la loi possible, mais passablement hasardeuse. La LBA précise en effet que sont soumises à la LBA « les personnes qui [...] font le commerce, *pour leur propre compte* ou pour celui de tiers, [...] de métaux précieux, de matières premières »⁴⁸. Certes, cette proposition est précédée d'une affirmation générale, selon laquelle sont « réputées intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers », une formulation qui visait avant tout à exclure les opérations commerciales en général. Toutefois, défendre l'interprétation selon laquelle l'énumération qui suit ce texte – dans laquelle le négoce pour propre compte est explicitement mentionné, on l'a vu – est limitée par cette proposition introductive revient à considérer que les mots soulignés *supra* sont dépourvus de sens. On peut dès lors se demander si cette interprétation est conforme, sinon à l'esprit du moins à la lettre de la loi.
- B) En deuxième lieu, il convient de relever que la pratique est différente pour le négoce de métaux précieux bancaires, pourtant énuméré dans la loi au même endroit. La législation d'application soumet en effet à la LBA les négociants de métaux précieux bancaires lorsqu'ils

⁴⁵ *Loi fédérale sur la mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* du 13.01.2005.

⁴⁶ *Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, art. 2.1.3.

⁴⁷ *Geldwäschegesetz* vom 13. August 2008 (BGBl. I S. 1690), cf. p. ex. § 2 « Verpflichtete », chiffres 7a, 8, 9, 10 et 13.

⁴⁸ *Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier* (LBA) du 10 octobre 1997, art. 2 al. 3 c.

agissent pour leur propre compte⁴⁹. Les arguments de faisabilité énoncés pour exempter les opérations de négoce de matières premières pour compte propre de l'application de la LBA semblent donc étrangement ne pas avoir cours lorsque ces matières premières sont précieuses.

- C) En troisième lieu, l'administration s'est gardée, dans les débats récents, de préciser que la pratique actuelle ne s'est cristallisée qu'en 2003, au terme d'un assez long bras de fer entre la branche du négoce et l'autorité d'application de la LBA, conflit dans lequel les autorités défendaient initialement une interprétation diamétralement opposée à celle qu'elles soutiennent aujourd'hui (cf. encadré ci-dessous).

Encadré : l'histoire de l'exemption des négociants de la LBA

Dans les premières années d'existence de la LBA, les autorités fédérales entendent bien soumettre les négociants de matières premières à la LBA. Ainsi, Daniel Eckmann, porte-parole du Département fédéral des finances (DFF) déclare-t-il en 2000 qu'il est « clair que les négociants de matières premières doivent aussi être assujettis ». Il donne même un exemple précis, relevant que « la sphère d'activité de *Marc Rich* tombe sous le coup de la LBA »⁵⁰. Dans la foulée, certains négociants – ainsi la maison lausannoise André, ou le négociant Cargill – s'affilient d'ailleurs à des organismes d'autorégulation. D'autres résistent : Glencore et *Marc Rich International* (MRI), l'entreprise de négoce fondée par le célèbre négociant éponyme après son départ de Glencore, par exemple. *Marc Rich*, mais aussi le diamantaire De Beers, menacent même de quitter la Suisse⁵¹.

L'affaire soulève des vagues médiatiques et politiques. La commission de gestion du Conseil national s'en empare et examine les difficultés de mise en œuvre de la LBA. L'autorité de contrôle n'en démord pas cependant : le 18 janvier 2002, elle confirme en conférence de presse vouloir soumettre le négoce pour compte propre à la LBA. Son rapport d'activité pour cette année

⁴⁹ Cf. sur ce point FINMA, Circ.2011/1, « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA », § 75. Le Conseil fédéral le reconnaît d'ailleurs explicitement. Cf. p. ex. sa réponse à la motion Thanei 11.3118.

⁵⁰ *Handelszeitung*, 26.07.2000.

⁵¹ *Weltwoche*, 08.06.2000, *Blick* 03.02.2001, *Wochenzeitung*, 20.12.2001. De Beers déplace ensuite son siège à Londres – on ignore les raisons de ce choix.

relève que « l'art. 2 al. 3 lett. c LBA doit être interprétée de telle façon que ne doit pas seulement être soumis le négoce de matières premières effectué pour compte de tiers, mais aussi celui effectué pour compte propre »⁵². Peu après est publié un avis de droit⁵³ réalisé par un avocat mandaté par *Marc Rich*⁵⁴. Cet avis de droit conclut qu'il n'est pas cohérent avec l'esprit de la LBA d'y soumettre le négoce pour compte propre, en insistant sur l'absence d'intermédiation financière dans l'activité de négoce. En dépit d'avis contraires⁵⁵, l'autorité de contrôle fait marche arrière en 2003. Elle se rallie à cet avis de droit et décide d'exempter le négoce pour compte propre ainsi, d'ailleurs, que celui pour compte de tiers, tant qu'il est effectué hors bourse⁵⁶. Cette position est toujours celle qui est défendue par l'administration aujourd'hui.

Un commentaire juridique s'interrogeant en 2004 sur la « conformité » de l'exemption des négociants à l'égard de la lettre de la Loi montre d'ailleurs que cette volte-face était loin d'aller de soi⁵⁷. Ainsi que le Conseil fédéral le reconnaît avec une certaine franchise, un examen mené dans le cadre de l'élaboration d'un avant-projet concernant la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI mis en consultation en 2005⁵⁸ a par ailleurs abouti à la conclusion que la soumission des négociants à la LBA « n'était pas nécessaire, d'une part, parce qu'elle n'est prévue par aucune législation étrangère et, d'autre part, parce qu'elle créerait un désavantage concurrentiel pour les négociants suisses de matières premières »⁵⁹. Loin de découler uniquement de considérations juridiques ou d'une pesée des risques relatifs au secteur, cette exemption du négoce pour compte propre de la LBA est donc aussi

⁵² DFF, Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, *Jahresb. 2002*, S. 11.

⁵³ SCHMID NIKLAUS, LÖTSCHER BERNARD, « Die Subsumption des Eigenhandels mit Rohwaren unter den Begriff der Finanzintermediation im Sinne des GwG », *Pratique judiciaire*, 2002, S. 1266 ff.

⁵⁴ *Weltwoche*, 08.06.2000.

⁵⁵ Cf. p. ex., ZIMMERMANN DANIEL, « Die Unterstellung des Eigenhandels mit Rohwaren unter das Geldwäschereigesetz – eine Replik », *Pratique judiciaire*, 2003, S. 1441 ff.

⁵⁶ DFF, Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, *Jahresb. 2003*, S. 14.

⁵⁷ ROHR ANDREAS, *Bin ich Finanzintermediär ?* Bern, 2004, p. 70.

⁵⁸ Cf. le projet de 2005 évoqué à la note 45 *supra*, retiré ensuite.

⁵⁹ Réponse du Conseil fédéral à l'Ip 11.4161.

le résultat d'un processus politique, dans lequel les négociants ont défendu leurs intérêts, finalement pris en compte par les autorités.

- D) Quatrième et dernier élément : il n'est pas interdit de se demander si l'activité usuelle des négociants en matières premières relève bel et bien toujours du négoce pour compte propre, au sens de la Loi. L'autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent a en effet adopté en 2008 une définition assez restrictive du négoce pour compte propre, relevant que celle-ci ne s'appliquait que « lorsqu'une personne conclut des affaires en son nom propre, exclusivement avec son propre patrimoine, dans son propre intérêt et à ses propres risques »⁶⁰. Or, une partie des affaires de négociants sont effectuées par le biais de crédits documentaires (dits aussi « accreditifs »), c'est-à-dire avec des fonds de tiers obtenus pour les besoins d'une opération de négoce, souvent en gageant la marchandise objet de l'opération. Selon la définition précitée, il s'agirait ici clairement d'opérations effectuées pour compte de tiers, qui devraient par conséquent être soumises à la LBA. Interrogée par écrit, la FINMA n'a pas pu donner la base légale en usage définissant le négoce pour compte propre⁶¹.

Ces quatre éléments suffisent sans doute à montrer qu'il est faux de dire que la LBA ne prévoit pas d'assujettir le négoce pour compte propre de matières premières. Au contraire, il semble évident que le législateur ait bien compris, lors de la rédaction de la Loi, que d'autres types de valeurs patrimoniales que l'argent pouvaient aussi servir au blanchiment, une possibilité par ailleurs également prévue à dessein par l'article 305^{bis} du CP. Rappelons à ce propos que lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de ce dernier, le blanchiment opéré par le biais de matières premières avait été explicitement mentionné. Le rapporteur de la majorité, le Conseiller national radical Jean-Pierre Bonny, précisait en effet qu'il était « tout à fait possible qu'on n'opère pas seulement avec de l'argent. Des matières premières, des tableaux, des immeubles, peuvent être des valeurs patrimoniales »⁶². Si le Conseil fédéral a choisi ultérieurement de ne pas soumettre le secteur des matières premières à la LBA, c'était pour s'épargner les difficultés légales et politiques qui en auraient résulté. Plutôt que de

⁶⁰ *Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2, al. 3, LBA (29.10.2008) § 219.*

⁶¹ Lettre de la FINMA aux auteurs, 23 septembre 2013.

⁶² *Bull. Stén. CN* 28.11.1989, p. 1872.

réfléchir aux outils qui auraient été appropriés dans ce secteur, les autorités ont préféré développer des arguments – discutables – justifiant une exemption. Elles sont ensuite restées inactives, pour concéder une décennie plus tard, que le secteur était exposé à une corruption endémique !

Ceci ne doit pas amener à conclure pour autant que la soumission du négoce à la LBA serait une mesure suffisante pour combattre efficacement la criminalité économique dans ce domaine. Au contraire, il paraît même assez évident, étant donné la pratique actuelle consistant à ne pas considérer les matières premières comme des équivalents monétaires, que cette soumission n'aurait pour conséquence que de garantir que l'argent apporté au négociant n'est pas de l'argent sale. Cela n'aurait que peu de conséquences sur l'origine licite – ou non – des matières premières objet de la transaction. Or, on l'a vu plus haut, c'est d'abord et avant tout cet élément qui est problématique. Par ailleurs, il est évident que les mesures de diligence actuellement formulées dans la LBA sont inadaptées à la situation spécifique des négociants. Dès lors, il conviendrait de développer un autre système destiné à servir d'équivalent, dans le domaine du négoce des matières premières à la LBA dans le domaine de l'intermédiation financière. On voit mal comment les autorités pourraient s'en dispenser après avoir reconnu les risques élevés inhérents à ce secteur.

5. Que faire ? Quelques réflexions sur les moyens d'empêcher les opérations avec des matières premières illicites

Une piste parfois proposée consiste à imaginer que les intermédiaires financiers utilisés pour accueillir les virements monétaires contreparties des transactions sur matières premières puissent endosser – ou même endossent déjà⁶³ – le rôle de bloquer ou de filtrer les opérations problématiques. S'il est vrai que les intermédiaires financiers ont parfois un rôle à jouer, p. ex. lorsqu'une banque examine la nature des opérations d'un négociant à qui elle octroie un crédit, il paraît évident que ces mesures sont insuffisantes pour détecter ou empêcher les opérations effectuées avec des matières premières illicites, et ce pour plusieurs raisons.

A) Premièrement, il n'est pas rare, dans le domaine des matières premières, que des opérations soient réalisées sans que des contreparties financières ne soient échangées (« barter trade »)⁶⁴.

⁶³ ASB, *La Suisse, place de négoce de matières premières*, Mars 2013, pp. 25-26.

⁶⁴ Les livraisons controversées d'alumine accomplies par les sociétés Glencore et Trafigura avec l'Iran en 2012 étaient des opérations de « Barter trades ». A ce

- B) Par ailleurs, il est très difficile, pour un intermédiaire financier, de percevoir la licéité des opérations réalisées par son client négociant, soit parce qu'il ne dispose pas forcément du savoir faire nécessaire pour distinguer une transaction anormale, soit parce que son client peut filtrer les informations qui lui sont mises à disposition, ou même le tromper. Les principales banques globales elles-mêmes ne disent d'ailleurs pas autre chose lorsqu'elles relèvent, dans la déclinaison des principes de Wolfsberg au financement du négoce que, lorsqu'il s'agit de « déterminer si des transactions sont inusuelles du fait d'une sur- ou d'une sous-facturation (ou de toute autre circonstance permettant de dissimuler leur valeur réelle), il faut comprendre que les banques ne sont généralement pas capables de faire un tel examen »⁶⁵.
- C) Ensuite il faut reconnaître qu'il reste très difficile, pour la banque A d'un négociant X de faire une analyse de due diligence sur un fournisseur Y de matières premières. Si A, la banque de l'acheteur X, doit examiner les activités de son client X, si elle peut éventuellement analyser l'activité de B, l'intermédiaire financier de Y, elle ne dispose généralement d'aucune information sur Y lui-même. Or, dans l'éventualité d'un flux de matières premières illicites, c'est bien l'identité et l'activité de Y qu'il conviendrait en premier lieu d'analyser. On peut relever au passage que, toujours selon les principes de Wolfsberg, même les analyses de due diligence de X sont limitées et réalisées lors de la conclusion de relations d'affaires, et pas pour chaque nouvelle transaction⁶⁶.
- D) Enfin, rien n'empêche un négociant de nouer des relations avec des intermédiaires financiers situés en dehors du groupe Egmont et conduisant des opérations sans se soucier des standards anti-blanchiment internationaux.

Il paraît dès lors clair que personne ne peut prendre, mieux que les négociants eux-mêmes, la responsabilité de s'assurer de la licéité des matières premières dont ils font le commerce. Ceci suppose le développement d'un système complexe et original, introduisant un certain nombre de devoirs et de règles dans le secteur des matières premières. Il est

propos, la NZZ notait le 23.05.2013 que « *Tauchgeschäfte in der Metallindustrie [sind] heute noch üblich* ».

⁶⁵ The Wolfsberg Group, *The Wolfsberg Trade Finance Principles*, janvier 2009, p. 16. Traduction DB.

⁶⁶ The Wolfsberg Group, *The Wolfsberg Trade Finance Principles*, op. cit., p. 9.

permis de tenter une première esquisse idéale de ce système : celui-ci obligerait les négociants à effectuer des démarches destinées à s'assurer autant que possible de l'origine licite des matières premières qu'ils acquièrent auprès d'une société extractive ou d'un autre négociant : obligation d'identifier leur contrepartie, devoirs de diligence spécifique lorsque cette contrepartie présente un profil de risque accru (p. ex. PEP, pays notoirement corrompu,...), obligation de connaître l'origine des matières premières achetées depuis leur production, de retracer la chaîne des intermédiaires et éventuellement les termes de la transaction précédente. Un système de communication devrait permettre de signaler les intermédiaires et/ou les transactions suspectes à une autorité de contrôle. Certaines opérations (par exemple les contrats obtenus suite à des *tenders* effectués avec des puissances publiques), devraient obligatoirement être publiées. Enfin, un mécanisme de sanction devrait permettre de protéger les négociants honnêtes de ceux qui ne veulent pas assumer leurs responsabilités.

Un tel système ne permettrait pas seulement une meilleure détection des opérations de corruption dans le secteur : il aurait probablement une valeur préventive et contribuerait à en diminuer le nombre. Par ailleurs, il permettrait réellement de lutter contre les cas de blanchiment de matières premières illicites, où des ressources naturelles acquises dans des conditions discutables sont infiltrées dans les circuits commerciaux. On voit cependant immédiatement les difficultés d'une telle procédure, ambitieuse : elle supposerait le développement d'un système fiable et international de traçabilité des matières premières, s'inspirant peut-être des procédures mises en place pour éviter la commercialisation de minerais provenant de régions de conflits. Bien sûr, pour être efficace, un tel système ne saurait se limiter à la Suisse. Mais est-ce vraiment un bon argument pour ne pas commencer en Suisse ? La LBA helvétique ne déploie son efficacité que parce que des dispositions semblables ont cours dans la plupart des autres pays. Avec la part de marché mondiale qui est la sienne dans le domaine des matières premières, n'est-ce pas à la Suisse de prendre l'initiative de réguler dans ce domaine ?