

Nicolas Béguin / Olivier Unternaehrer

La responsabilité civile du banquier en cas de blanchiment d'argent – questions d'illicéité

La Suisse dispose d'un arsenal anti-blanchiment contraignant et efficace qui n'a malheureusement pas permis de totalement éradiquer certains préjugés au sujet de son système bancaire. La responsabilité pénale de l'intermédiaire financier en cas de violation des normes anti-blanchiment est un sujet que les praticiens connaissent bien pour y être régulièrement confrontés. Bien que les lourdes conséquences pénales en cas de violation soient évidemment les premières redoutées par les intermédiaires financiers, les conséquences civiles ne sauraient être pour autant négligées. La présente contribution a pour objet de délimiter les contours de cette responsabilité à la lumière de la jurisprudence rendue à ce jour en la matière.

Catégorie(s) : Confiscation, blanchiment d'argent, défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication, dispositions pénales de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), organisation criminelle

Proposition de citation : Nicolas Béguin / Olivier Unternaehrer, La responsabilité civile du banquier en cas de blanchiment d'argent – questions d'illicéité, in : Jusletter 20 juillet 2009

Table des matières

- I. Introduction
- II. Blanchiment d'argent en droit suisse
 - A. L'Article 305^{bis} CP
 1. Les éléments constitutifs objectifs
 - a. L'objet: une valeur patrimoniale provenant d'un crime
 - i. Une valeur patrimoniale
 - ii. La provenance criminelle
 - b. L'acte: une entrave à la confiscation
 - c. L'auteur du blanchiment
 2. L'élément subjectif: l'intention
 - B. L'infraction réprimée par l'art. 305^{ter} CP
 - C. La LBA
 1. L'obligation de clarification selon l'article 6 LBA
 2. L'obligation de communiquer selon l'article 9 LBA
 3. L'obligation de bloquer les avoirs selon l'article 10 LBA
- III. Blanchiment et responsabilité aquilienne
 - A. Quelques rappels sur la notion d'illicéité
 - B. Responsabilité aquilienne en cas de blanchiment intentionnel
 1. La jurisprudence fédérale : l'art. 305^{bis} CP comme norme de protection
 2. L'art. 305^{bis} CP comme Schutznorm : conclusion définitive ?
 - i. La confiscation ne servirait pas les intérêts privés
 - ii. Le caractère de norme de protection octroyé à l'art. 305^{bis} CP multiplierait de manière exagérée les potentiels responsables civils
 - C. Absence de responsabilité aquilienne en cas de blanchiment « par négligence »
 1. Des solutions cantonales divergentes
 - a. La solution genevoise de 1998 - ACJC/176/1998
 - b. La solution de 2006 - ACJC/982/2006
 2. La solution du Tribunal fédéral – ATF 133 III 323
 3. L'impossibilité de « disséquer » une norme pénale : opinion discutable ?
 - D. Absence de responsabilité civile en cas d'infraction à l'article 305^{ter} CP et en cas de violation de la LBA
 1. Les faits
 2. La décision du Tribunal fédéral
 - a. La LBA
 - b. Art. 305^{ter} CP
 3. La LBA n'est pas une Schutznorm: opinion discutable ?
 4. Une responsabilité aquilienne « facilitée » en présence d'une violation des obligations découlant de l'article 305^{ter} CP et de la LBA?
- IV. Conclusion
- V. Bibliographie
 - A. Doctrine

I. Introduction¹

[Rz 1] Durant les années 1980, le blanchiment a particulièrement occupé les acteurs politiques et juridiques internationaux² et, sur fond de scandales crimino-économiques liés au crime organisé³, la lutte contre le blanchiment a pris une importance particulière en Suisse. Cette lutte a trouvé une oreille attentive chez le législateur qui s'est empressé de

criminaliser le blanchiment d'argent, de sanctionner le défaut de diligence en matière d'opérations financières⁴ et d'adopter dans la foulée la Loi sur le blanchiment d'argent.

[Rz 2] Les premières années d'existence de l'art. 305^{bis} CP ont permis de préciser sa portée et notamment de l'affranchir de son passé historique lié à la lutte contre le crime organisé, permettant ainsi d'appréhender des situations bien moins redoutables⁵ que le blanchiment commis par une organisation criminelle ou moins importantes que, par hypothèse, le blanchiment par un intermédiaire financier institutionnel.

[Rz 3] L'art. 305^{bis} CP a par ailleurs eu des conséquences en matière de responsabilité civile. En effet, une fois dissimulées, les valeurs patrimoniales dérobées deviennent par définition difficiles, voire impossibles à saisir. Il n'a dès lors pas fallu longtemps pour que les justiciables lésés par de telles opérations tentent d'obtenir réparation du dommage subi auprès de l'intermédiaire financier, généralement banquier et *a fortiori* solvable (*deep pocket*), plutôt que de poursuivre le criminel dont ils ont été la victime⁶. Aussi les tribunaux ont-ils été confrontés à la problématique de la responsabilité du banquier en cas d'acte de blanchiment. Durant les années 1990, des solutions cantonales jurisprudentielles sont apparues, toutefois sans qu'une approche uniforme ne se dégage. C'est véritablement le Tribunal fédéral au gré de quelques décisions de principe – la première faisant écho au scandale financier de la Banco Popolare di Milano – qui a arbitré les différends cantonaux et tracé les contours et les limites de la responsabilité civile du banquier pour des actes de blanchiment. L'on verra ainsi que les contours de la responsabilité civile du blanchisseur dépendent exclusivement de la réalisation des éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction de blanchiment prévue à l'article 305^{bis} CP, raison pour laquelle une importante partie de cette contribution y est consacrée. Quant aux limites de la responsabilité, la jurisprudence nous enseigne désormais que l'art. 305^{bis} CP est une source exclusive de responsabilité civile, toutes les autres dispositions légales en lien avec la lutte contre le blanchiment d'argent ayant été jugées inaptes à engendrer une quelconque responsabilité civile.

[Rz 4] L'objectif de cette contribution est de présenter une vue d'ensemble de ce régime désormais « complet »⁷, sans

¹ Le présent article se fonde sur le mémoire de DEA déposé et soutenu en 2008 à l'Université de Genève par Olivier UNTERNAEHRER. Les auteurs remercient Muriel de Buren et Johan Droz, avocats à Genève, pour leurs critiques et commentaires pertinents.

² LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 1007, N 1.

³ Message 305^{bis} CP, FF 1989 II page 963, N 111; TRECHSEL, Art. 305^{bis} CP, N 1. En Suisse, notamment les cas « Texon – Crédit Suisse de Chiasso », « Lebanon connection » et « Pizza Connection ».

⁴ Une confirmation pénale de l'importance du principe « Know Your Customer » en Suisse, dont l'origine remonte au moins à l'adoption de la première Convention de Diligence des Banques, en 1977.

⁵ Nous pensons bien entendu à l'auteur qui dissimule son butin sous un pot de fleurs, ATF 119 IV 59 = SJ 1993 610.

⁶ La théorie objective de l'illicéité civile actuellement appliquée par le Tribunal fédéral offre la souplesse nécessaire (et excessive selon une certaine doctrine) à la recherche de nouveaux fondements de responsabilité civile.

⁷ En 2007, nous avons commenté l'ATF 133 III 323 (PJA 2007 1122 ss.) qui n'avait abordé ni la LBA, ni l'art. 305^{ter} CP, laissant expressément ouverte la question du caractère de norme protectrice de ces dispositions. Dans son ATF 134 III 529 du 13 juin 2008, le Tribunal fédéral a abordé cette

abandonner un regard ouvert et parfois critique, d'autant que ce régime ne fait pas nécessairement l'unanimité⁸. Un bref rappel de l'art. 305^{bis} CP apparaît dès lors nécessaire pour apprécier l'existence et l'étendue de la responsabilité du banquier. Il importe également de mentionner les devoirs de diligence du banquier impliquant un acte de disposition sur des valeurs patrimoniales. Nous rappellerons dans un premier temps les principales règles dont le législateur suisse s'est doté pour lutter contre le blanchiment d'argent, (infra II.) avant d'analyser la responsabilité civile du banquier en cas de manquement à ces règles (infra III.).

II. Blanchiment d'argent en droit suisse

[Rz 5] Le système légal suisse comporte plusieurs dispositions visant à lutter contre le blanchiment d'argent : d'une part, les articles 305^{bis} et 305^{ter} CP, d'autre part, les règles contenues dans la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (LBA)⁹. Nous limiterons l'analyse de ces dispositions à ce qui est nécessaire pour apprécier les contours de la responsabilité civile du banquier en cas de blanchiment. En particulier nous discuterons des éléments constitutifs du blanchiment selon l'article 305^{bis} CP (infra A) ainsi que des principales obligations imposées par la LBA (infra C). Nous ne mentionnerons que très succinctement le défaut de vigilance en matière financière tel que prévu par l'article 305^{ter} CP (infra B) tant il est vrai – comme on le verra – que cette disposition n'a pas d'incidence directe ou indirecte sur la responsabilité civile du banquier.

A. L'Article 305^{bis} CP

[Rz 6] Au sens de l'article 305^{bis} CP, se rend coupable de blanchiment d'argent celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime. Le blanchiment implique la réalisation des éléments suivants: « des valeurs patrimoniales (fonds d'origine délictueuse ou autres < fonds de roulements >) d'une organisation criminelle sont systématiquement maquillées au moyen d'opérations financières (...) afin de les soustraire à la perspicacité des organes de poursuite pénale »¹⁰. Il résulte également de l'article 305^{bis} ch. 3

question et estimé que seule la violation de l'art. 305^{bis} CP pouvait être un acte illicite au sens de l'art. 41 CO.

⁸ Les limites posées par la jurisprudence ont clairement reçu un accueil favorable même si certains auraient fondamentalement souhaité qu'il n'y ait aucune responsabilité.

⁹ RS 955.0, Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA).

¹⁰ Message 305^{bis} CP, FF 1989 II page 965, N 113; TRECHSEL, Art. 305^{bis} CP, N 2 renvoie au Message.

CP, que si l'acte a été commis à l'étranger, il doit être considéré comme une infraction dans l'Etat où il a été commis et constituer un crime selon le droit suisse¹¹.

[Rz 7] L'art. 305^{bis} CP est une infraction intentionnelle (infra 2), qui compte des éléments constitutifs objectifs (infra 1) mais aucun élément constitutif subjectif¹².

1. Les éléments constitutifs objectifs

a. L'objet: une valeur patrimoniale provenant d'un crime

i. Une valeur patrimoniale

[Rz 8] La notion de « valeur patrimoniale » de l'art. 305^{bis} CP est large¹³. Sont visés tous les objets auxquels une valeur économique peut être attribuée¹⁴, soit les choses mobilières et immobilières, y compris les droits s'y rattachant; les valeurs corporelles et incorporelles; les créances ou autres droits; l'argent liquide et les fonds sur compte bancaire; des avantages quelconques s'ils ont une valeur économique réalisable et peuvent être portés à l'actif d'une comptabilité¹⁵. Le montant de la valeur patrimoniale est indifférent¹⁶ et celle-ci ne doit pas nécessairement être liée à une organisation criminelle¹⁷.

[Rz 9] Sans surprise, cette très large notion de la valeur patrimoniale au sens de l'art. 305^{bis} CP est identique à celle retenue pour la confiscation¹⁸, prévue aux art. 69 ss CP¹⁹. Cette harmonie terminologique souligne le lien évident entre

¹¹ TF, 28 décembre 2006, 6S.426/2006, consid. 2.2.

¹² Élément constitutif subjectif s'entend au sens du dessein, par exemple, non de l'élément de culpabilité qu'est l'intention ou le dol éventuel.

¹³ EGGER TANNER, p. 35.

¹⁴ ACKERMANN, Kommentar, N 193; BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 5; GRABER, Geldwäscherei, p. 55; EGGER TANNER, p. 35; DONATSCH / WOHLERS, p. 396; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 9; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 7; MOREILLON, p. 8; Message 305^{bis} CP, FF 1989 II 981, N 231.1.

¹⁵ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 9; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 26.

¹⁶ DONATSCH / WOHLERS, p. 397.

¹⁷ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 6; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 8; Cette approche a été discutée durant les travaux préparatoires mais clairement rejetée, nonobstant le fait évident que le blanchiment ait été envisagé initialement comme un instrument de lutte contre le crime organisé.

¹⁸ VEST, p. 419; SCHMID, Kommentar, Art. 70-72 N 17: « Dadurch, dass StGB 70 von Vermögenswerten spricht, wird deutlich, dass weit über körperliche Werte wie Geld, Edelmetalle oder –steine, Liegenschaften etc. hinaus alle Vermögensvorteile, die – grundsätzlich im Sinne des juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriffes – einen wirtschaftlichen Wert aufweisen, einziehbar sind. »

¹⁹ L'art. 70 al.1 CP prévoit que « [L]e juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. »

le blanchiment et la confiscation²⁰. Cependant, si la notion de valeur patrimoniale de l'art. 305^{bis} CP est identique à celle de l'art. 70 al. 1 CP²¹, on précisera que toutes les valeurs confisquables ne sont pas nécessairement « blanchissables »²².

ii. La provenance criminelle

[Rz 10] La notion de crime est celle de l'art. 10 al. 2 CP²³. Est visé « tout crime préalable ayant engendré un avantage économique contraire au droit »²⁴. Il est nécessaire et suffisant que la valeur patrimoniale provienne d'une infraction²⁵ passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans²⁶ et il n'est pas exigé que la valeur serve à commettre un nouveau crime²⁷. La classification de l'infraction comme crime s'effectue selon la méthode abstraite²⁸ et il est tenu compte d'éventuelles qualifications ou privilèges²⁹ prévus par la partie spéciale du code pénal³⁰ ou d'autres lois pénales. La limite supérieure de la peine permet la délimitation³¹.

[Rz 11] Il faut ainsi déterminer l'infraction préalable, la qualifier et démontrer que l'argent blanchi provient de cette infraction³². La difficulté majeure réside dans la preuve du lien entre l'infraction et la valeur patrimoniale³³, en particulier

lorsqu'il s'agit de relier des valeurs patrimoniales transférées en Suisse avec une infraction commise à l'étranger³⁴.

[Rz 12] Le degré d'avancement de la commission du crime préalable peut prêter à discussion³⁵. Selon PIETH, l'acte préalable, dont proviennent les valeurs patrimoniales, devrait tout de même avoir été suffisamment accompli de manière à ce que les valeurs aient été au moins obtenues³⁶. Cette exigence est logique puisque le blanchiment exige la commission d'un crime préalable et l'existence d'une valeur patrimoniale³⁷.

[Rz 13] En revanche, peu importe que le crime soit effectivement poursuivi ou poursuivable³⁸ et son auteur ne doit pas nécessairement être coupable ou punissable³⁹. Selon le principe de l'accessorité limitée, l'acte préalable doit réaliser les éléments constitutifs de l'infraction (« tatbestandsmässig und rechtswidrig »⁴⁰), l'absence de faute de l'auteur ne faisant pas obstacle à la réalisation de l'infraction de blanchiment⁴¹. Il en va toutefois différemment de la prescription du crime préalable⁴² et du défaut de dépôt de plainte pénale en cas de crime poursuivi sur plainte⁴³: le crime préalable ne doit pas être prescrit et une plainte doit être déposée.

[Rz 14] Lorsque le crime préalable a été commis à l'étranger, l'acte doit constituer une infraction pénale au lieu de commission et être qualifié de crime au sens du droit suisse⁴⁴. Dans

²⁰ EGGER TANNER, p. 35; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 26; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 8.

²¹ ACKERMANN, Kommentar, N 193.

²² Ainsi celles qui résultent d'une infraction autre qu'un crime, cf. ACKERMANN, Kommentar, N 193, 200 ss, qui observe que « [t]atobjekt der Geldwäscherei können nur Vermögenswerte sein, die der Einziehung unterliegen », N 197.

²³ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 10; BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 9; DONATSCH / WOHLERS, p. 397; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 27; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 11; MOREILLON, p. 8-9. Ce faisant, le législateur suisse a renoncé à une liste détaillée des infractions préalables concernées, s'épargnant de fastidieuses mises à jour; le législateur a également consciemment étendu le champ d'application du blanchiment à d'autres domaines que les infractions à LStup (voir BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 7-9; EGGER TANNER, p. 39).

²⁴ CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 11.

²⁵ Sont bien entendu également compris les infractions (crimes) résultant de lois pénales accessoires.

²⁶ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 11; EGGER TANNER, p. 38; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 10; VOUILLOZ F., blanchiment, N 3.

²⁷ EGGER TANNER, p. 38; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 12; MOREILLON, p. 8.

²⁸ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 9: les principes énoncés dans la partie générale du Code pénal ne sont pas pris en compte.

²⁹ Controversé: TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 9 N 4.

³⁰ La précision avec laquelle les circonstances de chaque cas doivent être spécifiées est discutée: « Nach Ansicht des BGer bedarf es Umständen, die die objective Schwere der Tat betreffen, sie müssen aber nicht besonders ausdifferenziert sein », BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 9.

³¹ Cela peut amener quelques surprises, lorsque des lois accessoires n'ont pas été adaptées; ainsi l'art. 62 II LPM prévoit une peine d'emprisonnement jusqu'à 5 ans, ce qui correspond à un crime selon le nouvel art. 10 CP, Rapport MROS 2007, p. 90.

³² CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 9.

³³ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 12.

³⁴ TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 11; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 9 conteste la nécessité de minimiser les exigences de preuve souhaitée par la jurisprudence (ATF 120 IV 323, 328).

³⁵ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 17, « die Vortat muss begangen worden sein »; mais son « achèvement » (Vollendung) n'est pas nécessaire, DONATSCH / WOHLERS, p. 397.

³⁶ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 17. Cf. ATF 120 IV 323, 324, consid. C, dans lequel l'autorité cantonale avait constaté qu'il « n'y avait rien à blanchir dès lors que l'infraction antérieure (...) n'[avait] pas été réalisée ».

³⁷ EGGER TANNER, p. 43, relève que si une tentative criminelle ou la commission d'actes préparatoires criminels punissables suffisent – selon elle – à remplir la condition de l'existence d'un crime préalable, il n'y aura dans ces cas que rarement une valeur patrimoniale à blanchir: « Diese eben genannten strafbaren Verhaltensweisen sind jedoch in bezug auf den Geldwäschereiartikel erst von Bedeutung, wenn durch sie illegale Vermögenswerte angefallen sind, was im Versuchs- bzw. Vorbereitungsstadium eher selten der Fall sein dürfte ».

³⁸ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 13; MOREILLON, p. 9. TF, 24 septembre 2007, 6B.141/2007, consid. 3.3.3.

³⁹ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 14.

⁴⁰ TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 10.

⁴¹ EGGER TANNER, p. 42. Il en va de même du décès de l'auteur.

⁴² BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 18; EGGER TANNER, p. 44; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 13.

⁴³ EGGER TANNER, p. 44 et n. 142; DONATSCH / WOHLERS, p. 397; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 10; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 12.

⁴⁴ CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 15, ajoute qu'il « faut cependant au moins exiger que la confiscation entre effectivement en considération, soit parce que le droit étranger connaît cette institution ou parce que la confiscation est possible en Suisse nonobstant l'absence de for pour l'action pénale ».

le contexte actuel, il sied de rappeler qu'une simple soustraction fiscale ne constitue pas un crime au sens du droit suisse. Contrairement à l'escroquerie fiscale, laquelle peut être punie d'une peine privative de liberté, la soustraction d'impôt est en effet punie d'une amende. La situation devrait perdurer quand même la Suisse est en train de réadapter ses conventions de double imposition conformément à l'article 26 du Modèle de convention OCDE⁴⁵. En effet, un échange d'information automatique – ou sur demandes concrètes et fondées d'autres pays – n'engendrerait aucunement une requalification pénale aggravée de la soustraction fiscale en droit suisse. Comme le Conseil fédéral l'a souligné dans son communiqué du 14 mars 2009⁴⁶, «[s]a décision de reprendre à l'avenir les standards de l'OCDE [...] n'entraîne aucun changement pour les contribuables résidant en Suisse», en d'autres termes aucune requalification au niveau du droit interne.

[Rz 15] La notion de provenance vise indiscutablement le produit direct du crime (*producta sceleris*), de même que la récompense (*pretium sceleris*)⁴⁷. Il est généralement admis que la provenance peut aussi être indirecte dans la mesure où le sens et le but de la norme le commandent⁴⁸, point sur lequel le blanchiment se distingue du recel⁴⁹. En cas d'actes successifs de blanchiment, les valeurs de remplacement⁵⁰ du produit direct du crime sont ainsi en principe incluses, sous réserve de limites discutées en doctrine quant aux types de substituts et à la portée de la « contamination » résultant du crime commis⁵¹. Lorsque le lien avec le crime préalable n'est

plus suffisant et que l'on retient l'hypothèse de l'art. 72 CP, soit la créance compensatrice, le blanchiment n'est alors plus possible⁵².

b. L'acte: une entrave à la confiscation

[Rz 16] Contrairement à la lettre de l'art. 305^{bis} al. 1 CP, une partie de la doctrine considère que les notions d'entrave à l'identification et à la découverte de valeurs patrimoniales n'ont aucune portée propre et sont absorbées par le concept d'entrave à la confiscation au sens de l'art. 70 al. 1 CP⁵³. Cette question controversée a été tranchée par le Tribunal fédéral, qui a dans un premier temps estimé que les trois notions étaient trois variantes de blanchiment possibles⁵⁴ avant de considérer que l'entrave à la confiscation, « en tant que *pars pro toto*, inclut également l'entrave à l'identification de l'origine et à la découverte »⁵⁵. Cette conclusion doit être saluée car il est peu logique de pouvoir blanchir des valeurs qui ne sont pas confiscables, vu le lien créé par le législateur entre confiscation et blanchiment. Cela étant, ainsi que le relève CORBOZ, il « ne s'agit pas d'hypothèses fondamentalement différentes et il n'est pas rare que le même acte corresponde aux trois définitions »⁵⁶.

[Rz 17] L'art. 305^{bis} CP est une infraction de mise en danger abstraite et non de résultat⁵⁷. Il n'est pas nécessaire que l'acte considéré entrave effectivement et définitivement la confiscation, il suffit qu'il y soit apte (*Eignungsdelikt*), autrement dit qu'il soit objectivement propre à entraîner « l'un des effets prévus par la loi »⁵⁸. Est tel tout acte « de nature à empêcher l'identification de l'origine ou la découverte des valeurs patrimoniales issues d'un crime et soumises à la confiscation »⁵⁹, soit « un acte qui entrave l'établissement d'un lien entre le crime préalable et la valeur patrimoniale qui en provient ou

⁴⁵ Articles of the OECD Model Tax Convention disponible sur le site Internet de l'OECD (www.oecd.org). Le 13 mars 2009, le Conseil fédéral a décidé que la Suisse devait adopter les standards de l'OCDE en matière d'assistance fiscale administrative conformément à l'article 26 du Modèle de Convention OCDE. Le 25 mars 2009, le Conseil fédéral a ainsi chargé le Département fédéral des finances (DFF) d'ouvrir immédiatement des négociations en vue de réviser les CDI avec les Etats-Unis et le Japon (cf. Communiqué de presse du 13 mars et 8 avril 2009 disponible sur le site Internet de la Confédération www.news.admin.ch).

⁴⁶ Disponible sur le site Internet de la Confédération www.news.admin.ch.

⁴⁷ TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 13; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 19-21 qui distingue le *producta sceleris* du *praetium sceleris* mais conclut que les deux peuvent être blanchis.

⁴⁸ DONATSCH / WOHLERS, p. 398; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 28; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 14; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 22; MOREILLON, p. 9-10. Référence est souvent faite à la confiscation (70 CP) qui peut porter sur des valeurs de remplacement.

⁴⁹ TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 14; MOREILLON, p. 9.

⁵⁰ Ou substituts ou de remploi; en allemand: Ersatzgeldwäscherei ou Surrogatgeldwäscherei.

⁵¹ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 15; BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} CP, N 22 ss relève les différents courants doctrinaux; DONATSCH / WOHLERS, p. 398-399; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 14. L'exemple connu, tiré du Message 305^{bis} CP, FF 1989 II 982, illustrant la nécessité de délimiter la contamination est le suivant. Imaginons « que le cartel de Medellin accapare une fabrique de machines avec des fonds provenant d'un trafic de drogue; il serait indubitablement excessif de considérer l'acquisition de pièces de machines comme du blanchissage d'argent,

même si le processus de production a été partiellement financé par des fonds d'origine délictueuse ».

⁵² CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 24.

⁵³ L'énumération de ces trois types d'entrave est comprise comme « *pars pro toto* », BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} CP, N 29; GRABER, Geldwäscherei, p. 139; DONATSCH / WOHLERS, p. 399-400; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 28; VOUILLOZ F., blanchiment, N 12-14 distingue les trois.

⁵⁴ ATF 124 IV 274, 275 consid. 2: « (...) die drei gleichrangigen Handlungsvarianten der Geldwäscherei (...) ».

⁵⁵ ATF 129 IV 238, 244 = JdT 2005 IV 87, consid. 3.3.

⁵⁶ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 37.

⁵⁷ Tel est le cas qu'on considère que la confiscation englobe les notions de découverte et identification, ou non. CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 21-22; DONATSCH / WOHLERS, p. 400; GRABER, Geldwäscherei, p. 133; EGGER TANNER, p. 121; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 31; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 17; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 31; MOREILLON, p. 10.

⁵⁸ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 21. Selon la conception ici retenue, le seul effet est l'entrave à la confiscation.

⁵⁹ CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 32.

à faire échapper cette valeur à la mainmise des autorités »⁶⁰. A titre d'exemples⁶¹, l'on mentionnera les cas suivants:

- Constituent des actes propres à entraver la confiscation⁶²: la transformation du support de valeur (Wertträger), notamment par l'échange de petites coupures d'origine illicite contre des grosses coupures d'une même ou différente monnaie ou par l'achat de papiers-valeurs ou de métaux précieux⁶³; le transfert d'argent de source illicite à l'étranger⁶⁴; l'emploi d'un homme de paille ou d'une société « écran » aux fins de dissimuler l'origine illicite de fonds⁶⁵.
- Ne sont notamment pas des actes propres à entraver la confiscation: la simple acceptation de valeurs patrimoniales; un versement par l'auteur sur son compte personnel et habituel, à son domicile⁶⁶; un transfert de compte du même ayant-droit économique en Suisse⁶⁷; un refus d'entrer en relations commerciales⁶⁸; des actes qui créent ou prolongent le paper trail⁶⁹; la destruction et la consommation de l'objet⁷⁰.

[Rz 18] Une commission par omission (« délit d'omission improprement dit », « unechter Unterlassungsdelikt ») peut être envisagée si l'auteur assume, de par sa position de garant, une obligation juridique d'agir⁷¹.

c. L'auteur du blanchiment

[Rz 19] Le plus souvent, le blanchiment implique trois personnes: la victime, l'auteur du crime commis à l'encontre de cette victime et le blanchisseur. En principe, n'importe qui peut commettre un acte de blanchiment⁷². La possibilité, pour l'auteur du crime préalable, d'être son propre blanchisseur est débattue. Cette question a été tranchée par la jurispru-

dence qui considère que l'auteur du crime préalable peut être son propre blanchisseur, motif pris que, par rapport à la personne de l'auteur, il « est moins déraisonnable d'exiger [de lui] qu'il s'abstienne de prendre des mesures particulières pour cacher son butin »⁷³. Ce nonobstant, la doctrine majoritaire soutient que le principe d'autofavorisation s'applique à l'art. 305^{bis} CP et que l'auteur du crime préalable ne saurait blanchir le produit de son crime⁷⁴.

[Rz 20] Cette controverse n'a guère d'importance du point de vue de la responsabilité civile. Si l'on suit la jurisprudence – savoir lorsque l'auteur du crime préalable et le blanchisseur ne font qu'un –, la victime pourra de toute façon fonder son action en dommages-intérêts en invoquant le crime de base, par exemple l'escroquerie ou le vol. La victime n'a ainsi un intérêt à agir contre le blanchisseur que lorsque celui-ci n'est pas l'auteur du crime préalable et qu'il dispose de ressources financières importantes (*deep pocket*), ce qui est généralement le cas s'agissant d'une banque.

2. L'élément subjectif: l'intention

[Rz 21] Le législateur a exclu de punir l'infraction de blanchiment commise par négligence⁷⁵. Le blanchiment d'argent est ainsi une infraction intentionnelle⁷⁶. Seul celui qui « savait ou devait présumer » que les valeurs patrimoniales dont il a entravé l'identification provenaient d'un crime peut être puni de l'infraction à l'art. 305^{bis} CP.

[Rz 22] Le dol éventuel est suffisant. Le blanchisseur doit avoir au moins, d'une part, considéré la provenance criminelle des valeurs patrimoniales qu'il traite, d'autre part, réalisé se comporter de manière à entraver la confiscation de ces valeurs patrimoniales⁷⁷; l'intention, respectivement le dol éventuel, est double⁷⁸. Selon la formule, « il y a dol éventuel lorsque l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit

⁶⁰ CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 32.

⁶¹ Le Rapport MROS 2004, p. 61 contient plusieurs exemples.

⁶² Cf. notamment TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 18; MOREILLON, p. 11.

⁶³ ATF 122 IV 211, 215, consid. 2c.

⁶⁴ ATF 127 IV 20, 24, consid. 2b.cc.

⁶⁵ ATF 127 IV 20, 26, consid. 3b.

⁶⁶ ATF 124 IV 274, 279; ATF 127 IV 20, 26.

⁶⁷ DONATSCH / WOHLERS, p. 400-401.

⁶⁸ DONATSCH / WOHLERS, p. 401.

⁶⁹ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 35 qui mentionne la doctrine opposée.

⁷⁰ CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 34.

⁷¹ CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP N 23 qui a une approche extensive; BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 45 qui est plus restrictif: Selon lui, une obligation d'agir existe pour les autorités de lutte contre le blanchiment ou des autorités de poursuite pénale. La doctrine considère par contre que l'obligation d'annonce de l'art. 9 LBA ne constitue pas une obligation d'agir dont la violation serait un acte de blanchiment au sens de l'art. 305^{bis} CP; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 19; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 43; MOREILLON, p. 13; BSK BEHG – SCHWAB / STUPP, Art. 305^{bis} CP N 32.

⁷² CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 18; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 7.

⁷³ ATF 120 IV 323, 328, consid. 3c; CORBOZ, Infractions, art. 305^{bis} CP, N 19; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 42 considère que tel peut être le cas vu la systématique et la formulation choisies pour l'art. 305^{bis} CP; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{bis} CP, N 7 ne se prononce pas; MOREILLON, p. 10 est favorable.

⁷⁴ CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} CP, N 47.

⁷⁵ DE CAPITANI, Geldwäscherei, 100. La détermination du degré de diligence requis semblait être une tâche trop ardue et les difficultés de preuve peu compatibles avec les exigences de clarté du droit pénal. C'est également l'origine de l'art. 305^{ter} CP, cf. Message 305^{bis} CP, FF 1989 II 967, 973, 975, 977 et 987 ss; CORBOZ, Infractions, art. 305^{ter} CP, N 1; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{ter} CP, N 1; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{ter} CP, N 1.

⁷⁶ CORBOZ, infractions, p. 536, N 38 BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 46.

⁷⁷ ATF 119 IV 242, 247, consid. 2b: « Der Geldwäscher muss die verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte und die Verwirklichung des Verteilungszusammenhangs, der ihm objektiv zur Last gelegt wird, zumindest in Kauf nehmen, d.h. mit einer möglichen Tatbestandsverwirklichung einverstanden sein. »

⁷⁸ LOMBARDINI, blanchiment, p. 45, N 141.

néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait »⁷⁹.

[Rz 23] Sait ou doit présumer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime celui qui se trouve dans une situation lui permettant de nourrir des soupçons quant à l'origine criminelle des fonds. Ainsi celui qui constate que son client réclame une discrétion plus importante que celle nécessaire à une « simple » soustraction fiscale doit-il se laisser opposer le dol éventuel tant il est vrai que les circonstances devaient l'amener à nourrir quelques soupçons⁸⁰. Bien entendu, l'auteur doit connaître de telles circonstances; il ne suffit pas qu'il évolue dans cette situation « par hasard »⁸¹. Si l'auteur ignore l'exacte tournure de l'infraction préalable, il suffit qu'il ait accepté l'idée que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime⁸². En revanche, il n'est pas nécessaire que l'auteur connaisse la nature précise de l'infraction, ni qu'il soit au courant des peines prévues par la loi⁸³. Pour un profane, il suffit que celui-ci considère que l'infraction est grave et susceptible d'être lourdement punie⁸⁴.

« La doctrine admet que l'on peut en principe déduire du fait que l'auteur a agi en connaissance du risque que son acte crée une entrave à la recherche, à la découverte de l'origine ou à la confiscation des valeurs patrimoniales (notamment lorsqu'il connaît l'origine illicite des fonds), qu'il s'est déterminé en défaveur du bien juridiquement protégé »⁸⁵.

B. L'infraction réprimée par l'art. 305^{ter} CP

[Rz 24] Aux termes de l'article 305^{ter} CP, « [c]elui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les

circonstances, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). Les personnes visées par le 1^{er} alinéa ont le droit de communiquer aux autorités suisses de poursuite pénale et aux autorités fédérales désignées par la loi les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime (al. 2) ».

[Rz 25] On a vu que le législateur a expressément exclu de punir le blanchiment commis par négligence⁸⁶ et que de ce constat est né l'art. 305^{ter} CP, lequel est en quelque sorte le complément de l'art. 305^{bis} CP. Le législateur a préféré l'introduction d'une obligation de vérification – abstraite – à la punissabilité du blanchiment par négligence. Si l'art. 305^{bis} CP devait être une infraction intentionnelle, il est évident que la lutte contre le blanchiment serait restée largement lettre morte si aucune obligation d'identification n'avait été mise à charge des intermédiaires financiers⁸⁷. C'est pourquoi l'entrée en vigueur de l'art. 305^{ter} CP a élevé au rang d'infraction pénale la violation d'une obligation centrale en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, complétée depuis le 1^{er} avril 1998 par la LBA⁸⁸.

[Rz 26] L'art. 305^{ter} CP est un délit de mise en danger abstrait de l'administration de la justice⁸⁹: la réalisation d'affaires financières sans identifier préalablement l'ayant droit économique met potentiellement en péril le droit de confiscation de l'art. 70 CP⁹⁰. Ce n'est toutefois pas une infraction qui vise l'élément constitutif de blanchiment⁹¹. En effet, l'art. 305^{ter} CP relève structurellement du droit pénal administratif⁹² et participe à la mise en œuvre du principe *Know Your Customer*⁹³, constituant ainsi une sorte de droit de surveillance des marchés financiers (*ersatzweises Finanzaufsichtsrecht*)⁹⁴.

[Rz 27] Il ne se justifie pas d'aller ici plus avant dans les détails. L'on se contentera de rappeler que l'art. 305^{ter} CP est un délit intentionnel qui vise les professionnels du secteur financier (l'exercice d'une profession en rapport avec la gestion du patrimoine d'autrui)⁹⁵; requiert un acte de gestion (recevoir, conserver ou aider à placer ou transférer les

⁷⁹ TF, 22 mars 2007, 6S.537/2006, consid. 4.2.2; en outre, il y a « dol direct lorsque l'auteur a envisagé, en prenant sa décision, un résultat illicite même s'il lui était indifférent ou qu'il le jugeait indésirable, mais qui constituait la conséquence nécessaire ou le moyen de parvenir au but qu'il recherchait », idem.

⁸⁰ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 46.

⁸¹ ATF 119 IV 242, 247, consid. 2b: « (...) wenn Verdachtsgründe die Möglichkeit einer strafbaren Vortat nahelegen. (...) Daher genügt, ist aber auch erforderlich, dass der Geldwäscher die Umstände kennt, die den Verdacht nahelegen (...) ».

⁸² ATF 119 IV 242, 247, consid. 2b: « Es genügt also, dass er mit der Möglichkeit gerechnet hat, das Geld könne aus (...) Verbrechen wie Diebstahl oder Betrug stammen und dies in Kauf genommen hat (...) ». CORBOZ, Infractions, p. 537, N 42.

⁸³ CORBOZ, Infractions, p. 537, N 42.

⁸⁴ STRATENWERTH / BOMMER, BT II, p. 342, N 32; DONATSCH / WOHLERS, Strafrecht IV, p. 402; LOMBARDINI, blanchiment, p. 39, N 130; BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 46: « Dem Täter muss mindestens (...) bewusst sein, dass die Vermögenswerte aus einer schwerwiegenden Vortat stammen, die erhebliche Sanktionen nach sich zieht. »

⁸⁵ TF, 20 mars 2007, 6S.537/2006, consid. 4.2.2.

⁸⁶ ATF 125 IV 139, 141 = JdT 2000 IV 51, consid. 3a. DE CAPITANI, Geldwäscherei, 100; CORBOZ, Infractions, art. 305^{ter} CP, N 1; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{ter} CP, N 1; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{ter} CP, N 1; BSK BEHG – SCHWAB / STUPP, Art. 305^{ter} CP N 1.

⁸⁷ DONATSCH / WOHLERS, p. 407-408.

⁸⁸ DONATSCH / WOHLERS, p. 408.

⁸⁹ EGGER TANNER, p. 274; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 45; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{ter} CP, N 2; MOREILLON, p. 19; DONATSCH / WOHLERS, p. 408.

⁹⁰ TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{ter} CP, N 1; TF, SJ 2000 I 145, consid. 3a.

⁹¹ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 1.

⁹² BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 1 et 6.

⁹³ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 1.

⁹⁴ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 4; DONATSCH / WOHLERS, p. 408.

⁹⁵ DONATSCH / WOHLERS, p. 409; EGGER TANNER, p. 265; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 47; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{ter} CP, N 2; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{ter} CP, N 2.

valeurs patrimoniales)⁹⁶ ; et exige de l'intermédiaire financier qu'il vérifie l'identité de l'ayant droit économique avec la diligence voulue, « dont les limites résident dans le principe de la proportionnalité. »⁹⁷ L'art. 305^{ter} al. 2 CP prévoit un droit de communiquer dont on relèvera qu'il se distingue – à tout le moins formellement – de l'obligation de communiquer de la LBA puisqu'il intervient au stade où l'intermédiaire nourrit des doutes, non des soupçons fondés⁹⁸.

C. La LBA

[Rz 28] Principal élément du « troisième train » de mesures de lutte contre le blanchiment entré en vigueur le 1^{er} avril 1998, la LBA précède l'art. 305^{bis} CP en tant qu'elle met en place un dispositif complet de prévention et intervient en amont d'un éventuel acte de blanchiment. Cette loi a introduit deux nouveautés. D'une part, elle a étendu à l'ensemble des intermédiaires financiers professionnels du secteur non bancaire les obligations qui avaient déjà été mises en place dans le secteur bancaire à partir de 1977 dans la CDB⁹⁹. D'autre part, elle a introduit un devoir de communication en cas de soupçon de blanchiment. A cette fin, l'article 23 LBA instaure un Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent¹⁰⁰ (MROS¹⁰¹) auquel doit être faite l'annonce tandis

que la surveillance des intermédiaires financiers est désormais confiée à l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)¹⁰².

[Rz 29] En son chapitre 2, intitulé « Obligations des intermédiaires financiers », la LBA énonce huit obligations à la charge des intermédiaires financiers, que l'on peut regrouper en deux catégories: les obligations de routine et les obligations en cas de soupçon¹⁰³, l'ensemble constituant un élément central de la lutte contre le blanchiment d'argent menée en Suisse¹⁰⁴.

[Rz 30] Comptent au rang des « obligations de diligence »¹⁰⁵: la vérification de l'identité du cocontractant (art. 3)¹⁰⁶, l'identification de l'ayant droit économique (art. 4), le renouvellement de la vérification de l'identité du cocontractant ou de l'identification de l'ayant droit économique (art. 5) et l'obligation particulière de clarification (art. 6). Les deux autres constituent la section 2, soit les « obligations en cas de soupçon de blanchiment d'argent » à savoir l'obligation de communiquer (art. 9) et l'obligation de blocage (art. 10). Nous

Rapport MROS 2004, p. 78, pour une communication directe (critiquable) à l'autorité pénale et Rapport MROS 2005, p. 8.

⁹⁶ Message 305^{bis} CP, FF 1989 II 989. Au demeurant, la provenance (illicite) de la valeur patrimoniale est indifférente.

⁹⁷ CASSANI, Commentaire, Art. 305^{ter} CP, N 18; TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{ter} CP, N 10. En pratique, la LBA et d'autres règles extérieures au droit pénal telles que les règles associatives professionnelles aident à préciser cette diligence.

⁹⁸ En comparaison avec les « soupçons fondés » requis par l'art.9 LBA, les indices se situent à un échelon inférieur sur une échelle graduant les degrés de doute que peut nourrir l'intermédiaire financier, cf Message 305^{ter} CP, FF 1993 317, WOHLERS / GIANNINI, p. 631-632. Cela dit, une partie de la doctrine considère que cette distinction n'a plus lieu d'être depuis l'entrée en vigueur de l'art. 9 LBA, cf. STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 60; ZWIEFELHOFER, p. 442 remarque que le champ d'application de l'art. 305^{ter} CP est certes restreint, mais couvre certaines situations. Il est vrai que s'il a quelques doutes, l'intermédiaire financier devra procéder aux clarifications requises par l'art. 6 LBA, si bien qu'il finira soit par constater la parfaite légalité de la transaction, soit par confirmer ses doutes, qui deviendront des soupçons fondés et l'amèneront à communiquer en application de l'art. 9 LBA. LOMBARDINI s'interroge même sur la raison du maintien de l'art. 305^{ter} CP suite à l'adoption de l'art. 9 LBA, cf. LOMBARDINI, blanchiment, p. 49, N 158.

⁹⁹ La septième version de ce texte désignée par l'appellation CDB 08 est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2003.

¹⁰⁰ L'article 23 al. 4 LBA prévoit en outre que '[I]e bureau de communication dénonce immédiatement le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente lorsque des soupçons fondés permettent de présumer (a) qu'une infraction au sens des art. 260^{ter}, ch.1, 305^{bis} ou 305^{ter} al.1 CP a été commise (b) que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime, (3) que des valeurs patrimoniales sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle, (c) que des valeurs patrimoniales servent au financement du terrorisme (art. 260quinquies, al. 1 CP).

¹⁰¹ MROS est l'abréviation de Money Laundering Reporting Office Switzerland. Cf. Art. 23 LBA et RS 955.23, Ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, OBCBA, du 25 août 2004. Cf.

¹⁰² Cf. Article 12 de la Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 (RS 956.1). Auparavant, cette tâche était confiée à l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent instituée par la LBA. L'activité de surveillance de la FINMA trouve son premier fondement dans l'article 98 de la Constitution fédérale.

¹⁰³ Message LBA, FF 1996 III 1069.

¹⁰⁴ Message LBA, FF 1996 III 1077.

¹⁰⁵ Les obligations de diligence de la LBA vont parfois plus loin que l'art. 305^{ter} CP (cf. DE CAPITANI, Geldwäscherei, 101: La LBA « tritt es ergänzend neben die Geldwäschereibestimmungen des Strafgesetzbuches »; DE CAPITANI, Kommentar, p. 646 N 21; ACKERMANN, taugliche Vehikel, p. 53) voire ne le concernent pas directement. Ainsi l'obligation de vérification de l'identité du cocontractant a-t-elle pour but de compléter la législation suisse, l'art. 305^{ter} CP n'ayant pas un effet de prévention suffisant, selon le Message (cf. Message LBA, FF 1996 III 1077). L'obligation de clarification imposée dès l'instant où un financier nourrit des soupçons, va également plus loin.

¹⁰⁶ En matière d'identification, non seulement la LBA concrétise l'art. 305^{ter} CP de façon détaillée, mais elle pose des exigences supérieures, ne serait-ce qu'en exigeant de vérifier l'identité du cocontractant (Art. 3 LBA). Elle impose à tous les intermédiaires financiers un comportement déjà bien établi dans le monde bancaire, ce qui était un des objectifs de la LBA. Message LBA, FF 1996 III 1077. Fondées sur l'art. 41 LBA, les Ordonnances de la FINMA sur la prévention du blanchiment d'argent – qui ont remplacé les précédentes – précisent les exigences d'identification; cf. RS 955.022, Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 18 décembre 2002 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (Ordonnance 1 de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA 1), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009; RS 955.033.0 Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 6 novembre 2008 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans les autres secteurs financiers (Ordonnance 3 de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA 3).

nous limiterons aux fins du présent article à rappeler les obligations de clarification (article 6 LBA) et les mesures imposées au banquier en cas de soupçon de blanchiment (art. 9 et 10 LBA).

1. L'obligation de clarification selon l'article 6 LBA

[Rz 31] L'art. 6 LBA¹⁰⁷ oblige l'intermédiaire financier à déterminer l'arrière-plan économique et le but d'une transaction, respectivement d'une relation d'affaires, lorsque celles-ci semblent inhabituelles ou que des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime¹⁰⁸ ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition dessus. Autrement dit, l'art. 6 LBA s'applique dès l'instant où les transactions présentent un risque accru, que ce soit en raison de leur caractère inhabituel ou parce que certains indices de blanchiment apparaissent¹⁰⁹.

[Rz 32] La notion d'indice de blanchiment est importante dans le processus mis en place par la LBA¹¹⁰. La LBA s'y réfère tandis que ses Ordonnances d'application la précisent. L'Annexe I de l'OBA-FINMA 1 liste une série d'indices de blanchiment dans l'objectif de sensibiliser les intermédiaires financiers. Elle distingue les indices généraux, particuliers et qualifiés et constitue un standard minimum pour tous les intermédiaires financiers, y compris ceux qui ne sont pas soumis à la surveillance de la FINMA.

[Rz 33] En outre, l'OBA-FINMA 1 et l'OBA-FINMA 3 contiennent plusieurs dispositions qui énumèrent des critères dont l'objectif est de permettre à l'intermédiaire financier de déterminer s'il est nécessaire d'effectuer des contrôles¹¹¹:

- Le siège ou le domicile du cocontractant et de l'ayant droit économique ou leur nationalité (Art. 7 al. 2 lit. a OBA-FINMA 1, Art. 26 al. 3 lit. b OBA-FINMA 3)
- la nature et le lieu de l'activité commerciale du cocontractant et de l'ayant droit économique (Art. 7 al. 2 lit. b OBA-FINMA 1, Art. 26 al. 3 lit. b OBA-FINMA 3)
- l'absence de rencontre avec le cocontractant ainsi qu'avec l'ayant droit économique (Art. 7 al. 2 lit. c OBA-FINMA 1, Art. 26 al. 3 lit. c OBA-FINMA 3) le type de prestations ou de produits sollicités (Art. 7 al.

2 lit. d OBA-FINMA 1, Art. 26 al. 3 lit. d OBA-FINMA 3)

- l'importance des valeurs patrimoniales remises (Art. 7 al. 2 lit. e OBA-FINMA 1, Art. 26 al. 3 lit. e OBA-FINMA 3)
- l'importance des entrées et des sorties de valeurs patrimoniales (Art. 7 al. 2 lit. f OBA-FINMA 1, Art. 26 al. 3 lit. f OBA-FINMA 3)
- le pays d'origine ou de destination des paiements fréquents (Art. 7 al. 2 lit. g OBA-FINMA 1, Art. 26 al. 3 lit. g OBA-FINMA 3)
- des relations avec des personnes politiquement exposées (Art. 7 al. 3 OBA-FINMA 1, Art. 26 al. 1 OBA-FINMA 3)

[Rz 34] Les art. 17 ss OBA-FINMA 1 détaillent les modalités et mesures de clarification, qui impliquent notamment de déterminer l'origine de la fortune du cocontractant et de l'ayant-droit économique (Art. 17 al. 2 lit. e OBA-FINMA 1) et l'activité professionnelle de ces derniers (Art. 17 al. 2 lit. f OBA-FINMA 1), moyennant visite des lieux où ceux-ci conduisent leurs affaires (Art. 18 al. 1 lit. b OBA-FINMA 1) ou sollicitation de renseignements auprès de personnes de confiance (Art. 18 al. 1 lit. d OBA-FINMA 1)¹¹².

[Rz 35] L'intermédiaire financier doit ainsi mettre en place une surveillance efficace et continue¹¹³ et effectuer des contrôles lorsque les circonstances – que ce soit des relations d'affaires ou des seules transactions – le commandent. Cette règle assure une cohérence et un lien entre la diligence formelle imposée par les art. 3 et 4 LBA et la CDB 08, et l'obligation de vigilance matérielle prévue à l'art. 305^{ter} CP¹¹⁴. Dès l'instant où l'intermédiaire nourrit quelque doute sur les origines des valeurs ou la légalité d'une transaction, il ne peut pas se retrancher derrière le fait qu'il a correctement identifié son cocontractant et l'ayant-droit économique. Il doit au contraire pousser plus loin ses investigations et entreprendre des démarches supplémentaires pour comprendre les tenants et aboutissants des transactions et affaires pour lesquelles ses services sont sollicités¹¹⁵.

[Rz 36] Après avoir clarifié une transaction ou une relation

¹⁰⁷ Aux termes de l'article 6 LBA, l'intermédiaire financier doit clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsque: la transaction ou la relation d'affaires paraissent inhabituelles, sauf si leur légalité est manifeste (a), des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs (art. 260^{ter}, ch. 1, CP) (b).

¹⁰⁸ Référence est faite ici à la notion de blanchiment, telle que déterminée par l'art. 305^{bis} CP, qui suppose que l'infraction préalable soit un crime.

¹⁰⁹ Art. 17 OBA-FINMA 1; Art. 26 OBA-FINMA 3.

¹¹⁰ Déjà au stade de l'identification, l'intermédiaire financier doit procéder aux vérifications appropriées dès qu'il y a un indice de blanchiment (Art. 3 al. 4 LBA).

¹¹¹ GRABER, GWG, Art. 6 N 5 ss.

¹¹² L'ATF 133 III 323 est un bel exemple des démarches que l'intermédiaire financier doit entreprendre, puisque le banquier s'était en l'espèce rendu en Afrique pour y constater de visu les investissements effectués par son client et avait sollicité une banque internationale new yorkaise de lui fournir des renseignements concrets.

¹¹³ Voir les art. 25 ss OBA-FINMA 3, notamment l'art. 28 OBA-FINMA 3.

¹¹⁴ GRABER, GWG, Art. 6 N 1, 9.

¹¹⁵ Ces critères et, en fonction des circonstances, l'obligation qui doit être respectée amènent les intermédiaires financiers à toujours mieux connaître leur clientèle. Dans le prolongement de la vérification de l'identité, c'est un véritable « profil-client » qu'ils doivent conserver, de façon à être capable de distinguer au cas par cas ce qui est normal ou non, GRABER, GWG, Art. 6 N 9.

d'affaires, l'intermédiaire financier peut, dans les cas délicats, être amené à prendre certaines mesures plus ou moins drastiques, tels que le maintien d'une surveillance accrue, le refus d'effectuer une transaction spécifique, la rupture, respectivement le refus d'entrer en relation d'affaires voire une communication (Art. 305^{ter} CP ou 9 LBA)¹¹⁶.

2. L'obligation de communiquer selon l'article 9 LBA

[Rz 37] L'article 9 LBA dispose que l'intermédiaire financier qui sait ou qui présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec une infraction au sens de l'art. 305^{bis} du code pénal, qu'elles proviennent d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs (art. 260^{ter}, ch. 1, CP), doit en informer sans délai le MROS. A certaines conditions, l'intermédiaire n'a pas d'autre option que de communiquer ses soupçons au MROS, si bien qu'il ne peut plus parier sur le silence.

[Rz 38] L'art. 9 LBA est la disposition centrale en matière de blanchiment¹¹⁷ et constitue du point de vue international un standard minimum¹¹⁸. L'obligation de communication fut choisie en raison du « but même de la loi, qui est de lutter contre le blanchissage d'argent en tant que tel. La loi ne doit donc pas seulement servir à détecter et à confisquer les valeurs patrimoniales d'origine criminelle », mais également permettre d'identifier les personnes qui se dissimulent derrière et de les poursuivre, tâche qui revient aux autorités de poursuite pénale¹¹⁹. Ces dernières, à l'instar de ce qui vaut pour l'art. 305^{bis} CP, bénéficient évidemment de l'art. 9 LBA et de son corollaire immédiat¹²⁰: le blocage des avoirs.

[Rz 39] Chronologiquement, l'obligation de communiquer suit les précédentes obligations de diligence. La diligence globalement requise de l'intermédiaire financier doit lui permettre de déterminer s'il « sait ou [s'il] présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans

la relation d'affaires ont un rapport avec une infraction au sens de l'art. 305^{bis} CP ». Les premiers doutes doivent mener l'intermédiaire financier à clarifier la situation (art. 6 LBA). Si cette étape voit les doutes confirmés et être ainsi qualifiés de soupçons fondés, l'intermédiaire financier n'a d'autre choix que d'adresser une communication au MROS. La notion de soupçons fondés n'est pas scientifique; les soupçons « n'ont pas à atteindre un degré tel qu'ils confinent à la certitude » et sont fondés « lorsqu'il existe un signe concret ou plusieurs indices qui font craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales. »¹²¹

[Rz 40] Des connaissances concrètes ne sont pas requises; du point de vue du Bureau MROS, « il s'agit bien plus de transmettre une communication au sens de l'art. 9 LBA si, selon diverses indications, selon l'obligation particulière de clarification prévue à l'art. 6 et selon les indices qui en résultent, l'intermédiaire financier présume ou du moins ne saurait exclure que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle »¹²². La communication doit être détaillée. L'intermédiaire financier doit fournir des renseignements sur les valeurs patrimoniales visées, son cocontractant et l'ayant droit économique, les motifs qui justifient la dénonciation et – ce n'est pas anodin – l'identité de tierces personnes potentiellement impliquées et concernées¹²³.

[Rz 41] Le lien de l'art. 9 LBA avec le blanchiment et la situation concrète se traduit aussi par le fait que l'intermédiaire financier peut continuer ses affaires si le respect de ses obligations de diligence lui permet de conclure que la transaction, respectivement la relation d'affaires, est régulière et ne constitue aucunement un risque de blanchiment.

[Rz 42] La violation de l'art. 9 LBA est assortie d'une sanction pénale prévue à l'art. 37 LBA, qui punit le contrevenant à une amende de CHF 200'000 au plus. Cette disposition fait de l'art. 9 LBA une norme dont les caractéristiques vont au-delà de la seule disposition de surveillance (aufsichtsrechtlich), contrairement au projet initial qui ne prévoyait aucune sanction pénale¹²⁴. Par ailleurs, renoncer à la communication, nonobstant l'existence de soupçons fondés, peut constituer un acte de blanchiment par omission¹²⁵.

¹¹⁶ Voir notamment Message LBA, FF 1996 III 1083.

¹¹⁷ GRABER, GWG, Art. 9 N 1; ZWIEFELHOFER, p. 407, 445 ss.

¹¹⁸ Voir la Recommandation 13 du GAFI.

¹¹⁹ Message LBA, FF 1996 III 1069 « [s]i les intermédiaires financiers n'étaient tenus que de bloquer les valeurs patrimoniales incriminées en cas de soupçon fondé de blanchissage, le but général de la loi ne serait pas atteint. Ce n'est qu'à partir du moment où, en vertu de l'obligation de communiquer, le soupçon fondé d'un intermédiaire financier doit être communiqué aussitôt aux autorités pénales, qu'il y a des chances réelles d'appréhender les personnes ayant droit aux valeurs patrimoniales incriminées. Le contraire serait à craindre si l'on se contentait du simple blocage des valeurs patrimoniales: ce blocage alerterait les personnes soupçonnées de blanchissage d'argent. Faute de dénonciation aux autorités pénales parallèlement au blocage, ces personnes n'auraient aucune peine à quitter le pays et à brouiller les pistes. »

¹²⁰ Pour LOMBARDINI, droit bancaire, p. 1051, N 164, il serait tout à fait pensable que la communication n'entraîne pas nécessairement le blocage, quand bien même il reconnaît qu'une telle démarche, susceptible de favoriser la récolte d'éléments de preuve dans une enquête pénale, constitue une « sérieuse intrusion dans la vie privée ».

¹²¹ Message LBA, FF 1996 III 1086; GRABER, GWG, Art. 9 N 14-15; ZWIEFELHOFER, p. 446; WOHLERS / GIANNINI, p. 625, 627 et 628-629 pour un regard critique sur l'appréciation par un intermédiaire financier d'un article de presse mettant en cause l'un de ses clients.

¹²² Rapport MROS 2007, p. 3. La critique de WOHLERS / GIANNINI, p. 626, qui regrettaient que le Bureau MROS se soit dans un premier temps refusé à détailler la notion de soupçons fondés ne semble plus d'actualité. Voir aussi les statistiques relatives aux éléments à l'origine du soupçon, Rapport MROS 2005, p. 31 ss, Rapport MROS 2006, p. 32 ss; Rapport MROS 2007, p. 34 ss.

¹²³ LOMBARDINI, blanchiment, p. 94, N 332; GRABER, GWG, Art. 9 N 13.

¹²⁴ GRABER, GWG, Art. 37 N 1.

¹²⁵ LOMBARDINI, droit bancaire, p. 1054, N 171.

3. L'obligation de bloquer les avoirs selon l'article 10 LBA

[Rz 43] L'article 10 LBA dispose que l'intermédiaire financier doit bloquer immédiatement les valeurs patrimoniales qui lui sont confiées si elles ont un lien avec les informations communiquées (al. 1) La notion de « valeurs patrimoniales confiées » est large et non technique et englobe toutes les valeurs, y compris d'éventuels emplois, et non seulement celles qui sont en lien avec sa communication, étant précisé que cet avis est majoritaire mais ne fait pas l'unanimité¹²⁶. L'intermédiaire maintient le blocage des avoirs jusqu'à la réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente, mais au maximum durant cinq jours ouvrables à compter du moment où il a informé le bureau de communication (al. 2). Tant que dure le blocage des avoirs décidé par lui-même, il ne doit informer ni les personnes concernées ni des tiers de la communication qu'il a faite (al. 3).

[Rz 44] Fondamentalement, l'art. 10 LBA décrit les effets et les conséquences de la communication visée à l'art. 9 LBA; le blocage est la conséquence impérative de la communication¹²⁷. C'est une obligation de pure nature technique et n'exige aucune évaluation; en ce sens, elle est absolue¹²⁸. Logiquement, l'intermédiaire financier n'est plus autorisé à rompre la relation d'affaires dès l'instant où il doit effectuer une communication¹²⁹.

[Rz 45] Dès l'instant où les valeurs doivent être bloquées, tout acte de disposition sur ces valeurs est illicite et il appartient à l'intermédiaire d'empêcher le client de disposer de son patrimoine¹³⁰. La doctrine considère que cette interdiction doit être large, vu la brièveté de la durée du blocage prévue à l'art. 10 al. 2 LBA¹³¹. Elle n'est toutefois pas totale, un acte de disposition n'allant pas à l'encontre de l'objectif visé par la

LBA, spécifiquement l'art. 9 LBA, restant acceptable. En effet, l'objectif premier est d'éviter toute diminution des valeurs patrimoniales confiées¹³².

[Rz 46] Sont ainsi illicites des remises d'espèces, des exécutions d'ordres, des mises en nantissement des valeurs, mais non le placement ou l'investissement de valeurs d'un client dans d'autres investissements d'un degré de liquidité équivalent, étant toutefois relevé que cette possibilité est restreinte et ne vaut que pendant la durée du blocage, non plus dès qu'un séquestre pénal est ordonné¹³³. Les possibilités et la marge de manœuvre restantes sont très limitées, puisque le blocage s'étend également aux valeurs de emplois et à des fonds et intérêts crédités sur le compte après que le blocage a été ordonné, ce qui démontre que l'objectif est d'empêcher toute utilisation des services financiers offerts par un intermédiaire suisse à des fins de dissimulation des fonds¹³⁴.

[Rz 47] Le corollaire ou la conséquence, selon le point de vue adopté, de l'étendue du blocage est la brève durée de celui-ci. Le principe est simple: l'on bloque tout dès l'instant où des soupçons fondés existent, mais l'on ne s'éternise pas car cela deviendrait disproportionné, d'autant que l'intermédiaire financier n'est pas une autorité pénale. Il n'a pas à assumer un rôle de police et l'on ne peut attendre de lui qu'il maintienne un blocage et le silence pendant une durée indéterminée¹³⁵, l'obligation de silence et discrétion vis-à-vis des personnes concernées¹³⁶ dont est assorti le blocage rendant la situation de l'intermédiaire d'autant plus délicate. Il n'empêche que les intermédiaires financiers sont sollicités au bénéfice des autorités de poursuite pénale, à charge pour ces dernières de réagir promptement, cas échéant d'ordonner la prolongation du blocage et d'en assumer ainsi la responsabilité¹³⁷. Si les

¹²⁶ WOHLERS / GIANNINI, p. 633; DE CAPITANI, Kommentar, p. 1025 N 32 ss, N 35 et p. 1027 N 41; contra KUSTER, p. 800 accepte en revanche que des valeurs de emploi soient bloquées. Pourtant, cela est logique et, ainsi que le relève pertinemment DE CAPITANI, Kommentar, p. 1026 N 36-40, peut être justifié de trois manières. Premièrement, la relation d'affaires en elle-même peut amener l'intermédiaire financier à communiquer et bloquer, auquel cas les valeurs patrimoniales n'ont aucune influence. Deuxièmement, la transaction jugée inhabituelle et qui débouche sur une communication assortie du blocage des valeurs patrimoniales ne constitue le plus souvent que la pointe de l'iceberg et amènera à examiner d'autres transactions. Il serait incohérent de s'arrêter à une transaction, alors que l'objectif est de permettre de localiser et confisquer des valeurs patrimoniales, cas échéant des valeurs de remplacement voire même une créance compensatrice, ce que permet justement le blocage de l'ensemble des valeurs. Troisièmement, le soupçon fondé qui motive la communication peut se concrétiser après l'exécution d'une transaction s'inscrivant dans une relation d'affaires ouverte de longue date, auquel cas il n'y a par définition plus de valeurs patrimoniales « visées » au sens étroit.

¹²⁷ DE CAPITANI, Kommentar, p. 1018 N 9.

¹²⁸ DE CAPITANI, Kommentar, p. 1018 N 8.

¹²⁹ KUSTER, p. 800.

¹³⁰ KUSTER, p. 800.

¹³¹ GRABER, GWG, Art. 10 N 3.

¹³² DE CAPITANI, Kommentar, p. 1024 N 29.

¹³³ DE CAPITANI, Kommentar, p. 1050 N 160, p. 1030 N 53; LOMBARDINI, droit bancaire, p. 683, N 84; ZWIEFELHOFER, p. 489 en référence à DE CAPITANI; KUSTER, p. 800; GRABER, GWG, Art. 10 N 3 précise qu'il n'y a aucune « obligation » d'effectuer un tel placement durant la période du blocage, quand bien même l'ordre est donné par le client et qu'en vertu des relations contractuelles entre l'intermédiaire et le client, celui-là devrait normalement y donner suite.

¹³⁴ Message LBA, FF 1996 III 1089. ZWIEFELHOFER, p. 488-489; DE CAPITANI, Kommentar, p. 1029 N 49.

¹³⁵ DE CAPITANI, Kommentar, p. 1018 N 4.

¹³⁶ Art. 10 al. 3 LBA. DE CAPITANI, Kommentar, p. 1037 N 83 ss. Cette interdiction ne devrait en principe pas avoir de portée déterminante du point de vue de la responsabilité civile puisqu'elle n'empêchera pas le blocage. Si l'information est donnée avant le blocage, il y aura violation de l'art. 10 LBA, cas échéant l'art. 305^{bis} CP. Ainsi, tout au plus pourrait-on formuler l'hypothèse que le non respect du silence par la banque Y. permettrait à la personne dont les fonds sont bloqués par la banque Y. de prendre toutes les mesures utiles pour mettre à l'abri ses fonds déposés auprès de la banque Z. La discussion serait alors reportée sur les conditions du dommage et de la causalité, cas échéant. Cela étant, l'obligation de discrétion est en outre prévue au bénéfice des autorités pénales, non de la victime, ce qui devrait exclure le caractère de norme de protection, cf. DE CAPITANI, Kommentar, p. 1042 N 102.

¹³⁷ Message LBA, FF 1996 III 1089; ZWIEFELHOFER, p. 462, 489.

soupçons fondés sont confirmés, le blocage initialement effectué par un intermédiaire financier « se transforme » en un séquestre pénal, puis cas échéant une confiscation pénale.

[Rz 48] L'on distingue aisément l'objectif visé par l'art. 10 LBA. A teneur du Message, « il ne serait pas logique d'exiger la communication d'informations en présence de faits douteux et de permettre en même temps que des valeurs patrimoniales éventuellement d'origine criminelle soient transférées en des lieux où les autorités de poursuite pénale ne peuvent plus les séquestrer. »¹³⁸ Ainsi, le but de l'art. 10 LBA (en lien avec l'art. 9 LBA) est de prévoir une mesure provisoire qui permettra à l'Etat de confisquer les valeurs patrimoniales d'origine délictuelle¹³⁹. En principe, ordonner ce genre de mesures est du ressort du juge, raison pour laquelle la doctrine relève que l'art. 10 LBA a pour conséquence de transférer une tâche publique – une mesure de procédure pénale, tel le séquestre – à des privés¹⁴⁰.

[Rz 49] De façon somme toute curieuse, la violation de l'art. 10 LBA n'est assortie d'aucune sanction, contrairement à ce qui prévaut pour l'art. 9 LBA. Le lien fort entre ces deux dispositions rend ce choix d'autant moins compréhensible, si ce n'est que le législateur est d'emblée parti de l'idée que la violation de l'art. 10 LBA constituerait le plus souvent un acte de blanchiment réprimé par l'art. 305^{bis} CP et que l'intermédiaire financier courrait en conséquence le risque de voir l'Etat faire valoir une créance compensatrice à son encontre¹⁴¹. L'art. 305^{bis} CP et l'art. 10 LBA ne visent cependant pas les mêmes situations. Un acte interdit par l'art. 10 LBA, notamment un transfert interbancaire, ne posera aucun problème sous l'angle de l'art. 305^{bis} CP si cet acte (dans notre hypothèse un transfert interbancaire) est documenté et maintient ainsi une trace écrite (paper trail) et pour autant, bien entendu, qu'il ne constitue pas un acte de blanchiment¹⁴².

III. Blanchiment et responsabilité aquilienne

[Rz 50] Inéluctablement, les victimes d'actes de blanchiment et du crime préalable qu'ils supposent, ont tenté d'obtenir réparation civile du dommage causé auprès des banques, dès lors que la confiscation des avoirs en cause a été par définition rendue plus difficile, voire généralement impossible. Dans plusieurs affaires, le Tribunal fédéral a précisé les

contours de la responsabilité du banquier, de telle manière que le tableau est aujourd'hui largement achevé.

[Rz 51] Nous rappellerons la notion d'illicéité en tant que condition de responsabilité civile (infra A.) avant de discuter la situation d'un intermédiaire financier – nous prendrons une banque – en termes de responsabilité civile. Pour ce faire, nous examinerons la responsabilité aquilienne du banquier en cas de blanchiment intentionnel (infra B.) et non intentionnel (infra C.). A la lumière de la jurisprudence récente, nous discuterons de l'absence de responsabilité civile en cas de défaut d'identification de l'ayant droit économique et/ou en présence d'une violation de la LBA ou de ses ordonnances d'application (infra D.).

A. Quelques rappels sur la notion d'illicéité

[Rz 52] A teneur de l'art. 41 CO, « [c]elui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». En droit suisse de la responsabilité civile – responsabilité pour faute –, l'obligation de réparer un dommage est subordonnée à la réalisation de quatre conditions cumulatives: un dommage, un acte illicite, un lien de causalité (naturelle et adéquate) entre l'acte illicite et le dommage et une faute¹⁴³.

[Rz 53] La condition de l'illicéité revêt une fonction de fondement de responsabilité en tant qu'à défaut de comportement illicite, il n'y a aucune responsabilité civile¹⁴⁴. Elle a également pour vocation de limiter la responsabilité civile¹⁴⁵ et, en ce sens, constitue une réponse à un problème de politique juridique, soit l'étendue de l'obligation de réparer un dommage causé¹⁴⁶. Selon la doctrine classique, le terme illicéité peut avoir trois sens¹⁴⁷:

- la violation d'une norme juridique – sens large –, auquel cas est illicite tout « acte juridique contraire à une prescription impérative »¹⁴⁸;
- la violation d'une norme imposant un certain comportement – sens « moins large »¹⁴⁹;
- la violation d'une norme de comportement impliquant défense de nuire à autrui¹⁵⁰ – sens étroit de la responsabilité civile.

¹³⁸ Message LBA, FF 1996 III 1089.

¹³⁹ DE CAPITANI, Kommentar, p. 1017 N 3 et p. 1023 N 23.

¹⁴⁰ WOHLERS / GIANNINI, p. 629; DE CAPITANI, Kommentar, p. 1023 N 23 et p. 1027 N 41.

¹⁴¹ DE CAPITANI, Kommentar, p. 1019 N 11, 12 et n. 15, 16 et renvois à SCHMID, Kommentar, Art. 70-72 N 98; ACKERMANN, Kommentar, N 231.

¹⁴² DE CAPITANI, Kommentar, p. 1034 N 69 évoque un transfert en Suisse au bénéfice d'un tiers et, de façon plus discutable selon nous, la restitution de valeurs patrimoniales au blanchisseur.

¹⁴³ Parmi d'autres SCHWENZER, AT, N 50.01.

¹⁴⁴ MÜLLER-CHEN, p. 299: « (...) haftungsbegründende Funktion (...) ».

¹⁴⁵ OFTINGER / STARK, I, § 4 N 3 ss; MÜLLER-CHEN, p. 299; KELLER / GABI, p. 36; SCHNYDER / PORTMANN / MÜLLER-CHEN, N 134. ATF 133 III 323, 333, consid. 5.2.3.

¹⁴⁶ WIDMER, Haftung, p. 36 N 2.45

¹⁴⁷ DESCHENAUX / TERCIER, § 6 N 4.

¹⁴⁸ DESCHENAUX / TERCIER, § 6 N 4.

¹⁴⁹ DESCHENAUX / TERCIER, § 6 N 4, référence est faite à toutes les normes, en plus des cinq « Grundschnitznormen », qui interdisent une atteinte ou impose un comportement précis dans le but d'éviter une telle atteinte.

¹⁵⁰ L'une des cinq « Grundschnitznormen », cf. KELLER / GABI, p. 39; OFTINGER / STARK I, §.

[Rz 54] En droit de la responsabilité civile, le terme illicéité est restreint à la violation d'une norme qui protège certains biens juridiques contre des atteintes dommageables¹⁵¹. L'illicéité est définie comme la violation d'une norme protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs¹⁵², ou la transgression d'une défense de nuire à autrui, en l'absence de motifs légitimes¹⁵³. L'acte est illicite lorsqu'il viole une norme de comportement destinée à protéger, directement ou indirectement, les particuliers¹⁵⁴; il se définit comme « un acte ou une omission objectivement contraire à une règle du droit [objective]¹⁵⁵ écrit ou non écrit et qui porte atteinte soit à un droit absolu du lésé, soit à son patrimoine »¹⁵⁶, auquel cas il faut encore que la norme violée ait pour but de protéger le bien juridique lésé. La notion de droit écrit intègre le droit fédéral ou cantonal, public ou privé¹⁵⁷. Lorsque l'illicéité résulte de l'atteinte à un droit absolu de la victime, l'on parle d'illicéité de résultat (Erfolgsunrecht), tandis que la violation d'une norme de comportement destinée à protéger le lésé est dite illicéité du comportement (Verhaltensunrecht)¹⁵⁸.

[Rz 55] Dans ce dernier cas de figure, si aucun de ses droits absolus n'est atteint par l'acte dommageable mais qu'elle subit néanmoins un dommage (patrimonial), la victime peut en réclamer la réparation si une norme destinée à la protéger a été transgressée¹⁵⁹. Il faut ainsi « (...) examiner en premier lieu si les normes dont la demanderesse se prévaut ont pour but de la protéger contre des atteintes à ses droits patrimoniaux.»¹⁶⁰ Dans l'affirmative, l'illicéité résulte de la violation par l'auteur d'une norme de comportement dont l'un des buts est effectivement de protéger la victime de l'atteinte contre la survenance du dommage qu'elle a subi¹⁶¹.

B. Responsabilité aquilienne en cas de blanchiment intentionnel

1. La jurisprudence fédérale : l'art. 305^{bis} CP comme norme de protection

[Rz 56] Dans un arrêt de principe du 8 septembre 2003, le Tribunal fédéral a examiné pour la première fois le blanchiment

d'argent en tant que fondement d'une prétention en dommages-intérêts de la personne lésée par le crime préalable.

[Rz 57] Dans cette affaire, une personne qui, semble-t-il, demeure à ce jour toujours inconnue, instruisit la Banca Popolare di Milano de virer une somme importante au débit de la société A dont cette personne se prétendait représentante, cliente de la banque, sur le compte d'un individu B auprès d'une banque suisse. Cette instruction fut par la suite confirmée par une télécopie signée par le président du Conseil d'administration de la société A. Il s'agissait toutefois d'un document falsifié ce que la banque italienne n'avait pas décelé. Aussitôt le transfert de fonds opéré au crédit de son compte, B – assisté par un dénommé C – retira une partie du produit des avoirs, et transféra le solde auprès de différentes banques sises en Suisse et à l'étranger. B fut par la suite condamné en première instance par les autorités pénales de Bâle-ville pour escroquerie (art. 146 CP), faux dans les titres (art. 251 CP) et blanchiment (art. 305^{bis} CP). Sur appel de la Banco Popolare di Milano, B fut également condamné à verser un montant supérieur à 2 millions de francs suisses au titre de dommages-intérêts en raison de l'acte illicite commis par B. Ce dernier recourut alors au Tribunal fédéral, contestant qu'un acte de blanchiment puisse fonder en droit suisse une responsabilité civile.

[Rz 58] Le Tribunal fédéral rejeta le recours. Il s'appuya sur la notion de confiscation pénale (art. 70 CP, anc. 59 CP à l'époque) pour retenir que cette mesure pénale intervient en définitive avant tout dans l'intérêt de la victime. Dès lors que l'art. 305^{bis} CP punit l'entrave à la confiscation, notre Haute Cour conclut – en accord avec une partie de la doctrine¹⁶² – que l'art. 305^{bis} CP tend également à protéger les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le crime préalable, dans les cas où les valeurs proviennent d'actes délictueux contre des intérêts individuels¹⁶³. La systématique du Code pénal suisse, qui range l'article 305^{bis} CP dans les infractions contre l'administration de la justice ne suffisait dès lors pas à exclure que cette disposition puisse (également) protéger des intérêts individuels et fonder un chef de responsabilité civile.

[Rz 59] En sus d'arbitrer la controverse doctrinale, cet arrêt a mis un terme à l'incertitude résultant de décisions cantonales contradictoires. Désormais, banques et victimes savaient à quoi s'en tenir dès lors que celui qui blanchissait des valeurs patrimoniales et se rendait coupable de la violation de l'article 305^{bis} CP pouvait être civilement tenu responsable du dommage par là causé.

[Rz 60] Certes à même de décanter la situation, cette jurisprudence était d'emblée limitée par les faits et la situation

¹⁵¹ KELLER / GABI, p. 37.

¹⁵² THÉVENOZ/WERRO (Edit.), – WERRO, art. 41 CO N 52; WERRO, Responsabilité civile, N 281.

¹⁵³ DESCHENAUX/ TERCIER, § 6 N 15.

¹⁵⁴ DESCHENAUX/ TERCIER, § 6 N 18.

¹⁵⁵ DESCHENAUX/ TERCIER, § 6 N 19.

¹⁵⁶ ATF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, consid. 2c; ATF 123 III 306, 312, consid. 4a.

¹⁵⁷ DESCHENAUX/TERCIER, § 6 N 19. ATF 101 Ib 252, 255, consid. 2d.

¹⁵⁸ CR CO I – WERRO (n. 5), art. 41 CO N 52.

¹⁵⁹ Il peut s'agir de dispositions de droit privé, public ou pénal, cf. ATF 101 Ib 252, 255, consid. 2d; ATF 101 II 69, 72, consid. 2.

¹⁶⁰ ATF 118 Ib 473, 474 = JdT 1994 I 650, consid. 2.

¹⁶¹ CR CO I – WERRO (n. 5), art. 41 CO, WERRO, art. 41 CO N 56; ATF 4C.387/2000, SJ 2001 I 525, consid. 3a.

¹⁶² En particulier CASSANI, Blanchiment, p. 404. Ce faisant, le Tribunal fédéral a arbitré la controverse doctrinale opposant CASSANI à ACKERMANN, taugliche Vehikel, p. 52.

¹⁶³ ATF 129 IV 322, 323, consid. 2.

juridique concrète. Dans la mesure où le défendeur s'était clairement rendu coupable de blanchiment d'argent, il subsistait un doute quant à la question de savoir si cette jurisprudence trouvait également application dans l'hypothèse où l'intermédiaire financier commettrait un acte de blanchiment objectif, sans toutefois s'en rendre coupable, situation plausible s'agissant d'une infraction intentionnelle. Cette question sera traitée infra (C.).

2. L'art. 305^{bis} CP comme *Schutznorm* : conclusion définitive ?

[Rz 61] La conclusion du Tribunal fédéral ne fait toutefois pas l'unanimité, quand bien même il est désormais peu probable que les adversaires de la reconnaissance de l'art. 305^{bis} CP comme norme de protection imposent leur point de vue¹⁶⁴. Il nous paraît nécessaire d'évoquer ces différentes critiques dans l'optique de tenir compte de tous les avis, notamment ceux qui n'ont pas été complètement abordés dans l'analyse qui a précédé.

i. La confiscation ne servirait pas les intérêts privés

[Rz 62] ACKERMANN¹⁶⁵, on l'a vu, a toujours considéré que la violation de l'art. 305^{bis} CP ne pouvait engager la responsabilité civile de l'auteur. Evoquant l'ATF 129 IV 322 dans une chronique de jurisprudence, il a réitéré son point de vue selon lequel considérer cette disposition comme norme de comportement était une erreur, juridiquement parlant. Nécessairement courte, s'agissant d'une chronique, sa critique rejoint celle des adversaires du privilège octroyé au lésé en application des art. 70 ss CP. Pour lui, l'entrave à la confiscation réprimée par l'art. 305^{bis} CP concerne exclusivement les démarches et les efforts déployés par les autorités de poursuite pénale en vue de confisquer le produit d'une infraction – *Abschöpfungseinziehung* – et les intérêts du lésé ne sont pas inclus. Il concède certes que le blanchisseur puisse aussi avoir l'intention d'empêcher la restitution, respectivement l'allocation au lésé, mais ne voit néanmoins pas pourquoi le législateur aurait voulu considérer cette démarche et l'infraction qui la réprime comme protégeant le patrimoine du lésé.

[Rz 63] SCHWARZ avance les mêmes critiques et estime qu'il est permis d'avoir des doutes quant à la pertinence de l'argumentation fondée sur le privilège octroyé au lésé par le droit des mesures de confiscation. Pour SCHWARZ, il est incohérent de traiter les art. 305^{ter} CP et la LBA différemment de l'art. 305^{bis} CP. Dès lors que la doctrine estime que l'art.

305^{ter} CP vise des actes qui entravent la confiscation de valeurs patrimoniales, l'on pourrait également conclure que l'art. 305^{ter} CP a pour but de protéger la confiscation¹⁶⁶ – et ainsi faire de l'art. 305^{ter} CP une *Schutznorm*. Or, doctrine et jurisprudence s'accordent à considérer que tel n'est pas le cas, si bien que SCHWARZ conclut que les arguments proposés à l'encontre du caractère de *Schutznorm* de l'art. 305^{ter} CP pourraient être repris à l'égard de l'art. 305^{bis} CP. La confiscation est une mesure dont l'objectif premier est d'éviter que le crime ne paie en permettant à l'Etat de retirer à un criminel le produit de son crime. Selon les termes choisis par SCHWARZ, la restitution au lésé est accessoire (*Nebenprodukt*) et il est délicat de fonder le caractère protecteur de l'art. 305^{bis} CP sur un objectif accessoire¹⁶⁷.

[Rz 64] Cet avis est aussi celui de LEHMANN qui relève que l'art. 305^{bis} CP ne protège en tout cas pas directement les intérêts du lésé, à tout le plus indirectement, et encore, au terme d'une interprétation extensive¹⁶⁸. Reprenant les critiques de ACKERMANN¹⁶⁹, LEHMANN soutient que la protection des intérêts individuels par l'art. 305^{bis} CP ne résulte ni de la lettre de la disposition, ni de la systématique légale, ni d'une interprétation historique¹⁷⁰.

[Rz 65] Nous ne partageons pas ce courant de doctrine. Quant au privilège octroyé au lésé, il nous paraît cohérent que ses adversaires remettent en doute la portée de l'art. 305^{bis} CP car, à défaut de privilège, il exact que le lésé ne se retrouve pas avantagé par les mesures de confiscation et que la portée de l'art. 305^{bis} CP à son égard s'en trouve alors réduite¹⁷¹. Il est en effet difficile d'ignorer le lien qui existe entre la restitution et l'allocation des art. 70 ss CP, d'une part, et l'article 305^{bis} CP, d'autre part. Toutefois, ainsi que cela a été exposé ci-dessus (supra N 55), l'acte est illicite lorsqu'il viole une norme de comportement destinée

¹⁶⁴ Du même avis, Schwarz, p. 15, pour qui un revirement de jurisprudence est très improbable, à tout le moins dans un proche avenir (« Es ist bei dieser Sachlage nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung, was den Schutznormcharakter von Art. 305^{bis} StGB angeht, in absehbarer Zeit revidieren wird »). Cet auteur considère toutefois que l'argumentation du Tribunal fédéral est douteuse (« Zweifel sind erlaubt. ») (cf. infra N 64).

¹⁶⁵ ACKERMANN, *Anwaltspraxis*, p. 664 ss.

¹⁶⁶ SCHWARZ, p. 15 « ... in Bezug auf Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB wird in der Doktrin allerdings festgehalten, diese Strafnorm erfasse Verhaltensweisen, die den Zugriff auf einzuziehende Vermögenswerte erschweren ». Also hat auch Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB den Zweck, die Einziehung zu schützen. »

¹⁶⁷ SCHWARZ, p. 15.

¹⁶⁸ LEHMANN, p. 19, se réfère en sus à la critique maintes fois énoncée à l'égard de la théorie de l'illicéité de comportement, à savoir qu'elle n'est rien d'autre qu'une « pêche à la norme de protection ». L'ATF 129 IV 322, 324 = SJ 2004 I 115, consid. 2.2 affirme que les intérêts du lésé sont directement touchés.

¹⁶⁹ La référence à ACKERMANN est légèrement détournée. En effet, aux paragraphes auxquels renvoie LEHMANN, ACKERMANN mentionne les critiques de STRATENWERTH en lien avec la difficulté de déterminer le bien juridiquement protégé par l'art. 305^{bis} CP, sans pour autant nier que le blanchiment protège clairement l'entrave à la confiscation (« Weiter hält er aber klar fest, dass die Geldwäscherei nach dem Gesetz auf die Behinderung der Strafverfolgungsorgane, namentlich auf die Vereitelung der Einziehung abziele », ACKERMANN, *Kommentar*, Art. 305^{bis} N 52, note 72).

¹⁷⁰ LEHMANN, p. 20; ACKERMANN, *Kommentar*, Art. 305^{bis} N 52. Il nous semble que cette critique omet une partie de la réflexion (cf. infra N 66)

¹⁷¹ Voire exclue, si l'on accepte l'idée que la restitution au lésé empêche toute mesure de confiscation

à protéger, *directement ou indirectement*, les particuliers¹⁷²; l'illicéité résulte de la violation par l'auteur d'une norme de comportement dont *l'un des buts* est effectivement de protéger la victime de l'atteinte contre la survenance du dommage qu'elle a subi¹⁷³. Peu importe donc que la répression du blanchiment poursuive d'autres objectifs que la protection du lésé. Dès lors que, en lien avec les mesures de confiscation¹⁷⁴, le blanchiment protège les intérêts individuels de la victime d'un crime préalable contre le patrimoine, il est difficile de nier le caractère de norme protectrice de l'art. 305^{bis} CP. Accepter en outre que l'acte de blanchiment entrave ou soit susceptible d'entraver la restitution et l'allocation des valeurs patrimoniales tout en affirmant que l'infraction de blanchiment ne concerne que les efforts de l'autorité pénale est quelque peu contradictoire. Enfin, se réfugier derrière une hypothétique intention du législateur (à savoir que le législateur a exclusivement limité l'art. 305^{bis} CP à la lutte contre le crime organisé) ne permet pas de remettre en cause cette appréciation. L'intention du législateur n'est en effet pas absolue, sauf à reconnaître qu'il a pris position exhaustive sur tous les aspects et la portée d'une disposition, ce qui n'est pas le cas de l'art. 305^{bis} CP. Si l'on doit reconnaître que l'art. 305^{bis} CP protège aussi les individus à certaines conditions, c'est au terme d'une réflexion et interprétation téléologique des buts et liens de cette disposition avec la confiscation, et non seulement à l'aune sa lettre ou de son histoire. Ce d'autant que l'application concrète de cette disposition a évolué loin de ce qui avait été initialement discuté¹⁷⁵, ce qui ne choque apparemment personne¹⁷⁶. Il est donc peu convaincant de se référer à l'objectif historique du blanchiment – la lutte contre le crime organisé – pour déterminer si l'art. 305^{bis} CP protège certains intérêts individuels, à plus forte raison si seul le blanchiment aggravé s'y réfère expressément.

ii. Le caractère de norme de protection octroyé à l'art. 305^{bis} CP multiplierait de manière exagérée les potentiels responsables civils

[Rz 66] LEHMANN¹⁷⁷, estime que reconnaître le caractère de norme de protection à l'art. 305^{bis} CP multiplie de manière exagérée les responsables civils potentiels, étant précisé qu'il postule qu'il s'agit de banques. Dans l'hypothèse où des fonds illicites transitent par plusieurs banques, il critique le fait que

chacune puisse être poursuivie pour la totalité des montants ayant transité dans ses comptes. En outre, du point de vue subjectif, la notion de dol éventuel a pour conséquence qu'il n'est pas nécessaire que la banque ait effectivement connu l'origine criminelle des fonds pour voir sa responsabilité engagée. Les limites du dol éventuel étant relativement basses, la banque court le risque d'engager rapidement sa responsabilité délictuelle, en sus de celle pénale, ce qui augmente les risques considérablement – trop pour LEHMANN. A tel point que cet auteur estime que l'art. 305^{bis} CP peut être comparé à l'art. 239 CP dont le caractère de Schutznorm a été reconnu et très critiqué, sous la précision que c'est le nombre de responsables qui augmente en lien avec l'art. 305^{bis} CP, non celui des demandeurs potentiels¹⁷⁸. Pour lui, cela crée une inégalité entre les lésés qui ont la chance que les fonds qu'ils ont perdus suite à un crime transitent par la Suisse, par rapport à tous les autres¹⁷⁹.

[Rz 67] Cette critique n'est, à notre avis, pas fondée. D'une part, le blanchisseur (par hypothèse une banque) ne sera vraisemblablement recherché en responsabilité civile que pour le montant qu'il aura blanchi. Une limite est ainsi clairement établie par les conditions du dommage et/ou de la causalité¹⁸⁰. D'autre part, la critique de LEHMANN s'adresse en premier lieu à la notion pénale du blanchiment et la délimitation de ses éléments constitutifs objectifs et (surtout) subjectif par le droit pénal, le droit civil ne faisant que le reprendre dans un deuxième temps. Enfin, la multiplication des responsables est une critique de politique juridique, plus que de dogmatique juridique, ce dont LEHMANN ne se cache pas puisqu'il reconnaît que le lésé est dès lors tenté d'agir contre le blanchisseur dont les épaules sont postulées plus larges, selon le principe qui veut qu'un demandeur en paiement visera toujours la deep pocket¹⁸¹.

[Rz 68] LEHMANN se soucie également de ne pas élargir démesurément la responsabilité civile ; en raison des effets différents visés par le droit pénal et le droit civil, il ne faudrait pas que chaque infraction pénale débouche sur une prétention en responsabilité civile, raison pour laquelle l'art. 305^{bis} CP devrait être appréhendé selon lui comme une interdiction (*Verbotnorm*) dont la violation entraîne une sanction pénale, non la responsabilité civile du blanchisseur¹⁸². Cet avis omet cependant de tenir compte du fait que l'on ne discute que de l'illicéité, non du dommage ou de la causalité. Ce n'est pas

¹⁷² DESCHENAUX/ TERCIER, § 6 N 18.

¹⁷³ CR CO I – WERRO (n. 5), art. 41 CO, WERRO, art. 41 CO N 56; ATF 4C.387/2000, SJ 2001 I 525, consid. 3a.

¹⁷⁴ Cette affirmation mériterait certainement davantage de développements en lien avec les art. 70 ss CP, que cette publication n'a pas vocation à aborder. Relevons simplement que la restitution et l'allocation au lésé constituent à nos yeux deux éléments centraux pour reconnaître que la confiscation sert également le lésé.

¹⁷⁵ L'on pense notamment à la qualification de blanchiment de celui qui dissimule son butin dans un pot de fleurs, bien loin du crime organisé et du recours aux systèmes financiers, ATF 119 IV 59 = SJ 1993 610.

¹⁷⁶ Sauf peut-être STRATENWERTH.

¹⁷⁷ LEHMANN, p. 17 ss.

¹⁷⁸ Dans le cas de l'art. 239 CP, c'est bien le lésé « par ricochet » qui se trouverait fondé à agir contre l'auteur de l'infraction, en plus du propriétaire du câble, atteint dans son droit absolu de propriété. En général, les critiques insistent plutôt sur le danger lié à l'augmentation du nombre de prétentions ou de procès, plutôt que sur l'augmentation du nombre de défendeurs potentiels, cf. MISTELI, p. 97-98.

¹⁷⁹ LEHMANN, p. 19 parle expressément de discrimination.

¹⁸⁰ Ce que LEHMANN, p. 21, relève lui-même. Voir aussi WATTER / REICHENBERG, p. 972.

¹⁸¹ LEHMANN, p. 19.

¹⁸² LEHMANN, p. 25.

parce que vous avez commis un acte illicite que vous êtes nécessairement responsable. Et « la limitation de la responsabilité civile n'est pas un but en soi »; elle ne dispense pas d'appliquer des critères permettant d'établir l'injustice d'une atteinte dans chaque cas concret¹⁸³.

C. Absence de responsabilité aquilienne en cas de blanchiment « par négligence »

1. Des solutions cantonales divergentes

[Rz 69] La problématique relative à la responsabilité du banquier en cas de blanchiment par négligence trouva réponse tout d'abord au niveau cantonal, essentiellement auprès des juridictions civiles genevoises. Le Tribunal de première instance et la Cour de Justice de Genève eurent en effet à deux reprises à trancher ladite question dans des affaires où l'élément subjectif (d'intention) de l'infraction de blanchiment n'était pas réalisé. La responsabilité du blanchisseur par négligence fut admise en 1998 avant d'être finalement rejetée en 2006.

a. La solution genevoise de 1998 - ACJC/176/1998

[Rz 70] Dans la première affaire genevoise¹⁸⁴ une banque dont le siège était à Londres (ci-après « Banque A. »), a reçu un télex testé comme provenant d'American Express Bank France SA et l'invitant à transférer 1'250'000 dollars auprès de la Bank of Tokyo, succursale de New York, en faveur d'une certaine société. La Banque A. y a donné suite, mais, contrairement à ce qu'indiquait l'ordre de transfert, elle n'a jamais été couverte par American Express Bank France SA et le télex s'est avéré être un faux. La société créditée a donné par la suite instruction à la Bank of Tokyo de transférer les fonds reçus en faveur d'une tierce entité, auprès d'une banque basée à Genève. Le titulaire du compte crédité n'était toutefois pas la tierce entité nommée mais un dénommé B. L'arrière-plan de ces transactions était un commerce de diamants dans lequel B. agissait en qualité de vendeur. Ayant reçu 1'250'000 dollars en trois versements, alors même que la transaction sur les diamants ne portait que sur un peu plus de 300'000 dollars, B. les a fait transférer sur ses comptes auprès de trois agents de change avant de retirer une partie en espèces. B. a remis diamants et espèces à une personne dont l'identité lui était inconnue. La Banque A. a obtenu le blocage des fonds à Genève et a actionné B. en paiement de la somme séquestrée à Genève, lui reprochant d'avoir participé aux actions délictueuses dont elle avait été la victime. La procédure pénale ouverte à Genève ayant été classée, sans inculpation, B. a plaidé qu'aucun acte illicite ne pouvait lui être reproché et qu'il n'était pas l'escroc mais bien la victime de l'escroc, utilisé par celui-ci. Se fondant sur l'art. 305^{bis} CP, la

banque chercha toutefois à rendre B. civilement responsable de son dommage, lequel se retrancha derrière son absence de responsabilité pénale.

[Rz 71] Considérant que « lorsque la valeur patrimoniale qui est soustraite à la justice a été obtenue grâce à un crime contre des intérêts individuels, l'acte de dissimulation peut également porter atteinte aux intérêts patrimoniaux de la victime du crime préalable », la Cour conclut qu'un « acte illicite qui ne serait pas poursuivable, faute d'intention, au plan pénal, [pouvait] n'en constituer pas moins un acte illicite fautif, entraînant la responsabilité de son auteur, au plan civil (...) ». Estimant B. au demeurant (civilement) fautif, la Cour le jugea civilement responsable.

b. La solution de 2006 - ACJC/982/2006

[Rz 72] En 2006, confrontée une nouvelle fois à la question de la responsabilité du blanchisseur par négligence, la même Cour de Justice genevoise renversa sa jurisprudence. Dans cette affaire, une banque sise dans un pays du Moyen-Orient avait été victime d'importants détournements commis par l'un de ses sous-directeurs pour un montant excédant 240 millions de dollars. Une partie des détournements avaient alors été successivement crédités auprès de différents comptes ouverts auprès d'une banque suisse au nom d'un dénommé C. La banque suisse ignorait alors tout des agissements commis à l'encontre de la banque sise au Moyen-Orient, la banque ayant identifié les fonds comme provenant de commissions perçues sur diverses transactions auxquelles C avait participé. Les comptes avaient peu à peu été débités, sans pour autant qu'une corrélation directe ne puisse être constatée entre les montants arrivant sur le compte et les sommes qui y étaient débitées. Les enquêtes internes de la banque suisse n'avaient pas permis de déceler la fraude commise au détriment de la banque sise au Moyen-Orient. Une fois les détournements illicites mis à jour, diverses procédures pénales furent ouvertes dans le pays où les agissements avaient été commis. La banque lésée déposa également une plainte pénale auprès des autorités pénales genevoises contre inconnu pour violation des articles 305^{bis} et 305^{ter} CP. Hormis la saisie et la restitution d'une partie des fonds qui demeurèrent encore sur le compte de C dans les livres de la banque suisse, la procédure pénale genevoise n'avait abouti à aucune condamnation d'un organe ou employé de la banque suisse. La Commission fédérale des banques (CFB) n'avait par ailleurs pris aucune mesure contre la banque suisse. La banque suisse fut cependant actionnée pour plusieurs millions de dollars par la banque lésée par les agissements de C, cette dernière avançant, notamment, que la banque défenderesse avait commis un acte de blanchiment dont elle était civilement responsable, eu égard notamment au précédent arrêt de la Cour de Justice genevoise de 1998.

[Rz 73] En substance, la Cour de Justice considéra qu'il n'était pas loisible au juge civil de n'utiliser qu'une partie d'une disposition pénale qui protège le patrimoine de la victime

¹⁸³ MISTELI, p. 219.

¹⁸⁴ ACJC/176/1998 du 20 février 1998, consid. 9 = SJ 1998 647.

exclusivement contre des atteintes intentionnelles pour fonder une illicéité civile et condamner l'auteur d'une atteinte non intentionnelle à la réparation du dommage causé¹⁸⁵: «... en cas de dissimulation non intentionnelle du butin d'une infraction contre le patrimoine, la victime d'une infraction ne peut pas se prévaloir de l'interdiction de blanchiment selon l'article 305^{bis} CP pour réclamer au blanchisseur involontaire (...) la réparation de son dommage, correspondant à la valeur du butin dissimulé ... ».

[Rz 74] De façon apparemment anodine mais non dépourvue d'intérêt à nos yeux, la Cour a toutefois noté que « le concept de dol éventuel permet de fonder une responsabilité civile solidaire du blanchisseur qui devait présumer que les valeurs patrimoniales provenaient d'un crime et qui s'en était accommodé – sans inclure une telle responsabilité, somme toute assez lourde, pour le blanchisseur malgré lui, même objectivement négligent »¹⁸⁶. En d'autres termes, la notion de dol éventuel, qui se trouve aux limites de la négligence consciente, permettrait de retenir une illicéité civile même en l'absence d'intention dolosive de la part de l'auteur, tempérant ainsi le revirement de jurisprudence de la Cour cantonale.

[Rz 75] La Cour a relevé¹⁸⁷ que le juge pouvait conclure au dol éventuel en prenant notamment en considération les indices de risque particulier de blanchiment, énoncés par les circulaires de la Commission fédérale des banques, ainsi que toute contravention aux devoirs d'identification ou de clarification supplémentaire. De l'avis de la Cour cantonale, la LBA, son ordonnance d'application et la Circulaire 91/3 concernant les directives de la CFB relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux – abrogée depuis lors¹⁸⁸ – pouvaient *a priori* entrer en considération pour juger de la culpabilité intentionnelle pénale de la banque, et par voie de conséquence, de la commission d'un acte illicite.

[Rz 76] Dès lors que la LBA et l'OBA-FINMA 1 ne pouvaient servir de base à la construction d'une illicéité civile, à défaut d'être en vigueur au moment des faits¹⁸⁹, la Cour a considéré que le cas devait être apprécié à la seule lumière de la Circulaire 91/3. Celle-ci prévoyait notamment que toute banque qui constatait des indices de blanchiment devait interroger son client ou récolter des informations¹⁹⁰, en vérifier la plausibilité

pour apprécier l'arrière-plan économique des transactions suspectes¹⁹¹.

[Rz 77] La Cour de Justice genevoise conclut toutefois à l'absence d'indice de blanchiment au sens de la Circulaire et les Directives de la CFB, notamment eu égard au fait que (1) il n'y avait pas de corrélation directe et immédiate entre les crédits et débits du compte détenu par C, (2) le bénéficiaire des détournements avait toujours laissé des fonds sur certains de ses comptes qui étaient placés à court terme, (3) le profil client pouvait justifier les différents opérations passées sur les comptes en question, (4) les virements provenaient de la banque demanderesse, de bonne réputation, qui était censée prévenir elle-même tout blanchiment. La Cour a toutefois précisé – et nous y reviendrons plus loin (cf. infra D.4) – que la situation aurait pu être différente si les faits étaient survenus postérieurement à l'entrée en vigueur des articles 9 al. 1 et 10 LBA.

2. La solution du Tribunal fédéral – ATF 133 III 323

[Rz 78] C'est dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt cantonal de 2006 que le Tribunal a confirmé la décision de la Cour de Justice genevoise en des termes en apparence sans équivoque, rejetant ainsi une illicéité civile fondée sur les seuls éléments constitutifs objectifs du blanchiment¹⁹²: « Les éléments constitutifs d'une norme pénale se répartissent en éléments objectifs et subjectifs. On ne voit pas pourquoi il conviendrait d'attribuer une portée moindre à l'un desdits paramètres par rapport à l'autre dans le cadre de l'infraction de blanchiment d'argent de l'art. 305^{bis} CP. Lorsqu'il a édicté cette norme, le législateur a clairement écarté la responsabilité du blanchisseur qui a agi par négligence (...). En accord avec la majorité des auteurs susmentionnés (...), il faut donc admettre que l'art. 305^{bis}CP ne souffre pas d'être disséqué et qu'il s'agit d'une norme intangible, qui forme par elle-même un tout. En d'autres termes, un acte de blanchiment commis par négligence, qui n'est donc pas sanctionné par la loi pénale, ne saurait constituer un acte illicite tel que l'entend l'art. 41CO. »

[Rz 79] En matière de responsabilité civile fondée sur un acte de blanchiment, la portée de l'arrêt du Tribunal fédéral était importante, mais ne constituait qu'une étape jurisprudentielle supplémentaire. La brèche ouverte par la Cour de Justice genevoise dans laquelle on pouvait entrevoir une éventuelle illicéité fondée sur la LBA n'avait pas été fermée par le Tribunal fédéral, qui n'avait pas eu à examiner cette question. Sur le plan du droit de la responsabilité civile en général, l'arrêt du Tribunal fédéral avait toutefois une portée considérable puisqu'il retenait que l'art. 305^{bis} CP – une norme pénale ?¹⁹³

¹⁸⁵ ACJC/982/2006, p. 20 no 3.9. Au demeurant, la Cour a rappelé que « le concept de dol éventuel permet de fonder une responsabilité civile solidaire du blanchisseur qui devait présumer que les valeurs patrimoniales provenaient d'un crime et qui s'en était accommodé – sans inclure une telle responsabilité, somme toute assez lourde, pour le blanchisseur malgré lui, même objectivement négligent ».

¹⁸⁶ ACJC/982/2006, p. 19 no 3.8.

¹⁸⁷ Se référant notamment à EGGER TANNER, *Geldwäscherei*, p. 189.

¹⁸⁸ La Circulaire 91/3 fut reprise par la Circulaire 98/1 le 1^{er} juillet 1998, remplacée en 2003 par l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent (OBA-CFB), elle-même devenue OBA-FINMA 1.

¹⁸⁹ La LBA et l'OBA-CFB sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 1998, respectivement le 1^{er} juillet 2003.

¹⁹⁰ Art. 20 directives.

¹⁹¹ Art. 19 directives.

¹⁹² ATF 133 III 323, 333, consid. 5.2.3.

¹⁹³ Le Tribunal fédéral s'est exprimé en lien avec l'art. 305^{bis} CP. Quand bien même il est tentant de généraliser l'approche à toutes les dispositions pénales, ce serait quelque peu hâtif en ce sens qu'il n'est pas possible

– ne souffre pas d'être disséqué pour fonder une responsabilité civile sur la base des seuls éléments constitutifs d'une infraction pénale¹⁹⁴.

3. L'impossibilité de « disséquer » une norme pénale : opinion discutable ?

[Rz 80] La conclusion du Tribunal fédéral semble limpide et, d'une certaine façon, presque logique. Ne paraît-il pas évident, voire même séduisant, qu'une norme ne puisse être « disséquée » pour servir de fondement à une illicéité civile ? A y regarder de plus près, en revanche, tel n'est pas nécessairement le cas.

[Rz 81] D'une part, les objectifs du droit pénal et du droit civil ne sont pas nécessairement les mêmes. Ce n'est d'ailleurs pas pour rien que la faute civile de l'art. 41 CO comprend la négligence, tandis que la faute pénale « par défaut » exige l'intention¹⁹⁵. D'autre part – on l'a vu –, le droit de la responsabilité civile se fonde sur « un acte ou une omission objectivement contraire à une règle du droit [objective¹⁹⁶] écrit ou non écrit et qui porte atteinte soit à un droit absolu du lésé, soit à son patrimoine. »¹⁹⁷ Lorsque l'art. 305^{bis} CP rend pénalement répréhensible le fait de commettre un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeur patrimoniales, il pose une règle de droit objective dont les contours sont clairs. En outre, l'on aurait pu imaginer que l'interdiction d'entraver la confiscation pénale constitue une règle de droit non écrite (avant l'entrée en vigueur de l'art. 305^{bis} CP), laquelle aurait pu fonder une responsabilité civile.

[Rz 82] Ce nonobstant, une partie de la doctrine avait assez largement critiqué la solution retenue en 1998 par la Cour de Justice genevoise¹⁹⁸ ou simplement pris position¹⁹⁹ sur la question – doctrine largement citée par le Tribunal fédéral

d'exclure avec certitude que le Tribunal fédéral ne parvienne à une solution différente dans d'autres circonstances ; cf. à cet égard SCHWARZ, p. 11. Cela dit, il nous semble qu'il serait pour le moins délicat et regrettable de ne pas généraliser la théorie (dans le sens choisi par le Tribunal fédéral ou dans l'autre), pour des raisons de sécurité juridique et ajouter des plaidoiries inutiles à une théorie de l'illicéité déjà propice à de grandes discussions.

¹⁹⁴ Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, cf. SCHWANDER; CORBOZ / FLEURY; BÉGUIN / UNTERNAEHRER.

¹⁹⁵ C'est d'ailleurs là qu'est l'enjeu. Si l'on admet qu'il suffit de réaliser les éléments constitutifs objectifs de l'art. 305^{bis} CP pour réaliser un acte illicite, il faut accepter de tenir une personne civilement responsable pour un acte pénalement non coupable. En effet, si la seule réalisation des éléments constitutifs objectifs suffit à la condition de l'acte illicite, cela permet de poursuivre l'examen des conditions de l'art. 41 CO et, par hypothèse, de retenir une faute commise par négligence – au sens du droit civil – à l'encontre d'un auteur acquitté au pénal, pour défaut d'intention.

¹⁹⁶ DESCHENAUX/TERCIER, § 6 N 19.

¹⁹⁷ ATF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, consid. 2c; ATF 123 III 306, 312, consid. 4a.

¹⁹⁸ Cf. BÉGUIN / UNTERNAEHRER pour un état des lieux de cette doctrine.

¹⁹⁹ Cf. DAENIKER / WALLER, p. 55 ss, 106.

dans l'ATF 133 III 323. En revanche – et l'ATF 133 III 323 n'y fait curieusement pas référence²⁰⁰ –, certains auteurs n'étaient pas de cet avis.

[Rz 83] Ainsi, en lien avec l'art. 152 CP, BÖCKLI affirme que l'élément intentionnel pénal ne joue aucun rôle dans l'illicéité civile. Sans grands développements, et en partant du principe que la question est accessoire en matière de faux renseignements, lesquels surviennent le plus souvent par dol éventuel, cet auteur s'exprime dans les termes suivants²⁰¹:

« Im Gegensatz zu dem, was man annehmen könnte, spielt es keine Rolle, dass das StGB als solches im Strafrechtsbereich nur auf vorsätzliche Taten abzielt und demgemäss in Art. 152 nur denjenigen mit Gefängnis bedroht, der mindestens eventualvorsätzlich unwahre oder unvollständige öffentliche Bekanntmachungen über eine Emittentin macht. Denn im Zivilrecht geht es nicht um den Grad des Verschuldens, sondern die Grundsatzfrage der Widerrechtlichkeit eines bestimmten Verhaltens. Ist das Verhalten einmal bei Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale des Art. 152 als widerrechtlich gebrandmarkt, so ist es allein Sache der zivilrechtlichen Haftungsnorm, zu entscheiden, ob zivilrechtlich auf der subjektiven Seite nun ebenfalls Vorsatz zu verlangen ist oder ob schon Fahrlässigkeit haftbar macht. Nach Art. 41 OR genügt Fahrlässigkeit für die Haftung. »

[Rz 84] En référence aux avis de BÖCKLI et DAENIKER / WALLER, WATTER / REICHENBERG concluent de manière panachée en ce sens qu'ils estiment, avec BÖCKLI, « que pour déterminer si une contravention à une norme pénale peut entraîner une responsabilité civile, la question de la faute doit être examinée selon l'échelle du droit civil », tout en admettant, avec DAENIKER / WALLER, que les « éléments subjectifs de l'énoncé de faits légal qui relèvent de l'illicéité, pour autant que la norme en contienne, devront aussi être réalisés pour fonder une responsabilité civile »²⁰². Ils en déduisent logiquement qu'il est nécessaire d'examiner chaque cas pour déterminer si l'élément subjectif se traduit dans un élément constitutif subjectif (typicité) ou en une condition de faute.

²⁰⁰ Certes, les commentaires ne concernaient pas l'art. 305^{bis} CP et l'on peut raisonnablement soutenir que chaque disposition doit être analysée de façon séparée, cf. MISTELI, p. 254 ss. Cela dit, tel n'est pas forcément le cas et de surcroît, il n'en demeure pas moins que des analogies peuvent à tout le moins être suivies ; cf. SCHWARZ pour qui la question se pose de façon générale (« Es stellt sich – nicht nur bei der Geldwäscherei, sondern generell bei allen Schutznormen, die sich nur auf ein vorsätzliches Handeln beziehen – die Grundsatzfrage, ob Art. 41 Abs. 1 OR, (...) massgebend ist, oder ob, wenn die Haftung sich aufgrund einer Schutznorm ergibt, die (...) ein Rechtsgut nur gegen vorsätzliche Verletzung schützt, auch zivilrechtlich nur vorsätzliches Handeln zur Haftung führt. »), p. 11.

²⁰¹ BÖCKLI, p. 2040 N 71.

²⁰² WATTER / REICHENBERG, p. 976-977, souligné dans le texte, étant précisé que l'on parle bien entendu d'illicéité au sens pénal, soit la typicité.

[Rz 85] En définitive, aussi séduisante et d'apparence logique que la solution retenue par le Tribunal fédéral puisse être, il n'en demeure pas moins qu'elle pourrait être approfondie davantage. En revanche, il est certain qu'elle présente un tableau favorable au monde bancaire et qu'il n'est pas interdit de considérer des objectifs de *policy* dans une analyse juridique²⁰³.

D. Absence de responsabilité civile en cas d'infraction à l'article 305^{ter} CP et en cas de violation de la LBA

[Rz 86] Il n'a pas fallu longtemps au Tribunal fédéral pour fermer la brèche ouverte par l'arrêt de la Cour de Justice genevoise et l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire précitée. Par une décision du 13 juin 2008²⁰⁴, notre Haute Cour a définitivement rejeté toute responsabilité de celui qui commettait une violation de l'article 305^{ter} CP et/ ou une violation de la LBA. Ce faisant, le Tribunal fédéral a rejeté l'argument de la recourante qui soutenait que les art. 3 à 10 LBA servaient les deux objectifs énoncés par l'art. 1 LBA, en particulier la vigilance requise en matière d'opérations financières, et qu'à ce titre ces dispositions constituaient des normes protectrices au sens de l'art. 41 CO.

1. Les faits

[Rz 87] Dans cette affaire, X. SA – une société uruguayenne basée à Montevideo – agit en responsabilité civile à l'encontre de Y. SA – un intermédiaire financier zurichois – sur la base des faits suivants²⁰⁵. L'un des cadres de X. SA (« B. »), titulaire d'une procuration sur un compte de la société auprès d'une banque de Montevideo, transféra environ USD 4 millions du compte de X. SA sur son compte personnel ouvert auprès de Y. SA à Zurich, commettant par là un abus de confiance aux dires de la recourante. Après que la recourante l'en eut informée, l'intimée bloqua dans un premier temps les comptes de B le 31 juillet 2000 – toutefois à l'interne. Le 1^{er} novembre 2000, Y. SA mit fin au blocage et exécuta le 3 novembre un ordre de transferts donné par B. au débit de son compte en faveur d'un compte numéroté ouvert auprès d'une banque genevoise pour USD 1'075'000. Le 7 novembre suivit un second transfert sur un compte numéroté ouvert à Zurich pour

USD 895'000. Le 17 novembre 2000, la recourante informa l'intimée de ce que le parquet de Rio de Janeiro avait ouvert une procédure pénale à l'encontre de B. Ce nonobstant, Y. SA donna suite à un troisième ordre de transfert de B. sur le compte numéroté genevois pour USD 63'500. Le 27 novembre 2000, l'inculpation de B. fut publiée en ligne, laquelle publication fut immédiatement communiquée à Y. SA, suivie le 6 décembre 2000 par un tirage des documents produits dans cette procédure.

[Rz 88] Le 26 juin 2001, B. remit à Y. SA copie d'une décision prise par un tribunal pénal de Rio de Janeiro en date du 29 mai 2001 rejetant une requête de la recourante en restitution des fonds déposés auprès de Y. SA. Le 27 juin 2001, Y. SA effectua un 4^{ème} ordre de paiement pour USD 20'000, puis un 5^{ème} le 13 septembre 2001 pour USD 200'000. Le 28 septembre 2001, la Cour d'appel pénale de Rio de Janeiro ordonna le séquestre des USD 4 millions déposés auprès de Y. SA par le biais d'une demande d'entraide adressée aux autorités suisses suite de quoi les autorités pénales du quatrième arrondissement de Zürich²⁰⁶ ordonnèrent le séquestre du compte de B. auprès de Y. SA en date du 19 octobre 2001.

[Rz 89] En décembre 2003, B. conclut une convention transactionnelle avec les propriétaires d'une société brésilienne en relations commerciales avec X. SA et liée à cette affaire, suivie d'un accord portant sur le rapatriement des fonds qui mit fin à une action civile ouverte par B. à l'encontre des propriétaires de la société brésilienne. B. rendit ensuite à X. SA les USD 2 millions encore sur le compte de l'intimée, en contrepartie de quoi X. SA informa le parquet brésilien de ce qu'elle n'était plus intéressée au maintien de la procédure pénale, lequel parquet y mit dès lors un terme.

[Rz 90] Le 23 décembre 2005, X. SA déposa par devant le tribunal de commerce de Zürich une action en paiement de USD 2'861'859 plus intérêts à 5% à l'encontre de Y. SA. Cette demande fut rejetée et X. SA interjeta recours par devant le Tribunal fédéral.

2. La décision du Tribunal fédéral

[Rz 91] En substance, le Tribunal fédéral a considéré que le but premier de la LBA était la sauvegarde de la réputation de la place financière suisse et la sauvegarde d'intérêts individuels. Dans ces conditions, ni la commission d'infractions au sens de l'article 305^{ter} CP ni une violation aux obligations prévues par la LBA ne saurait fonder une quelconque responsabilité.

a. La LBA

[Rz 92] Ayant évoqué les divergences doctrinales²⁰⁷, le

²⁰³ Cf. SCHWARZ, p. 12, qui relève à raison que les éléments objectifs du blanchiment correspondent à des comportements et actes quotidiens pour les intermédiaires financiers. Il est clair que ces derniers seraient sous grande pression s'ils devaient compter avec une responsabilité civile (par négligence) pour chaque acte de blanchiment commis objectivement, d'autant que, contrairement à d'autres professionnels, les banques n'ont pas forcément l'opportunité d'assurer ce risque.

²⁰⁴ ATF 134 III 529.

²⁰⁵ Ces faits sont tirés de l'arrêt non publié, 4A_21/2008. Ils sont à la fois révélateurs et limités car de toute évidence, ils ne permettent pas une appréciation précise de la situation juridique de l'intermédiaire financier, dont on peine à comprendre certains actes à la lumière de ces seuls faits.

²⁰⁶ Bezirksanwaltschaft IV für den Kanton Zürich (BAK IV).

²⁰⁷ L'écrasante majorité des auteurs s'étaient prononcés contre le caractère protecteur des normes de la LBA, sans pour autant les analyser en détails à la lumière de la théorie objective de l'illicéité, cf. CERUTTI, p. 94-95 et

Tribunal fédéral rappelle qu'en tant qu'outil de la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (« troisième train »), la LBA régit la vigilance requise en matière d'opérations financières. Elle doit, d'une part, prévenir que des valeurs patrimoniales d'origine criminelle n'entrent dans le circuit financier régulier, d'autre part, aider à identifier et poursuivre pénalement les personnes coupables de blanchiment d'argent. Pour ce faire, la LBA impose des obligations de diligence et de comportement particulières aux intermédiaires financiers, lesquelles font l'objet des art. 3 à 10 LBA.

[Rz 93] Ces obligations sont bien connues mais l'enjeu de la question, en matière de responsabilité civile, résidait dans la détermination des objectifs visés par ces obligations de diligence et de comportement. Le Tribunal fédéral poursuit ainsi logiquement en expliquant que celles-ci sont destinées à protéger l'intégrité de la place financière suisse et n'ont pas pour objectif la protection des intérêts patrimoniaux individuels, citant à cet égard l'opinion de CASSANI et LEHMANN²⁰⁸, ce dernier étant au demeurant opposé à la reconnaissance du caractère protecteur de l'art. 305^{bis} CP. Ces « aufsichts- und verfahrensrechtliche Vorschriften » établissent pour l'ensemble du marché financier un standard minimum en termes d'obligations de diligence et de comportement, sans pour autant – relève le Tribunal fédéral – prévoir de sanctions pénales en cas de manquement aux articles 3 à 8 LBA, y compris en cas de violation par l'intermédiaire financier de l'obligation de blocage automatique des fonds prévue à l'art. 10 LBA, laquelle serait la plus à même d'affecter les droits de la victime affectée par le crime préalable²⁰⁹. Sur ce dernier point, nous doutons de la pertinence de l'absence, respectivement de la présence, de sanctions pénales pour juge du caractère protecteur d'une norme. Nous avons vu que celui-ci dépend des objectifs de la norme et, dans une certaine mesure, des rôles et fonction de la norme, non de la question de savoir si le droit pénal sanctionne sa violation²¹⁰.

[Rz 94] Le Tribunal fédéral relève de plus que selon l'approche choisie par la LBA, il appartient bien plus au juge pénal de punir des manquements aux obligations prévues par la LBA dans l'hypothèse où les éléments constitutifs du blanchiment (art. 305^{bis} CP) ou défaut de vigilance (art. 305^{ter} CP) sont donnés. Plus précisément, l'intermédiaire financier qui, nonobstant un soupçon quant à l'origine criminelle des valeurs patrimoniales, autorise néanmoins un transfert ou un retrait, se rend cas échéant coupable d'un acte de blanchiment par dol éventuel (Art. 305^{bis} CP)²¹¹.

[Rz 95] Suivant CASSANI, le Tribunal fédéral en conclut que

SCHWARZ, p. 13, n. 43 pour une liste des auteurs.

²⁰⁸ CASSANI, Blanchiment, p. 406 ; LEHMANN, p. 27.

²⁰⁹ CASSANI, Blanchiment, p. 406.

²¹⁰ Ce d'autant que n'importe quel type de normes peut constituer une norme de protection, cf. supra N 55.

²¹¹ CASSANI, Blanchiment, p. 406 ; THELESKLAUF/WYSS/ZOLLINGER, Geldwäschereigesetz, Zurich 200, N. 9 ad Art. 10 LBA.

la LBA n'étend pas la protection des intérêts individuels de la victime du crime préalable octroyée par l'art. 305^{bis} CP²¹². Les dispositions de la LBA ne constituent ainsi pas des normes de comportement ayant pour but de protéger contre la survenance de dommages qui découlent de la violation de ces normes.

b. Art. 305^{ter} CP

[Rz 96] Nonobstant l'absence de violation des art. 305^{bis} et 305^{ter} CP, le Tribunal fédéral saisit l'occasion d'examiner la question du caractère protecteur de l'art. 305^{ter} CP. Sans surprise, il l'exclut en quelques lignes seulement, tant il est vrai que la controverse en lien avec l'art. 305^{bis} CP n'avait jamais été vraiment étendue à l'art. 305^{ter} CP.

[Rz 97] Avec raison, le Tribunal fédéral insiste sur le fait que, contrairement à l'art. 305^{bis} CP, le patrimoine de personnes lésées des suites d'un défaut d'identification n'est pas un bien juridique protégé par l'art. 305^{ter} CP. Le défaut de vigilance en matière financière est un délit de mise en danger abstrait de l'administration de la justice²¹³: la réalisation d'affaires financières sans identifier préalablement l'ayant droit économique met potentiellement en péril le droit de confiscation de l'art. 70 CP²¹⁴. Ce n'est toutefois pas une infraction qui vise l'élément constitutif de blanchiment²¹⁵. En effet, l'art. 305^{ter} CP relève structurellement du droit pénal administratif²¹⁶ et participe à la mise en œuvre du principe *Know Your Customer*²¹⁷, constituant ainsi une sorte de droit de surveillance des marchés financiers (*ersatzweises Finanzaufsichtsrecht*)²¹⁸. De surcroît, l'art. 305^{ter} CP peut être satisfait alors même que les fonds sont d'origine criminelle, ce qui démontre que cette infraction n'a pas le même rapport au crime préalable que l'art. 305^{bis} CP. Contrairement à ce que sous-entend SCHWARZ²¹⁹, les arguments avancés à l'égard de l'art. 305^{bis} CP ne peuvent être repris mutatis mutandis pour l'art. 305^{ter} CP.

3. La LBA n'est pas une *Schutznorm*: opinion discutable ?

[Rz 98] Si la plupart des obligations de diligence de la LBA n'entrent clairement pas en considération, il nous semble que le Tribunal fédéral a exclu de façon quelque peu péremptoire que les obligations de communication et blocage ne puissent servir les intérêts patrimoniaux de la victime du crime préalable. D'une part, l'art. 1 LBA renvoie expressément à l'art.

²¹² CASSANI, Blanchiment, p. 406.

²¹³ EGGER TANNER, p. 274; STRATENWERTH / BOMMER, BT II, § 55, N 45; CASSANI, Commentaire, Art. 305^{ter} CP, N 2; MOREILLON, p. 19; DONATSCH / WOHLERS, p. 408.

²¹⁴ TRECHSEL, Kurzkomentar, art. 305^{ter} CP, N 1; TF, SJ 2000 I 145, c. 3a.

²¹⁵ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 1.

²¹⁶ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 1 et 6.

²¹⁷ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 1.

²¹⁸ BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 4; DONATSCH / WOHLERS, p. 408.

²¹⁹ SCHWARZ, p. 15.

305^{bis} CP, ce qui lie la loi à l'infraction pénale dans une mesure non négligeable. D'autre part, dans l'hypothèse où la banque ne satisfait pas ses obligations de communication et de blocage sur des valeurs patrimoniales d'origine illicite, l'on distingue mal pourquoi les conséquences civiles devraient être différentes selon que la banque ne viole « que » la LBA ou qu'elle enfreint simultanément l'interdiction d'entraver la confiscation posée par l'art. 305^{bis} CP. Poser la question est (presque) y répondre. En effet, quelles sont les différentes interactions possibles entre la LBA et l'art. 305^{bis} CP ?

- Cas 1 : la banque viole ses obligations de communication et blocage et simultanément entrave la confiscation avec un degré d'intention tel qu'elle enfreint de manière coupable l'art. 305^{bis} CP.
- Cas 2 : la banque viole ses obligations de communication et blocage, sans toutefois démontrer une intention suffisante à se rendre coupable de blanchiment, ne serait-ce que par dol éventuel
- Cas 3 (théorique) : la banque viole ses obligations de communication et blocage sans entraver la confiscation (éléments constitutifs objectifs et élément subjectif du blanchiment faisant défaut)

[Rz 99] A notre sens, c'est là que se joue la décision du Tribunal fédéral, davantage que dans des pures considérations liées aux seuls objectifs de la LBA. En effet, le cas 1 n'amène en réalité aucune discussion particulière puisque la banque sera (civilement) poursuivie pour violation de l'art. 305^{bis} CP. Le cas 3 est exclusivement théorique, dès lors que la confiscation, non-entravée malgré les omissions du banquier, a pu être opérée et qu'il n'y a par définition pas ou plus de lésé. Le cas 2, en revanche, pose problème. Dans cette hypothèse, la banque a commis un acte objectif de blanchiment, sans toutefois en avoir l'intention, si bien qu'elle échappe à la condamnation pénale pour violation de l'art. 305^{bis} CP ainsi qu'à toute responsabilité civile à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral de 2007. Or, reconnaître aux art. 9 et 10 LBA le caractère de normes de protection permettrait à la victime de poursuivre civilement la banque dans un tel cas de figure, soit, en d'autres termes, obtenir réparation civile dans une hypothèse où la jurisprudence récente considèrerait qu'elle n'était pas due. Aussi élever (certaines des dispositions de) la LBA au rang de Schutznorm serait en porte-à-faux direct avec la jurisprudence de 2007 selon laquelle seule la violation coupable de l'art. 305^{bis} CP entraîne la responsabilité civile de l'auteur. Admettre une solution contraire aurait ipso facto nié la portée de l'ATF 133 III 323, si bien que le Tribunal fédéral ne disposait d'aucune marge de manœuvre en ce sens que l'objectif de *policy* choisi en 2007 pouvait se lire en filigrane²²⁰.

²²⁰ De là à se demander s'il devrait en aller autrement si la jurisprudence avait en 2007 suivi Böckli, pour qui il n'est absolument pas nécessaire que l'intention pénale soit remplie pour engager sa RC, il y a certes encore un pas à franchir. De plus, la question n'aurait en réalité eu qu'une portée théorique puisqu'il est difficile d'imaginer une violation des obligations

Certes, l'on pourrait objecter que la LBA est une *lex posterior* et que le régime de responsabilité civile qui en découle ne doit pas nécessairement être identique à celui qui prévaut en matière de blanchiment tel que réprimé par l'article 305^{bis} CP. Nous sommes toutefois d'avis que la LBA et l'article 305^{bis} CP sont intrinsèquement liés et que reconnaître le caractère de Schutznorm à la première mais non au second constituerait une incohérence juridique.

4. Une responsabilité aquilienne « facilitée » en présence d'une violation des obligations découlant de l'article 305^{ter} CP et de la LBA?

[Rz 100] Le Tribunal fédéral rejette, on l'a vu, l'hypothèse selon laquelle la LBA et l'article 305^{ter} CP puissent être invoqués par le justiciable en tant que Schutznorm et, de ce fait, conclut qu'aucune de ces règles ne peut fonder une source autonome de responsabilité civile. Cela dit, ces normes, et en particulier certaines dispositions contenues dans la LBA et dans ses ordonnances d'application, ne pourraient-elles pas être pertinentes pour trancher la responsabilité de celui qui blanchit des valeurs par *dol éventuel*?²²¹ Cette question nous ramène au raisonnement opéré par la Cour de Justice genevoise dans l'affaire décrite sous C.1.b. Pour rappel, l'autorité cantonale de dernière instance avait retenu que le juge pouvait conclure au dol éventuel en prenant notamment en considération les indices de risque particulier de blanchiment, énoncés notamment par la LBA et l'OBA-CFB (supra N 76). En d'autres termes, celui qui commet objectivement un acte de blanchiment aux mépris de certaines obligations de la LBA n'envisage-t-il pas le résultat dommageable, mais agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait ?

[Rz 101] Réintroduire la prise en considération de la législation anti-blanchiment « par la petite porte », en analysant son respect dans le cadre de l'examen du dol éventuel ne devrait à notre avis toutefois pas être d'emblée exclue. Prenons l'exemple de l'intermédiaire financier qui omettrait d'identifier l'identité du cocontractant (cf. art. 3 à 5 LBA). Une telle omission ne saurait permettre de conclure que l'intermédiaire s'accommodait de blanchir des valeurs patrimoniales s'il devait s'avérer par la suite que les valeurs en question provenaient d'un crime. La jurisprudence l'a d'ailleurs récemment confirmé s'agissant du défaut de vigilance financière réprimé par l'article 305^{ter} CP. La situation pourrait toutefois être différente en cas de violation de l'obligation de clarification (art. 6 LBA). Comme on l'a vu, cette disposition oblige l'intermédiaire financier à déterminer l'arrière-plan économique et le but d'une transaction, respectivement d'une relation d'affaires,

de communication et blocage qui n'entrave pas la confiscation – postulant qu'il y a une victime intéressée à poursuivre une *deep pocket*.

²²¹ Ainsi que le relève le Tribunal fédéral, le dol éventuel suffit à se rendre coupable de blanchiment, auquel cas la responsabilité civile du blanchisseur est engagée, cf. ATF 134 III 529, 533 consid. 4.3.

lorsque celles-ci semblent inhabituelles (art. 6 LBA lit. a) ou que des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir dessus (art. 6 LBA lit. b). Dans la première hypothèse – celle d'une transaction inhabituelle (lit. a) telle que décrite par les articles 7 OBA-FINMA 1 et 26 OBA-FINMA 3 (cf. supra II.C.1) – on peut légitimement se poser la question de savoir si le banquier négligent ne commettrait pas un acte de blanchiment par dol éventuel. Dans la seconde – i.e en cas d'indices de blanchiment (lit. b) – le banquier agit, nous semble-t-il, clairement par dol éventuel.

[Rz 102] Que faut-il en retenir ? Le Tribunal fédéral exclut clairement que la violation d'une disposition de la législation anti-blanchiment, à l'exception de l'article 305^{bis} CP, puisse constituer une source autonome de responsabilité civile. Cela ne signifie toutefois pas qu'une telle violation ne soit pas prise en compte pour déterminer la responsabilité du banquier sous l'angle du dol éventuel, lequel est, on l'a vu (supra N 22), suffisant pour fonder une responsabilité pénale et – a fortiori – une responsabilité civile. L'étendue de la responsabilité civile des intermédiaires financiers s'arrête toutefois là : la responsabilité civile de ces derniers ne pourra être engagée qu'à condition que tous les éléments constitutifs objectifs et l'élément subjectif du blanchiment selon l'article 305^{bis} CP soient réalisés. Aussi, même si les aspects liés au respect de la LBA et de ses ordonnances d'application ne doivent pas être négligés, en particulier les dispositions relatives à l'obligation de clarification, ils ne constituent tout au plus qu'une source de droit indirecte permettant de déterminer si les conditions du dol éventuel sont ou non remplies. La possibilité de leur application en tant que source autonome est à présent clairement exclue par le Tribunal fédéral.

IV. Conclusion

[Rz 103] Les conditions de la responsabilité civile du banquier sont désormais tracées et impliquent la réalisation de tous les éléments du blanchiment. Une violation des autres normes de l'armada législative anti-blanchiment, soit de l'article 305^{ter} CP, de la LBA et de ses ordonnances d'application, ne saurait en revanche constituer une source autonome de responsabilité, bien que ces dispositions puissent, à notre avis, se révéler pertinentes dans l'analyse de la commission d'un acte de blanchiment par dol éventuel.

[Rz 104] La solution adoptée par le Tribunal fédéral qui se refuse à reconnaître des normes de comportement « à tout va » convainc. Le respect de la LBA est assuré par des sanctions pénales et administratives drastiques et, enfin et surtout, par la menace pour le banquier de se voir retirer sa licence bancaire. S'il paraît équitable de condamner civilement celui qui intentionnellement entrave la confiscation d'avoirs de source criminelle, il ne doit pas en aller de même de celui qui, de manière négligente, permet un tel résultat et ce quand bien même il s'accommode de la violation de certaines dispositions de la

législation anti-blanchiment. Dans un tel cas de figure, le rôle de la banque envers le tiers lésé par l'infraction préalable ne doit pas être confondu avec celui d'un assureur.

[Rz 105] Telles sont les limites que notre Haute Cour pose à ce jour quant à l'étendue de la responsabilité du banquier. Et au vu des multiples refus des juridictions helvétiques de permettre au tiers lésé d'obtenir réparation civile auprès du banquier négligent, la situation devrait prévaloir pour un certain temps.

V. Bibliographie

A. Doctrine

- ACKERMANN Jürg-Beat, Geldwäscherei (StGB Art. 305^{bis}), in *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei*, Bd. I., SCHMID Niklaus (Hrsg.), Zürich (Schulthess) 1998, p. 355 ss (cité: *Kommentar*).
- ACKERMANN Jürg-Beat, Geldwäscherei Money Laundering, Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Zurich (Schulthess) 1992 (cité: *Geldwäscherei*).
- ACKERMANN Jürg-Beat, Geldwäschereinormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten?, in *Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts*, SCHMID Niklaus / ACKERMANN Jürg-Beat (Edit.), Zürich (Schulthess) 1999, p. 35 ss (cité: *taugliche Vehikel*).
- ACKERMANN Jürg-Beat, Wirtschaftsstrafrecht: Aktuelle Rechtsprechung, in *Aktuelle Anwaltspraxis* 2005, Berne (Stämpfli) 2005 p. 641 ss (cité: *Anwaltspraxis*).
- BÉGUIN Nicolas / UNTERNAEHRER Olivier, Transit de fonds d'origine criminelle – responsabilité civile de la banque, in *PJA* 2007 1122 ss.
- BÖCKLI Peter, Schweizer Aktienrecht, 3^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2004.
- CASSANI Ursula, Commentaire du droit pénal suisse, Volume 9: Crimes ou délits contre l'administration de la justice, Art. 303-311 CP, Berne (Stämpfli) 1996 (cité: *Commentaire*).
- CASSANI Ursula, Le blanchiment d'argent, un crime sans victime ?, in *Ackermann Jürg-Beat / Donatsch Andreas / Rehberg Jörg (Edit.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 393 ss (cité: *Blanchiment*).
- CERUTTI Romeo, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem, ein Überblick, in *ZSR* 2008 I 69.

- CORBOZ Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume I et II, Berne (Stämpfli) 2002 (cité: Infractions).
- CORBOZ Henri / FLEURY Patrick Gérard, Tribunal fédéral, ATF 133 III 323, Blanchiment d'argent et illicéité civile, un retour à la raison, *in* HAVE 2007 258-262.
- DAENIKER Daniel / WALLER Stefan, Kapitalmarktbezogene Informationspflichten und Haftung, *in* Weber R.H. (Edit.), Verantwortlichkeit im Unternaehmensrecht, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2003, p. 55 ss.
- DE CAPITANI Werner, Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäscherei, GwG) vom 10. Oktober 1997, *in* Schmid Niklaus (Edit.), Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zurich (Schulthess) 2002, p. 519 ss (cité: Kommentar).
- DE CAPITANI Werner, Geldwäscherei, *in* SJZ 94 (1998) 97-105 (cité: Geldwäscherei).
- DESCHENAUX Henri / TERCIER Pierre, La responsabilité civile, 2ème éd., Berne (Stämpfli) 1982.
- DONATSCH Andreas / WOHLERS Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3ème éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2004.
- EGGER TANNER Christine, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Zürich (Schulthess) 1999.
- GRABER Christoph, GwG: Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen, 2ème éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2003 (cité: GwG).
- GRABER Christoph, Geldwäscherei, ein Kommentar zu Art. 305^{bis} und 305^{ter} StGB, Berne (Stämpfli) 1990 (cité: Geldwäscherei).
- KELLER Max / GABI Sonja, Das Schweizerische Schuldrecht Band II, Haftpflichtrecht, 2ème éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1988.
- KUSTER Mathias, Das Verhalten bei Geldwäschereiverdacht gemäss Geldwäschereigesetz (GwG), *in* AJP/PJA 2000 794.
- LEHMANN Peter, Ist Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB eine haftpflichtrechtliche Schutznorm?, Bemerkungen zu BGE 129 IV 322, BGE 5P.386/2004 und BGE 4C.386/2006, *in* Isenring Bernhard / Kessler Martin A. (Edit.), Schutz & Verantwortung, Liber amicorum für Heinrich Honsell, Zurich (Dike) 2007, p. 1 ss.
- LOMBARDINI Carlo, Banques et blanchiment d'argent, Convention de diligence, Ordonnance de la CFB, Code pénal et LBA, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2006 (cité: blanchiment).
- LOMBARDINI Carlo, Droit bancaire suisse, 2ème éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2008 (cité: droit bancaire).
- MISTELI Christophe, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zurich (Schulthess) 1999.
- MOREILLON Laurent, Le blanchiment d'argent (Art. 305^{bis}, 305^{ter} CP et Art. 36, 37 et 38 Loi fédérale sur le blanchiment d'argent), FJS 135, 31 mai 2000.
- MÜLLER-CHEN Markus, Haftpflichtrecht in der Krise?, *in* BJM 2002 289.
- OFTINGER / STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zurich (Schulthess) 1995 (cité: OFTINGER / STARK I).
- SCHMID Niklaus, Einziehung (StGB Art. 69-73), *in* SCHMID (Edit.), Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2ème éd., Zurich (Schulthess) 2007 (cité: Schmid, Kommentar).
- SCHNYDER Anton K. / PORTMANN Wolfgang / MÜLLER-CHEN Markus, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2008.
- SCHWANDER Ivo, Bemerkungen, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 18. April 2007, Bank X.c. Bank Y. SA, *in* PJA 2007 1177 ss.
- SCHWARZ Jörg, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Eine Bestandesaufnahme nach BGE 134 III 529.
- SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4ème éd., Berne (Stämpfli) 2006 (cité: AT).
- STRATENWERTH Günter / BOMMER Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II Straftaten gegen Gemeininteressen, 6ème éd., Berne (Stämpfli) 2008 (cité: BT II).
- THÉVENOZ LUC / WERRO Franz (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2003 (cité: CR CO I – AUTEUR, art. 1 CO N 1).
- TRECHSEL Stefan, Schweizerisches Strafbuch, Kurzkomentar, 2ème éd., Zurich (Schulthess) 1997.
- VEST Hans, Probleme des Herkunftsprinzips bei der Geldwäscherei, *in* Festschrift für Niklaus SCHMID zum 65. Geburtstag, ACKERMANN Jürg-Beat / DONATSCH Andreas / REHBERG Jörg (hrsg), Zürich (Schulthess) 2001, p. 417 ss.
- VOUILLOZ François, Le blanchiment d'argent, la pratique du Tribunal fédéral relative à l'art. 305^{bis} CP, *in* Jusletter 3 juillet 2006 (cité: blanchiment).

- WATTER Rolf / REICHENBERG Paula, La responsabilité des sociétés cotées en bourse liée à leurs communications financières défailtantes, *in* AJP/PJA 2005 969.
- WERRO Franz, La responsabilité civile, Berne (Stämpfli) 2005 (cité: Responsabilité civile).
- WIDMER Pierre, Privatrechtliche Haftung (§ 2), *in* Münch Peter / Geiser Thomas (Edit.), Schaden – Haftung – Versicherung, Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 1999, p. 7 ss (cité: Haftung).
- WOHLERS Wolfgang / GIANNINI Mario, Geldwäscherei-verdachtsmeldung (Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB; Art. 9 Abs. 1 GwG) und Vermögenssperre (Art. 10 GwG): Mindestanforderungen an die haftungsbefreienden Verdachtsschwellen, *in* VON DER CRONE Hans-Caspar / FORSTMOSER Peter / WEBER Rolf H. / ZÄCH Roger (Edit), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2004, p. 621 ss.
- ZWIEFELHOFER Thomas, Die Sorgfaltspflichten des liechtensteinischen Geldwäschereirechts verglichen mit den entsprechenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts, Thèse St-Gall, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2007.
- Rapports et autres documents cités
- Rapport annuel 2005 du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, Avril 2006 Publication de l'Office fédéral de la police fedpol.
- Rapport annuel 2006 du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, Avril 2007 Publication de l'Office fédéral de la police fedpol.
- Rapport annuel 2007 du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, Avril 2008, Publication de l'Office fédéral de la police fedpol, (cité: Rapport MROS 2007).
- Message concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières) du 12 juin 1989, FF 1989 II 961 (cité: Message 305^{bis} CP, FF 1989 II page).
- Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchissage d'argent, LBA) du 17 juin 1996, FF 1996 1057 (cité: Message LBA, FF 1996 III page).

* * *