

**ÉVALUATION DU RÉGIME JURIDIQUE RÉGISSANT LA LUTTE
CONTRE LE FINANCEMENT DES ACTIVITÉS TERRORISTES
AU CANADA**

faite par

Anita Indira Anand*

*Anita Indira Anand, B.A., B.A., LL.B., LL.M., professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Toronto. Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteure et elles ne représentent pas nécessairement celles de la Commission ou du commissaire. Nous tenons à remercier Kent Roach de ses judicieuses observations de même que Karen Andreychuk et Amy Murakami de leur précieuse aide pour la réalisation de recherches. Merci également à Patricia Marson de son aide pour la préparation du document.

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	139
2. Régime canadien	140
A. Code criminel	142
B. Loi sur le recyclage des produits de la criminalité	146
3. États-Unis	152
Code criminel des États-Unis	153
Patriot Act	154
Lois sur le blanchiment d'argent	156
Bank Secrecy Act	158
Office of Terrorism and Financial Intelligence	159
4. Analyse	160
A. Problèmes liés au régime actuel	160
B. Orientation	168
5. Conclusion	175

1. INTRODUCTION

La présente étude permet d'analyser l'approche juridique que le Canada a adoptée afin de lutter contre le financement des activités terroristes. Elle amorce également un dialogue avec les instances juridiques des États-Unis dans le but de cerner les écarts entre les deux pays au chapitre des lois et des procédures servant à contrer le financement du terrorisme. Ces pourparlers d'ordre juridique s'articulent autour d'une analyse du rôle du secteur privé, et des coûts qui lui sont imposés, pour surveiller et signaler les opérations financières, du maintien d'un équilibre entre les droits en matière de protection des renseignements personnels et la lutte contre le financement du terrorisme et de la nécessité d'évaluer si certains instruments juridiques contribuent à lutter efficacement contre le financement d'activités terroristes.

Même s'il n'existait pas en 1985 de législation pour lutter contre le financement du terrorisme lors de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India, le régime juridique en vigueur à l'heure actuelle semble être exhaustif. Il se fonde essentiellement sur deux mesures législatives, soit le *Code criminel* et la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*. Ces mesures ont un fondement réglementaire important en droit substantiel et, de façon générale, elles sont conformes au droit international public et au droit international privé sur le financement des activités terroristes.¹ Ce ne sont pas tant les lacunes évidentes en droit substantiel qui posent problème en ce qui touche le régime actuel, mais plutôt d'obtenir la certitude qu'il répond efficacement aux objectifs déclarés, à savoir prévenir et interrompre le financement des activités terroristes.

La présente étude porte sur la nécessité d'évaluer le régime actuel de lutte contre le financement des activités terroristes et de s'assurer que son infrastructure fonctionne efficacement. Elle propose premièrement d'évaluer de façon officielle et exhaustive l'efficacité du régime actuel. Deuxièmement, elle recommande que l'on étudie la possibilité de mettre sur pied un organisme chargé de surveiller les activités du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE).

¹ Le seul cas où cela n'est peut-être pas aussi vrai est celui où il est question de déclarer des tentatives d'opérations douteuses. Toutefois, les recommandations formulées dans le Projet de loi C-25 traitent largement de cette lacune. Voir le projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, la Loi de l'impôt sur le revenu et une autre loi en conséquence*, Première session, 39^e Législature, 2006, alinéa 3(1)(g) [Projet de loi C-25]. Le projet de loi C-25 a été sanctionné le 14 décembre et est devenu la L.C. 2006, ch. 12.

Troisièmement, dans le même ordre d'idées, l'étude suggère de déterminer s'il est nécessaire de créer un organisme de surveillance plus important, qui aurait pour mandat non seulement de surveiller les activités du CANAFE, mais aussi celles d'autres institutions chargées d'appliquer les lois en matière de lutte contre le financement du terrorisme, notamment la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS).

La présente analyse porte un regard pragmatique sur la loi. Il faut se garder de voir les mesures législatives en général et les lois en matière de lutte contre le financement du terrorisme en particulier comme une panacée pouvant guérir tous les maux politiques. La loi est un outil qui est parfois limité. Il ne faut pas tenir à tout prix à adopter d'autres prescriptions juridiques avant de savoir si les lois actuelles sont efficaces. Il coûte cher d'instaurer des règlements et une réglementation inefficace impose des coûts inutiles aux instances publiques et privées.

La partie 2 du document présente les éléments du régime juridique canadien qui visent à lutter contre le financement des activités terroristes. La partie 3 fait un parallèle avec le système juridique américain sur ce même sujet afin de déterminer si le régime canadien présente des lacunes structurelles ou juridiques importantes. La partie 4 du document renferme l'analyse faisant l'objet du présent rapport, y compris les orientations générales aux fins d'étude et d'examen ultérieurs. Enfin, la partie 5 du document contient la conclusion.

2. RÉGIME CANADIEN

Le régime canadien servant à contrer le financement d'activités terroristes comporte deux principaux éléments, soit les modifications au *Code criminel du Canada* qui servent à lutter contre le financement du terrorisme,² y compris les dispositions connexes du *Code criminel*,³ et la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*.⁴ Comme ces instruments juridiques ont été mis en œuvre au cours des six dernières années, il y a tout lieu de les évaluer, compte tenu en particulier d'allégations selon lesquelles le Canada est un refuge

² L.R.C. 1985, ch. C-46, articles 83.01 – 83.27 [*Code criminel*].

³ Voir *ibid.*, articles 462.32(4), 462.35 portant sur la confiscation de biens et les périodes pendant lesquelles les biens peuvent être détenus.

⁴ L.C. 2000, ch. 17 [*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité ou la Loi*].

pour les terroristes.⁵ La présente partie examinera ces deux niveaux de réglementation.⁶

D'emblée, il importe de mentionner que le régime canadien ayant trait à la lutte contre le financement des activités terroristes semble correspondre aux obligations internationales à cet égard. Par exemple, le Canada est un membre fondateur du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), un organisme intergouvernemental formé de 33 pays qui a notamment pour mandat de lutter contre le financement d'activités terroristes. Le GAFI a adopté huit recommandations spéciales sur la lutte contre le financement d'activités terroristes qui sont devenues des normes internationales et qui ont servi de modèle pour l'adoption de lois par les pays membres. De plus, la résolution 1373 adoptée en 2001 par le Conseil de sécurité des Nations Unies précise que les États doivent « refuser de donner asile à ceux qui financent, organisent, appuient ou commettent des actes de terrorisme ou en recèlent les auteurs »⁷ Il est en outre précisé dans la résolution que les États doivent « empêcher que ceux qui financent, organisent, facilitent ou commettent des actes de terrorisme n'utilisent leurs territoires respectifs pour commettre de tels actes... ».⁸ La résolution du Conseil de sécurité n'offre aucune orientation quant aux structures à mettre en place pour atteindre ces objectifs. Néanmoins, tel que mentionné dans le présent document, le Canada a respecté la résolution pour ce qui est des lois qu'il a adoptées.

Il est sous-entendu dans la présente analyse que le terrorisme se moque des frontières géographiques.⁹ Le fait que des capitaux peuvent être virés sans intermédiaire (notamment au moyen d'un échange de titres

⁵ U.S. Library of Congress, *Asian Organized Crime and Terrorist Activity in Canada*, Washington, Library of Congress, 2003. Voir aussi « U.S. again brands Canada terrorist haven », *The Globe and Mail*, le 15 février 2004.

⁶ Il convient de noter que d'autres aspects du régime réglementaire portent sur le terrorisme, par opposition au financement d'activités terroristes. Ceux-ci sont décrits dans le récent rapport d'enquête sur l'affaire Arar. Voir la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, Ottawa, ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006, chapitre 3 [Rapport d'enquête sur l'affaire Arar].

⁷ Charte des Nations Unies, La résolution du Conseil de sécurité 1373(2001), UN SCOR, 2001, Document des Nations Unies . S/RES/1373 (2001), disposition 2(c).

⁸ *Ibid.*, disposition 2(d).

⁹ Walter Perkel, « Money Laundering and Terrorism: Informal Value Transfer Systems », *American Criminal Law Review*, vol. 41, 2003, pages 183-184.

de créance)¹⁰ en constitue un excellent exemple. Ainsi, l'analyse des lois canadiennes n'aura nécessairement que peu d'utilité, car des questions subsistent au sujet de l'application extraterritoriale de ces lois. Deux points (non visés par le présent document) se démarquent ici, à savoir si la législation en question doit être interprétée comme ayant une portée extraterritoriale et si le droit international public et le droit international privé autorisent le Canada à appliquer ainsi ses lois.¹¹ En particulier, les récentes modifications au *Code criminel*, dont il est question ci-après, pourraient entraîner un élargissement de la compétence du Canada lui permettant de juger des infractions commises à l'extérieur du pays, dans la mesure où ces infractions relèvent du *Code*.¹²

Code criminel

Le sous-alinéa 83.01(1)a)(x) du *Code criminel du Canada* définit une « activité terroriste » comme un acte commis au Canada ou à l'étranger qui, au Canada, constitue une infraction à l'article 83.02, c'est-à-dire quiconque fournit ou réunit des biens dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés à des fins terroristes.¹³ La liste des actes constituant une activité terroriste est longue. Sont visés par la présente définition, le complot, la tentative et la menace de perpétrer les actions ou omissions énumérées.¹⁴ Les articles 83.02 à 83.04 présentent la première série d'infractions criminelles. Il est question d'une approche à trois volets visant à contrer le financement du terrorisme. Quiconque commet ces infractions est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

Plus précisément, l'article 83.02 du *Code criminel* interdit à quiconque de fournir ou de réunir des biens en vue d'une activité terroriste. La disposition s'applique à quiconque, directement ou non, fournit ou réunit, délibérément et sans justification ou excuse légitime, des biens dans l'intention de les voir utiliser — ou en sachant qu'ils seront utilisés — en vue d'une activité terroriste. Une telle personne commet une infraction

¹⁰ Ibid., pages 188-189.

¹¹ Supra note 9, pages 194-195 (extraterritorialité des lois américaines).

¹² Voir *Code criminel*, supra note 2, paragraphe 7(3.73) (élargissement de la compétence pour intenter des poursuites à l'égard d'une infraction commise au sens de l'article 83.02 à l'extérieur du Canada, dans certaines circonstances). Voir supra note 2, paragraphe 7(3.74) (élargissement de la compétence pour intenter des poursuites à l'égard d'autres infractions de terrorisme commises à l'extérieur du Canada, dans certaines circonstances).

¹³ Ibid., sous-alinéa 83.01(1)a)(x) faisant référence au paragraphe 7(3.73) qui met en œuvre la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1999.

¹⁴ Ibid.

au *Code criminel*. Même si la loi donne un sens très large à l'acte prohibé, c'est-à-dire « directement ou non, fournit ou réunit des biens », l'infraction comporte de fortes exigences en matière de faute en ce sens qu'il faut prouver que la personne a fournit ou réunit des biens dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés à des fins terroristes.

L'article 83.03 rend coupable d'un acte criminel quiconque, directement ou non, réunit des biens ou fournit ou rend disponibles des biens à des fins terroristes. Le *Code criminel* interdit à toute personne d'effectuer sciemment une opération portant sur des biens qui appartiennent à un groupe terroriste, ou qui sont à sa disposition, ou de faciliter, directement ou non, la conclusion d'une opération relativement à ces biens. Le *Code* donne ici également un sens très large à l'acte prohibé. En effet, l'alinéa 83.03b) s'applique à quiconque fournit des biens ou des services financiers ou connexes, ou même invite une autre personne à le faire, en sachant qu'ils bénéficieront, en tout ou en partie, à un groupe terroriste. Il n'est pas nécessaire, aux termes de l'alinéa 83.03b), d'établir un lien avec une activité terroriste : le simple fait « d'utiliser » ou « d'avoir en sa possession » des biens dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés à des fins terroristes constitue un acte criminel.¹⁵

L'article 83.04 rend coupable d'un acte criminel quiconque utilise ou a en sa possession des biens à des fins terroristes. Plus précisément, quiconque « utilise directement ou non, en tout ou en partie, des biens pour une activité terroriste ou pour la faciliter » viole la loi. De même, quiconque a en sa possession des biens dans l'intention de les voir utiliser — ou en sachant qu'ils seront utilisés — pour faciliter une activité terroriste, viole également la loi. Encore une fois, l'infraction a une définition très large. Toutefois, il est nécessaire de prouver que l'accusé utilise des biens pour une activité terroriste ou pour la faciliter, ou dans l'intention de les voir utiliser — ou en sachant qu'ils seront utilisés à une telle fin. Il est nécessaire pour ces infractions d'établir hors de tout doute raisonnable qu'une faute a été commise.

De plus, aux termes du paragraphe 83.05(1), le gouverneur en conseil peut établir une liste des entités qui, sciemment, se sont livrées ou ont tenté de se livrer à une activité terroriste, ou l'ont facilitée ou qui, sciemment, agissent au nom d'entités terroristes. Dès qu'une entité est inscrite,

¹⁵ Kevin E. Davis, « The Financial War on Terrorism » dans Victor V. Ramraj, Michael Hor, et Kent Roach, éditeurs, *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, page 182.

elle est visée par la définition de « groupe terroriste », à l'article 83.01. Cependant, la liste des entités (quarante à l'heure actuelle) inscrites aux termes de l'article 83.05 n'est pas nécessairement exhaustive. Toute entité ou regroupement d'entités qui s'est livré à une activité terroriste ou qui l'a facilitée est un groupe terroriste.

Une deuxième série d'infractions porte sur le blocage et la confiscation des biens. Aux termes de l'article 83.08, il est interdit à toute personne au Canada et à tout Canadien à l'étranger d'effectuer sciemment une opération portant sur des biens qui sont à la disposition d'un groupe terroriste ou de fournir sciemment toute forme de services financiers ou connexes à un groupe terroriste, pour son profit. Il est en outre précisé au paragraphe 83.1(1) que toute personne au Canada et tout Canadien à l'étranger est tenu de communiquer à la GRC et au SCRS « l'existence de biens qui sont en sa possession ou à sa disposition et qui, à sa connaissance, appartiennent à un groupe terroriste, ou qui sont à sa disposition, directement ou non » et tout renseignement portant sur une opération, réelle ou projetée, mettant en cause ces biens.

Aux termes de l'alinéa 83.11(1), il incombe à certains établissements financiers de vérifier de façon continue l'existence de biens qui sont en leur possession ou à leur disposition et qui appartiennent à une entité inscrite ou sont à sa disposition, et de rendre compte de la situation tous les mois. Quiconque contrevient aux articles en question commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 100 000 \$ et un emprisonnement maximal de un an, ou l'une de ces peines, ou sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, un emprisonnement maximal de dix ans. Contrairement aux infractions prévues aux articles 83.02 à 83.04, les infractions susmentionnées visent non pas les terroristes et les personnes qui les appuient, mais surtout les tiers qui pourraient effectuer une opération portant sur des biens appartenant à des terroristes. Il pourrait être plus facile de réglementer ces tiers. Cependant, il faut veiller à ne pas leur imposer un fardeau déraisonnable et coûteux pour des raisons d'efficacité économique. De plus, l'article 83.09 prévoit des exemptions qui autorisent le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile à accorder une exonération de responsabilité découlant de l'une des nombreuses dispositions interdisant le financement d'activités terroristes.

En plus des articles du *Code criminel* qui portent précisément sur la lutte contre le financement du terrorisme, précisons que la partie XII.2, Produits de la criminalité, traite du blanchiment d'argent. Toute personne qui prend part à toute forme d'opération à l'égard des biens ou de leurs produits, dans l'intention de les cacher sachant ou croyant qu'ils ont été obtenus, en totalité ou en partie, soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction désignée, soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction désignée, est coupable soit d'un acte criminel soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.¹⁶ La jurisprudence relative à cette section laisse entendre que les poursuites antérieures ne découlaient pas d'activités terroristes proprement dites, mais plutôt d'activités comme le trafic de drogue¹⁷ et, bien entendu, le blanchiment d'argent.¹⁸ Les activités terroristes peuvent être financées non seulement par les produits de la criminalité, mais aussi par des fonds issus d'autres sources, notamment des gains légitimes et des dons à des organisations caritatives.

On donne une définition très large aux dispositions relatives au blanchiment d'argent, qui visent les « biens ou leurs produits obtenus directement ou indirectement ». Interprétées au sens strict, ces dispositions comportent une vaste notion d'*actus reus*. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a statué (confirmation d'une décision en première instance) qu'il fallait que des biens découlent directement de la perpétration de l'acte criminel en question pour qu'ils soient considérés comme des produits de la criminalité.¹⁹ Satisfaire à l'exigence de l'intention criminelle (*mens rea*) peut également se révéler problématique, puisque l'accusé doit « savoir ou croire qu'ils [les biens ou leurs produits] ont été obtenus, en totalité ou en partie, directement ou indirectement... ». Il s'agit encore une fois d'une expression très vaste qui laisse supposer que pratiquement toute activité criminelle sera visée par cet article.²⁰

¹⁶ Code criminel, supra note 2, paragraphes 462.31(1) et 462.31(2).

¹⁷ Voir e.g. *Giles v. Canada* [1991] 63 C.C.C. (3d) 184.

¹⁸ *R. v. Hape* [2000] 148 C.C.C. (3d) 530.

¹⁹ *R. c. Shalala* (1998), 198 R.N.-B. (2^e) 298, conf. par [2000] R.N.-B. (2^e) 118. Voir aussi David Samuel-Strausz Vernon, « A Partnership with Evil: Money Laundering, Terrorist Financing and Canadian Financial Institutions », *Banking & Finance Law Review*, vol. 20, 2004, page 94.

²⁰ Vernon, *ibid.* page 94, extrait de Alan D. Gold, « Money Laundering », la base de données d'Alan D. Gold sur le blanchiment d'argent (1^{er} mai 1998), alinéa 8. Internet : www.quicklaw.com.

Comme vous le constaterez plus loin, les obligations prévues dans le *Code criminel* et celles prévues dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* se recoupent. Il y a donc tout lieu de se demander si la loi comporte des redondances et si la question est réglementée à outrance. Premièrement, les deux mesures législatives renferment des dispositions visant à traiter du problème du blanchiment d'argent. Deuxièmement, elles prévoient toutes deux des exigences en matière de déclaration. Le *Code criminel* exige que toute personne au Canada et tout Canadien à l'étranger communique tout renseignement portant sur une opération, réelle ou projetée, mettant en cause des biens qui appartiennent à un groupe terroriste ou qui sont à sa disposition. De même, la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* comporte des exigences en matière de déclaration s'appliquant à une liste d'entités qui ressemble étroitement à celle contenue dans le *Code criminel*. Troisièmement, les deux lois renferment des dispositions portant sur l'établissement d'une liste d'entités terroristes et elle tentent toutes deux de cibler les entités qui facilitent le financement d'activités terroristes.

Même si les recoupements entre infractions criminelles et infractions réglementaires sont courants, cette situation entraîne parfois des problèmes d'ordre fonctionnel comme l'existence de différents régimes d'application de la loi, et possiblement, de régimes mal intégrés. Plus précisément, les poursuites à l'égard d'infractions liées au terrorisme, aux termes du *Code criminel*, doivent être approuvées d'avance par le procureur général fédéral ou provincial. On se pose alors les questions suivantes, à savoir qui veille au respect des exigences en matière de déclaration prévues dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* (le CANAFE et/ou les autorités policières) et s'il est nécessaire de coordonner les activités des autorités d'exécution de la loi.

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité

Le *Code criminel* réglemente une multitude d'activités ayant trait au financement d'activités terroristes (fourniture de biens, aide au financement d'activités terroristes, blanchiment d'argent, etc.) et criminalise ces activités, tandis que la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* traite des exigences en matière de déclaration, du mouvement transfrontalier d'espèces et de la création d'un organisme d'administration de la Loi).

Selon l'article 7 de la Loi, il incombe à une personne ou entité donnée de déclarer les opérations financières « à l'égard desquelles il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles sont liées à la perpétration d'une infraction [...] ou d'une infraction de financement des activités terroristes ». ²¹ De plus, il incombe à toute personne ou entité qui est tenue de communiquer des renseignements en vertu de l'article 83.1 du *Code criminel* de faire une déclaration à l'organisme chargé de l'administration de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* : le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE)²² Cet organisme a pour but d'aider à détecter les opérations de recyclage des produits de la criminalité et de financement d'activités terroristes, d'empêcher le déroulement de telles activités et de dissuader quiconque de s'y livrer. Le Centre est aussi autorisé à recevoir les renseignements qui lui sont volontairement communiqués par divers secteurs de la fonction publique, y compris les organismes d'application de la loi, au sujet d'activités soupçonnées de financement du terrorisme.²³

L'obligation de faire ces déclarations au CANAFE et, aux termes du *Code criminel*, aux chefs de la GRC et du SCRS, laisse entendre que la *Loi* a permis la création d'un système où les organismes n'échangent pas de renseignements, peut-être par souci de protéger la vie privées des personnes concernées. Certes, l'échange de renseignements a des avantages sur le plan de l'efficacité, mais, selon M. Posner, depuis les attentats du 11 septembre 2001, le gouvernement américain a procédé à des réformes qui n'ont fait qu'hiérarchiser et surcentraliser le réseau du renseignement. M. Posner prétend qu'en général, dans le domaine du renseignement, il vaut mieux avoir de multiples centres, car la centralisation risque d'être inefficace²⁴. Il en sera question un peu plus loin.

Toute personne ou entité qui contrevient aux dispositions en matière de déclaration contenues dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* est passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende de 500 000 \$ ou d'un d'emprisonnement de six mois, ou des deux peines, s'il s'agit d'une première infraction. En cas de récidive, on est passible

²¹ Loi sur le recyclage des produits de la criminalité, supra note 4, article 7.

²² Ibid., paragraphe 7.1(1).

²³ Ibid., article 7.1.

²⁴ Richard A. Posner, *Uncertain Shield : The U.S. Intelligence System in the Throes of Reform*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2006.

d'une amende de 1 000 000 \$ ou d'un emprisonnement d'un an, ou des deux peines. Par ailleurs, quiconque est coupable d'un acte criminel est passible d'une amende de 2 000 000 \$ ou d'un emprisonnement de cinq ans, ou des deux peines. Quoi qu'il en soit, toute personne ou entité négligeant de faire une déclaration aux termes de la *Loi* subira une lourde peine. La *Loi* ne précise pas clairement à quel organisme il revient d'appliquer les dispositions.

La *Loi* prévoit un moyen de défense pour les employés qui signalent une opération à leur supérieur²⁵. Les administrateurs et les dirigeants qui ont ordonné ou autorisé l'infraction, ou qui y ont consenti ou participé, sont, par contre, considérés comme des coauteurs de l'infraction²⁶. Ces personnes ne peuvent être trouvées coupables si elles prouvent qu'elles ont exercé la diligence convenable pour l'empêcher²⁷. Toujours est-il que la responsabilité pénale des administrateurs et des dirigeants prévue par la *Loi* semble être une infraction aux règlements.

En plus des exigences de déclaration susmentionnées, quiconque arrive au Canada ou quitte le pays est tenu de déclarer l'importation ou l'exportation d'espèces ou d'effets ayant une valeur supérieure au montant prescrit²⁸. Les agents de douane, eux, ont le droit de retenir des espèces et des effets à la frontière, lesquels seront confisqués au profit du gouvernement fédéral²⁹. Ces agents peuvent fouiller des personnes³⁰, des moyens de transport³¹, des bagages³², ainsi que tout envoi destiné à l'importation ou à l'exportation³³.

Aux termes de l'article 7 de la *Loi*, on compte parmi les personnes et les entités remplissant des fonctions de déclaration et de surveillance auprès du CANAFE les banques autorisées, les coopératives de crédit, les sociétés de prêt, les sociétés de fiducie, les gestionnaires de portefeuille, les courtiers en valeurs mobilières, les casinos et diverses autres entités

25 Loi sur le recyclage des produits de la criminalité, supra note 4, paragraphe 75(1).

26 Ibid., article 78.

27 Ibid., alinéa 79b).

28 Ibid., paragraphes 12(1) et 12(3).

29 Ibid., paragraphe 14(5).

30 Ibid., paragraphe 15(1).

31 Ibid., paragraphe 16(1).

32 Ibid., paragraphe 16(2).

33 Ibid., paragraphe 17(1).

commerciales³⁴. Les amendements à la *Loi* contenus dans le projet de loi C-25 ont permis d'élargir la liste de personnes et d'entités devant tenir des documents ou faire des déclarations, pour inclure celles qui se livrent au commerce d'instruments financiers autres que les valeurs mobilières³⁵. Cependant, en dépit de ces amendements, il y a sans doute des organismes formels et informels (comme le système hawala, axé sur les transferts d'argent à l'extérieur du système financier traditionnel³⁶) qui échappent aux exigences de déclaration prévues par la *Loi*. Même si la liste a été rallongée par le projet de loi C-25, cela ne signifie pas pour autant que l'on pourra attraper les organismes visés.

Par ailleurs, le projet de loi C-25 tente de régler la question des fonds passant par les organismes de bienfaisance. En effet, il contient des amendements à la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui permettent à l'Agence du revenu du Canada (ARC) de signaler au CANAFE, à la GRC ou au SCRS tout renseignement concernant un organisme de bienfaisance soupçonné de participer au financement d'activités terroristes³⁷. Il semble que le projet de loi permet à l'ARC de faire des déclarations à l'entité de son choix³⁸. De plus, les amendements à la *Loi sur l'impôt sur le revenu* exposés dans le projet de loi C-25 autorisent le SCRS et la GRC à échanger des renseignements pour déterminer si une infraction a été commise ou si certaines activités constituent des menaces pour la sécurité. Il n'y a cependant aucune obligation d'échanger des renseignements, pas plus qu'il y a un organisme surveillant les activités que mènent ces organismes aux termes de la loi.

Il a été établi en common law que les banques ont un devoir de confidentialité à l'égard de leurs clients. En effet, dans l'affaire *Tournier v National Provincial & Union Bank of England*, la Cour d'appel d'Angleterre a jugé que la banque était la gardienne des renseignements confidentiels de ses clients et qu'elle avait le devoir de ne pas les divulguer³⁹. La Cour a toutefois mis en lumière certaines exceptions à la règle, notamment lorsqu'il est dans l'intérêt du public et de la banque de divulguer ces

³⁴ Ibid., article 5.

³⁵ Projet de loi C-25, supra note 1.

³⁶ National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, The 9/11 Commission Report, Washington, United States Government Printing Office, 2004, page 171.

³⁷ Projet de loi C-25, supra note 1, article 45.

³⁸ Ibid.

³⁹ (1923), [1924] 1 K.B. 461 (C.A.).

renseignements. Par conséquent, on pourrait se fonder sur l'un ou l'autre de ces arguments pour dire que, lorsqu'une organisation terroriste qui achemine des fonds illicites par l'intermédiaire d'une banque contrairement aux lois du Canada, il est dans l'intérêt et du public et de la banque de signaler ces opérations⁴⁰. En outre, il existe des dispositions législatives qui protègent les banques, entre autres, contre des poursuites civiles⁴¹.

Le projet de loi C-25 élargit également la portée de l'obligation de déclaration. Avant l'adoption du projet de loi, la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* exigeait la déclaration de toute opération financière effectuée et liée à la perpétration d'une infraction de financement des activités terroristes. Le projet de loi, cependant, concerne « toute opération financière qu'on a effectuée ou tentée [...] et à l'égard de laquelle il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle est liée à la perpétration réelle ou tentée [...] b) d'une infraction de financement des activités terroristes »⁴². En outre, il a permis d'ajouter une disposition à la *Loi* en vue d'interdire à toute personne d'ouvrir un compte pour lequel elle ne peut établir l'identité du client⁴³. Ces personnes doivent également déterminer si elles font affaire avec un « étranger politiquement vulnérable »⁴⁴; le cas échéant, elles doivent obtenir préalablement l'agrément de la haute direction⁴⁵. De nombreuses mesures doivent être prises avant qu'une entité n'établisse une relation bancaire avec une entité étrangère⁴⁶.

40 Il est d'abord à noter qu'un tel bris de confidentialité se ferait vraisemblablement avant l'obtention de preuves concrètes d'une infraction aux lois du Canada. Il ne serait donc pas clair si l'intérêt du public était indubitablement à risque. De plus, les lois obligeant la divulgation de renseignements sur les clients risquent de porter atteinte à la vie privée de ces derniers. Cette question sera traitée en détail plus loin dans le texte.

41 Voir Code criminel, supra note 2, paragraphe 83.1(2), où on lit « Nul ne peut être poursuivi pour avoir fait de bonne foi une communication au titre du paragraphe (1) ».

42 Projet de loi C-25, supra note 1, article 7.

43 Ibid., article 8.

44 Cette expression « s'entend de la personne qui occupe ou a occupé l'une des charges ci-après au sein d'un État étranger ou pour son compte », notamment : chef d'État ou chef de gouvernement, sous-ministre, ambassadeur, chef d'une organisation gouvernementale et juge. Voir Projet de loi C-25, supra note 1, article 8.

45 Projet de loi C-25, ibid.

46 Ibid.

À bien des égards, le CANAFE est un gardien de renseignements. Il reçoit des renseignements de trois genres d'organismes, c'est-à-dire les organismes fédéraux (comme le SCRS et la GRC), les organismes du renseignement étrangers et, bien sûr, les organismes privés qui signalent des opérations douteuses⁴⁷. Le CANAFE décide également, s'il y a lieu, à quel organisme acheminer les renseignements. Si le Centre a des motifs raisonnables de soupçonner que les renseignements désignés se rapporteraient à des enquêtes ou à des poursuites relativement à une activité terroriste, il doit les communiquer au service de police approprié, à l'ARC et à l'Agence des services frontaliers du Canada⁴⁸. Il est tenu de les divulguer au SCRS s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que les renseignements désignés se rapporteraient à des menaces pour la sécurité du Canada⁴⁹.

L'expression « renseignements désignés » s'entend, relativement à toute opération financière, le nom du client, le nom et l'adresse du bureau où l'opération est effectuée, la valeur et la nature des espèces, le numéro de l'opération effectuée et le numéro de compte, ainsi que tout renseignement identificateur désigné par règlement⁵⁰. Le CANAFE peut aussi peut communiquer des renseignements désignés à un organisme d'un État étranger ou d'une organisation internationale⁵¹. Toutefois, il ne peut dévoiler aucun renseignement qui permettrait d'identifier l'individu qui le lui a présenté⁵², ni aucun renseignement concernant une opération douteuse. Le CANAFE, par contre, est tenu de divulguer des renseignements s'il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'ils seraient utiles aux fins d'enquête ou de poursuite relativement à une infraction de financement des activités terroristes ou à une infraction de recyclage des produits de la criminalité⁵³.

47 Voir le rapport d'enquête sur l'affaire Arar, supra note 6, page 629.

48 Loi sur le recyclage des produits de la criminalité, supra note 4, paragraphe 55(3).

49 Ibid., supra note 4, paragraphe 55.1(1).

50 Ibid., paragraphe 55.1(3).

51 Ibid., paragraphes 56.1(1) et (2).

52 Ibid., paragraphe 58(2).

53 Ibid., paragraphes 55(1) et 55(3).

Le régime législatif ne contient aucune liste de critères s'appliquant aux décisions du CANAFE relativement à la communication de renseignements au SCRS et à la GRC. On lit cependant ce qui suit dans le rapport annuel du Centre :

« Lorsque nous avons déterminé qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les renseignements pourraient être utiles aux fins d'enquêtes ou de poursuites relativement à des activités de blanchiment d'argent et/ou de financement d'activités terroristes et/ou de menaces à la sécurité du Canada, CANAFE doit communiquer des « renseignements désignés » aux services de police compétents ou au SCRS. »⁵⁴

C'est donc dire que le CANAFE peut user de sa discrétion pour communiquer des renseignements à la GRC et au SCRS. Pourtant, il n'est pas clair dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* si le Centre serait justifié de les communiquer à une seule entité. Par ailleurs, dans quelle mesure le CANAFE coordonne-t-il ses efforts avec ces organismes? Si ces derniers échangent des renseignements, quelles formes prennent ces échanges? Du point de vue de l'efficacité, il s'agit d'une considération pratique et cruciale qui est distincte des dispositions légales susmentionnées. En fait, l'efficacité du Centre dépend du degré de collaboration et d'échange de renseignements entre la GRC et le SCRS. En créant le CANAFE, qui travaille aux côtés du SCRS et de la GRC, mais non nécessairement en collaboration avec eux, la *Loi* contribue peut-être au problème global de manque d'efficacité.

3. ÉTATS-UNIS

La présente section porte sur les principales lois américaines régissant le financement d'activités terroristes, c'est-à-dire le code criminel, le *Patriot Act*, les lois sur le blanchiment d'argent de 1956 et de 1957, et

⁵⁴ Canada, Rapport annuel 2006 du CANAFE, Ottawa, CANAFE, 2006. Internet : <http://www.canafe.gc.ca/publications/ar/2006/menu-fra.asp>.

le *Bank Secrecy Act*. Elle se veut également une comparaison des lois canadiennes et américaines, ainsi qu'un examen d'un organisme clé existant aux États-Unis et non au Canada : l'Office of Terrorism and Financial Intelligence (OTFI).

Code criminel des États-Unis

Le code criminel des États-Unis criminalise le financement d'activités terroristes depuis 1994. En fait, selon la disposition 2339A, il est interdit de fournir un soutien matériel aux terroristes. La disposition se lit comme suit (traduction) : Quiconque [...] fournit un soutien matériel ou des ressources ou dissimule la nature, l'emplacement, la source ou l'identité du fournisseur dudit soutien matériel ou desdites ressources, en sachant qu'ils sont destinés à la préparation ou à la perpétration d'une infraction de (financement d'activités terroristes) [...] sera passible d'une amende [...], d'un emprisonnement maximal de 15 ans, ou des deux peines, et, dans le cas d'une infraction causant un ou des décès, d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à la vie [...]⁵⁵.

La disposition 2339A ne fait nullement référence au financement d'activités terroristes, mais elle contient un renvoi aux crimes violents, notamment les crimes fédéraux de terrorisme, figurant à la disposition 2332B. Par conséquent, le Département de la justice a affirmé que le financement d'activités terroristes s'entend du fait de fournir sciemment une chose utile aux personnes et aux groupes se livrant à des activités terroristes⁵⁶. Parmi le soutien matériel et les ressources définis à la disposition 2339A, mentionnons les espèces, les instruments monétaires, les valeurs mobilières et les services financiers. Il existe à la disposition 2339B une infraction semblable relativement à la fourniture de matériel à une organisation terroriste étrangère⁵⁷.

Il y a aussi aux États-Unis deux décrets-lois touchant les réseaux de financement d'activités terroristes. D'abord, le décret-loi 13224, intitulé

⁵⁵ 18 U.S.C., disposition 2339A.

⁵⁶ 18 U.S.C., disposition 2339A. Voir aussi Département des États-Unis, Terrorist Financing, 2003, vol. 51, n° 4 [Publication du Département de la justice]. Internet : http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usab5104.pdf.

⁵⁷ 18 U.S.C., disposition 2339B.

Blocking Terrorist Property, accroît le pouvoir du Trésor américain de bloquer les avoirs et les opérations américaines de personnes ou d'organismes associés avec des terroristes ou des groupes terroristes⁵⁸. Par ailleurs, le Trésor peut bloquer les avoirs des banques étrangères qui refusent de collaborer, ainsi que les empêcher de faire des affaires aux États-Unis. Deuxièmement, le décret-loi 13382, intitulé *Blocking Property of Weapons of Mass Destruction Proliferators and Their Supporters*, **permet au Trésor américain de bloquer les avoirs des proliférateurs d'armes de destruction massive et ceux de leurs adeptes**⁵⁹.

Comme le Département de la justice l'a déjà mentionné, l'élément sous-jacent de la stratégie des États-Unis depuis les attentats du 11 septembre repose sur la « surinclusivité stratégique ». En effet, on estimait que même les organismes humanitaires et les organismes de bienfaisance seraient assujettis à la loi et qu'en conséquence, une approche juridique globale (expliquée en détail ci-dessous) serait nécessaire. Enfin, les États-Unis ne voulaient pas être obligés de repérer de l'argent américain jusqu'à leur utilisation finale⁶⁰.

Patriot Act

Le *Patriot Act*⁶¹ des États-Unis confie aux fonctionnaires fédéraux le pouvoir de repérer et d'intercepter des communications, tout en fournissant au secrétaire du Trésor un arsenal législatif pour combattre la corruption des établissements financiers américains qui recyclent l'argent étranger. Le *Patriot Act* vise particulièrement les banques qui recyclent de l'argent en dissimulant l'identité des parties réelles concernées par les opérations financières⁶². Par ailleurs, la loi s'intéresse aux organismes gouvernementaux étrangers susceptibles d'être corrompus, surtout ceux qui créent des comptes et des établissements à l'étranger en vue de transférer d'importantes sommes de fonds personnels à des comptes situés à l'échelle planétaire⁶³.

58 Loi-décret 13224 du 23 septembre 2001, *Blocking Terrorist Property*. Internet : <http://www.state.gov/s/ct/rls/fs/2002/16181.htm>.

59 Loi-décret 13382 du 18 juin 2005, ***Blocking Property of Weapons of Mass Destruction Proliferators and Their Supporters***. Internet : <http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/eo-13382.htm>.

60 Publication du Département de la justice, supra note 33, pages 8-9.

61 USA Patriot Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 [*Patriot Act*].

62 *Patriot Act*, *ibid.*, paragraphe 302(6).

63 *Ibid.*, paragraphe 302(7).

Le *Patriot Act* oblige spécifiquement l'ensemble des établissements financiers à mettre en place un programme de lutte contre le blanchiment d'argent. Le Trésor a le pouvoir d'imposer des mesures de collecte de renseignements aux entreprises qui n'adhèrent pas aux normes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent imposées par les autorités de réglementation. En fait, la loi semble régler plus directement le secteur privé que ne le fait la législation canadienne, qui impose tout simplement des obligations dont le non-respect risque d'entraîner des poursuites au criminel ou des poursuites pour infraction aux règlements. De plus, le Trésor américain est autorisé à faciliter l'échange de rapports sur les activités douteuses avec d'autres pays et, plus particulièrement, avec les milieux du renseignement de ces pays. Il y a aussi des mesures visant à empêcher des particuliers d'ouvrir un compte bancaire anonyme, par exemple, par le biais de banques fantômes n'ayant aucune présence effective⁶⁴.

Le *Patriot Act* est équilibré en ce sens qu'il veille à ce que toute confiscation faite dans le cadre d'activités antiterroristes puisse être contestée conformément au droit à l'application régulière de la loi⁶⁵. Par contraste, les dispositions canadiennes en matière de confiscation prévoient la transmission d'un avis aux personnes qui possèdent ou qui ont à leur disposition des biens visés par une ordonnance de confiscation, des mesures de protection pour les tiers de bonne foi qui ont fait preuve de diligence raisonnable pour assurer que les biens ne seraient pas utilisés à des fins de terrorisme, ainsi que des appels à la Cour d'appel fédérale⁶⁶.

Le *Patriot Act* vise à renforcer la capacité des banques et d'autres établissements financiers de protéger l'intégrité de leurs employés⁶⁷. Il reconnaît notamment la collaboration requise entre les secteurs public et privé, et il prévoit explicitement la coopération entre les établissements financiers, les organismes de réglementation et les autorités policières relativement aux questions touchant le financement de groupes terroristes⁶⁸, dont le financement par l'intermédiaire d'organismes

⁶⁴ Mariano-Florentino Cuellar, « The Tenuous Relationship Between The Fight Against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance », *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2003, vol. 93, page 362.

⁶⁵ *Patriot Act*, supra note 61, paragraphe 302(8).

⁶⁶ Code criminel, supra note 2, articles 83.14 et 83.16.

⁶⁷ *Patriot Act*, supra note 61, paragraphe 302(12).

⁶⁸ *Ibid.*, division 314a)(2)(A).

de bienfaisance, d'organismes sans but lucratif et d'organismes non gouvernementaux.

Il n'est pas clair si le régime canadien aborde adéquatement la question d'échange de renseignements entre États, comme tentent si clairement de le faire les dispositions législatives américaines⁶⁹. Cependant, l'échange de renseignements, surtout entre les gouvernements et les organismes à l'échelle internationale, risque de miner les poursuites intentées au Canada, surtout dans les cas où les autorités canadiennes reçoivent des renseignements d'organismes étrangers qu'elles seraient obligées de divulguer si jamais elles décidaient d'intenter des poursuites. La communication de tels renseignements est susceptible d'entraver les activités policières à l'étranger, et elle risque de miner, voire rompre, les relations avec les organismes étrangers qui les ont fournis.

Par ailleurs, bien que le Canada ait plusieurs lois traitant du financement d'activités terroristes, les établissements privés et les organismes de réglementation ne sont pas tenus légalement de travailler en collaboration. Même si, en pratique, ces derniers collaborent, il serait sans doute avantageux d'étudier l'ampleur de toute collaboration actuelle (par exemple, dans le domaine de l'échange de renseignements) et, éventuellement, de recommander ou d'imposer une telle collaboration au moyen d'instruments juridiques. Comme on le verra dans les paragraphes qui suivent, il faut déterminer s'il y a lieu de surveiller la réglementation du secteur privé par le gouvernement.

Lois sur le blanchiment d'argent

À part les exigences d'enregistrement et de déclaration prévues par le *Patriot Act*, les principaux outils visant à punir les personnes ou les entités qui financent les activités terroristes sont deux dispositions législatives portant sur le blanchiment d'argent⁷⁰. En premier lieu, l'article 1956 (appelé communément aux États-Unis la loi de 1956 sur le blanchiment

⁶⁹ Canada, Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, Rapport sur les événements concernant Maher Arar – Analyse et recommandations, Ottawa, ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006, pages 359-360 [Rapport sur les événements concernant Maher Arar]. Bien que le rapport ne présente pas d'analyse comparative des activités américaines et canadiennes, il indique que l'échange de renseignements, quand il se fait de façon responsable, est crucial. Les auteurs du rapport ont recommandé que la GRC respecte les politiques sur l'échange de renseignements. Cette question est abordée à la section 4 ci-dessous.

⁷⁰ Laundering of Monetary Instruments, 18 U.S.C., article 1956 (1986).

d'argent) criminalise la dissimulation de produits de la criminalité ainsi que la promotion de certains comportements criminels grâce à ces produits. C'est donc dire que si un individu effectue sciemment ou tente d'effectuer sciemment une opération financière impliquant des produits d'une activité illicite précise, il aura violé la disposition 1956(a)(1). Les éléments constituant l'infraction sont les suivants : connaissance, existence des produits tirés d'une activité illicite, opération financière et intention⁷¹. En adoptant le *Patriot Act*, le gouvernement américain a élargi la catégorie d'activités illicites précises qui vise les infractions de terrorisme⁷², notamment les opérations financières⁷³. De plus, la disposition 1956(a)(2) criminalise les mouvements de fonds internationaux liés à certains crimes.

En deuxième lieu, l'article 1957 cible les opérations financières impliquant certains genres de produits de la criminalité. En particulier, il interdit de verser ou de recevoir sciemment plus de 10 000 \$ en produits de la criminalité par l'entremise d'un établissement financier. Les éléments constituant l'infraction sont les suivants : effectuer ou tenter d'effectuer une opération financière (définie comme étant l'utilisation d'un établissement financier) impliquant des produits de la criminalité ayant une valeur supérieure à 10 000 \$; les produits sont tirés d'une activité illicite précise (aux termes de l'article 1956); et savoir qu'il s'agit de produits de la criminalité⁷⁴.

Il est à noter que ces dispositions législatives et, en général, les lois sur le financement des activités terroristes, ont leurs limites. En effet, il est possible de financer des actes terroristes au moyen de fonds qui ne sont pas tirés de sources criminelles. Comme on l'a constaté dans le rapport de la commission sur les attentats du 11 septembre, avant les attentats, Al-Qaïda dépensait environ 30 millions de dollars par année pour soutenir ses activités, et cet argent provenait presque entièrement de dons⁷⁵. Les auteurs du rapport ont d'ailleurs souligné qu'Al-Qaïda avait de nombreuses sources de financement, et ils n'ont trouvé aucune preuve qu'un individu aux États-Unis, un gouvernement étranger ou un fonctionnaire étranger

71 Voir e.g. *United States v Sayakhom* 186 F.3d 928, pages 942-943.

Voir aussi Cuellar supra note 64, pages 337-338.

72 18 U.S.C., disposition 2332b (1998).

73 Voir 18 U.S.C., disposition 2332d (1996).

74 Pour discussion, voir Cuellar, supra note 64, page 342.

75 Supra note 36, page 170.

avait aidé financièrement les kamikazes⁷⁶. La difficulté de trouver des preuves ne se limite pas aux attentats du 11 septembre, mais elle a vraisemblablement des effets profonds sur ce domaine du droit. Il n'est donc pas déraisonnable de se demander si les lois sur le financement d'activités terroristes permettent ou non de prévenir et de combattre les activités terroristes en général.

Bank Secrecy Act

Les États-Unis sont dotés d'un régime de règlements visant précisément les établissements financiers. Ces règlements ont deux objectifs principaux : mettre en place une procédure de déclaration permettant d'obtenir des renseignements sur les opérations douteuses et prévoir des sanctions en cas de non-respect de cette procédure. Administré par le Trésor américain, le *Bank Secrecy Act* (appelé officiellement le *Currency and Foreign Transactions Reporting Act*)⁷⁷ renferme une longue liste d'établissements américains assujettis à la loi, notamment les banques commerciales des États, les bureaux de poste, les casinos et les maisons de courtage. Il permet également au Trésor américain de définir davantage l'expression « établissements financiers ».

Les entités visées par cette définition sont tenues de signaler toute opération financière en monnaie unique de plus de 10 000 \$, ainsi que les cas où plusieurs opérations supérieures à ce montant sont effectuées le même jour (si elles savent qu'elles ont été faites au nom de la même personne). Cette procédure de déclaration ressemble dans une certaine mesure au processus prévu par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, mais elle comprend une liste d'entités plus exhaustive. Le projet de loi C-25, lui, se rapproche du *Bank Secrecy Act*, surtout en ce qui concerne le prolongement de la liste d'entités visées par l'obligation de déclaration. Cependant, il ne permet pas aux organismes gouvernementaux de définir davantage la liste d'entités visées, et, par conséquent, ne va pas aussi loin que la loi américaine.

⁷⁶ Ibid., page 172.

⁷⁷ P.L. 91-508, Titles I and II, modifiés, 12 USC 1829b – 1951059 (2000) et 31 USC 5311-5330 (2000). Voir aussi 31 C.F.R. disposition 103 (2002). Voir Cuellar, supra note 64, pages 351-352.

Office of Terrorism and Financial Intelligence

Créé en 2004, l'Office of Terrorism and Financial Intelligence (OTFI) des États-Unis, qui relève du Trésor, exécute au nom de ce dernier les fonctions en matière de politiques, d'application de la loi, de réglementation et d'activités internationales, dans le domaine du financement d'activités terroristes. L'OTFI vise à détecter l'exploitation de systèmes de financement par des terroristes. Il veille également à l'exécution des programmes d'application de la réglementation (y compris les sanctions), ainsi qu'à la coopération avec le secteur privé et les organismes internationaux dans la lutte contre le financement d'activités terroristes⁷⁸.

L'OTFI a pour objectif principal la cueillette et l'analyse de renseignements provenant d'organismes du renseignement, d'organismes d'application de loi et d'établissements financiers. Ces renseignements concernent les moyens par lesquels les terroristes font, transfèrent et déposent de l'argent. L'OTFI a le pouvoir d'adopter des politiques, des règlements et des mesures d'application en vue de bloquer les avoirs des terroristes, d'empêcher les établissements financiers corrompus de faire affaire aux États-Unis, ainsi que de repérer et de rapatrier les fonds détournés par des fonctionnaires étrangers corrompus⁷⁹. En outre, l'OTFI conseille le gouvernement sur la lutte contre les menaces d'ordre financière, notamment le financement d'activités terroristes et de la prolifération d'armes de destruction massive, et le blanchiment d'argent⁸⁰. Chaque année, le Trésor présente au Congrès un rapport sur le rendement et sur la situation. Figure dans ce rapport un sommaire des activités de l'OTFI et des autres activités que mène le Trésor pour lutter contre le financement d'activités terroristes (y compris une description des activités liées à l'administration du *Bank Secrecy Act*).

Le Canada n'a pas d'organisme central de ce genre, et son infrastructure de lutte contre le financement d'activités terroristes n'est certainement pas aussi développée que celui des États-Unis. Bien qu'une centralisation puisse s'avérer inefficace (voir les observations de M. Posner ci-dessus), il y a lieu de se demander si un organisme central, quelle qu'en soit la forme, serait pertinent. En particulier, il serait intéressant d'étudier les avantages

⁷⁸ Juan Carlos Zarate, « Bankrupting Terrorists », eJournal USA, 2004. Internet (Département d'État) : <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0904/ijee/zarate.htm>.

⁷⁹ Trésor des États-Unis, Terrorism and Financial Intelligence Goals. Internet : <http://www.treasury.gov/offices/enforcement/goals.shtml>.

⁸⁰ Voir Trésor des États-Unis, Education Duties & Functions. Internet : <http://www.treas.gov/education/duties/treas/u-sec-enforcement.shtml>.

d'un organisme qui surveillerait les activités d'entités individuelles participant à la lutte contre le financement d'activités terroristes et à la surveillance de ce dernier. En fait, un organisme comme celui qui est établi aux États-Unis pourrait rendre compte au Parlement ou aux comités parlementaires, qui pourraient examiner l'efficacité des règlements et la coordination de l'exécution des règlements.

4. ANALYSE

A. Problèmes liés au régime actuel

Avant d'évaluer s'il y a lieu de réformer le régime actuel, il faut en comprendre les problèmes sous-jacents. La présente section porte sur certains d'entre eux, en particulier dans les domaines suivants : l'efficacité du régime législatif, l'échange de renseignements, la protection des renseignements confidentiels, les coûts pour les établissements privés et les organismes de bienfaisance.

Efficacité. Dans une grande mesure, la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* vise les organismes privés (plutôt que gouvernementaux) et les oblige à signaler et à surveiller les opérations douteuses. La *Loi*, ainsi que les amendements contenus dans le projet de loi C-25, renferment des obligations de déclaration générales qui s'appliquent à tous les établissements financiers, lorsqu'il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une opération liée à la perpétration réelle ou tentée d'une infraction de financement des activités terroristes⁸¹. C'est donc dire que l'obligation de déclaration s'applique si l'opération est soit effectuée, soit tentée. Les dispositions sont si générales qu'elles pourraient éventuellement viser toute une panoplie d'opérations. Beaucoup de questions sont de mise : Est-il raisonnable de s'attendre à ce que les établissements financiers signalent toutes ces opérations? La création d'une infraction par la loi est-elle la meilleure ou la seule façon d'encourager les établissements à la communiquer? Faut-il affecter des ressources à l'amélioration de la capacité des établissements financiers à déceler des opérations douteuses? Dans quelle mesure les activités terroristes sont-elles financées par l'intermédiaire d'établissements financiers visés par ces obligations de déclaration?

⁸¹ Projet de loi C-25, supra note 1, article 5.

Dans son rapport annuel 2005-2006, le CANAFE affiche ses résultats en fonction de « communications de cas », qui consistent en des « renseignements désignés » concernant des particuliers ou des entités et leurs opérations⁸². Dans le rapport, le CANAFE mentionne que 168 communications de cas ont été faites en 2005-2006. De celles-ci, 134 se rapportaient à des cas présumés de blanchiment d'argent et 33, à des « cas présumés de financement d'activités terroristes et/ou de menaces à la sécurité du Canada ». Une communication se rapportait à la fois à un cas présumé de blanchiment d'argent et de financement d'activités terroristes et/ou à des menaces à la sécurité du Canada⁸³. Par contre, le rapport annuel ne dit pas à qui les communications de cas ont été faites; on y précise seulement que les renseignements désignés doivent être signalés au service de police approprié ou au SCRS, ainsi qu'à l'Agence du revenu du Canada et à l'Agence des services frontaliers du Canada⁸⁴.

Par ailleurs, on souligne dans le rapport que le CANAFE a renforcé le perfectionnement et la rigueur de ses procédés d'analyse et qu'il reçoit de plus en plus de renseignements des organismes d'application de la loi et des agences de sécurité nationale⁸⁵. Enfin, le rapport précise que « les institutions financières canadiennes et d'autres intermédiaires financiers détectent de plus en plus efficacement les opérations douteuses »⁸⁶. Le nombre d'opérations douteuses signalées est passé de 19 111 en 2004-2005 à 29 367 en 2005-2006.

En 2005-2006, les établissements financiers ont fait environ 30 000 déclarations au CANAFE, qui, en retour, a fait un total de 33 communications se rapportant à des cas présumés de financement d'activités terroristes (0,0011 %). En dépit de l'énorme volume de documents reçus et traités par le CANAFE, seulement un petit nombre de communications liées à des opérations douteuses ont été faites. Le pourcentage très faible suscite donc la question suivante : Le système de déclaration actuel est-il pertinent? De plus, il faut se demander ce qu'il en est des 33 communications de cas. Il semblerait, en effet, qu'aucune poursuite n'ait été intentée spécifiquement

82 Rapport annuel, supra note 54, page 11.

83 Ibid., page 8.

84 Ibid., page 6.

85 Ibid., page 9.

86 Ibid., page 9.

pour une infraction de financement d'activités terroristes⁸⁷. Étant donné que le régime législatif est basé sur la réception et la transmission de renseignements par le CANAFE, et vu que des questions de protection des renseignements personnels sont mises en jeu, il est impératif de savoir exactement ce qu'il arrive aux renseignements une fois qu'ils ont été signalés.

Même si les entités telles que les banques et les institutions financières font rapport régulièrement, il est impossible de savoir si celles qui méritent une surveillance particulière le font réellement, ni même si les renseignements signalés sont probants. Afin de déterminer l'efficacité du mécanisme de déclaration des opérations douteuses, il faut savoir si celles-ci se sont réellement avérées. Le simple fait qu'elles aient été signalées ne les rend pas douteuses. En réalité, ces résultats ne permettent pas de savoir dans quelle mesure le CANAFE honore son mandat de détection, de prévention et de dissuasion du blanchiment d'argent et du financement des activités terroristes⁸⁸. La communication de cas et de renseignements concernant les opérations douteuses n'indiquent pas si une menace réelle a été éliminée. Les cas ont-ils été résolus? Les opérations jugées douteuses l'étaient-elles réellement? S'il est vrai que les renseignements obtenus par le CANAFE contribuent sans doute à la détection d'activités suspectes, rien n'indique qu'il s'acquitte de son rôle de dissuasion⁸⁹.

Selon le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, les chiffres du CANAFE seraient bas. Le comité conclut, dans un rapport qu'il a publié en 2006, que les sommes blanchies au Canada par les criminels et les terroristes « s'expriment en dizaines de milliards de dollars »⁹⁰. Il faut préciser toutefois que le comité n'a fait aucun examen statistique des coûts et des avantages. Il s'est plutôt fié aux rapports et aux déclarations

⁸⁷ Pourtant, cela ne signifie pas que les 33 communications étaient inefficaces sur le plan de la perturbation et de la surveillance. On fait référence à l'affaire R. c. Khawaja (le 29 mars 2004 Mohammad Momin Khawaja avait été arrêté aux termes de l'article 83.03 et accusé de participer aux activités d'un groupe terroriste et de faciliter une activité terroriste). Voir R. c. Khawaja [2006] O.J. 4245.

⁸⁸ Voir Rapport annuel, supra note 54.

⁸⁹ Selon Mme Lawson, il est impossible de savoir [TRADUCTION] « si ces efforts ont perturbé d'une manière quelconque les activités de blanchiment d'argent et le terrorisme. » Voir Heather D. Lawson, « Assessing the Divergent Obligation of Banks in the New Millennium: Preserving Customer Confidentiality While Complying with Money Laundering Initiatives », 2004, B.F.L.R. 237, page 265.

⁹⁰ Canada, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, Comment endiguer l'hémorragie de l'argent illicite : une priorité pour le Canada, Ottawa, le Sénat du Canada, 2006, page 1, Internet : < <http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/com-f/bank-f/rep-f/rep09oct06-f.pdf> [Rapport du Comité sénatorial].

des divers intervenants de l'industrie. Tout compte fait, il n'y a eu, jusqu'à maintenant, aucun effort concerté pour déterminer si le régime législatif actuel réussit à prévenir le terrorisme, ni pour en évaluer les coûts et les avantages.

L'échange de renseignements. Ce facteur comporte deux volets, soit l'échange de renseignement entre organismes, puis l'échange de renseignements entre le CANAFE et les entités qui lui font déclaration. Le CANAFE est un énorme dépôt de données concernant des opérations douteuses. Il reçoit, entre autres, des rapports à ce sujet du SCRS, de la GRC, des agents de douane et de l'ARC (en vertu du projet de loi C-25). Dans quelle mesure tire-t-on profit de ces échanges? L'échange de renseignements entre organismes se fait-il réellement? Lorsque la GRC entreprend une enquête, dans quelle mesure le CANAFE lui fournira-t-il des renseignements pertinents? Dans quelles conditions le CANAFE transmet-il des renseignements au SCRS, puis dans quelles conditions les transmet-il, à son tour, à la GRC? Le SCRS et la GRC s'échangent-ils les renseignements qu'ils reçoivent? Coordonnent-ils leurs efforts de lutte contre le financement des activités terroristes? Ces questions méritent d'être étudiées.

En vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, le CANAFE reçoit aussi des données des institutions financières. Selon le régime actuel, lorsqu'une banque signale des opérations douteuses, elle est sans doute inconsciente des opérations douteuses semblables menées par le même contrevenant et signalées par une autre banque. En outre, elle risque de ne pas savoir si ses déclarations au CANAFE concernent des entités qu'elle doit guetter à l'avenir. Ce genre d'échange entre les institutions visées par la *Loi* leur permettrait peut-être de mieux respecter leurs obligations en matière de surveillance (qui semblent être éclipsées par les obligations de déclaration). Il serait logique que le CANAFE se dote, à tous le moins, d'un système d'alertes lui permettant d'informer les entités financières qu'il (ou un autre organisme d'application de la loi) a pris des mesures par rapport à une déclaration d'activités douteuses.

Le Comité sénatorial soulève la même question dans son rapport. Il est d'avis qu'un échange bilatéral de renseignements entre le CANAFE et les

organismes d'application de la loi et de renseignement, ainsi qu'entre le CANAFE et les entités de déclaration, renforcerait le régime législatif. Selon le comité, « un échange plus large de renseignements entre les parties permettrait d'agir plus efficacement »⁹¹. Au nom de certaines entités financières, le représentant de l'Association des banquiers canadiens a fait valoir au comité qu'une plus grande rétroaction de la part du CANAFE serait utile aux institutions financières pour l'élaboration de mécanismes de déclaration⁹².

L'échange de renseignements s'accompagne d'une préoccupation importante abordée ci-dessous, soit le risque d'atteinte à la vie privée. En outre, rien n'indique qu'un échange bilatéral de renseignements ne contribue à prévenir ou qu'il ne prévienne le financement des activités terroristes. Même si on réussit à prévenir le financement de certaines activités, les terroristes peuvent trouver d'autres modes de financement.

La protection des renseignements personnels. Selon la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, il est interdit aux fonctionnaires du CANAFE de divulguer certains renseignements contenus dans une déclaration ou obtenus autrement en vertu de la *Loi*⁹³. Toutefois, l'agent peut communiquer les renseignements s'il a des motifs raisonnables de soupçonner « qu'ils seraient utiles pour la détection, la prévention ou la dissuasion en matière de [...] financement des activités terroristes »⁹⁴. En d'autres termes, lorsqu'un agent a des motifs raisonnables de croire que des renseignements seraient utiles à une enquête, il peut les communiquer. Qu'est-ce qui constitue un « motif raisonnable »? Ni la *Loi*, ni les modifications proposées indiquent les genres de renseignements à recueillir, ni la mesure dans laquelle ils peuvent être communiqués à l'appui d'une enquête.

Quant aux entités tenues de déclarer aux termes de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, les modalités régissant la déclaration sont très vastes, et elles le sont encore davantage en vertu du projet de loi C-25. Les entités sont tenues

⁹¹ Rapport du Comité sénatorial, *ibid.*, page 19.

⁹² Voir Rapport du Comité sénatorial, *ibid.*, citation des commentaires du représentant de l'Association des banquiers canadiens.

⁹³ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 4, paragraphe 36(1).

⁹⁴ *Ibid.*, paragraphe 36(2).

de déclarer toute opération financière douteuse et toute tentative d'opération douteuse. Les nombreuses personnes et d'entités tenues de respecter la disposition en matière de déclaration signaleront donc des opérations financières lorsqu'elles auront des motifs raisonnables de soupçonner qu'il s'agit d'activités de financement du terrorisme, mais il ne s'agit là que de soupçons. En d'autres termes, on risque de signaler un nombre élevé d'opérations qui n'ont rien à voir avec le financement d'activités terroristes. La principale source de préoccupation est le risque de divulgation des renseignements personnels, notamment de personnes innocentes, au CANAFE et peut-être par ce dernier, s'il les transmet au SCRS ou à la GRC.

La Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, et les modifications proposées, ont été critiquées car elles portent atteinte à la vie privée. Il y a sans doute lieu de se préoccuper, la portée de la *Loi* étant tellement vaste qu'elle oblige la déclaration de nombreuses opérations innocentes. Certains proposent la mise sur pied d'un comité indépendant autorisé à faire un examen aléatoire des dossiers et des activités du CANAFE. En fait, la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar recommande que le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) soit doté des pouvoirs nécessaires pour examiner les activités du CANAFE en ce qui a trait à la sécurité nationale⁹⁵. Malheureusement, le fardeau administratif et les dépenses élevées risquent de nuire à une telle mesure. Quoiqu'il en soit, on peut présenter un argument solide selon lequel la *Loi* permet une intrusion considérable dans les affaires des personnes et des entreprises. Le Comité sénatorial fait la même constatation dans son rapport. Il signale que toute modification apportée à la *Loi* doit être envisagée compte tenu du maintien de l'équilibre entre les besoins en matière de déclaration de renseignements, d'un côté, et de l'autre, de la protection des renseignements personnels de la population canadienne⁹⁶.

Les coûts. Le secteur privé assume en grande partie, sinon au complet, le fardeau des coûts découlant des modifications législatives qui visent à prévenir le financement des activités terroristes⁹⁷. Comme on l'a déjà

⁹⁵ Débats de la Chambre des Communes, 067, le 23 octobre 2006, page 4097 (l'honorable Judy Sgro); Rapport d'enquête sur les événements concernant Maher Arar, supra note 6, page 620.

⁹⁶ Rapport du Comité sénatorial, supra note 90, page 24.

⁹⁷ « Looking in the wrong places – Financing terrorism », *The Economist*, 2005, Internet : <http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=5053373>.

précisé, les institutions financières sont les principales cibles des exigences en matière de déclaration, tant au Canada qu'aux États-Unis. Un article paru dans la revue *The Economist* fait état du coût d'observation de ce type de loi, dans le contexte du Royaume-Uni [TRADUCTION] :

L'observation constitue un coût considérable pour les institutions financières. M. Graham Dillon, du groupe-conseil KPMG, estime qu'il coûte à chaque banque intermédiaire de la Grande-Bretagne entre 3 M£ et 4 M£ (entre 5 M\$ et 6 M\$) pour mettre en application un programme de dépistage. Il s'agit de faire une mise en correspondance régulière entre les noms de clients (et des tiers avec qui ils font des affaires), et les listes d'embargos imposés par les Nations unies et les listes américaines de sanctions afin de cibler les terroristes éventuels. Il estime que les banques multinationales dépensent en outre entre 2 M£ et 3 M£ par année pour assurer la mise en œuvre dans leurs succursales éloignées (il n'est pas anormal pour ces institutions d'avoir entre 70 et 100 différents systèmes de traitement des transactions). De plus, afin de respecter les exigences selon lesquelles elles doivent conserver pendant cinq à sept ans les données sur les clients et les transactions, les banques londoniennes dépensent chaque année des dizaines de milliers de livres pour le stockage de données et leur récupération. Il existe des règles semblables aux États-Unis, au Singapour et ailleurs en Europe⁹⁸.

Cet extrait laisse supposer que la surveillance et la déclaration des activités terroristes coûtent cher et, par extension, qu'elles risquent de nuire aux activités économiques des entreprises⁹⁹. De plus, les banques devront probablement assumer une hausse des coûts de gestion interne

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Kevin E. Davis, *supra* note 15, page 185.

et de fonctionnement afin de se conformer aux lourdes exigences de déclaration, comme celles prévues par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*. Les organisations, les plus petites surtout, pourraient devoir assumer une part démesurée des coûts liés à la surveillance et à la déclaration.

Par ailleurs, le client fait également partie de l'équation. Si une personne sait que des renseignements personnels concernant ses opérations financières risquent d'être divulgués ou déclarés, elle pourrait décider de ne pas faire des affaires avec la banque, même si cette dernière ne se livre pas du tout au financement d'activités terroristes¹⁰⁰. En vertu du régime législatif, même s'il est exhaustif en ce qui a trait aux mécanismes de déclaration, les banques risquent donc de perdre une partie de leurs clients, qui peuvent être réticents à traiter avec elles.

La *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* exerce donc une influence sur l'efficacité, c'est-à-dire sur la rentabilité, des entreprises. Il y a donc lieu de se demander si les coûts d'exploitation sont supérieurs aux bénéfices et, au sens large, si les coûts occasionnés par le régime législatif l'emportent sur ses avantages. Toute évaluation du régime dans son ensemble doit tenir compte de cet enjeu important. Enfin, c'est peut-être en raison du régime législatif que le financement des activités terroristes échappe au contrôle des banques et des entités réglementées pour être acheminée de manière clandestine par l'entremise du système hawala et d'autres entités¹⁰¹.

Les organisations caritatives. Souvent, les organisations caritatives visent de nombreux objectifs, qui peuvent inclure le financement d'activités terroristes. Les agissements d'un ou de plusieurs membres peuvent faire subir à l'organisation caritative entière, y compris ses bénéficiaires, des conséquences négatives. Selon M. Davis, les fonds recueillis serviront probablement à soutenir autant des activités de bienfaisance légitimes que des activités terroristes. Les sanctions sévères prévues par les lois de lutte contre le terrorisme risquent d'être démesurées par rapport à

¹⁰⁰ Voir *ibid.*

¹⁰¹ Voir Tom Naylor, *Satanic Purses*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2006, pages 152 à 166.

la menace que pose l'organisation ou ses membres¹⁰². De plus, on ne sait pas s'il est possible de prouver l'intention coupable, aux termes du *Code criminel*, d'une organisation caritative s'adonnant à des activités humanitaires mais qui aurait servi, par inadvertance, à l'acheminement de fonds illicites.

Pourtant, dans le Rapport annuel du CANAFE pour 2006, on déclare que le tiers des déclarations d'opérations douteuses concernaient des organisations caritatives. Ainsi, les amendements prévus par le projet de loi C-25, qui visent à établir une voie de communication entre le CANAFE et l'ARC, sont peut-être légitimes. Toutefois, on peut supposer que les renseignements communiqués par l'ARC ne concerneront que les organisations caritatives dûment enregistrées, par opposition à celles qui se disent caritatives, sans être enregistrées en tant que tel.

Il ne faut pas oublier que les organisations s'adonnant au blanchiment d'argent ou au financement d'activités terroristes ne se préoccupent sans doute pas particulièrement de l'observation des lois (notamment, le versement des impôts ou les activités de déclaration auprès des autorités compétentes). Le régime législatif, y compris le projet de loi C-25, risque d'inciter un plus grand nombre d'entités à s'adonner à des activités clandestines pour arriver à leurs fins, plutôt que de permettre une lutte efficace contre le financement du terrorisme.

B. Orientation

L'évaluation de l'efficacité. Le présent rapport ne vise pas la mise en application de nouvelles lois connexes au *Code criminel*, ni le renforcement de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*. On veut plutôt mettre en relief le besoin d'évaluer le régime actuel et son infrastructure pour veiller à leur efficacité, notamment par la mise sur pied d'un organisme de surveillance du CANAFE et d'un établissement chargé de coordonner toutes les mesures de lutte contre le financement des activités terroristes.

Depuis leur entrée en vigueur, il y a près de six ans, les lois de lutte contre le financement des activités terroristes n'ont pas fait l'objet d'une étude approfondie. Comme l'indique le mémoire sur le projet de loi C-25 présenté au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce :

¹⁰² Davis, supra note 15, pages 184 et 185.

« Cependant, les questions de proportionnalité (jusqu'où les mesures proposées sont-elles proportionnelles et tiennent compte des risques en jeu) et de nécessité (jusqu'où les mesures sont-elles nécessaires en fonction des preuves empiriques) n'ont pas été abordées comme il se doit. »¹⁰³ Le moment est venu de se livrer à un examen. En effet, le gouvernement ne devrait pas adopter de nouvelle loi avant qu'il n'ait évalué l'efficacité des lois actuelles et des établissements existants.

Comme on l'a indiqué précédemment, il existe des questions essentielles sur lesquelles il faut se pencher pour déterminer l'efficacité des lois, tant au niveau d'un échange accru de renseignements que de l'acheminement de renseignements utiles à la GRC et au SCRS pour lutter contre le terrorisme. Les représentants du CANAFE affirment avoir reçu de nombreuses déclarations en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*. Rien ne permet de savoir s'il contribue réellement à repérer les individus qui se livrent au financement d'activités terroristes. De surcroît, les dispositions relativement nouvelles du *Code criminel* concernant le financement des activités terroristes n'ont toujours pas fait leurs preuves. Une évaluation devra forcément examiner l'objectif global du régime de lutte contre le financement des activités terroristes ainsi que l'utilité des mécanismes visant l'atteinte de cet objectif. Elle devra également répondre aux questions suivantes : Les divers organismes chargés de ce secteur de droit collaborent-ils? Si oui, s'agit-il d'une collaboration fructueuse? Sinon, y a-t-il lieu de promouvoir davantage la collaboration?

Certes, évaluer l'incidence et l'efficacité d'une réglementation est une tâche ardue. À titre d'exemple, il a fallu plus de deux décennies pour constater, eu égard au faible nombre de condamnations au criminel de délits d'initiés, que le régime de réglementation du secteur des valeurs mobilières est soit inefficace, soit sa mise en application manque de rigueur¹⁰⁴. En revanche, les lois de lutte contre le terrorisme sont tellement récentes qu'il est difficile de se prononcer sur leur validité. Malgré tout, il ne faut pas croire qu'un tel exercice ne s'impose pas, car il existe des moyens de le faire. On peut examiner, par exemple, dans quelle mesure

¹⁰³ Voir Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Mémoire présenté au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (en ligne), le 13 décembre 2006, Internet : <http://www.privcom.gc.ca/parl/2006/sub_061213_f.asp>.

¹⁰⁴ William J. McNally et Brian F. Smith, « Do Insiders Play by the Rules? », *Canadian Public Policy*, vol. 29, no 125, 2003.

les déclarations d'opérations douteuses permettent de déceler des cas réels de financement d'activités terroristes. Combien de personnes ont été reconnues coupables d'une infraction aux dispositions du *Code criminel* portant sur le financement des activités terroristes? Les organismes se servent-ils des voies de communication actuelles pour s'échanger des renseignements? Voilà les questions à poser pour évaluer le régime en place.

Il faut évaluer l'efficacité des lois de lutte contre le financement des activités terroristes avant d'envisager la mise en œuvre de nouvelles lois connexes.

La méthodologie. En plus de ces questions qui méritent une réponse, il serait utile d'étudier le régime actuel à la lumière d'une analyse des coûts-avantages (ACA) ou d'une étude d'impact de la réglementation (EIR). Dans le domaine de réglementation du secteur des valeurs mobilières, la U.S. Securities and Exchange Commission et, dans une moindre mesure, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, font régulièrement appel aux ACA lors de l'élaboration des règles. Il s'agit normalement d'analyses qualitatives, mais elles peuvent également reposer sur une analyse statistique¹⁰⁵. Étant donné qu'il est si difficile d'évaluer l'efficacité du régime de lutte contre le financement des activités terroristes, on peut en établir les avantages afin de décider s'ils l'emportent sur les coûts. Quoique les ACA reposent sur une méthode complexe, on devrait quand même les envisager afin d'évaluer la validité du régime de lutte contre le financement des activités terroristes.

À vrai dire, même s'il est possible d'expliquer clairement en quoi consistent les coûts et les avantages, ils ne sont pas nécessairement tous compréhensibles, ni quantifiables. En outre, les critères variables sur lesquels se fonde l'ACA constituent une autre de ses faiblesses. Voilà pourquoi il faut envisager d'autres méthodes pour évaluer l'incidence des mesures de réglementation. L'étude d'impact de la réglementation (EIR) est une technique qui englobe l'ACA, ainsi qu'une analyse plus étendue des risques que cette dernière. L'ACA ne comporte normalement aucune évaluation des risques, c'est-à-dire qu'elle ne tient pas compte de la probabilité d'avoir à assumer des coûts précis ou d'avoir à garantir des

¹⁰⁵ Certains estiment que la SEC a fait un usage inadéquat de l'ACA, et même que la qualité des règles établies en a souffert. Voir Edward Sherwin, « The Cost Benefit Analysis of Financial Regulation », 2005, Internet : <http://www.law.harvard.edu/faculty/hjackson/projects.php>.

avantages à diverses parties intéressées. Puisque l'on connaît avec une meilleure certitude les coûts de la réglementation (et qu'ils sont plus facilement quantifiables) que ceux des avantages perçus, l'EIR risque de favoriser davantage la réglementation.

Une EIR comporte normalement les étapes suivantes : établir l'incidence d'une loi et la quantifier; relever des mesures de rechange à l'extérieur du cadre législatif pour s'attaquer au problème; entreprendre l'analyse axée sur les risques; consulter les parties touchées. L'EIR permet de tenir compte d'avantages difficiles à quantifier, comme l'équité, mais quand même importants, notamment du point de vue de l'intérêt public et de la protection du public. Une EIR examine l'incidence d'une loi, ainsi que les diverses mesures de rechange. Qui est affecté par la loi? Quelles sont ses répercussions sur les différents secteurs? Il peut être utile de se tourner vers le R.-U., où on fait usage des EIR, pour obtenir des exemples se prêtant à l'analyse.

L'analyste, s'il veut faire une analyse complète des coûts, des avantages et des risques (qu'il s'agisse d'une ACA ou d'une EIR), aura besoin d'obtenir des renseignements confidentiels. Prenons, à titre d'exemple, les 33 communications par le CANAFE se rapportant à des cas présumés de financement d'activités terroristes. On ne sait pas s'il a transmis les renseignements concernant ces 33 cas à la GRC, au SCRS, ou au deux, ni le dénouement de ces cas. Il s'agit pourtant de données essentielles à l'évaluation de l'efficacité, et donc des avantages, du régime.

Il faut tenir compte de l'utilité d'une analyse coûts-avantages et d'une étude d'impact de la réglementation au moment de décider du meilleur moyen d'évaluer le régime canadien de lutte contre le financement des activités terroristes.

Un organisme de surveillance. Au Canada, ce sont le *Code criminel* et la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* qui régissent la lutte contre le financement des activités terroristes. En vertu de la *Loi*, le directeur renseigne le ministre sur l'exercice des attributions que lui confère la *Loi* et « sur toutes matières qui pourraient toucher notablement les questions d'ordre public et les orientations stratégiques du Centre »¹⁰⁶. Il n'existe toutefois aucun organisme chargé d'évaluer l'efficacité du régime. D'ailleurs, en l'absence d'un mécanisme

¹⁰⁶ Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, supra note 4, paragraphes 52(1) et (2).

d'évaluation, on semble tenir pour acquis son efficacité. De surcroît, le Canada n'a aucun établissement qui veille à coordonner les efforts de lutte contre le financement des activités terroristes en vertu de ces lois. La coordination et l'échange de renseignements sont d'autant plus difficiles en raison du grand nombre de ministères et d'organismes concernés par la lutte contre le financement des activités terroristes. En revanche, aux États-Unis, le Office of Terrorism and Financial Intelligence (OTFI), qui relève du Trésor, exécute au nom de ce dernier les fonctions en matière de politiques, d'application de la loi, de réglementation et d'activités internationales, dans le domaine du financement d'activités terroristes.

En ce qui a trait aux mesures prises par le gouvernement fédéral pour combattre le financement des activités terroristes, les organismes canadiens (le CANAFE, la GRC et le SCRS, entre autres) peuvent certainement améliorer leur coordination (notamment en matière d'échange de renseignements). En fait, à des fins d'efficacité, ce genre d'activité devrait peut-être faire l'objet d'une recommandation officielle (sous forme d'énoncé de principe) ou être obligatoire. Il pourrait s'avérer nécessaire d'établir des contrôles régissant l'échange de renseignements entre organismes afin de veiller à ce qu'elles le fassent « d'une façon fiable et responsable »¹⁰⁷. Il est possible que la mise en place d'une organisation de surveillance ou d'une organisation-cadre chargée de coordonner les activités de ces divers organismes soit légitime.

Certains estiment que le CANAFE est capable de coordonner les mesures prises par les divers organismes pour lutter contre le financement des activités terroristes. Toutefois, la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* délimite clairement le mandat du CANAFE, alors que les lois sur la lutte contre le financement des activités terroristes sont beaucoup plus larges. En outre, afin d'assurer la protection des renseignements personnels et l'efficacité, deux enjeux abordés dans le présent document, la raison dit qu'un organisme distinct devrait non seulement surveiller le CANAFE, mais aussi coordonner les lois de lutte contre le financement des activités terroristes, et peut-être même évaluer leur efficacité. Selon la vérificatrice générale :

¹⁰⁷ Rapport sur les événements concernant Maher Arar, supra note 69, page 360.

«Le gouvernement devrait évaluer l'étendue de la surveillance et les rapports au Parlement visant les organismes de sécurité et de renseignement afin de veiller à ce que les organismes qui détiennent des pouvoirs d'intrusion soient assujettis à des mécanismes de surveillance externe et à des obligations de divulgation proportionnels au degré d'intrusion»¹⁰⁸.

Il reste à déterminer qui devrait agir à titre de surveillant externe. Il existe plusieurs possibilités, notamment la vérificatrice générale, un ministère quelconque, un comité parlementaire ou le CSARS. En ce qui concerne ce dernier, le Rapport sur les événements concernant Maher Arar recommande que le SCARS soit chargé d'examiner les activités relatives à la sécurité nationale du CANAFE¹⁰⁹. Toutefois, le CSARS s'occupe principalement des questions d'intégrité, et doit « surveiller la façon dont le Service [le SCRS] exerce ses fonctions »¹¹⁰. Il semble donc que le CSARS ne soit pas l'organisme désigné pour assurer la surveillance, ni pour traiter des questions d'efficacité. Il y a lieu d'étudier d'une manière approfondie les organismes existants afin d'établir si elles sont en mesure d'assumer le rôle de surveillance et, le cas échéant, comment elles s'acquitteront de cette fonction.

Il faut déterminer s'il y a lieu de mettre les politiques, les processus de réglementation et la mise en application des lois de lutte contre le financement des activités terroristes entre les mains d'un seul organisme de surveillance. Dans l'affirmative, il faut voir s'il existe déjà un organisme en mesure d'assumer cette responsabilité et comment il s'en chargera.

La surveillance du CANAFE. Le CANAFE a diverses sources d'information (l'ASFC, le SCRS et la GRC, notamment), mais il ne peut communiquer que certains types de renseignements. Sa structure, et plus particulièrement les règles qu'il doit respecter, visent à concilier des objectifs conflictuels. Toutefois, comme l'a fait remarquer le Rapport sur les événements concernant Maher Arar, les activités du CANAFE manquent de transparence.¹¹¹ Plusieurs facteurs appuient la mise sur pied d'un organisme chargé de surveiller le CANAFE et d'évaluer sur une base périodique diverses questions. Tout d'abord, le CANAFE remplit-il ses fonctions de manière efficace, comme on en a discuté précédemment? Ensuite, dans quelle mesure les droits de protection des renseignements

¹⁰⁸ Bureau du vérificateur général du Canada, Rapport de novembre 2003 de la vérificatrice générale.

¹⁰⁹ Rapport sur les événements concernant Maher Arar, supra note 69, page 636.

¹¹⁰ Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, S.R., 1985, ch. C-23, art. 38.

¹¹¹ Rapport sur les événements concernant Maher Arar, supra note 69, page 628.

personnels sont-ils violés? En troisième lieu, le CANAFE respecte-t-il les dispositions de la loi qui le concernent, et la met-il en application correctement? Enfin, faut-il accroître l'échange de renseignements?

À l'heure actuelle, *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* prévoit des mécanismes de surveillance du CANAFE. Notamment, le directeur présente un rapport d'activités annuel au ministre, qui en fait déposer un exemplaire devant chaque chambre du Parlement.¹¹² De plus, tous les cinq ans un comité parlementaire doit procéder à l'examen de l'application de la *Loi*¹¹³, et les recettes et les dépenses du CANAFE font l'objet d'une vérification¹¹⁴. Quoique le CANAFE lui-même puisse ester en justice¹¹⁵, ses employés bénéficient de l'immunité judiciaire pour les actes ou omissions commis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions¹¹⁶.

Même si la *Loi* elle-même doit faire l'objet d'un examen quinquennal par un comité parlementaire, il n'existe aucun organisme qui surveille les activités du CANAFE et l'efficacité de ses opérations, d'où l'intérêt de mettre sur pied un comité chargé de faire un examen aléatoire des dossiers et des activités du CANAFE, ainsi que de son observation des lois. Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce fait une recommandation selon laquelle le CANAFE devrait faire l'objet d'un examen périodique mené par le CSARS.¹¹⁷ L'objectif du présent rapport n'est pas de nommer expressément l'organisme susceptible de se charger de la surveillance, mais plutôt d'en faire valoir la nécessité.

Est-il légitime de nommer un organisme de surveillance qui mènera un examen périodique de l'efficacité et de l'intégrité des activités du CANAFE?

De toute évidence, le mécanisme d'examen et de surveillance proposé ne peut pas uniquement se concentrer sur le CANAFE. Dans ce cas, il risquerait

¹¹² *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 4, paragraphe 71(1).

¹¹³ Voir les amendements à l'article 72 prévus par le projet de loi C-25. À l'heure actuelle, l'article 72 prévoit uniquement que la *Loi* sera examinée à tous les cinq ans à compter de sa date d'entrée en vigueur.

¹¹⁴ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 4, paragraphe 70(1).

¹¹⁵ *Ibid.*, article 68.

¹¹⁶ *Ibid.*, article 69.

¹¹⁷ Rapport du Comité sénatorial, supra note 90, page 25.

de s'attarder uniquement à l'échange bilatéral de renseignements et non sur les mesures prises par des tiers, tels que la GRC, le SCRS ou des organismes étrangers, à la lumière des renseignements obtenus. Donc, conformément à ce qui précède, l'organisme de surveillance devrait s'occuper non seulement du CANAFE, mais aussi de toutes les entités qui soutiennent d'une manière quelconque la lutte contre le financement des activités terroristes, y compris le SCRS et la GRC.

5. CONCLUSION

Le régime canadien de lutte contre le financement des activités terroristes, en place depuis moins d'une décennie, est relativement récent. Il est difficile de se prononcer, à l'heure actuelle, de son efficacité. Cela ne veut pas dire qu'il est inefficace, mais plutôt qu'une évaluation de l'efficacité du régime doit précéder l'adoption d'une nouvelle loi. Une telle évaluation permettrait de constater si, en effet, de nouvelles lois sont nécessaires et, le cas échéant, de décider de leur champ d'application. C'est faire preuve de pragmatisme. Il faut avoir des attentes réalistes et éclairées par rapport à la législation et à ses résultats. En d'autres termes, en raison du coût élevé de la réglementation pour les réglementés, on ne devrait pas préconiser une réforme législative (plutôt que d'envisager des mesures de rechange) sans preuve qu'elle est nécessaire. Même si les coûts constituent un fardeau légitime, il faut le prouver. Autrement, la réglementation ne devient rien de plus qu'un essai coûteux.

Anita Indira Anand, titulaire d'un baccalauréat avec spécialisation (Queen's, 1989), d'un baccalauréat spécialisé en jurisprudence (Oxon, 1991), d'un baccalauréat en droit (Dalhousie, 1992) et d'une maîtrise en droit (Toronto, 1996), est entrée à la Faculté de droit de l'Université de Toronto après avoir été professeure agrégée (2003-2006) et chargée d'enseignement (1999-2003) à l'Université Queen's. Elle est actuellement doyenne associée (programme de doctorat en droit) à la Faculté de droit de l'Université de Toronto. En 2006, elle a reçu la bourse d'études du Programme Fulbright Canada-États-Unis et a été chercheuse Olin invitée en droit et en économique à l'École de droit de Yale (Yale Law School). À l'automne 2005, elle a été chargée de cours invitée en droit à l'École de droit de Yale, où elle a enseigné la gouvernance d'entreprise comparée. Elle s'est vu décerner des bourses de recherche par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (deux bourses) et par la Fondation pour la recherche juridique (trois bourses), et a mérité le prix de l'essai juridique de l'Association canadienne des professeurs de droit (2003). À l'automne 2004, l'association des étudiants en droit de l'Université Queen's lui a conféré le prix d'excellence pour l'enseignement, puis à l'automne 2006, une étude empirique sur la gouvernance d'entreprise qu'elle et deux coauteurs, Frank Milne et Lynnette Purda, ont publiée a reçu un prix en comptabilité financière et gestion par l'*International Journal of Managerial Finance*. Ses articles sont parus dans les revues de droit des universités de Toronto et McGill, le *Delaware Journal of Corporate Law*, le *Stanford Journal of Law, Business and Finance* et le *Journal of Law and Business* de l'Université de New York; elle a en outre signé avec Mary Condon et Janis Sarra l'ouvrage intitulé *Securities Regulation: Cases, Notes and Materials*. M^{me} Anand a effectué des travaux de recherche pour le Comité de l'examen quinquennal, le Comité pour examiner la structure de la réglementation des valeurs mobilières au Canada (le Comité des personnes averties) et le Groupe de travail pour la modernisation de la réglementation des valeurs mobilières au Canada. Elle est directrice de la rédaction de la revue *Canadian Law Abstracts*, publiée par le Legal Scholarship Network, et vice-présidente (présidente élue) de la Canadian Law and Economics Association. Ses principaux domaines de recherche et d'enseignement sont le droit des sociétés, la réglementation des valeurs mobilières et le droit de la faillite et de l'insolvabilité.