

NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

Incriminer le financement du terrorisme

Généralités

Les autorités qui souhaitent mettre en œuvre les dispositions de la Convention et se conformer aux prescriptions de la Résolution devront envisager deux types d'agissements, distincts mais connexes, par rapport au financement du terrorisme. L'un est *le financement d'actes de terrorisme*, tel qu'il est défini à l'article 2 de la Convention. L'autre est *la mise à disposition des terroristes et organisations terroristes de ressources financières*, au sens du paragraphe 1 d) de la Résolution. Les prescriptions relatives à ces formes d'agissements sont similaires, mais elles ne sont pas identiques, et il appartiendra à chaque pays de déterminer la qualification de chaque type d'agissement dans le droit local¹⁰⁹. Avant d'examiner les différences entre les deux prescriptions, il convient de noter que le paragraphe 1 b) de la Résolution prescrit l'incrimination du financement des actes de terrorisme en utilisant une formulation très proche de celle de la Convention. Ce paragraphe de la Résolution, lu conjointement avec le paragraphe 3 d), qui demande aux États de devenir «dès que possible» parties à la Convention, fait manifestement référence à l'incrimination du financement des actes de terrorisme au sens de la définition de la Convention. Il s'ensuivrait que le paragraphe 1 d) impose quelque chose de plus que l'incrimination des actes de terrorisme.

La Convention comme le paragraphe 1 d) de la Résolution traitent de la mise à disposition d'une aide financière destinée au terrorisme, mais il existe, entre les deux, des différences importantes. *Primo*, la Convention impose sans ambiguïté l'*incrimination* du financement des actes de terrorisme, tandis que le paragraphe 1 d) de la Résolution semble adopter une approche différente. Au lieu d'imposer aux pays d'*ériger en infraction* la

¹⁰⁹Les Recommandations spéciales du GAFI sur le financement du terrorisme semblent également considérer qu'il existe deux types distincts d'agissements à ériger en infractions. En effet, la Recommandation spéciale II établit comme règle l'incrimination du financement *du terrorisme, des actes terroristes et des organisations terroristes*.

mise à disposition des terroristes de fonds et de services, il leur prescrit d'interdire «à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire» de mettre des ressources financières à la disposition de terroristes et d'organisations terroristes. Cette formulation semble délibérée dans la mesure où elle s'oppose à la formulation utilisée au paragraphe 1 b) de la Résolution, qui impose *d'ériger en infraction* le financement d'actes de terrorisme. L'objectif général du paragraphe 1 d) est de mettre un terme au flux de fonds et de services financiers à destination des terroristes et des organisations terroristes, que ce soit par l'incrimination ou tout autre moyen.

Secundo, en ce qui concerne la nature de cette assistance, la prescription du paragraphe 1 d) de la Résolution est plus détaillée que celle de la Convention. La Convention érige en infraction la mise à disposition de «*fonds*», qu'elle définit comme étant l'équivalent de *biens*, alors que la Résolution utilise la formule plus détaillée «fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes». Compte tenu de la définition globale des «fonds» dans la Convention, ce qui est visé par la Résolution mais pas par la Convention, c'est la mise à disposition de «*services financiers ou autres services connexes*»¹¹⁰.

Tertio, l'éventail des personnes et des entités qu'il convient d'empêcher de recevoir des fonds ou des services est défini dans la Résolution mais pas dans la Convention. Dans la Résolution, la liste de ces personnes inclut non seulement celles qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, mais aussi les entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et les entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes. La Convention se borne à définir les actes de terrorisme mais pas les terroristes ou le terrorisme et, par implication, toute personne qui commet ou peut commettre un acte de terrorisme serait incluse.

Il découlerait de ce qui précède que, outre l'incrimination du financement des actes terroristes conformément à la Convention, la Résolution impose aux pays, en son paragraphe 1 d), d'empêcher le flux de fonds et de services à destination des terroristes et des organisations terroristes. Les modalités pour y parvenir sont laissées à la discrétion de chaque pays. Une des manières de le faire consisterait à prévoir le gel des avoirs des catégories de personnes et d'entités énumérées au paragraphe 1 d) et d'interdire la mise à disposition de services financiers et autres à ces personnes.

¹¹⁰On ne voit pas au juste ce que l'expression «ressources économiques» ajoute aux autres termes de la liste.

50 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

Dans de nombreux pays, le gel des avoirs et l'interdiction de mise à disposition de ressources sont fondés sur l'incrimination d'agissements allégués de la part des détenteurs des avoirs à bloquer, qui seraient les bénéficiaires de l'aide financière¹¹¹. Dans d'autres, les dispositions reposent sur l'établissement de listes de personnes et d'organisations réputées se livrer à de tels agissements. Par exemple, la loi antiterrorisme 2002-6 de la Barbade érige en infraction à la fois le fait de fournir ou de réunir des fonds destinés à des fins liées au terrorisme ainsi que la mise à disposition de services financiers à ces mêmes fins. Les dispositions en matière de gel et de confiscation de cette loi sont ensuite reliées à des chefs d'accusation relevant du délit de terrorisme ainsi défini¹¹². Dans d'autres pays, notamment au Canada, le gel des avoirs et l'interdiction de l'aide financière s'appuient sur une liste de personnes et d'organisations publiée par le gouvernement sur base de renseignements attestant que la personne ou l'entité en question se livre à des activités terroristes, indépendamment de toute inculpation dont elle pourrait faire l'objet¹¹³. Dans le contexte de l'Union européenne, les mesures en matière d'incrimination demandées au paragraphe 1 b) de la Résolution ont été prises par chacun des pays membres de l'Union européenne, tandis que les mesures liées au gel des avoirs des terroristes et des organisations terroristes ont été prises au niveau de l'Union¹¹⁴.

Définir les actes de terrorisme

Les neuf traités énumérés à l'annexe de la Convention n'ont pas tenté de définir le terrorisme, mais ont défini des actes précis sans toutefois utiliser le terme «terrorisme». Le plus récent de ces traités, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, utilise les termes «terroristes» et «terrorisme» dans son titre et son préambule et cite les résolutions de l'Assemblée générale sur le terrorisme, mais définit

¹¹¹Outre les systèmes de confiscation pénale décrits au présent paragraphe, certains pays, notamment les États-Unis, ont des systèmes de confiscation civile dans lesquels les avoirs peuvent être confisqués indépendamment des procédures pénales. Voir Stefan D. Cassalla, «Restraint and Forfeiture of Proceeds of Crime in International Cases: Lessons Learned and Ways Forward,» *Proceedings of the 2002 Commonwealth Secretariat Oxford Conference on the Changing Face of International Cooperation in Criminal Matters in the 21st Century* (Secrétariat du Commonwealth, 2002), page 183.

¹¹²*Loi antiterrorisme 2002-6*, articles 4 et 8 [Barbade].

¹¹³*Code criminel*, articles 83.05 à 83.12 [Canada].

¹¹⁴Position commune du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (2001/931/CFSP), *Journal officiel des Communautés européennes*, 28 décembre 2001, L 344/93, et Règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *Journal officiel des Communautés européennes*, 28 décembre 2001, L 244/70 [Union européenne].

l'infraction d'attentat terroriste aux explosifs sans utiliser le terme. Tout comme les neuf traités énumérés à son annexe, la Convention ne définit pas le terrorisme. Elle contient en revanche une définition des *actes de terrorisme* qui sert de base à la définition des infractions en matière de financement visées dans la Convention.

La Résolution ne définit pas le «terrorisme». Elle énonce que les États «préviennent et répriment le financement des actes de terrorisme»¹¹⁵ et leur demande «de devenir dès que possible parties [...] à la Convention»¹¹⁶. Elle ajoute par ailleurs que les États «interdisent [à toute personne] de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques [...] à la disposition [...] de personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme»¹¹⁷. L'absence de toute indication concernant la nécessité d'une définition plus large, conjuguée avec le renvoi à la Convention, permet de conclure que la Résolution n'exige pas des États qu'ils définissent le terrorisme ou les actes de terrorisme de façon plus large que la Convention¹¹⁸. Beaucoup d'États ont utilisé ou adopté une définition plus détaillée, mais la Résolution ne l'impose pas.

La Recommandation spéciale I du GAFI déclare que le financement du terrorisme devrait être érigé en infraction en se basant sur la Convention. Dans les notes qui suivent, la base de l'analyse d'une définition des actes de terrorisme est la définition contenue dans la Convention.

Types d'actes de terrorisme

Un acte de terrorisme est défini dans la Convention comme étant i) un acte qui constitue une infraction au regard de ceux des neuf des traités énumérés à l'annexe de la Convention auxquels le pays est partie («infractions au regard des traités»); et ii) un acte au sens de la définition générique énoncée à l'article 2 b) («infractions génériques»).

¹¹⁵Résolution, voir note 5 ci-dessus, paragraphe 1 a)

¹¹⁶*Idem*, paragraphe 3 d).

¹¹⁷Résolution, voir note 5 ci-dessus, paragraphe 1 d).

¹¹⁸Walter Gehr, ancien expert du Comité contre le terrorisme, a écrit que le président du Comité avait déclaré que le Comité considérerait comme un acte de terrorisme ce que ses membres considéreraient à l'unanimité être un tel acte. M. Gehr a ajouté que la tâche du CCT s'avéra être suffisamment concrète pour pouvoir se passer de la résolution de tous les problèmes liés à la définition du terrorisme. Walter Gehr, «Le Comité contre le terrorisme et la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité», *Actualité et Droit international* (janvier 2003), <http://www.ridi.org/adi/articles/2003/200301geh.htm>.

«Infractions au regard des traités»

L'article 4, paragraphe 1 a) de la Convention fait référence à neuf traités énumérés à l'annexe de la Convention et érige en infraction le fait de fournir ou de réunir des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés en vue de commettre une infraction au sens d'un des traités énumérés¹¹⁹. Les auteurs de la Convention ont mesuré la possibilité qu'un pays ne soit pas devenu partie à la totalité de neuf traités cités à l'annexe de la Convention au moment où il est devenu partie à la Convention. La Convention autorise les États parties à déclarer, au moment où ils deviennent partie à la Convention, qu'un traité auquel le pays n'est pas partie sera réputé ne pas faire partie de l'annexe de la Convention. Cette déclaration cesse de produire ses effets lorsque l'État devient partie au traité. Inversement, si un État partie à la Convention cesse d'être partie à l'un des traités, il peut déclarer que ce traité est réputé ne pas faire partie de l'annexe. Ces déclarations sont facultatives. Les pays peuvent ne pas inclure les neuf traités dans leur définition des «infractions au regard des traités», même s'ils ne sont pas parties à la totalité des traités.

En pratique, certains États parties ont inclus tous les traités dans leur définition, y compris ceux auxquels ils n'étaient pas partie. D'autres États parties ont limité la liste aux traités auxquels ils étaient partie. Parmi ceux-ci, certains ont prévu un mécanisme par lequel le gouvernement peut, par un règlement, ajouter les traités à la liste lorsque le pays devient partie à ceux-ci sans pour autant devoir modifier la loi. Sur le plan de la rédaction de la législation, certaines lois citent le traité nommément alors que d'autres extraient de chaque traité l'infraction qu'il contient et l'érigent en infraction.

«Infractions génériques»

Contrairement aux «infractions au regard des traités», qui sont définies par rapport à des agissements qui sont en eux-mêmes «terroristes», l'infraction générique du financement d'actes de terrorisme se réfère, pour définir les actes de terrorisme, non seulement aux agissements, mais aussi à l'intention et au but. Aux termes de la définition générique énoncée dans la Convention, *tout acte peut être un acte de terrorisme s'il est destiné à tuer ou blesser grièvement certaines personnes, et s'il vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.*

Plusieurs pays ont ajouté à la définition des éléments qui ont pour effet de limiter sa portée ou de l'élargir¹²⁰. Il semble que les formulations

¹¹⁹La liste figure à l'encadré 1.

¹²⁰Dans la présente section, les exemples de législation fournis comprennent à la fois des lois générales contre le terrorisme et des lois qui mettent en œuvre la Convention.

limitatives aient été inspirées par la crainte de voir utiliser la définition générique dans des circonstances qui n'avaient pas été prévues. À cet égard, la réserve que l'on trouve dans les lois britannique, canadienne et australienne mérite d'être relevée. Celle-ci prévoit que l'infraction n'existe que «si l'acte est accompli ou la menace faite dans l'intention de promouvoir une cause politique, religieuse ou idéologique»¹²¹. Une autre limitation est celle qui prend la forme d'une exclusion de certaines activités du champ d'application de l'expression «fournir ou réunir des fonds». On trouve un exemple d'une telle disposition dans la loi néo-zélandaise de 2002 sur la répression du terrorisme qui, «afin d'écartier tout doute», exclut explicitement du champ d'application de l'infraction de financement la fourniture ou la mobilisation de fonds aux fins de promotion et de défense du gouvernement démocratique ou de la protection des droits de l'homme¹²².

La Convention inclut dans la définition du financement du terrorisme le fait que l'auteur entendait, par l'acte de terrorisme financé, «tuer ou blesser grièvement» des civils et des non-combattants. Plusieurs pays ont défini l'infraction de manière telle que cette définition est applicable aux cas dans lesquels l'intention première n'est pas nécessairement de tuer ou de blesser grièvement. Par exemple, la loi néo-zélandaise ci-dessus inclut notamment les ajouts suivants «un risque grave pour la santé ou la sécurité d'une population», «une défaillance ou un dysfonctionnement graves d'un élément d'infrastructure, propre à mettre en péril des vies humaines», et «l'introduction ou l'émission d'un organisme pathogène susceptible d'anéantir l'économie nationale d'un pays»¹²³. Une autre extension plus importante encore est celle que l'on trouve dans la loi mauricienne de 2002 sur la prévention du terrorisme qui, outre l'incrimination de la perpétration d'actes de terrorisme, érige en infraction le fait de ne pas agir comme de besoin, dans les limites du raisonnable, pour empêcher de tels actes¹²⁴.

Les autorités devront apprécier les avantages et les inconvénients qu'apporte l'ajout de formules qui limitent ou élargissent la définition du terrorisme aux fins de la mise en œuvre de la Convention. Les circonstances locales et, en particulier, la sensibilité aux aspects qui touchent aux droits de l'homme, peuvent rendre indiqué l'ajout de formules restrictives. Cela étant,

¹²¹*Suppression of the Financing of Terrorism Act 2002*, Schedule 1, Amendments to the Criminal Code act 1995, partie 5.3, article 100.1, Definitions, paragraph *terrorist act* [Australie]; on trouve une formulation analogue dans la *Terrorism Act 2000*, article 1 (1)(c) [U.K.]; la *loi antiterrorisme*, article 83(1)(b) [Canada]; et la *Terrorism Suppression Act 2002*, Section 5(2) [Nouvelle-Zélande].

¹²²*Terrorism Suppression Act 2002*, article 8(2) [Nouvelle-Zélande].

¹²³*Terrorism Suppression Act 2002*, article 5(3) [Nouvelle-Zélande].

¹²⁴*Prevention of Terrorism Act of 2002*, article 3(1) [Maurice].

54 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

ces formules peuvent entraver les poursuites contre les auteurs de telles infractions. Les lois présentées à titre d'exemples dans les annexes se fondent exclusivement sur les prescriptions de la Convention.

Les autorités peuvent également envisager de recourir à un système de liste pour faciliter les poursuites contre les auteurs d'infractions de terrorisme. Un certain nombre d'États, notamment le Canada¹²⁵, la Nouvelle-Zélande¹²⁶, le Royaume-Uni¹²⁷, et les États-Unis¹²⁸, ont institué des mécanismes par lesquels les noms des personnes suspectées d'activités terroristes (autres que celles qui sont énumérées sous l'autorité du Conseil de sécurité) peuvent être répertoriés sur une liste dressée sous l'autorité du gouvernement. Ces listes sont publiées et la connaissance de la qualité de terroristes ou d'organisations terroristes de ces personnes et organisations est présumée, ce qui allège la charge de la preuve, s'agissant de démontrer l'élément de connaissance ou d'intention dans le cadre de l'infraction de financement du terrorisme (généralement, ces mécanismes imposent aussi le gel des avoirs des personnes et organisations qui figurent sur la liste et interdisent de leur apporter toute aide). Ces mécanismes facilitent l'engagement de poursuites contre les auteurs d'infractions de financement du terrorisme, mais ils doivent être élaborés avec soin pour prémunir contre leur utilisation abusive et garantir aux personnes et organisations ainsi fichées le droit de voir examiner leur demande de radiation de la liste par un organe indépendant, en tenant compte du fait que les éléments de preuve utilisés pour établir ces listes risquent d'être strictement confidentiels. Ni la Convention ni la Résolution n'impose de telles listes et, par conséquent, les lois données à titre d'exemples dans le présent manuel ne se réclament ni de l'une ni de l'autre. Les autorités qui souhaiteraient inclure un tel mécanisme dans leur législation peuvent consulter la législation des pays ci-dessus.

Financement du terrorisme et blanchiment de capitaux

Dans leurs réponses au questionnaire des Nations Unies, certains pays ont fait valoir qu'ils avaient mis en œuvre les dispositions de la Résolution qui concernent l'incrimination du financement du terrorisme en adoptant des lois sur le blanchiment de capitaux¹²⁹. Il semblerait que cela ne soit pas

¹²⁵ *Code criminel*, article 83.05 [Canada].

¹²⁶ *Terrorism Suppression Act 2002*, articles 20-24 [Nouvelle-Zélande].

¹²⁷ *Terrorism Act 2000*, articles 3-13 [Royaume-Uni]

¹²⁸ *Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. §1189 [États-Unis] (s'applique uniquement aux organisations étrangères).

¹²⁹ Walter Gehr, «Recurrent Issues», présentation aux États membres, du 4 avril 2002, Comité des Nations Unies contre le terrorisme, <http://www.un.org/docs/sc/committees/1373/rc.htm>.

conforme à la lettre et à l'esprit de la Résolution et de la Convention. On ne peut perdre de vue que la Convention crée une infraction autonome et distincte de financement d'actes de terrorisme. Bien que les infractions de financement du terrorisme et de blanchiment de capitaux s'appuient toutes deux sur le principe commun de la lutte contre le terrorisme par des mesures dirigées contre le financement de leurs activités, ces deux infractions sont distinctes. En particulier, dans le financement du terrorisme, les fonds utilisés pour financer les actes de terrorisme ne doivent pas nécessairement être le produit d'activités illégales et ne doivent pas nécessairement avoir fait l'objet d'un blanchiment. Ces fonds peuvent avoir été acquis et déposés auprès d'institutions financières de manière licite. Ce n'est pas leur origine délictueuse qui les «entache», mais bien leur utilisation effective ou voulue pour financer des actes de terrorisme ou pour apporter une aide à des terroristes ou des organisations terroristes. Aussi, se fonder exclusivement sur l'infraction du blanchiment de capitaux pour ériger en infraction le financement du terrorisme créerait une lacune importante dans la législation : les infractions de financement du terrorisme seraient établies dans les cas où les fonds destinés à financer un acte de terrorisme ont une origine illicite, mais le financement d'actes de terrorisme au moyen de fonds obtenus légalement ne pourrait faire l'objet de poursuites.

Il n'empêche que les deux infractions sont liées, dans la mesure où la Recommandation spéciale II impose aux pays de désigner le financement du terrorisme comme infraction sous-jacente au blanchiment de capitaux. Cette inclusion est automatique pour les pays qui définissent les infractions sous-jacentes comme étant «toute infraction» (comme le prescrit la Convention de Strasbourg)¹³⁰ ou toutes les infractions graves (dans la mesure où les infractions de financement du terrorisme relèvent de la définition des «infractions graves» dans le pays concerné). Dans les pays où les infractions sous-jacentes sont énumérées sur une liste, il peut être nécessaire de modifier celle-ci pour y inclure les infractions de financement du terrorisme.

La complicité et le complot en tant qu'infractions indirectes

Certains pays ont indiqué que l'infraction de financement du terrorisme est comprise dans l'infraction de complicité dans la perpétration d'actes de terrorisme ou de complot en vue de commettre de tels actes¹³¹. Toutefois, contrairement à la notion de complicité, la Convention n'exige pas que l'acte terroriste que les fonds étaient destinés à financer ait effectivement lieu, ni

¹³⁰L'article 1^{er} de la Convention de Strasbourg énonce que l'expression «infraction principale» désigne tout crime à la suite duquel des produits sont générés et susceptibles de devenir l'objet d'une infraction selon l'article 6 de la présente Convention».

¹³¹Gehr, voir note 129 ci-dessus.

même qu'il y ait tentative de commission d'un tel acte. Il suffit que l'auteur présumé ait eu l'intention d'affecter ces fonds au financement d'actes de terrorisme ou qu'il ait su qu'ils seraient utilisés à cette fin. C'est ce que montre clairement le paragraphe 3 de l'article 2, qui énonce que «pour qu'un acte constitue une infraction au sens [de la Convention], il n'est pas nécessaire que les fonds aient été effectivement utilisés pour commettre une infraction [au sens de la Convention]». Par conséquent, l'infraction de financement du terrorisme est distincte et indépendante des infractions de terrorisme. Par contre, dans la plupart des pays, les infractions de complicité ne se produisent que lorsque l'acte principal est commis ou, du moins, qu'il y ait eu tentative de le commettre, condition qui ne figure pas dans la définition que donne la Convention de cette infraction¹³². En outre, dans la plupart des pays, il n'y a complicité que lorsque l'auteur présumé sait que la perpétration ou la tentative de perpétration de l'infraction principale est en train de se produire alors que, dans le cas de la Convention, le lien avec l'infraction de terrorisme n'est pas la commission ou la tentative de commission de cette infraction mais bien le fait que l'auteur présumé destine les fonds à la commission de l'acte de terrorisme (ou sait qu'ils seront utilisés à cette fin)¹³³.

Une remarque similaire peut être faite en ce qui concerne le complot. Le financement du terrorisme, en tant qu'infraction autonome, peut être commis par une personne agissant seule, ce qui est incompatible avec une théorie de complot.

Tentative, participation, organisation, injonction et contribution

La Convention impose d'ériger en infraction non seulement la commission des infractions qu'elle définit, mais aussi les tentatives de commission de ces infractions¹³⁴. La Convention prescrit par ailleurs l'incrimination de la participation en qualité de complice à l'une des infractions définies, l'organisation d'une telle infraction ou le fait de donner l'ordre à d'autres personnes de commettre cette infraction¹³⁵. Doit également

¹³²*Idem.*

¹³³*Voir notamment Johnson c. Youden*, [1950] 1 All ER 300, résumé dans *The Digest, Annotated British, Commonwealth and European Cases*, 14(1), Criminal Law, Evidence and Procedure, Londres, 1993 [ci-après «le Digest»] n° 954, page 120. Il peut toutefois y avoir complicité si l'auteur présumé savait qu'un acte illégal (en l'espèce, un acte de terrorisme) allait être commis, même si cet auteur ignorait quel acte précis de terrorisme serait commis (en l'espèce, la tentative d'incendier un pub au moyen d'une bombe tuyau). *Voir DPP for NI c. Maxwell*, [1978] 3 All ER 1140, [1978] WLR 1350, 143 JP 63, 122 Sol. Jo 758, [1978] NI 42, s.n. *Maxwell C. DPP for NI* 68 Cr App Rep 142, HL, résumé dans le Digest, n° 867, page 109.

¹³⁴Convention, voir note 12 ci-dessus, article 2, paragraphe 4.

¹³⁵*Idem*, article 2, paragraphe 5 a) et b).

être érigé en infraction le concours délibéré à la commission d'une telle infraction d'un groupe de personnes agissant de concert dans certaines circonstances¹³⁶. Les autorités devront décider auxquelles de ces prescriptions il peut être satisfait sur la base des principes généraux du droit pénal ou de la législation existante, et lesquelles nécessiteront l'établissement d'infractions nouvelles. On trouvera des formulations correspondant à ces éléments dans les exemples de lois présentés aux appendices VII et VIII.

Indépendamment de ces dispositions, qui sont contenues dans l'article 2, la Convention prévoit en son article 18 l'obligation pour les États de prendre «des mesures interdisant sur leur territoire les activités illégales de personnes et d'organisations qui, en connaissance de cause, encouragent, fomentent, organisent ou commettent des infractions visées à l'article 2». La signification exacte de cette disposition n'est pas claire, tant s'en faut. En effet, elle contient un élément de redondance et, bien qu'elle semble imposer l'incrimination de certains actes, elle ne figure pas à l'article 2 et n'est pas formulée comme une disposition d'«incrimination» non ambiguë, contrairement à cet article. En réalité, si elle est interprétée comme une disposition d'incrimination, elle fait double emploi avec certaines des dispositions de l'article 2. L'élément de redondance est que cette disposition semble prescrire l'interdiction d'actes qui, par définition, sont illégaux. La manière la plus facile de résoudre ces ambiguïtés consiste à considérer que le terme «interdisant» signifie en réalité «empêchant et réprimant», auquel cas la disposition ne serait pas considérée comme une disposition d'«incrimination» mais bien comme une obligation de faire appliquer des lois existantes.

Connaissance et intention

La définition du financement du terrorisme qui figure dans la Convention comporte des éléments mentaux : l'infraction doit être commise délibérément, et elle doit l'être dans l'intention de voir utiliser les fonds pour commettre un acte de terrorisme au sens de la Convention ou en sachant qu'ils seront utilisés à cette fin¹³⁷. L'obligation du caractère délibéré semble renvoyer au principe général de droit pénal qui fait de l'intention coupable («*mens rea*») un élément de toutes les infractions. Le second élément établit l'alternative entre deux éléments mentaux : la connaissance, ou une forme déterminée d'intention.

¹³⁶*Idem*, article 2, paragraphe 5 c).

¹³⁷L'interdiction du soutien aux terroristes et organisations terroristes énoncée au paragraphe 1 d) de la Résolution 1373 (2001) ne mentionne pas l'élément mental de l'infraction connexe et laisse le soin à chaque pays de le définir conformément à son droit pénal.

La Convention laisse à chaque État partie la latitude de définir la forme d'intention ou de connaissance qui serait nécessaire pour constituer l'infraction ainsi que les moyens de prouver l'un ou l'autre de ces éléments. La condition minimum serait la connaissance effective, de la part de l'auteur, du fait que les fonds seront utilisés pour un acte de terrorisme, conjuguée avec la volonté d'aboutir à ce résultat. Cette condition devrait être appliquée dans tous les États parties. Cela étant, nombreux sont les systèmes juridiques qui admettent des formes moins directes d'intention qui, si elles sont appliquées au financement du terrorisme, comprendraient les cas dans lesquels, par exemple, l'auteur a prévu ou aurait pu ou dû prévoir que l'acte de terrorisme se produirait suite à la fourniture ou à la mobilisation des fonds et, nonobstant cela, a fourni ou réuni ces fonds. Certains pays ont incorporé dans leur législation des formes analogues de connaissance tandis que, dans d'autres, les principes généraux du droit pénal ou la jurisprudence peuvent produire des effets similaires. On trouve un exemple d'une disposition spécifique dans le Code pénal australien, dans lequel le financement du terrorisme consiste, par définition, à fournir ou à réunir des fonds et à «ne pas se soucier de savoir si les fonds seront utilisés pour faciliter ou perpétrer un acte de terrorisme»¹³⁸. On trouve un autre exemple dans le kit de mise en œuvre de la Convention préparé par le Secrétariat du Commonwealth, dans lequel la définition suggérée pour le financement du terrorisme mentionne notamment le fait qu'une personne fournit ou réunit des fonds «dans l'intention de les voir utilisés ou en pouvant raisonnablement penser qu'ils seront utilisés» pour commettre un acte de terrorisme¹³⁹.

Les autorités peuvent aussi noter l'incidence des Recommandations spéciales I et II et de la Méthodologie dans cette question. La Recommandation spéciale I fixe comme règle que les pays devraient «prendre les mesures immédiates pour ratifier et pour mettre en œuvre sans restriction» la Convention, et la Recommandation spéciale II établit une règle selon laquelle «chaque pays devrait ériger en crime le financement du terrorisme, des actes terroristes et des organisations terroristes». Un des critères du respect de ces règles est énoncé comme suit dans la Méthodologie : «Les délits de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme devraient s'appliquer au moins aux personnes morales et physiques qui s'engagent sciemment dans des activités relevant du

¹³⁸*Criminal Code Act 1995*, article 103.1, ajouté au *Criminal Code* par la *Suppression of the Financing of Terrorism Act 2002*, n° 66, 2002. Une personne est indifférente aux conséquences de ses actes si «elle sait qu'il existe un risque non négligeable de voir le résultat se produire et que, compte tenu des circonstances dont elle a connaissance, il est injustifiable de prendre le risque». *Criminal Code Act 1995*, article 5.4.

¹³⁹Secrétariat du Commonwealth, *Implementation Kits for the International Counter-Terrorism Convention 293*.

blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme. La législation en vigueur devrait prévoir que l'élément intentionnel des délits de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme peut être déduit de circonstances factuelles objectives»¹⁴⁰.

La première phrase du paragraphe de la Méthodologie cité ci-dessus est conforme à la Convention, dans la mesure où la connaissance est requise (comme branche de l'alternative connaissance/intention) dans la définition de l'infraction elle-même dans la Convention. En ce qui concerne la seconde phrase du critère, l'idée que la connaissance ou l'intention devrait être déduite de circonstances factuelles objectives était déjà présente dans les 40 Recommandations du GAFI relatives au blanchiment de capitaux¹⁴¹. On peut trouver son origine dans la Convention de Vienne de 1988, qui énonce que «la connaissance, l'intention ou la motivation nécessaires en tant qu'élément d'une des infractions visées au paragraphe 1 du présent article peut être déduite de circonstances factuelles objectives»¹⁴². Il n'existe pas de disposition similaire dans la Convention. Il appartient à chaque pays de déterminer si son droit pénal général prévoit une règle équivalente qui serait applicable aux infractions de financement du terrorisme. S'il existe un doute sur ce point, les autorités peuvent examiner si une loi spécifique est nécessaire pour garantir le respect de la règle telle qu'elle est évaluée dans la Méthodologie¹⁴³.

¹⁴⁰Méthodologie, voir note 68 ci-dessus, critère I. 4.

¹⁴¹La Recommandation 5 du GAFI énonce ce qui suit : «Comme prévu par la Convention de Vienne, l'infraction de blanchiment de capitaux devrait s'appliquer au moins aux activités intentionnelles de blanchiment, étant entendu que l'élément intentionnel pourrait être déduit de circonstances factuelles objectives».

¹⁴²Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 19 décembre 1988, article 3, paragraphe 3.

¹⁴³La formulation utilisée dans la Méthodologie («La législation en vigueur devrait prévoir...») aurait pour effet que les évaluations fondées sur la Méthodologie rechercheraient une base législative pour la règle.

Responsabilité des personnes morales

L'article 5 de la Convention impose aux États parties de prendre des mesures pour que la responsabilité d'une personne morale située sur leur territoire ou constituée sous l'empire de leur législation soit engagée lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de cette personne morale a, en cette qualité, commis une infraction visée dans la Convention. L'article 5 ajoute que cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative. Les 40 Recommandations du GAFI contiennent une disposition analogue en ce qui concerne le blanchiment de capitaux¹⁴⁴, mais les Recommandations spéciales sont muettes sur ce point, si ce n'est qu'elles énoncent que la Convention devrait être ratifiée et appliquée ainsi que ce qui est énoncé dans la Recommandation spéciale VIII en ce qui concerne l'utilisation abusive de personnes morales, et des entités à but non lucratif en particulier, pour le financement du terrorisme.

Les exemples de lois présentées aux appendices VII et VIII peuvent être envisagés si la responsabilité doit être pénale. Prévoir des sanctions civiles ou administratives peut nécessiter la modification d'autres lois, notamment la loi sur les sociétés ou la loi sur l'activité bancaire.

Établir la compétence en matière de financement des infractions de terrorisme

L'article 7 de la Convention impose à chaque État partie d'établir sa compétence en ce qui concerne les infractions visées dans la Convention lorsque i) l'infraction a été commise sur son territoire, ii) l'infraction a été commise à bord d'un navire battant pavillon de cet État ou d'un aéronef immatriculé dans cet État, ou iii) l'infraction a été commise par l'un des nationaux de cet État (article 7, paragraphe 1). La Convention prévoit par ailleurs que les États parties peuvent établir leur compétence dans certains autres cas (article 7, paragraphe 2). Conformément à l'article 3, la Convention ne s'applique pas aux situations dans lesquelles l'infraction est commise dans un seul État, l'auteur présumé est un national de cet État et se trouve sur le territoire de cet État, et aucun autre État n'a de raison d'exercer sa compétence au titre de la Convention. L'article 7, paragraphe 6, énonce toutefois que la Convention n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État partie conformément à son droit interne, sans préjudice

¹⁴⁴La Recommandation 6 est libellée comme suit : «Dans la mesure du possible, la responsabilité pénale des sociétés elles-mêmes, et non pas seulement celle de leurs salariés, devrait pouvoir être mise en cause».

des règles du droit international général. Il s'ensuit que la Convention ne contient aucune obligation, pour les États membres, d'établir leur compétence dans ces affaires purement internes, même si aucune disposition de la Convention ne l'interdit et si les États seraient normalement compétents en vertu du droit interne lorsque l'infraction a été établie, sauf si la définition de l'infraction exclut les situations purement internes.

Les États parties ont mis en œuvre de plusieurs manières les dispositions de la Convention en matière de compétence. Un des pays (la Barbade) a défini le financement du terrorisme comme étant un acte commis à l'intérieur ou à l'extérieur du pays et a prévu que ses tribunaux seraient compétents dans tous les cas énumérés à l'article 7 de la Convention¹⁴⁵. Aussi, l'infraction peut donner lieu à des poursuites pénales dans ce pays, même dans le cas où la Convention ne s'applique pas, les faits étant purement internes.

Un autre pays (le Canada) a prévu que l'infraction est réputée avoir été perpétrée sur son territoire si l'un quelconque des éléments d'une liste empruntée à la Convention est présent¹⁴⁶. Ce type de disposition répond à l'article 11, paragraphe 4, de la Convention, qui énonce que, si nécessaire aux fins d'extradition, les infractions sont réputées avoir été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États ayant établi leur compétence conformément à l'article 7.

Un autre pays (les États-Unis) a adopté une législation de mise en œuvre qui limite la compétence de ses tribunaux au regard de la Convention aux cas énumérés dans celle-ci et à ceux pour lesquels l'application de la Convention n'est pas exclue par l'article 3¹⁴⁷. Les exemples qui relèvent de la Common Law présentés à l'appendice VIII contiennent les trois variantes décrites ci-dessus, alors que l'exemple qui appartient au droit civil décrit à l'appendice VII épouse le texte de la Convention.

¹⁴⁵ *Anti-Terrorism Act, 2002-6*, article 12 [Barbade].

¹⁴⁶ *Code criminel*, article 7 (3.73) [Canada].

¹⁴⁷ *Suppression of the Financing of Terrorism Convention Implementation Act*, de 2002, 18 U.S.C. §2339C [États-Unis].

Aspects procéduraux

L'article 9, paragraphes 1 et 2, de la Convention impose aux États parties d'enquêter sur les présomptions d'infractions visées dans la Convention et à assurer la présence des auteurs présumés sur leur territoire aux fins de poursuites ou d'extradition. L'article 9 prescrit par ailleurs qu'une personne à l'égard de laquelle sont prises des mesures destinées à assurer sa présence doit pouvoir communiquer avec un représentant d'un pays dont elle a la nationalité. L'État partie doit aussi aviser les autres États parties qui ont établi leur compétence par rapport à l'infraction visée dans la Convention et indiquer s'il entend exercer sa compétence. Dans certains pays, il se peut que l'application de ces dispositions de la Convention ne requière pas de loi nouvelle. Ce serait le cas si les lois et règlements qui régissent les enquêtes pénales répondent déjà, à cet égard, aux prescriptions de la Convention. Les pays pourront toutefois juger utile de mettre explicitement en œuvre ces dispositions. Les exemples présentés aux appendices VII et VIII contiennent des dispositions d'application de ces prescriptions de la Convention.

Gel, saisie et confiscation des avoirs des terroristes

Prescriptions de la Convention, des Résolutions des Nations Unies et des Recommandations spéciales du GAFI

Les dispositions de la Convention et celles de la Résolution se recourent partiellement, mais toutes deux contiennent des dispositions absentes dans l'autre. La Convention impose à chaque État partie de prendre les mesures nécessaires «à l'identification, à la détection, au gel ou à la saisie de tous fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour commettre les infractions» visées dans la Convention, et «à la confiscation des fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour la commission [de ces] infractions, ainsi que du produit de ces infractions»¹⁴⁸.

La Résolution prévoit les obligations détaillées suivantes pour les États, s'agissant du gel des avoirs des terroristes :

- c) [ils] gèlent sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées directement ou indirectement par elles, et des personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes et entités, y compris les

¹⁴⁸Convention, voir note 12 ci-dessus, article 8, paragraphes 1 et 2.

fonds provenant de biens appartenant à ces personnes, et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou sont contrôlées directement ou indirectement par elles;

Par conséquent, la prescription de la Convention est globale, et vise à la fois l'identification, la détection, le gel, la saisie et la confiscation des avoirs financiers des terroristes. Comme nous l'avons vu plus haut, les résolutions antérieures du Conseil de sécurité ont imposé aux États de geler les avoirs des personnes et organisations qui figurent sur la liste publiée sous l'autorité du Conseil de sécurité.

La Recommandation spéciale III mentionne ces trois éléments des obligations internationales d'un pays. Elle érige en règle la mise en œuvre de mesures pour geler les biens des terroristes et de ceux qui financent le terrorisme et les organisations terroristes, «conformément aux résolutions des Nations Unies», et pour saisir ou confisquer des biens qui sont utilisés pour, ou destinés ou alloués à être utilisés pour le financement du terrorisme, des actes terroristes ou des organisations terroristes, ou qui en constituent le produit. Les *Notes directives* ajoutent que, «s'agissant du gel dans le cadre de la RS III, les expressions *terroristes*, *ceux qui financent des actes de terrorisme* et *organisations terroristes* représentent les individus et entités visés dans les Résolutions S/RES/1267 (1999) et S/RES/1390 (2002), ainsi que tout autre individu et entité désignés comme tels par les différents gouvernements nationaux»¹⁴⁹.

Les pays qui sont parties à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (la Convention de Vienne de 1988) ou à la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (la Convention de Strasbourg de 1990) peuvent avoir mis en place, pour les infractions de blanchiment de capitaux, des mécanismes de gel, de saisie et de confiscation similaires à ceux que prescrit la Convention pour les fonds des terroristes. La Convention de Vienne de 1988 impose aux États parties d'adopter les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des produits tirés du trafic de la drogue et du blanchiment de capitaux et les mesures nécessaires pour permettre à leurs autorités d'identifier, de détecter et de geler ou de saisir les produits, les biens ou les instruments de ces infractions aux fins de confiscation¹⁵⁰. La Convention de Strasbourg de 1990 contient des dispositions similaires, qui ne se limitent pas aux infractions liées aux drogues mais concernent toutes les infractions. Pour mettre en œuvre ces

¹⁴⁹*Notes directives*, note 66 ci-dessus, paragraphe 17.

¹⁵⁰Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, article 5, paragraphes 1 et 2. La Convention de Strasbourg contient des dispositions similaires (articles 2 et 3).

64 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

deux conventions, les États parties ont généralement prévu dans leur droit pénal des mécanismes pour le gel, la saisie et la confiscation du produit des infractions. Ces mécanismes habilite les autorités compétentes à saisir ou à geler des avoirs si elles soupçonnent ou estiment que ces avoirs sont le produit d'une infraction, et à les confisquer (ou à confisquer des avoirs de valeur équivalente), généralement après la condamnation d'une personne pour l'infraction en question.

Les Résolutions 1267 (1999) et 1390 (2002) ont une structure différente. Elles imposent aux États membres de saisir (mais non de confisquer) les avoirs des personnes et organisations figurant sur des listes publiées sous l'autorité du Conseil de sécurité. Les résolutions présentent deux caractéristiques nouvelles. *Primo*, elles imposent à chaque État membre de geler les avoirs des personnes et des entités indépendamment de tout soupçon ou de toute conviction, de la part de l'État membre, que ces personnes et entités se livrent à des activités terroristes. *Secundo*, les résolutions imposent le gel des avoirs des personnes figurant sur les listes sans prévoir de délai pour ce gel. Par conséquent, les résolutions transforment en une mesure potentiellement permanente ce qui est habituellement une mesure temporaire destinée à empêcher que certains avoirs soient sortis d'un pays pendant une enquête ou une procédure judiciaire.

Il existe, par conséquent, deux prescriptions internationales distinctes en matière de gel, de saisie et de confiscation d'avoirs des terroristes. L'une impose l'existence d'un mécanisme complet permettant de geler, saisir et confisquer les avoirs des terroristes, comme le prévoient l'article 8 de la Convention et (pour ce qui est de la saisie) l'article 1 c) de la Résolution. Les pays qui possèdent déjà un cadre législatif général pour le gel, la saisie et la confiscation des avoirs issus d'infractions peuvent envisager, le cas échéant, de modifier ce cadre pour l'aligner à cet égard sur les dispositions de la Convention et de la Résolution. L'autre impose de saisir les avoirs des personnes et entités qui figurent sur des listes publiées sous l'autorité du Conseil de sécurité (ou désignées comme telles par d'autres États). La base législative de l'inclusion de ces listes par un pays peut être établie dans le même instrument ou dans une loi distincte, pour autant que la législation présente les caractéristiques des résolutions du Conseil de sécurité analysées ci-dessus.

Réponses des pays

Lorsque fut publiée la première liste du Conseil de sécurité au titre de la Résolution 1267 (1999), la nécessité de répondre rapidement aux prescriptions du Conseil de sécurité a amené de nombreux pays à mettre en œuvre les prescriptions en matière de gel en appliquant tantôt des lois et des règlements existants, notamment les lois sur le change de devises (France, Espagne), tantôt l'instrument par lequel le pays était devenu membre des

Nations Unies (Nouvelle-Zélande). Ces lois d'adhésion habilitaient le pouvoir exécutif à prendre les mesures requises pour se conformer aux décisions du Conseil de sécurité conformément au chapitre VII de la Charte, même si, dans certains pays, il a été admis que cet instrument législatif n'était pas bien adapté aux prescriptions nouvelles de la Résolution 1267 (1999). Entre-temps, la Nouvelle-Zélande a promulgué une loi traitant de manière spécifique du gel des avoirs des personnes et des organisations identifiées comme terroristes par le Conseil de sécurité ou soupçonnées telles à d'autre titres.

Le Canada a publié en octobre 2001, en application de la loi sur les Nations Unies, des règlements autorisant le ministre des Affaires étrangères à geler les avoirs des terroristes et des organisations terroristes figurant sur la liste du Conseil de sécurité. Une des caractéristiques de la réglementation canadienne est qu'elle autorise une personne mentionnée sur la liste d'introduire auprès du Solliciteur général une demande tendant à sa radiation de la liste, mais qu'elle reste muette sur les conséquences du fait qu'une personne obtient cette radiation mais continue à figurer sur la liste du Conseil de sécurité. Par la suite, en décembre 2001, le Canada a adopté la loi antiterroriste qui confère au gouvernement le pouvoir d'inscrire sur une liste une entité (mais pas une personne) «dont il est convaincu [...] qu'il existe des motifs raisonnables de croire» qu'elle s'est sciemment livrée, ou a tenté de se livrer à une activité terroriste, y a participé ou l'a facilitée, ou que, sciemment, elle a agi au nom d'une telle entité, sous sa direction, ou, en collaboration avec elle. La loi prévoit le gel des avoirs des entités figurant sur la liste. Par conséquent, la loi autorise le pouvoir exécutif à inscrire sur une liste des entités qui ne figurent pas sur la liste publiée sous l'autorité du Conseil de sécurité¹⁵¹. D'autres pays ont adopté entre-temps des dispositions qui répondent directement aux prescriptions des résolutions du Conseil de sécurité¹⁵². Par exemple, le Conseil de l'Union européenne a adopté un

¹⁵¹Le 24 novembre 2002, le Comité des Nations Unies contre le terrorisme a souscrit à l'avis des experts qui l'assistent, à savoir que la Résolution impose le gel des avoirs de personnes ou d'entités qui se livrent à des activités terroristes, même si elles ne figurent pas sur la liste du Conseil de sécurité. Lettre de Jeremy Wainwright, expert-conseil, au président du Comité contre le terrorisme (11 novembre 2002).

¹⁵²On notera que l'application, par les membres du FMI, des dispositions de la Résolution qui concernent le gel des avoirs entraîne le gel des comptes bancaires des non-résidents et l'interdiction des paiements directs, y compris des paiements afférant à des transactions internationales courantes. Lorsque ce gel concerne les encaissements de transactions internationales courantes, y compris le paiement d'intérêts sur les soldes positifs des comptes, il constitue une restriction à la réalisation des transferts afférents à des transactions internationales courantes. Or, en vertu de l'article VIII, paragraphe 2 a), des Statuts du FMI, ces restrictions sont soumises à l'approbation du FMI, même si elles sont appliquées par des États membres du FMI suite à une résolution contraignante du Conseil de sécurité. Le FMI a toutefois mesuré qu'il n'était pas le lieu approprié pour débattre des considérations politiques et militaires qui amènent les États membres à adopter de telles restrictions dans le seul souci de la préservation de la
(suite à la page suivante)

règlement en vertu duquel le Conseil peut publier des listes de personnes et d'entités qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, y participent ou en facilitent l'exécution (le texte du règlement figure à l'appendice IX)¹⁵³. De même, en avril 2002, Monaco a adopté une ordonnance souveraine imposant aux institutions financières de geler les avoirs de personnes et d'entités dont le nom figure sur des listes à établir par décret ministériel¹⁵⁴.

Lorsqu'elles rédigent des lois pour se conformer à leurs obligations au titre de la Convention et des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, les autorités peuvent examiner si de nouvelles lois sont nécessaires et, si c'est le cas, ces lois devraient incorporer les prescriptions tant de la Convention que des résolutions du Conseil de sécurité. Un certain nombre de questions devront également être abordées dans le cadre de l'élaboration de la législation qui met en œuvre les prescriptions de la Convention et de la Résolution. Les autorités devront décider, en particulier, s'il convient d'adopter un mécanisme de liste à cet égard (en plus des listes publiées par le Conseil de sécurité). Il convient de noter que ni la Résolution, ni la Convention n'impose le recours à des listes. Chaque pays peut appliquer séparément les prescriptions de la Résolution et de la Convention en matière de gel, sans recourir à une liste¹⁵⁵. Par ailleurs, des décisions devront être prises quant aux circonstances dans lesquelles la mesure de gel pourrait être prise et (en l'absence de liste) quant au point de savoir si une ordonnance judiciaire préalable à toute mesure de gel serait nécessaire ou si un gel temporaire peut être décidé par les autorités de police dans l'attente d'une ordonnance judiciaire. Le Règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil de l'Union européenne, du 27 décembre 2001 (cité ci-dessus), contient un

sécurité nationale ou internationale. Il a dès lors instauré une procédure selon laquelle, s'il n'informe pas l'État membre dans les 30 jours de la réception de la notification qu'il n'est pas convaincu que les restrictions sont proposées uniquement pour préserver cette sécurité, cet État peut considérer que le FMI ne s'oppose pas à l'imposition des restrictions (voir Fonds monétaire international, Décision n° 144-(52/51) du 14 août 1952, *Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund*, 27^e numéro 474 (31 décembre 2002).

¹⁵³Règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *Journal officiel*, L 344, 28/12/2001 pages 0070–0075 [Union européenne].

¹⁵⁴Ordonnance souveraine n° 15.320 du 8 avril 2002 sur la répression du financement du terrorisme, *Journal de Monaco, Bulletin officiel de la Principauté*, n° 7542, 12 avril 2002 [Monaco].

¹⁵⁵C'est également l'avis exprimé dans une lettre de Jeremy Wainwright, expert-conseil, adressée au président du Comité contre le terrorisme (11 novembre 2002) et approuvée par le Comité.

ensemble détaillé de dispositions relatives à l'établissement de listes de terroristes et d'entités terroristes ainsi qu'au gel des avoirs. En outre, les appendices VII et VIII présentent d'autres exemples de lois sur le gel et la confiscation des avoirs des terroristes.

Coopération internationale : entraide judiciaire et extradition, transfert temporaire de détenus et échanges d'informations

Prescriptions de la Convention, de la Résolution et des Recommandations spéciales du GAFI

D'une manière générale, la Convention prescrit aux États parties de s'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible pour toute enquête ou procédure pénale ou procédure d'extradition relative aux infractions visées dans la Convention¹⁵⁶. Elle comporte en outre des dispositions spéciales relatives au transfert temporaire de détenus à des fins de témoignage ou pour qu'ils apportent leur concours dans le cadre d'enquêtes¹⁵⁷.

La Résolution demande de même aux États de se prêter mutuellement la plus grande assistance lors des enquêtes criminelles et autres procédures portant sur le financement d'actes de terrorisme ou l'appui dont ces actes ont bénéficié¹⁵⁸. De plus, la Résolution demande aux États de trouver les moyens d'échanger des renseignements concernant les actions et les mouvements de terroristes et de réseaux de terroristes et de coopérer sur les plans administratif et judiciaire¹⁵⁹. La Résolution met fortement l'accent sur l'échange de renseignements en tant que composante importante de la coopération internationale dans le cadre des questions qui intéressent le terrorisme et son financement.

La Recommandation spéciale V érige en règle la coopération entre les pays sur le fondement d'un traité, d'un accord ou de tout autre mécanisme dans le cadre des enquêtes, investigations ou procédures pénales, civiles ou administratives concernant le financement du terrorisme, des actes terroristes et des organisations terroristes. Elle prescrit par ailleurs aux pays de prendre des mesures en vue d'assurer qu'ils ne fournissent pas de refuge aux personnes poursuivies pour le financement du terrorisme, des actes de terrorisme, ou des organisations terroristes, et de mettre en œuvre, dans la

¹⁵⁶Convention, voir note 12 ci-dessus, article 12, paragraphe 1.

¹⁵⁷*Idem*, article 16.

¹⁵⁸Résolution, voir note 5 ci-dessus, paragraphe 2 f).

¹⁵⁹*Idem*, paragraphe 3, *passim*.

mesure du possible, des procédures permettant l'extradition de telles personnes.

L'analyse qui suit traite de la coopération judiciaire (entraide judiciaire, extradition et transfert temporaire de détenus), et de la coopération internationale entre les cellules de renseignements financiers dans le cadre des affaires de financement du terrorisme.

Extradition, entraide judiciaire et transfert temporaire de détenus

Dans les pays qui possèdent des lois régissant la coopération judiciaire et l'extradition, la mise en œuvre des dispositions de la Convention en la matière peut se faire en modifiant le cas échéant les lois existantes. Ces modifications peuvent être nécessaires pour garantir que leur champ d'application inclue les infractions et les types de coopération visés dans la Convention et que la fourniture d'une aide dans le cadre des questions traitées dans la Convention ne puisse être refusée pour des motifs que n'autorise pas la Convention. Les dispositions de droit civil présentées à l'appendice VII épousent d'une manière générale le Modèle de législation sur le blanchiment, la confiscation et la coopération internationale en matière de produits du crime (1999), publié par le Bureau du contrôle des drogues et de la prévention du crime des Nations Unies. L'exemple qui relève de la Common Law est une adaptation des dispositions types en matière d'extradition, du Secrétariat du Commonwealth.

Coopération entre les cellules de renseignements financiers

Outre les échanges de renseignements sur le financement du terrorisme dans le cadre d'accords d'entraide judiciaire, les pays échangent ces renseignements au titre d'accords conclus entre les cellules de renseignements financiers (CRF). Ces cellules ont été mises en place dans de nombreux pays en tant qu'«organisme gouvernemental, central et national chargé, aux fins de lutter contre le blanchiment de capitaux, de recueillir (et, dans les cas prévus, de solliciter), d'analyser et de transmettre aux autorités compétentes les communications d'informations financières i) concernant les produits d'origine criminelle présumée, ou ii) requises par la législation ou réglementation nationale»¹⁶⁰. Si, à l'origine, la création d'une CRF avait pour but la détection des transactions soupçonnées d'être liées au blanchiment de capitaux, elles sont désormais utilisées également pour repérer les transactions soupçonnées d'être liées au terrorisme. C'est ainsi que la Recommandation spéciale IV érige en règle la déclaration de ces transactions aux «autorités compétentes». Les CRF sont regroupées au sein

¹⁶⁰Groupe Egmont, *Déclaration de mission du Groupe Egmont des cellules de renseignements financiers*, La Haye, 13 juin 2001.

d'une association informelle intitulée «Groupe Egmont», qui a adopté la définition ci-dessus des CRF et l'utilise comme critère pour l'admission de nouveaux membres.

Les CRF échangent entre elles les renseignements conformément aux *Principes pour l'échange d'informations entre cellules de renseignements financiers pour les cas de blanchiment d'argent*, du Groupe Egmont. Ces principes ont été adoptés à La Haye le 13 juin 2001. Jusqu'à la fin de 2001, les accords d'échange de renseignements entre les CRF portaient principalement sur les renseignements relatifs aux cas de blanchiment de capitaux. À présent que les pays adoptent des lois qui imposent la déclaration des transactions soupçonnées d'être liées au financement du terrorisme, les CRF devront également échanger entre elles des renseignements sur les cas de financement du terrorisme. Le Groupe Egmont a déjà pris des mesures pour améliorer sa collecte et son partage de renseignements dans ce domaine¹⁶¹. Les Principes pour l'échange d'informations indiquent que «les CRF devraient être en mesure d'échanger librement des informations avec d'autres CRF sur base de réciprocité ou d'accord mutuel...» et que cet échange devrait porter sur «toute information disponible qui peut présenter un intérêt pour une analyse ou une enquête relatives à des transactions financières ainsi que d'autres informations pertinentes relatives au blanchiment de capitaux et aux personnes ou sociétés qui y sont impliquées»¹⁶². Les renseignements communiqués par une CRF à une autre CRF ne peuvent être utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été demandés, et la CRF qui les reçoit ne peut les transférer ou les utiliser à des fins administratives, judiciaires, d'enquête ou de poursuites sans l'accord de la CRF qui les a communiqués¹⁶³. Ces renseignements doivent faire l'objet de mesures de protection rigoureuses visant à préserver leur caractère confidentiel¹⁶⁴.

¹⁶¹Lors d'une réunion spéciale en octobre 2002, le Groupe Egmont a convenu i) d'œuvrer à l'élimination des obstacles aux échanges de renseignements; ii) de faire du financement du terrorisme une forme d'activité suspecte à signaler par tous les secteurs financiers à leur CRF compétente; iii) d'effectuer conjointement des études sur certaines vulnérabilités au blanchiment de capitaux, surtout lorsqu'elles peuvent avoir des incidences sur le contre-terrorisme, notamment le système *hawala*; et iv) de créer des cas dépersonnalisés à des fins de formation. Voir James S. Sloan, Directeur, FinCEN, *Statement before the Subcommittee on Oversight and Investigations of the Committee on Financial Services*, 11 mars 2003.

¹⁶²Groupe Egmont, *Principes pour l'échange d'informations entre cellules de renseignements financiers pour les cas de blanchiment d'argent*, La Haye, 13 juin 2001, paragraphe 6.

¹⁶³*Idem*, paragraphes 11 et 12.

¹⁶⁴*Idem*, paragraphe 13.

70 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

Certaines CRF sont habilitées à échanger des renseignements avec d'autres CRF même en l'absence d'accord d'échange d'informations avec l'autre CRF (généralement sous forme de protocole d'entente ou d'échange de lettres). C'est le cas de FinCEN, la CRF des États-Unis¹⁶⁵. Beaucoup de CRF sont habilitées à conclure des accords d'échange de renseignements avec d'autres CRF, tandis que d'autres ne peuvent le faire qu'après consultation ou accord du ministre compétent. Au Canada, par exemple, les accords d'échange de renseignements entre la CRF canadienne et d'autres CRF peuvent être conclus soit par le ministre compétent, soit par la CRF avec l'accord de ce ministre. Les types de renseignements qui peuvent être échangés sont énumérés dans la loi canadienne. Dans la plupart des cas, dès que le protocole d'entente est entré en vigueur (si nécessaire), la CRF peut échanger directement des renseignements avec l'autre CRF. Dans le cas de Monaco, la loi subordonne cet échange à la réciprocité et à la constatation qu'une procédure pénale n'a pas été instituée à Monaco pour les mêmes faits¹⁶⁶.

Mesures préventives (article 18 de la Convention et de la RS VII du GAFI)

L'article 18 1) b) de la Convention énonce que les États parties «coopèrent pour prévenir les infractions visées à l'article 2 en prenant toutes les mesures possibles [...] afin d'empêcher et de contrecarrer la préparation sur leurs territoires respectifs d'infractions devant être commises à l'intérieur ou à l'extérieur de ceux-ci». Par leur formulation, certaines des mesures énumérées à l'article 18 constituent des obligations pour chaque État partie, tandis que d'autres constituent des invitations à envisager leur adoption.

Les mesures obligatoires sont les «mesures interdisant sur leur territoire les activités illégales de personnes et d'organisations qui, en connaissance de cause, encouragent, fomentent, organisent ou commettent des infractions visées à l'article 2»¹⁶⁷. Cette prescription est analysée au chapitre 4, page 56.

¹⁶⁵31 U.S.C. 319, 31 U.S.C. 310, et 31 CFR §103.53 [États-Unis]. FinCEN conclura un protocole d'entente si l'autre CRF le demande.

¹⁶⁶Loi n° 1.162 du 7 juillet 1993 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux, modifiée par la loi n° 1.253 du 12 juillet 2002, article 31 [Monaco].

¹⁶⁷Convention, voir note 12 ci-dessus, article 18, paragraphe 1 a).

L'autre disposition contraignante de l'article 18 est l'obligation faite aux institutions financières et autres professions «d'utiliser les moyens disponibles les plus efficaces pour identifier leurs clients habituels ou occasionnels, ainsi que les clients dans l'intérêt desquels un compte est ouvert, d'accorder une attention particulière aux opérations inhabituelles ou suspectes et de signaler les opérations présumées découler d'activités criminelles»¹⁶⁸. À cette fin, les États parties doivent envisager l'adoption des mesures concrètes suivantes, basées sur les Recommandations du GAFI :

- interdire l'ouverture de comptes dont le titulaire ou le bénéficiaire n'est pas identifié ni identifiable et garantir que ces institutions vérifient l'identité des véritables détenteurs de ces opérations (la Recommandation 10 du GAFI contient une prescription similaire);
- vérifier si nécessaire l'existence et la structure juridiques du client en obtenant une preuve de la constitution en société comprenant notamment des renseignements concernant le nom du client, sa forme juridique, son adresse, ses dirigeants et les dispositions régissant le pouvoir d'engager la personne morale (la Recommandation 10 du GAFI contient une prescription similaire);
- signaler promptement aux autorités compétentes toutes les opérations complexes, inhabituelles, importantes, et tous les types inhabituels d'opérations, lorsqu'elles n'ont pas de cause économique ou licite apparente, sans crainte de voir leur responsabilité pénale ou civile engagée pour violation des règles de confidentialité, si elles rapportent de bonne foi leurs soupçons (les Recommandations 14, 15 et 16 du GAFI ainsi que la Recommandation spéciale IV contiennent une prescription similaire);
- conserver, pendant au moins cinq ans, toutes les «pièces nécessaires» se rapportant aux opérations tant internes qu'internationales (la Recommandation 12 du GAFI contient une prescription similaire, qui précise que les pièces à conserver sont celles relatives à l'identification des clients et celles relatives aux opérations).

La RS VII du GAFI prescrit pour sa part aux pays d'obliger les institutions financières, y compris les services de remise de fonds, à inclure «des renseignements exacts et utiles relatifs au donneur d'ordre (nom, adresse et numéro de compte) concernant les transferts de fonds et l'envoi des messages qui s'y rapportent», et indique que ces renseignements devraient accompagner le transfert ou le message qui s'y rapporte tout au long de la chaîne de paiement. La RS VII du GAFI prescrit également aux pays de prendre des mesures pour s'assurer que les institutions financières, y compris les services de remise de fonds, mettent en œuvre une surveillance

¹⁶⁸ *Idem*, article 18, paragraphe 1 b).

72 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

approfondie et un suivi aux fins de détection des activités suspectes des transferts de fonds non accompagnés de renseignements complets sur le donneur d'ordre (nom, adresse et numéro de compte).

Si, dans un État partie, une loi contre le blanchiment de capitaux est déjà en vigueur qui contient des dispositions conformes aux Recommandations du GAFI, cet État pourra envisager de modifier sa loi pour y inclure l'obligation de signaler les transactions suspectes liées au financement du terrorisme, ce qui constitue la manière la plus simple de satisfaire aux prescriptions de la Convention et de la Recommandation spéciale IV du GAFI. Des modifications de la loi contre le blanchiment de capitaux pourraient également être envisagées en vue de mettre en œuvre les autres mesures préventives énoncées dans la Convention et dans la RS VII du GAFI. L'avantage de ce procédé est qu'il rassemble dans une loi unique toutes les prescriptions qui ont trait aux mesures préventives applicables aux institutions financières et autres entités concernées, qu'elles concernent la lutte contre le blanchiment de capitaux ou contre le financement du terrorisme. L'Allemagne, par exemple, a adopté des mesures préventives pour les institutions financières dans une loi unique qui regroupe les mesures de lutte contre tant le blanchiment d'argent que le financement du terrorisme¹⁶⁹. De même, Monaco a modifié sa loi contre le blanchiment de capitaux en vue d'étendre le champ d'application de l'obligation de déclarer les opérations suspectes à «toutes les sommes inscrites dans [les livres des institutions financières] et toutes les opérations portant sur des sommes qui pourraient être liées au terrorisme, à des actes terroristes ou à des organisations terroristes ou sont destinées à être utilisées au financement de ces derniers et les faits qui constituent les indices sur lesquels ils se fondent pour effectuer leur déclaration»¹⁷⁰.

¹⁶⁹Articles 6, 8, 11, 12, 13 et 14 de la loi sur le blanchiment de capitaux, dans la version de la loi sur l'amélioration de la répression du blanchiment de capitaux et de la lutte contre le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment de capitaux) du 8 août 2002 [Allemagne].

¹⁷⁰Loi n° 1.162 du 7 juillet 1993 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux, modifiée par la loi n° 1.253 du 12 juillet 2002, article 3 [Monaco].

Systèmes alternatifs de remise de fonds (GAFI RS VI)

La Recommandation spéciale VI du GAFI énonce la règle suivante :

Chaque pays devrait prendre des mesures afin de s'assurer que les personnes physiques ou morales, y compris les agents, qui fournissent un service de transmission de fonds ou de valeurs, y compris la transmission à travers un système ou réseau informel visant le transfert de fonds ou de valeurs, obtiennent une autorisation d'exercer ou s'inscrivent sur un registre, et qu'elles soient assujetties à toutes les Recommandations du GAFI qui s'appliquent aux banques et aux institutions financières non bancaires. Chaque pays devrait s'assurer que les personnes physiques ou morales qui fournissent ce service illégalement soient passibles de sanctions administratives, civiles ou pénales.

Les caractéristiques générales des systèmes informels de paiement sont décrites à l'encadré 4 ci-dessus. La Recommandation spéciale VI est le résultat d'une constatation : suite au renforcement des contrôles auxquels sont soumises les opérations des institutions financières formelles, les personnes qui se livrent au blanchiment de capitaux transfèrent d'ordinaire les fonds en empruntant des canaux non réglementés et moins surveillés. Ces systèmes, généralement qualifiés de systèmes alternatifs de remise de fonds ou de systèmes informels de transfert de fonds ou de valeurs, sont exposés à une utilisation abusive aux fins du blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.

L'objectif du GAFI, en adoptant la RS VI, est «de s'assurer de la mise en œuvre par les pays de mesures anti-blanchiment et de lutte contre le financement du terrorisme s'appliquant à tous les types de systèmes de transmission de fonds ou de valeurs», y compris aux systèmes informels qui n'étaient pas assujettis aux 40 Recommandations du GAFI sur le blanchiment de capitaux. Toutefois, le GAFI reconnaît que la distinction entre systèmes formels et informels est quelque peu artificielle.

Le FMI et la Banque mondiale ont effectué récemment une étude conjointe sur les types et le champ d'activité des systèmes informels de transfert de fonds et sur les contrôles dont ils font l'objet¹⁷¹. L'étude du FMI et de la Banque mondiale contient également une analyse utile des liens entre le système *hawala* en Asie du Sud et les secteurs financiers formels, et leurs implications pour le secteur fiscal et financier et pour les politiques de

¹⁷¹ *Informal Funds Transfer Systems: An Analysis of the Hawala System*, FMI et Banque mondiale, décembre 2002 (étude du FMI et de la Banque mondiale) (à paraître en avril 2003).

74 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

surveillance de ces pays. Une synthèse des conclusions de cette étude est présentée à l'encadré 5.

Encadré 5. Conclusions de l'étude FMI/Banque mondiale du système *hawala*

Après avoir examiné le contexte historique et les caractéristiques opérationnelles du système *hawala* de transfert de fonds, ses liens avec le secteur financier formel et ses implications pour la conception des politiques relatives au secteur financier, l'étude formule certaines conclusions.

Elle prône une approche double de la réglementation dans le contexte du développement à long terme du secteur financier : d'une part, dans les pays où le système *hawala* existe parallèlement à un système bancaire opérationnel, les agents du système *hawala* seraient enregistrés et conserveraient dûment les pièces conformément aux recommandations du GAFI; d'autre part, le niveau de transparence de ces systèmes serait amélioré en les rapprochant du secteur financier classique, sans toutefois modifier leur spécificité. Il se peut que, dans les pays en proie à des conflits, où il n'existe pas de système bancaire opérationnel, l'insuffisance des capacités de surveillance empêche d'imposer autre chose que l'enregistrement de base.

En même temps, la réponse réglementaire devrait s'attaquer aux points faibles existants du secteur formel et, en particulier, aux défaillances économiques et structurelles qui encouragent le recours aux transactions en dehors des systèmes financiers formels.

L'étude souligne par ailleurs que l'imposition de règlements, si elle ne va pas de pair avec des capacités et des incitations suffisantes en matière de contrôle, ne suffit pas à elle seule à garantir leur respect.

Elle avertit que l'application des règles internationales doit tenir dûment compte des circonstances et des systèmes juridiques nationaux spécifiques.

Enfin, l'étude conclut que les procédures pénales et les ordonnances d'interdiction ne peuvent faire disparaître entièrement les systèmes informels de transfert de fonds. Aussi, pour s'attaquer à ces systèmes, il faudra une réponse plus large qui inclut des politiques économiques et des réformes financières judicieuses, un système de paiements développé et efficace, et des cadres réglementaires et de surveillance efficaces.

Source : FMI/Banque mondiale, *Informal Funds Transfer Systems: An Analysis of the Hawala System*, pages. 4–5.

Note interprétative des prescriptions de la RS VI

Le GAFI a publié récemment une Note interprétative visant à définir le champ d'application des prescriptions internationales envisagées dans la RS VI¹⁷². La Note interprétative fournit des indications supplémentaires en ce qui concerne les prescriptions minimums pour la mise en œuvre de la Recommandation spéciale. Elle décrit comme suit les trois éléments essentiels de la RS VI :

- les pays devraient obliger les personnes (physiques ou morales) qui fournissent des services de transmission de fonds ou de valeurs, y compris de manière informelle, à obtenir une autorisation d'exercer ou une inscription à un registre;
- les pays devraient s'assurer que les services de transmission de fonds ou de valeurs, y compris informels, sont assujettis aux quarante Recommandations du GAFI (en particulier, les Recommandations 10 à 21 et 26 à 29) ainsi qu'aux huit Recommandations spéciales (en particulier RS VII);
- les pays devraient pouvoir imposer des sanctions aux services de transmission de fonds ou de valeurs, y compris informels, qui exercent leur activité sans autorisation ou inscription à un registre, et qui ne se conforment pas aux Recommandations pertinentes du GAFI.

La Note interprétative définit comme suit *un service de transmission de fonds ou de valeurs* : «un service financier qui accepte les espèces, les chèques ou tout autre instrument de paiement ou dépôt de valeur dans un lieu donné et paye une somme équivalente en espèces ou sous toute autre forme à un bénéficiaire situé dans une autre zone géographique au moyen d'une communication, d'un message, d'un transfert ou d'un système de compensation (clearing) auquel le service de transmission de fonds ou de valeurs appartient». Les transactions effectuées par le biais de ces services peuvent impliquer un ou plusieurs intermédiaires et une tierce partie réceptrice du paiement final. La Note ajoute que

«un service de transmission de fonds ou de valeurs peut être fourni par des personnes (physiques ou morales) en ayant formellement recours au système financier réglementé ou de manière informelle grâce aux institutions financières non bancaires ou à d'autres entreprises commerciales; ou grâce à tout autre mécanisme, soit via le système financier réglementé (par l'usage par exemple de

¹⁷²GAFI, *Note interprétative à la Recommandation spéciale VI : remise de fonds alternative*, 14 février 2003, http://www.fatf-gafi.org/TerFinance_fr.htm.

76 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

comptes bancaires), soit via un réseau de mécanismes opérant en dehors du système réglementé. Dans certains pays, les systèmes informels sont habituellement appelés *remises de fonds alternatives* ou *systèmes bancaires souterrains (ou parallèles)*. Ces systèmes présentent souvent des liens étroits avec une zone géographique spécifique et sont ainsi désignés par une terminologie particulière. *Hawala, hundi, fei-chien* et le *black market peso exchange* en sont des exemples».

La Note interprétative donne certaines indications quant au champ d'application de la RS VI. Elle indique que la RS VI devrait s'appliquer à toute personne (physique ou morale) qui exerce, pour le compte ou au nom d'un client, les opérations décrites dans la définition. Les activités décrites sont visées si elles sont exercées à titre d'activité principale ou essentielle, régulièrement ou périodiquement et y compris accessoirement à une autre activité.

La première chose à faire pour chaque pays est de déterminer exactement quelles personnes physiques ou morales seront soumises à la réglementation. La Note interprétative précise que les pays ne doivent pas imposer des obligations distinctes relatives à l'autorisation d'exercer ou à l'inscription à un registre ou désigner une autre autorité compétente à l'égard des personnes morales déjà reconnues en tant qu'institutions financières (telles que définies par les 40 Recommandations du GAFI), qui exercent les activités visées par la RS VI, et qui sont déjà assujetties à l'ensemble des obligations des 40 Recommandations et des 8 Recommandations spéciales du GAFI. Par conséquent, le pays devrait se concentrer sur les participants du secteur financier qui exercent les activités définies mais ne peuvent être considérés comme des institutions financières et ne sont soumis à aucune autre forme de contrôle.

Ceci nous conduit à la deuxième question : l'imposition d'une autorisation d'exercer ou de l'inscription à un registre. La Note interprétative énonce que «les pays devraient désigner une autorité habilitée à délivrer des autorisations d'exercer et/ou à inscrire sur un registre et à s'assurer que ces obligations sont remplies». Une fois la définition arrêtée, qu'elle soit large ou restrictive, il convient de déterminer s'il est concrètement possible d'accorder des autorisations d'exercer à des personnes physiques ou morales qui ne sont pas soumises à l'octroi d'autorisations spéciales telles que les autorisations d'exercer des activités bancaires ou d'effectuer des transferts électroniques.

Les pays doivent décider ensuite des modalités d'application, aux systèmes alternatifs de remise de fonds, de l'ensemble des Recommandations du GAFI qui s'appliquent aux institutions financières bancaires et non bancaires, notamment les Recommandations 10 à 21 et 26

à 29, ainsi que les Recommandations spéciales relatives au financement du terrorisme.

La troisième composante de la RS VI prescrit aux pays d'assujettir à des sanctions administratives, civiles ou pénales appropriées les entités qui fournissent illégalement des services de transmission de fonds. Les sanctions applicables à la fourniture illégale de services de paiement peuvent aller des poursuites pénales pour l'exercice d'activités de remise de fonds en dehors des systèmes financiers formels en place à des amendes administratives ou civiles pour l'exercice de ces activités sans adhérer aux règles en matière de devoir de diligence, de conservation des documents ou de notification des transactions douteuses. Les sanctions doivent respecter le principe de proportionnalité. Leur efficacité doit être évaluée au regard du système global du pays, qu'il soit fondé principalement sur l'exécution de la loi, la surveillance et l'application continue des lois et des règlements, ou l'enregistrement des entreprises. La Note interprétative envisage des sanctions pour les personnes fournissant des services de transmission de fonds ou de valeurs sans avoir obtenu une autorisation d'exercer ou sans être inscrites à un registre, et pour les services de transmission de fonds ou de valeurs autorisés à exercer ou inscrits à un registre qui n'appliquent pas les 40 Recommandations et les 8 Recommandations spéciales du GAFI.

Approches de certains pays

Certains pays, notamment l'Inde et le Japon, ont tenté d'interdire complètement les systèmes alternatifs de remise de fonds. Dans beaucoup de pays, cette interdiction est centrée sur l'incapacité des autorités à obtenir des documents ou à suivre le flux des mouvements de fonds. L'utilisation possible de systèmes alternatifs de remise de fonds à des fins illégales rend ces systèmes très peu attrayants pour les autorités publiques dans les pays qui connaissent, parallèlement, un système plus formel. Il n'empêche que ces systèmes informels continuent de prospérer dans de nombreux pays qui ont tenté de les interdire. Un auteur a indiqué qu'en Inde, «certaines estimations indiquent que jusqu'à 50 % de l'économie recourt au système *hawala* pour transférer des fonds, alors que ce système est interdit par la loi»¹⁷³. Il semblerait que la mise hors la loi des systèmes alternatifs de remise de fonds n'ait pas suffi à mettre fin à leur fonctionnement.

Depuis l'adoption de la RS VI, rares sont les pays qui ont appliqué entièrement ses trois composantes, mais certains progrès ont été enregistrés. Comme le relève le document du Groupe Asie/pacifique sur le blanchiment de capitaux, les pays ont abordé le problème des systèmes alternatifs de

¹⁷³David M. Nissman, *Money Laundering*, partie 1.6, Alternative Remittance Systems, <http://corpusjurispublishing.com/Articles/moneylaundering.pdf>.

78 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

remise de fonds au moyen d'une combinaison de certaines obligations, par exemple, la notification ou l'identification des clients, l'enregistrement et certaines obligations, et l'enregistrement et la totalité des obligations. Le Canada impose à une catégorie élargie d'«entreprises de transfert de fonds ou de vente de titres négociables» la déclaration des opérations douteuses, la déclaration des opérations importantes en espèces (de plus de 10.000 CAD), et la conservation des pièces relatives à l'identité du client auteur du transfert, y compris le nom et l'adresse du donneur d'ordre pour tout transfert de plus de 3.000 CAD. La catégorie étendue comprend les personnes ou entités exerçant des activités de remise de fonds qui ne nécessitent pas le déplacement physique de fonds. Elle comprend donc les systèmes informels¹⁷⁴.

Les États-Unis prescrivent l'enregistrement des «systèmes bancaires souterrains» et imposent à ceux-ci la déclaration des opérations douteuses. L'article 359 de la loi USA PATRIOT intègre dans la loi-cadre Bank Secrecy Act des prescriptions relatives à la déclaration des activités suspectes pour «les personnes agréées en tant qu'intermédiaires pour le transfert de fonds, ou toute autre personne qui se livre à titre commercial à l'activité de transmission de fonds, ou tout réseau de personnes qui se livre à titre commercial à l'activité de facilitation du transfert de fonds au niveau interne ou international en dehors du système des institutions financières classiques»¹⁷⁵. Les règlements publiés par les unités de surveillance financière des États-Unis en vue d'appliquer les dispositions relatives à la déclaration des activités suspectes aux États-Unis contenues dans la loi 31 U.S.C. §5318 doivent être appliqués, sur pied d'égalité, à toutes les autres institutions financières et «à toute personne qui se livre à titre commercial à l'activité de transmission de fonds, y compris toute personne qui exerce cette activité dans le cadre d'un système informel de transfert de fonds, ou tout réseau de personnes qui se livre à titre commercial à l'activité de facilitation du transfert de fonds au niveau interne ou international en dehors du système des institutions financières classiques»¹⁷⁶. L'exemple de loi de Common Law présenté à l'appendice VIII contient une interdiction des entreprises non agréées de transmission de fonds fondée sur l'article 373 de l'USA PATRIOT Act de 2001.

¹⁷⁴Article 1 2) de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité (blanchiment de capitaux) et le financement des activités terroristes, 1^{er} février 2002 [Canada].

¹⁷⁵Article 359(a), *USA PATRIOT Act 2001*, modifiant la loi 31 U.S.C. §5312(a)(2)(R) [États-Unis].

¹⁷⁶Article 359(c), *USA PATRIOT Act 2001*, modifiant la loi 31 U.S.C. §5318 [États-Unis].

Organismes à but non lucratif (RS VIII du GAFI)

En réponse aux indices d'utilisation occasionnelle des organismes à but non lucratif comme moyen d'acheminer des fonds destinés au terrorisme, le GAFI a adopté la Recommandation spéciale VIII, libellée comme suit :

Les pays devraient entreprendre une revue de l'adéquation de leurs lois et réglementations relatives aux entités qui peuvent être utilisées afin de financer le terrorisme. Les organismes à but non lucratif étant particulièrement vulnérables, les pays devraient s'assurer qu'ils ne peuvent pas être utilisés :

- i. par les organisations terroristes se présentant comme des entités légitimes;
- ii. afin d'exploiter des entités légitimes comme moyens de financement du terrorisme, y compris pour éviter les mesures visant le gel des biens;
- iii. afin de dissimuler ou de voiler l'acheminement clandestin des fonds destinés à des fins légitimes pour approvisionner les organisations terroristes.

La première phrase de la Recommandation a une portée très large et obligerait les pays à passer en revue toutes leurs lois relatives aux personnes morales afin d'évaluer si l'un ou l'autre type d'entité risque d'être utilisé abusivement à des fins de financement du terrorisme, mais l'élément essentiel de la Recommandation est contenu dans la seconde phrase, qui traite des organismes de bienfaisance. En réponse aux demandes de clarification de la Recommandation, le GAFI a publié une note sur les meilleures pratiques internationales dans la lutte contre l'utilisation abusive des organismes à but non lucratif¹⁷⁷.

Note sur les meilleures pratiques relative à la RS VIII du GAFI

La note du GAFI énumère un certain nombre de principes de base qui doivent servir de guide pour répondre à la RS VIII, notamment ceux qui suivent.

- Le secteur caritatif est un pan vital de l'économie mondiale et de nombreuses économies et systèmes sociaux nationaux. Il complète l'activité des secteurs public et privé en apportant un large éventail de services publics et en améliorant la qualité de la vie. Le GAFI

¹⁷⁷Secrétariat du GAFI, *La lutte contre l'utilisation abusive des organismes à but non lucratif*, http://www.fatf-gafi.org/TerFinance_fr.htm (11 octobre 2002).

80 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

souhaite préserver et pérenniser la pratique du don caritatif et le secteur institutionnel solide et diversifié qui lui sert de vecteur.

- La surveillance exercée par les pouvoirs publics doit être flexible, efficace et proportionnée au risque d'utilisation abusive. Il faut examiner avec soin les mécanismes susceptibles de diminuer la charge que représente le respect de la loi sans créer de failles exploitables par les financiers du terrorisme. Les organismes de petite taille qui mobilisent des fonds publics relativement faibles et les associations ou organismes d'envergure locale dont la fonction première est de redistribuer des ressources à leurs membres ne nécessitent pas forcément une surveillance publique accrue.
- Certains pays ou territoires abordent la réglementation des organismes à but non lucratif sous des angles constitutionnels, juridiques, réglementaires et institutionnels différents et, le cas échéant, les normes ou modèles adoptés sur le plan international doivent permettre l'expression de ces différences, tout en respectant les objectifs de transparence et de responsabilité applicables aux modes de collecte et de distribution des fonds. Il est par ailleurs admis que la capacité de certains pays à réglementer les activités religieuses peut être restreinte.

La note du GAFI est centrée sur trois domaines principaux du fonctionnement et de la surveillance des organismes à but non lucratif. *Primo*, sous la rubrique «Transparence financière», la note met l'accent sur la nécessité de pratiques comptables saines, d'une vérification indépendante des états financiers, ainsi que du recours préférentiel aux comptes bancaires pour acheminer les fonds. *Secundo*, sous la rubrique «Vérification des programmes d'activité», la note mentionne la nécessité de communiquer des informations précises aux bailleurs de fonds potentiels, la nécessité de vérifier si les projets financés ont été effectivement réalisés et si les fonds ont été effectivement reçus et utilisés par les bénéficiaires auxquels ils étaient destinés. *Tertio*, sous la rubrique «Administration», la note souligne qu'il est nécessaire que les organismes à but non lucratif étayent leurs activités par des pièces justificatives et qu'ils possèdent un conseil d'administration (ou d'autres formes d'organes de surveillance) capable de prendre des mesures de vérification préventives.

La note mentionne également les activités à l'étranger des organismes à but non lucratif, et les réglementations publiques. Ces deux questions sont détaillées aux deux sections qui suivent.

Meilleure pratique pour les décaissements de fonds au profit d'organisations étrangères bénéficiaires

Lors de la distribution de fonds à des organisations étrangères bénéficiaires, les organismes à but non lucratif peuvent adopter des pratiques

destinées à garantir, dans la mesure du possible, que ces fonds ne seront pas détournés pour financer des activités terroristes. Les paragraphes qui suivent résument les Anti-Terrorist Financing Guidelines du Department of Treasury des États-Unis en ce qui concerne le financement d'organisations étrangères bénéficiaires¹⁷⁸.

Les organismes à but non lucratif devraient recueillir des renseignements détaillés sur toute organisation étrangère bénéficiaire, notamment sa dénomination en anglais et dans la langue d'origine, tout acronyme ou autre nom utilisé pour la désigner, l'adresse et le numéro de téléphone de tous ses sièges d'activité, sa raison sociale principale, y compris un compte rendu détaillé de ses projets et de ses objectifs, le cas échéant (s'ils sont connus), les noms et adresses des organisations auxquelles elle fournit ou envisage de fournir un financement, des services ou une aide matérielle, des copies de la version la plus récente de tous documents éventuellement déposés ou publiés par elle, notamment les documents officiels d'enregistrement, les rapports annuels et les documents déposés auprès des autorités compétentes, et des sources existantes de revenus telles que les aides publiques, les fondations privées et les activités commerciales.

En outre, les organismes à but non lucratif peuvent envisager de procéder à une enquête sur les organisations étrangères qui sont leurs bénéficiaires potentiels. Les organismes à but non lucratif devraient pouvoir apporter la preuve qu'ils ont, dans la mesure du raisonnable, effectué des recherches dans les sources publiques d'informations, y compris celles disponibles sur l'Internet, pour déterminer si l'organisation étrangère bénéficiaire est ou a été impliquée dans toute activité douteuse, qu'ils ont vérifié si l'organisation étrangère bénéficiaire ne figure pas sur une liste du gouvernement national concerné, des Nations Unies ou de l'Union européenne qui l'identifie comme ayant les liens avec le terrorisme ou le blanchiment de capitaux, qu'ils ont vérifié l'identité des principaux membres du personnel du bénéficiaire étranger, y compris le nom complet de ces membres en anglais et dans la langue d'origine et de tout acronyme ou autre nom utilisé ainsi que, si possible, leur nationalité, citoyenneté, pays de résidence actuel, lieu et date de naissance, et qu'ils ont confronté ces noms aux bases de données publiques et aux listes visées ci-dessus.

Les organismes à but non lucratif peuvent éventuellement examiner les opérations financières de l'organisation étrangère bénéficiaire s'ils envisagent d'accorder des montants d'aide importants. Les organismes à but non lucratif devraient déterminer l'identité des institutions financières auprès desquelles l'organisation étrangère bénéficiaire possède des comptes. Ils

¹⁷⁸ Adapté des Anti-Terrorist Financing Guidelines: Voluntary Best Practices for U.S. Based Charities (U.S. Department of Treasury), pages 4–6.

82 NOTES POUR LA RÉDACTION DE CERTAINES DISPOSITIONS

devraient rechercher les références bancaires et déterminer si l'institution financière est une banque-écran exerçant ses activités au titre d'une autorisation extraterritoriale, autorisée dans un pays connu pour ne pas coopérer à la lutte contre le blanchiment de capitaux, ou autorisée dans un pays qui ne possède pas de mécanismes adéquats de lutte contre le blanchiment de capitaux et de surveillance réglementaire. Les organismes à but non lucratif devraient par ailleurs exiger de l'organisation étrangère des comptes rendus réguliers sur ses activités opérationnelles et sur l'utilisation des fonds décaissés et devraient également effectuer des vérifications sur place auprès des organisations étrangères bénéficiaires si le montant du décaissement et le coût de la vérification le justifient.

Surveillance et sanctions

Certains pays ont habilité leurs autorités réglementaires à surveiller les organismes à but non lucratif. C'est souvent le cas lorsque le pays a accordé des avantages fiscaux à ces organismes, auquel cas les autorités fiscales peuvent exercer une certaine surveillance. Dans certains pays, il peut suffire de renforcer quelque peu cette surveillance pour atteindre les objectifs de la Recommandation spéciale VIII. Dans d'autres, la mise en place d'une surveillance réglementaire peut être nécessaire.

Les règlements qui répondent aux prescriptions en matière de surveillance et de meilleures pratiques pour les organismes à but non lucratif devraient être appuyés par des sanctions en cas de non-respect. Si l'organisme à but non lucratif se situe dans un pays où il existe des avantages fiscaux ou des exonérations fiscales pour ce type d'organismes, une des sanctions possibles serait le retrait du statut d'exemption fiscale pour manquement aux dispositions en matière de meilleures pratiques ou aux règles en matière de devoir de diligence, ainsi que le gel des fonds douteux. D'autres mesures appropriées et proportionnées pourraient être la prise de sanctions contre les directeurs de l'organisme à but non lucratif. L'exemple de loi sur les personnes morales à but non lucratif qui relève de la Common Law est emprunté à la loi modèle du Secrétariat du Commonwealth, qui est une adaptation de la loi canadienne sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité). On trouve des dispositions similaires dans l'exemple qui relève du droit civil.