

Transit de fonds d'origine criminelle – responsabilité civile de la banque

Quelques commentaires et réflexions sur l'ATF 133 III 323



NICOLAS BÉGUIN, avocat
au barreau de Genève



OLIVIER UNTERNAEHRER,
titulaire du brevet d'avocat,
assistant à la faculté de
droit de l'Université de
Genève

Plan:

- I. Introduction
- II. Présentation des faits à l'origine du litige
 - A. Un magicien persuasif
 - B. L'instrumentalisation d'une banque suisse
 1. L'ouverture du compte xxx
 2. L'ouverture du compte yyy
 3. L'ouverture du compte zzz
 4. Les mouvements sur les comptes xxx et zzz
 - C. L'arrestation de C. à Genève et son extradition aux Etats-Unis
 - D. Les mesures de contrôle de la Banque Y.
 1. L'intervention de la Banque Y. concernant des chèques émis par C.
 2. La demande de renseignements de la Banque Y. suite à un important débit
 3. Le contrôle général effectué par le réviseur de la Banque Y.
 4. La demande de renseignements de la Banque Y. suite à plusieurs bonifications importantes au crédit du compte yyy
 5. La cessation des versements en provenance de la Banque X. et la visite du gérant en Afrique
 - E. La découverte des détournements et les procédures judiciaires
- III. Questions juridiques soulevées par l'affaire et les réponses apportées à l'époque par la doctrine et la jurisprudence
 - A. La question de principe: l'illicéité civile du chef d'un acte de blanchiment par négligence
 - B. La réponse apportée par la jurisprudence genevoise de 1998
 - C. La réponse apportée par la doctrine
- IV. Le revirement de jurisprudence cantonale
 - A. L'illicéité civile
 - B. L'analyse de l'intention selon l'art. 305^{bis} CP
 1. Quelques remarques sur la notion d'intention
 2. L'analyse concrète de la Cour
- V. Solution adoptée par le Tribunal fédéral
 - A. Droit international privé
 - B. L'illicéité civile

1. L'art. 305^{bis} CP comme fondement de l'illicéité
2. Le défaut d'intention selon l'art. 305^{bis} CP en l'espèce
3. L'art. 305^{bis} "par négligence" comme fondement de l'illicéité civile
4. Une norme de sécurité comme fondement de l'illicéité
- C. Portée de l'arrêt fédéral
- D. Portée résiduelle de l'arrêt cantonal?
- VI. La question ouverte: la LBA comme "Schutznorm"?
 - A. Approche historique et téléologique
 1. Notion et objectifs généraux
 2. La LBA comme élément de lutte contre le blanchiment
 - B. Approche "utilitaire" de la LBA
 - C. Conclusion
- VII. Conclusion et remarques finales

I. Introduction¹

1. La responsabilité civile du banquier pour le dommage qu'il peut causer en permettant le transit de fonds d'origine criminelle, ou par tout autre procédé rendant plus difficile la confiscation de tels avoirs, a connu un nouveau développement suite à un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 18 avril 2007. Après avoir admis la possibilité pour un lésé, victime d'un acte de blanchiment, de demander réparation civile à l'auteur du dommage, le Tribunal fédéral a nuancé ce principe en exigeant que tous les éléments constitutifs de l'infraction pénale, y compris subjectifs, soient réalisés. Ce faisant, notre Haute Cour a exclu la possibilité pour un plaigneur de faire valoir la responsabilité civile du blanchisseur par négligence, si tant est que l'on puisse réellement utiliser un tel concept, qui ne trouve précisément plus d'assise juridique.

2. S'il est heureux que le Tribunal fédéral ait pu trancher cette question, qui opposait une ancienne jurisprudence de la Cour de Justice de Genève de 1998 à la doctrine quasi unanime, la portée de l'arrêt doit être nuancée. Rendu sous l'empire d'une législation anti-blanchiment qui a bien évolué depuis lors, en particulier depuis l'adoption de la LBA, l'arrêt précité pose de nouvelles questions.

3. Parmi celles-ci, la portée de la LBA comme norme de protection susceptible de fonder une illicéité civile, problématique laissée ouverte en l'espèce. S'il y a un blanchiment au sens de l'art. 305^{bis} CP, la question importe peu car la victime se prévaudra de cette disposition. En revanche, s'il y a un "blanchiment par négligence" mais qu'il y a eu violation des dispositions de la LBA, la question est fondamentale.

1 NICOLAS BÉGUIN a été amené à collaborer sur cette affaire, au sein de l'Etude Budin & Associés.

4. Après une présentation des faits ayant donné lieu à l'ATF 4C.386/2006 (II) et avoir rappelé l'état jurisprudentiel et doctrinal qui prévalaient alors (III), nous résumerons et analyserons la solution retenue par la Cour de Justice, qui a saisi la cause à elle soumise pour renverser sa propre jurisprudence (IV), ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral qui l'a confirmée dans une certaine mesure (V). Avant de conclure (VII), nous évoquerons les différentes questions que pose l'arrêt du Tribunal fédéral et tenterons d'y apporter quelques éclaircissements (VI).

II. Présentation des faits à l'origine du litige

A. Un magicien persuasif

5. L'affaire a débuté en 1995. Un citoyen malien, connu dans plusieurs Etats de l'Afrique de l'Ouest comme un homme d'affaire très fortuné, surnommé "le milliardaire malien"² (ci-après: "C."), s'est décidé à utiliser sa bonne renommée pour s'enrichir frauduleusement au préjudice d'un des plus importants établissements bancaires sis dans un Pays du Golfe (ci-après: "la Banque X").

6. En août 1995, C. s'est présenté au guichet de la Banque X., afin d'y ouvrir un compte courant, sans recommandation particulière, en indiquant être l'associé d'une société en formation aux Emirats Arabes Unis. Le "milliardaire malien" a rapidement convaincu le sous-directeur de la Banque X. qu'il possédait des pouvoirs surnaturels lui permettant, par des procédés de magie noire, de multiplier les billets de banque (sic!) et a déterminé le sous-directeur à faire parvenir – soit à lui-même, soit à des personnes désignées par ses soins – des fonds provenant de la banque. Envoûté, le sous-directeur a même décidé d'autres collaborateurs de la Banque X. à lui prêter assistance.

7. Par divers procédés astucieux, le sous-directeur et ses comparses sont parvenus à détourner au préjudice de la Banque X. la somme colossale de 889 000 000 dirahms des Emirats Arabes Unis (AED), représentant plus de US\$ 240 000 000. Ces montants ont ensuite fait l'objet de virements exécutés par la Banque X., grâce à l'entremise de sa banque correspondante aux Etats-Unis pour les virements internationaux, sur des comptes détenus par C. et des tiers auprès d'établissements bancaires sis dans différents pays, dont la Suisse.

B. L'instrumentalisation d'une banque suisse

8. A la fin août 1996, C. s'est rendu à Genève, accompagné d'un ami – directeur d'une banque et président d'une Chambre de commerce – qui l'a présenté à un gérant de fortune (ci-après: "H."), employé d'une banque genevoise (ci-après: "Banque Y").

1. L'ouverture du compte xxx

9. C. a exprimé à H. son souhait d'ouvrir un compte sur place. Il lui a indiqué vouloir utiliser le compte en question pour effectuer divers paiements et, à terme, faire gérer une partie de sa fortune par la Banque Y.

10. Lors de ses réguliers voyages professionnels en Afrique, H. avait déjà entendu parler du "milliardaire malien" en des termes relativement élogieux. Il savait que ce dernier travaillait avec une importante banque américaine, ce qui lui semblait être un gage de sérieux.

11. Sur la base des indications de C., confirmées par les dires de son ami banquier, en qui le gérant avait toute confiance, H. a consigné dans les documents d'ouverture de compte que son client exerçait la profession d'homme d'affaires dans des secteurs divers, que sa situation économique était "très bonne" et que sa capacité financière était importante. Sous la rubrique "activité économique" exercée par le client, le gérant a noté que son client effectuait des investissements en Afrique et finançait des projets d'Etat. Sous la rubrique "origine des fonds déposés", il a mentionné "commissions sur transactions pétrolières".

2. L'ouverture du compte yyy

12. Le 23 octobre 1996, l'une des épouses de C. (sic!) a également ouvert un compte auprès de la Banque Y., référencé compte yyy. Selon les documents d'ouverture dudit compte, les fonds y étant déposés provenaient du compte xxx, dont son mari était l'ayant droit.

3. L'ouverture du compte zzz

13. Alors qu'il était détenu préventivement aux Etats-Unis sous l'accusation de tentative de corruption (voir ci-après II.C), C. a ouvert le compte zzz, destiné à l'utilisation de sa carte de crédit. Son avocat genevois s'était à cet égard chargé de transmettre les formulaires d'ouverture de compte à la banque, signés en blanc par son client, qui avaient été ensuite remplis par une employée de la Banque Y. sur la base du dossier afférent au compte xxx.

14. A ce moment, H. ne savait pas que son client était détenu aux Etats-Unis et faisait l'objet d'une enquête pénale.

4. Les mouvements sur les comptes xxx et zzz

15. De septembre 1996 à janvier 1998, le compte xxx du milliardaire malien a été alimenté par des virements en provenance de la Banque X., censés intervenir sur ordre de deux individus, lesquels ne détenaient aucun compte auprès de la Banque X. Au total, pas moins de US\$ 66 672 167 ont été crédités sur ce compte.

2 L'essentiel des faits est tiré de l'ATF 4C.386/2006 = ATF 133 III 323. Les références spécifiques à l'arrêt cantonal sont indiquées.

16. Le compte xxx était alimenté chaque mois³ par plusieurs virements oscillant entre US\$ 100 000 et US\$ 1 000 000, pour un apport mensuel total se situant entre US\$ 900 000 et US\$ 1 400 000. Les montants des virements étaient souvent identiques et il arrivait que différentes sommes soient créditées le même jour.

17. Selon l'état de fait cantonal: "[la Banque X], qui n'avait aucune connaissance particulière du marché du pétrole et de l'importance des commissions qu'un intermédiaire pouvait y toucher, s'[était] sentie rassurée par le fait que les virements provenaient d'une banque ayant une bonne réputation, dans un pays censé lutter contre le blanchiment d'argent, et elle [avait] interprété le fait que les virements provenaient toujours des mêmes donneurs d'ordre et d'une banque dans un pays pétrolier comme un indice de la réalité des allégations de C., concernant l'origine des fonds déposés auprès d'elle. Concernant le fractionnement des montants virés le même jour, C. avait en outre indiqué à H. que le contrôle des changes le rendait nécessaire, ce qui avait paru plausible à H."⁴.

18. A peu près à la même période, soit de septembre 1996 à mars 1998, le compte xxx a été débité d'un montant total d'environ US\$ 54 000 000 par des virements variant entre US\$ 100 000 et US\$ 1 000 000, au crédit de comptes du "milliardaire malien" ou de personnes qui lui étaient proches, en Afrique, aux Etats-Unis et en France.

19. Au sujet des mouvements sur le compte litigieux, l'autorité cantonale a fait les constats suivants:

- il n'y avait aucune corrélation directe et immédiate entre les crédits et les débits;
- le montant des débits était le plus souvent nettement inférieur aux montants des crédits précédents;
- les débits avaient des causes diverses;
- les débits ne succédaient pas immédiatement aux crédits.

20. D'autres virements ont également approvisionné les comptes zzz de C. (pour l'utilisation de sa carte de crédit) et yyy de son épouse. S'y sont ajoutés des virements au débit du compte xxx à des sociétés liées aux investissements de C., dans les domaines de l'aéronautique et de l'hôtellerie, ainsi qu'à un agent de voyage et aux avocats genevois de C.

21. C. a cependant toujours laissé des fonds (en moyenne entre US\$ 2 et 6 millions) sur les deux comptes dont il était l'ayant droit auprès de la Banque X.

C. L'arrestation de C. à Genève et son extradition aux Etats-Unis

22. Accusé d'avoir tenté de corrompre un officier des douanes américaines en lui offrant US\$ 30 000 afin qu'il accélère le processus de délivrance d'une licence d'exportation dont il avait besoin pour pouvoir exporter deux hélicoptères en Afrique, C. a été arrêté à Genève le 1^{er} septembre 1996. Avec son accord, il a été extradé le 29 octobre 1996 à Miami (USA).

23. Libéré le 18 novembre 1996 contre le versement d'une caution de 20 millions de dollars, C. a plaidé coupable et été condamné le 4 mars 1997 à quatre mois d'emprisonnement et quatre mois d'arrêts domiciliaires, à une amende de US\$ 250 000 et à l'expulsion du territoire américain. Les quatre mois d'arrêts domiciliaires ont finalement été commués en un paiement de US\$ 1 200 000 à des organisations de charité.

24. A cette occasion, deux Etats africains, une association américaine de bienfaisance reconnue ainsi que plusieurs personnalités étaient activement intervenues en faveur de C., attestant par écrit de sa bonne réputation, voire de son honnêteté.

25. Selon les propos de l'un de ses avocats américains relayés par la presse américaine, C. avait en réalité été la victime d'un agent provocateur et avait accepté de payer le pot-de-vin avec le sentiment de ne pas avoir eu d'autre choix s'il voulait obtenir la licence d'exportation. De nombreuses personnes connaissant C. étaient ainsi convaincues de son innocence ou du moins d'une certaine injustice dans le traitement de son affaire par les autorités américaines concernées.

26. H. n'a appris l'arrestation de C. et sa détention aux Etats-Unis que dans le courant du mois de novembre 1996. L'avocat genevois de C. lui a expliqué que l'enquête américaine n'avait rien révélé de défavorable au sujet de son client.

27. Dès décembre 1996, C. a régulièrement téléphoné à H., lequel s'en est trouvé rassuré. Convaincu que la procédure pénale ouverte aux Etats-Unis contre son client ne visait "rien de particulièrement grave", C. n'a pas jugé utile d'en référer à sa direction.

D. Les mesures de contrôle de la Banque Y.

1. L'intervention de la Banque Y. concernant des chèques émis par C.

28. La Banque Y. est une première fois intervenue dans sa relation avec le "milliardaire malien" pour prier ce dernier de cesser d'émettre des chèques, principalement en faveur de son avocat genevois, pour des montants variant entre US\$ 10 000 et US\$ 120 000. En effet, l'encaissement de chèques de cette importance ne correspondait pas à la pratique de la Banque Y. Cette dernière n'avait cependant pas de doutes sur l'identité des personnes encaissant les chèques

29. L'intéressé s'est immédiatement conformé à la demande de la Banque Y.

3 A l'exception toutefois des mois de mai à juillet 1997.

4 Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 15 septembre 2006, ACJC/982/06 dans la cause C/8817/1999, p. 7.

2. La demande de renseignements de la Banque Y. suite à un important débit

30. Début mars 1997, la Banque Y. est une nouvelle fois intervenue au sujet d'un transfert de US\$ 6 millions par le débit du compte xxx, la direction générale demandant à H., gestionnaire dudit compte, des renseignements sur la transaction en question, l'origine des fonds ainsi que de plus amples informations sur le "milliardaire malien".

31. Dans une note du 3 mars 1997, H. a indiqué à sa direction que C. avait "comme partenaire une famille princière d'Arabie Saoudite dont la fortune est estimée à environ 2 milliards de dollars". Il a précisé que les versements en faveur du compte yyy provenaient de cette source et étaient destinés à des versements en Afrique, notamment dans une compagnie aérienne, comptant déjà six avions, un hôtel cinq étoiles, et différents hôtels en construction. Le gérant a enfin précisé que le transfert de US\$ 6 millions concernait l'achat d'un avion pour la compagnie aérienne précitée.

32. Par la suite, sur demande du directeur de la Banque Y., H. a tenté à plusieurs reprises d'obtenir de C. des copies de documents écrits concernant les prétendues opérations pétrolières de ce client, en vain.

3. Le contrôle général effectué par le réviseur de la Banque Y.

33. Toujours en mars 1997, la Banque Y. a demandé à son réviseur d'effectuer un contrôle général portant sur la qualité de l'information et de la documentation relative à la clientèle. Le réviseur a examiné le compte xxx, en raison de ses mouvements importants, mais n'a rien décelé de suspect.

34. L'appréciation globale du réviseur, communiquée oralement à la Banque Y., a été satisfaisante. Sur conseil de son réviseur et compte tenu de l'évolution de la pratique en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, la Banque Y. a néanmoins décidé d'améliorer la formalisation détaillée écrite des informations touchant à la nature des opérations.

4. La demande de renseignements de la Banque Y. suite à plusieurs bonifications importantes au crédit du compte yyy

35. Courant novembre 1997, le compte xxx a connu treize bonifications importantes en provenance de la Banque X., de plus de CHF 500 000 chacune.

36. Dans une note du 1^{er} décembre 1997, le directeur de la banque a fait savoir au compliance officer ainsi qu'à H. que les mouvements du compte xxx continuaient à le préoccuper, dans la mesure où les explications fournies sur l'arrière-fond économique du client étaient incomplètes et devaient être approfondies. Il a ajouté qu'en l'absence d'explication et de documentation claires sur la provenance des fonds et sur les transferts, il faut procéder à la clôture de cette relation". Le 8 décembre 1997, le directeur de la banque faisait

en outre savoir à H. qu'il souhaitait recevoir à bref délai des explications sur la "provenance pour le moins inhabituelle de 13 bonifications toutes supérieures à Frs. 500 000."

37. Le 8 janvier 1998, H. a récapitulé dans une note adressée à la direction toutes les informations dont il disposait au sujet des affaires de son client, en détaillant notamment l'utilisation des fonds en provenance de la Banque X. Il a également indiqué que les fonds provenaient d'une famille princière d'Arabie Saoudite extrêmement fortunée. Il a enfin précisé que le banquier lui ayant introduit C. devait très prochainement accompagner C. au Moyen-Orient et que ce dernier lui communiquerait alors toutes informations propres à étayer son dossier bancaire.

38. Dans l'intervalle, la Banque Y. avait en outre reçu du banquier lui ayant présenté C. un fax donnant diverses informations rassurantes au sujet de C. Etabli sur papier en-tête de la banque dirigée par ce banquier, ce document confirmait que cet établissement entretenait de très bonnes relations avec C. A teneur de ce document, C. était un homme d'affaires important qui investissait son argent en Afrique dans plusieurs secteurs, parmi lesquels le transport aérien et l'hôtellerie et qui était en outre sur le point de réaliser d'autres projets, dans la poissonnerie et le transport maritime et terrestre.

5. La cessation des versements en provenance de la Banque X. et la visite du gérant en Afrique

39. Fin janvier 1998, les versements en provenance de la Banque X. ont cessé. H. en a déduit que le client malien avait fini par être fâché par l'insistance de la Banque Y. au sujet de la documentation écrite exigée.

40. En mars 1998, H. s'est néanmoins rendu avec C. en Afrique pour vérifier la réalité de ses affaires. Sur place, le gérant a pu constater l'existence des avions de la compagnie aérienne dont son client était propriétaire, des hôtels en construction, des terrains de bord de mer destinés à abriter des complexes hôteliers, un parc matériel et deux résidences que son client venait d'acheter. Lors de sa visite, H. a entendu dire que son client avait beaucoup construit dans un village.

41. Au cours du voyage, H. a enfin rappelé à son client qu'il fallait à tout prix des justificatifs sur ses opérations pétrolières comme il le lui avait déjà demandé. Le "milliardaire malien" lui a répondu que cela serait fait rapidement.

42. A son retour, H. a fait un compte rendu oral de son voyage en Afrique à la direction de la banque et lui a remis des coupures de presse africaine et une vidéo d'une émission de télévision malienne sur C. Il a par la suite rédigé une note aux termes de laquelle l'un des associés d'une banque africaine lui avait confirmé que C. en était l'actionnaire majoritaire.

E. La découverte des détournements et les procédures judiciaires

43. Le 14 mars 1998, le sous-directeur de la Banque X. a avoué les détournements frauduleux à un membre du comité des crédits de cette banque. Diverses procédures pénales ont suivi, notamment à Genève.

44. Le 28 avril 1998, la Banque X. a ainsi déposé une plainte pénale à Genève pour violation des articles 305^{bis} et 305^{ter} CP. Cette plainte était dirigée contre inconnu et ne visait aucune personne en particulier. Le lendemain, le magistrat instructeur en charge de la procédure pénale a ordonné la saisie de tous les fonds subsistant sur les comptes du "milliardaire malien" en main de la Banque Y. Ces montants ont par la suite été restitués à la Banque X.

45. La procédure pénale genevoise ouverte pour blanchiment et défaut de vigilance en matière financière n'a abouti à aucune condamnation, ni même inculpation, d'un organe ou employé de la Banque Y. En revanche, H. a été inculpé en France pour blanchiment aggravé.

46. Le 15 mars 1999, la Banque X. a assigné la Banque Y. devant le Tribunal de première instance principalement en paiement de plus de US\$ 67 millions avec intérêts à 5% dès le 15 mars 1998. La demanderesse fondait son action sur la responsabilité délictuelle, invoquant un acte de blanchiment commis par la Banque Y.

III. Questions juridiques soulevées par l'affaire et les réponses apportées à l'époque par la doctrine et la jurisprudence

A. La question de principe: l'illicéité civile du chef d'un acte de blanchiment par négligence

47. De jurisprudence constante, l'illicéité se définit comme la violation d'une norme protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs⁵, ou la transgression d'une défense de nuire à autrui, en l'absence de motifs légitimes⁶. L'acte est illicite lorsqu'il viole une norme de comportement destinée à protéger, directement ou indirectement, les particuliers⁷; il se définit comme "un acte ou une omission objectivement contraire à une règle du droit [objective⁸] écrit ou non écrit et qui porte atteinte soit à un droit absolu du lésé, soit à son patrimoine"⁹, 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 privé¹⁰.

48. L'illicéité peut résulter, alternativement, de l'atteinte à un droit absolu de la victime, auquel cas on parle d'illicéité de résultat (Erfolgsunrecht), ou de la violation d'une norme de comportement destinée à protéger le lésé; elle est alors dite illicéité du comportement (Verhaltensunrecht)¹¹.

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 transgressée¹². 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."¹³ 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 subi¹⁴.

49. Dans la présente affaire, la Banque X. a exclusivement fondé son action sur la responsabilité délictuelle, en faisant valoir que la Banque Y., respectivement ses organes et employés, aurait commis un blanchiment d'argent à son détriment, en acceptant de recevoir des fonds d'origine criminelle, puis de les transférer à l'étranger. La Banque X. se prévalait de l'article 305^{bis} CP, dont la qualité de *Schutznorm* a été reconnue par la jurisprudence fédérale¹⁵. La particularité du litige tenait au fait que la partie défenderesse n'avait pas été reconnue coupable de blanchiment d'argent, faute d'avoir agi intentionnellement¹⁶. Sur le plan pénal, l'élément subjectif de l'art. 305^{bis} CP¹⁷ faisait défaut et la défenderesse n'a pas même été inculpée.

50. La question revenait ainsi à savoir si le juge civil était fondé à retenir, au titre de norme de comportement protégeant la victime contre la survenance du dommage subi, les seuls éléments constitutifs objectifs de l'art. 305^{bis} CP¹⁸, in-

5 LUC THÉVENOZ/Franz WERRO (Edit.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Zurich 2003 – WERRO, art. 41 CO N 52; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, N 281.

6 HENRI DESCHENAUX/PIERRE TERCIER, La responsabilité civile, Berne 1982, § 6 N 15.

7 DESCHENAUX/TERCIER (n. 6), § 6 N 18.

8 DESCHENAUX/TERCIER (n. 6), § 6 N 19.

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

10 DESCHENAUX/TERCIER (n. 6), § 6 N 19. ATF 101 Ib 252, c. 2d.

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

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

13 ATF 118 Ib 473 = JdT 1994 I 650, c. 2.

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

15 ATF 129 IV 322 = SJ 2004 I 115, c. 2.2.1.

16 Or, tel était le cas dans l'ATF 129 IV 322 = SJ 2004 I 115.

17 Du point de vue subjectif, l'art. 305^{bis} CP est un délit intentionnel, BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. 2, Berne 2002, p. 536, N 38.

18 Du point de vue objectif, l'art. 305^{bis} CP suppose une valeur patrimoniale, provenant d'un crime et un acte d'entrave à la confiscation de la valeur patrimoniale. 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", soit "un acte qui entrave l'établissement d'un lien entre le crime préalable et la valeur patrimoniale qui en pro-

dépendamment de ses éléments subjectifs, ou si l'art. 305^{bis} CP ne pouvait être invoqué pour fonder une illicéité civile que pour autant que tous ses éléments soient remplis, comme un tout. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, se posait "la question de savoir si celui qui commet un acte de blanchiment non intentionnel (...) peut néanmoins engager sa responsabilité délictuelle en vertu de l'art. 41 al. 1 CO pour le préjudice qu'il a causé à la victime du crime préalable en accomplissant par négligence un acte d'entrave (...)"¹⁹.

B. La réponse apportée par la jurisprudence genevoise de 1998

51. A notre connaissance, la première – et peut-être la seule – jurisprudence rendue sur cette question avant l'ATF 4C.386/2006 est cantonale et date de 1998. Dans un Arrêt rendu le 20 février 1998²⁰, la Cour de Justice de la République et Canton de Genève avait considéré que "(...) sur le plan du droit civil, il importe peu que l'article 305^{bis} CP réprime une infraction intentionnelle (...)"²¹.

52. La Cour de Justice avait analysé les conditions de l'art. 41 CO, débutant par examiner "si une violation objective du droit [était] intervenue". A juste titre, elle avait indiqué que le fait de remettre des sommes en espèces de différentes devises constituait sans doute possible un acte de blanchiment d'argent. Sur le plan civil, elle avait considéré que l'art. 305^{bis} CP protégeait également les intérêts individuels²² et qu'il pouvait en conséquence fonder une illicéité civile (de comportement), concluant que "objectivement, un acte illicite [avait] été commis"²³. A ce stade, elle n'avait toutefois pas discuté les conséquences civiles du défaut d'intention sur le plan pénal.

53. La Cour de Justice s'était ensuite penchée sur la faute. Logiquement, elle avait relevé n'être point liée par le jugement pénal pour "décider s'il y a eu faute commise" conformément à l'article 53 CO. C'était dans l'examen de la faute que la Cour de Justice avait semblé débiter son examen de la portée sur le plan civil de l'absence d'inculpation au pénal, faute d'élément subjectif. En référence à l'article 53 al. 2 CO et des jurisprudences y relatives, la Cour avait conclu 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 (...)"²⁴.

54. Quant à la faute proprement dite, la Cour de Justice avait conclu que le tiers ayant commis par négligence un acte de blanchiment avait adopté une attitude gravement fautive. En fermant les yeux sur certaines circonstances, il avait en

19 ATF 4C.386/2006, c. 5.1 *in fine*.

20 ACJC/176/1998 du 20 février 1998, Chambre civile de la Cour de Justice, partiellement publié à la SJ 1998 646. Les auteurs disposent d'un tirage intégral mais caviardé de l'ACJC/176/1998.

21 ACJC/176/1998 du 20 février 1998, c. 9 = SJ 1998 647. En substance, les faits de la cause étaient les suivants. En 1994, 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 US\$ 1 250 000 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 les US\$ 1 250 000 en trois versements, alors même que la transaction sur les diamants ne portait que sur un peu plus de US\$ 300 000, 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. Elle invoquait notamment les articles 41 ss CO. 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.

22 A l'époque, cette question – controversée – n'avait pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral. La Cour de Justice a retenu 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", ACJC/176/1998 du 20 février 1998 = SJ 1998 647.

23 ACJC/176/1998 du 20 février 1998 = SJ 1998 647.

24 ACJC/176/1998 du 20 février 1998 = SJ 1998 648. Or, derrière la dénomination d'acte "illicite fautif" se trouvent deux conditions de la responsabilité civile: l'illicéité (du comportement) et la faute. S'il est exact que le jugement pénal ne lie pas le juge civil du point de vue de la faute, il n'en va pas ainsi de l'illicéité (cf. CR CO I – WERRO [n. 5], Art. 53 N 4). Un tel acte non poursuivable au plan pénal ne constitue pas nécessairement un acte illicite fautif. Civilement fautif, oui; illicite, pas nécessairement. Le dommage à la propriété (CP 144), qu'a pris la Cour de Justice en exemple, est un cas d'illicéité de résultat, si bien que la simple atteinte au droit absolu qu'est la propriété suffit à qualifier l'acte d'illicite. En conséquence, l'exemple choisi diffère de l'art. 305^{bis} CP. Il nous semble que la Cour aurait dû discuter la portée de l'absence d'intention pénale dans l'analyse de l'illicéité, non de la faute. A défaut de pouvoir invoquer une norme de protection – en raison de la non réalisation de tous ses éléments constitutifs – la demanderesse a en effet échoué à prouver la seule condition de l'illicéité. Cf. à cet égard, CHRISTOPHE MISTELI, La responsabilité pour le dommage purement économique, Zurich 1999, p. 254–255.

vient ou à faire échapper cette valeur à la mainmise des autorités" (URSULA CASSANI, Crimes ou délits contre l'administration de la justice, Art. 303–311 CP, in MARTIN SCHUBARTH [Edit.], Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, partie spéciale, Vol. 9, Berne 1996, Art. 305^{bis} CP, N 32).

effet, de l'avis des juges cantonaux, sciemment prévu et accepté, ou en tout cas il aurait dû prévoir, que les fonds en cause avaient une origine clairement illicite²⁵. Il devait par conséquent répondre civilement du préjudice causé par ses agissements.

C. La réponse apportée par la doctrine

55. Jusqu'à l'ATF 4C.386/2006, quelques auteurs avaient abordé la problématique de la reprise d'une norme de protection en matière de responsabilité civile, certains discutant spécifiquement la jurisprudence genevoise précitée²⁶.

56. Dans une chronique de jurisprudence, THÉVENOZ avait mentionné que la Cour de Justice avait considéré que l'art. 305^{bis} CP protégeait également les intérêts individuels, ouvrant ainsi la voie à une action délictuelle. Il avait spécifiquement qualifié de douteuse la solution retenue par cette Autorité quant à l'absence d'influence, sur le plan de la responsabilité civile, du défaut d'intention dans la commission de l'acte de blanchiment²⁷.

57. ACKERMANN avait relevé les dérives potentielles de cette jurisprudence. Pour cet auteur, admettre qu'un acte de blanchiment commis par négligence entraîne la responsabilité civile de son auteur aurait pour conséquence, en raison de la nature de cette infraction²⁸, de fonder une action délictuelle dès l'instant où cet acte engendrerait un dommage, si petit soit-il²⁹. ACKERMANN de conclure – en 1999 – que la question centrale de cette affaire, savoir si un délit intentionnel commis par négligence pouvait fonder une illicéité civile de comportement, n'avait été que marginalement abordée par la doctrine suisse³⁰.

58. Semble-t-il avant l'arrêt genevois, AEPLI avait soutenu que si lorsque le législateur prévoit une infraction pénale intentionnelle, il est légitime et conséquent d'en tenir compte lorsque l'on recherche une norme de comportement³¹. Cet auteur avait conclu qu'à l'instar de ce qui prévaut dans toute application analogique d'une norme à un domaine juridique autre que celui dont elle dépend directement, cette question était finalement une "Wertungsfrage"³².

59. Dans une optique unitaire, CASSANI avait plaidé en faveur du principe de l'unité axiologique et téléologique du droit, lequel postule "la cohérence des valeurs affirmées et

ter de remettre des fonds à une personne dont il ignore tout de l'identité et même (...) son prénom, sans être ainsi en mesure de s'assurer qu'il les a bien remis à la personne qui les lui a versées. A cet égard, le fait que la personne désignée dans le virement bancaire (...) n'était pas Mohamed aurait dû l'amener à faire un minimum de vérifications, justifiées par l'importance des sommes en jeu. De même, la disproportion évidente entre, d'une part, le montant de la transaction diamantaire convenue et, d'autre part, la somme versée ensuite sur le compte de [B.] à la [banque], devait attirer son attention sur le caractère anormal de la transaction. (...) [B.] n'avait dès lors aucune raison commerciale d'accepter un versement correspondant à quatre fois le montant de la transaction." (ACJC/176/1998 du 20 février 1998, c. 9, p. 18)

26 Dans l'ensemble, les opinions étaient négatives et le Tribunal fédéral en a fait mention (c. 5.2.1), si bien que nous ne ferons que rappeler leurs critiques.

27 LUC THÉVENOZ, *Le droit bancaire privé suisse*, in RSDA 1999, 192–201, 195: "Fragwürdigerweise halten die Genfer Richter fest, der Vorsatz sei zwar ein subjektives Tatbestandsmerkmal der Strafnorm, jedoch keine Voraussetzung der Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR, wo Fahrlässigkeit ausreicht (vgl. Art. 53 OR). Juristen müssen gelegentlich zu den ausgefallenen Argumenten greifen, um ihre Auffassung zu begründen."

28 L'art. 305^{bis} CP est une infraction de mise en danger abstraite et non de résultat, CORBOZ (n. 17), art. 305^{bis} CP, N 21–22; ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève, 400.

29 JÜRIG-BEAT ACKERMANN, *Geldwäschereinormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten? Zugleich ein Beitrag zum internationalen Adhäsions-Zivilprozess in Geldwäschereisachen und zum "Geldwäscherei-Arrest"*, in NIKLAUS SCHMID/JÜRIG-BEAT ACKERMANN, *Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts*, Zurich 1999, p. 35–65, p. 48. A noter que cet auteur considère au demeurant que l'art. 305^{bis} CP protège exclusivement l'administration de la justice et ne devrait ainsi pas fonder une illicéité civile: ACKERMANN, op.cit., p. 52; ACKERMANN, *Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, Thèse Zurich 1992, p. 388, N 54.

30 En 1999: ACKERMANN (n. 29, taugliches Vehikel), p. 48: "Trotz erheblicher praktischer Relevanz wird die hier im Zentrum stehende Frage, nämlich ob fahrlässig begangene Vorsatzdelikte (...) zivilrechtlich haftungsbegründend sein können, bisher in der Schweiz meist nur am Rande behandelt".

31 VIKTOR AEPLI, *Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR*, in SJZ 93 (1997) 405–409, p. 408: "[...] so ist es nach der hier vertretenen Ansicht folgerichtig, wenn die Vermögensschutznorm auch für die subjektiven Voraussetzungen (Verschuldensmassstab) herangezogen wird. Denn durch die konkrete Schutznorm gibt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er das Vermögen nur unter diesen Voraussetzungen schützen will." Si la conclusion est légitime, il nous semble que ce rapprochement n'intervient pas tant pour la faute que pour l'illicéité.

32 AEPLI (n. 31), p. 408: "Die Sache ist letztlich aber eine Wertungsfrage, die jeder analogen Anwendung einer Norm zugrunde liegt. Und eine Analogie steht vorliegend insofern zur Diskussion, als seine Norm (...) mit einer eigenen Rechtsfolge (...) als Grundlage für eine andere Rechtsfolge (...) dient".

25 La Cour avait retenu les éléments suivants: "Il découle des circonstances de l'espèce que de nombreux indices devaient attirer l'attention de toute personne confrontée à cette situation sur le caractère insolite, voire franchement suspect, des transactions en cause. Ainsi, tout d'abord, l'ABN Amro Bank a informé son client que le montant versé sur son compte était trop élevé; [B.] est dès lors malvenu d'affirmer que le montant reçu était usuel, alors qu'il était nettement plus élevé que la norme. Ensuite, le mode d'identification choisi en l'espèce, par l'utilisation d'un billet de banque, semble tout droit sorti d'un film d'espionnage, mais n'apparaît nullement justifié (...). On voit mal comment un commerçant rompu aux affaires peut accep-

des buts poursuivis par l'ordre juridique dans son ensemble.³³ Et de rappeler qu'une "disposition légale ne doit pas contrecarrer les choix axiologiques et téléologiques qui sous-tendent les autres dispositions du droit; une discipline juridique ne doit pas rendre vains les efforts de l'autre."³⁴ CASSANI avait relevé qu'est "déterminant, au regard de l'unité du droit, le fait que l'ordre juridique suisse, dans son ensemble, porte un jugement cohérent sur un certain comportement, le droit pénal et le droit civil affirmant des valeurs congruentes"³⁵. Paraphrasé, cela signifiait qu'un "droit ne devrait pas déclarer licite ce que l'autre s'emploie à interdire."³⁶

60. Dans un autre article précisément orienté sur la portée de l'art. 305^{bis} CP en droit de la responsabilité civile, CASSANI avait critiqué la solution de la Cour de Justice. Alors même qu'elle plaïdait en faveur d'une extension aux biens individuels de la protection accordée par l'art. 305^{bis} CP³⁷, elle avait qualifié de paradoxal et problématique le fait que "l'illicéité [ait] ainsi été fondée sur une norme pénale exigeant expressément que l'auteur ait connaissance, au moins par dol éventuel, de la provenance criminelle des avoirs, alors même que le seul reproche qui pouvait être adressé au 'blanchisseur' involontaire en l'espèce était un manquement à la diligence"³⁸. L'appréciation civiliste ne saurait priver la norme pénale de son élément subjectif, "indissociable de son contenu objectif"³⁹.

61. MISTELI avait remarqué que "la question de la responsabilité pour le dommage purement patrimonial causé par négligence n'est pas réglée dans son entier si l'on ne recourt qu'au droit pénal, dont le champ d'application paraît limité à cet égard [i.e. la négligence]"⁴⁰. Or, "[s]i la faute [civile] n'a aucune emprise sur l'illicéité, l'application de la norme fondant l'illicéité peut en revanche être explicitement conditionnée par un certain niveau de faute"⁴¹, en particulier les normes pénales. En conséquence, cet auteur avait observé qu'il ne suffisait pas "de constater l'infraction, au sens pénal du terme, pour conclure à l'illicéité au civil, comme si la réalisation de l'élément matériel de l'infraction emportait déjà cette illicéité (...) mais que la transposition automatique d'une norme [pénale] vers le droit de la responsabilité civile est une opération délicate (...) [qui] devient discutable si l'on isole l'un des éléments de la norme, en l'occurrence l'élément objectif, pour lui attribuer en droit privé une portée beaucoup plus large qu'il n'en a en droit pénal"⁴². MISTELI affirmait en outre sans ambiguïté que "[r]endre illicite au civil une escroquerie ou un vol commis par négligence paraît incompatible avec le but de politique juridique poursuivi par le législateur pénal, essentiellement préoccupé dans ce contexte par des comportements malveillants"⁴³.

62. Pour CHAPPUIS, qui avait commenté l'Arrêt de la Cour de Justice, "[I]e fait que l'illicéité pénale soit objective n'implique pas nécessairement que l'on puisse l'isoler des conditions qui l'entourent au sein de la norme avant d'être transportée dans un autre environnement pour y jouer un rôle qui peut aller largement au-delà du but de sa norme

d'origine." Et de conclure que "(...) le droit pénal réprime un acte à certaines conditions strictement nécessaires, dont le plus souvent l'existence de l'élément subjectif qu'est l'intention. Pour cet auteur, transposer du droit pénal en droit civil cet acte qui serait réputé "réprimé" quoique "non punissable" constituerait non seulement une contradiction de langage mais également un travestissement de la norme pénale dont on n'utiliserait qu'une partie sachant qu'elle ne peut avoir d'existence si elle n'est pas liée au reste de la norme dont elle est extraite."⁴⁴

IV. Le revirement de jurisprudence cantonale

A. L'illicéité civile

63. Saisies de la présente affaire, les juridictions cantonales genevoises ont abandonné la solution retenue dans l'Arrêt de 1998. En substance, la Cour de Justice a rappelé qu'un comportement n'était illicite, en cas d'atteinte purement patrimoniale, que si une norme protectrice était violée⁴⁵. Une norme protectrice peut être une norme pénale. Une infraction pénale ne constitue toutefois un délit civil que lorsque la peine prévue tend à la protection des sujets de droit et non exclusivement de l'Etat⁴⁶.

64. Contrairement à sa jurisprudence de 1998, la Cour a considéré 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 exclusivement contre des atteintes intentionnelles pour fonder une illicéité civile et condamner l'auteur d'une atteinte non intentionnelle à la réparation du

33 URSULA CASSANI, Le droit pénal: esclave ou maître du droit civil? Autonomie du droit pénal et unité de l'ordre juridique, une liberté sous surveillance, in SJ 2000 II 287, p. 293.

34 CASSANI (n. 33), p. 293.

35 CASSANI (n. 33), p. 298, en relation avec l'ATF 117 IV 148.

36 BENOÎT CHAPPUIS, La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale, réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence, in SJ 2000 II 304, p. 304.

37 A cette époque, la jurisprudence y relative était cantonale et fluctuante et le Tribunal fédéral n'avait pas tranché; CASSANI et ACKERMANN opposaient leurs points de vue dans ce Festschrift dédié à NIKLAUS SCHMID.

38 URSULA CASSANI, Le blanchiment d'argent, un crime sans victime?, in JÜRIG-BEAT ACKERMANN/ANDREAS DONATSCH/JÖRG REHBERG (Edit.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zurich 2001, p. 411.

39 CASSANI (n.38), p. 411.

40 MISTELI (n. 24), p. 124.

41 MISTELI (n. 24), p. 254.

42 MISTELI (n. 24), p. 255.

43 MISTELI (n. 24), p. 256.

44 CHAPPUIS (n. 36), p. 310.

45 ATF 129 IV 322, c. 2.2.2 avec références; ATF 119 II 127 = JdT 1994 I 298, c. 3.

46 ATF 101 Ib 252 c. 2d.

dommage causé. Ce faisant, elle a abandonné le renvoi hasardeux qu'elle avait fait en 1998 à l'article 53 CO. A raison, car cette justification était à notre avis scabreuse. En effet, la recherche et l'analyse d'une norme de protection s'inscrit et s'épuise dans l'examen de la condition de l'illicéité civile⁴⁷. La faute est une autre étape du raisonnement. Or, l'article 53 CO concerne la faute civile, non l'illicéité⁴⁸, si bien qu'il ne peut être d'aucune utilité dans l'analyse de l'illicéité civile.

65. Après avoir modifié son ancienne jurisprudence en retenant qu'"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"⁴⁹, la Cour a rappelé néanmoins 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"⁵⁰. 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. Pour cette raison, la Cour s'est livrée, à titre préjudiciel, à une analyse détaillée de l'élément constitutif subjectif de l'art. 305^{bis} CP.

B. L'analyse de l'intention selon l'art. 305^{bis} CP

66. Avant d'examiner le raisonnement de la Cour de Justice, nous rappellerons la notion d'intention au sens de l'art. 305^{bis} CP.

1. Quelques remarques sur la notion d'intention

67. Le législateur a expressément exclu de punir l'infraction de blanchiment commise par négligence⁵¹. 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 pénal⁵². De ce constat est né l'art. 305^{ter} CP⁵³; en complétant de la sorte l'art. 305^{bis} CP, le législateur a pris acte de la difficulté de prouver l'élément subjectif du blanchiment mais préféré l'introduction d'une obligation de vérification – abstraite – à la punissabilité du blanchiment par négligence.

68. Le blanchiment d'argent est une infraction intentionnelle⁵⁴. 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. 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 patrimoniales⁵⁵; l'intention, respectivement le dol éventuel, est double⁵⁶.

69. 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 soupçons⁵⁷. Bien entendu, l'auteur doit connaître de telles circonstances; il ne suffit pas qu'il évolue dans cette situation "par hasard"⁵⁸. Si

47 Cf. supra, III.C, MISTELI (n. 24), p. 254: "l'application de la norme fondant l'illicéité peut (...) être explicitement conditionnée par un certain niveau de faute [pénale en l'espèce]."

48 CR CO I – WERRO (n. 5), Art. 53 N 4.

49 ACJC/982/2006, p. 19 no 3.8.

50 ACJC/982/2006, p. 20 no 3.9.

51 WERNER DE CAPITANI, Geldwäscherei, in RSJ 94 (1998) 97–105, 100.

52 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 ss, 987 [ci-après: Message blanchiment]; CORBOZ (n. 17), art. 305^{ter} CP, N 1; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkomentar, 2^{ème} éd., Zurich 1997, art. 305^{ter} CP, N 1; CASSANI (n. 18), Art. 305^{ter} CP, N 1.

53 L'art. 305^{ter} CP est un délit de mise en danger abstrait de l'administration de la justice, cf. GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5^{ème} éd., Berne 2000, § 55, N 45; CASSANI (n. 18), Art. 305^{ter} CP, N 2. La réalisation d'affaires financières sans identifier préalablement l'ayant droit économique met potentiellement en péril le droit de confiscation de l'art. 59 CP, cf. TRECHSEL (n. 52), art. 305^{ter} CP, N 1; TF, SJ 2000 I 145, c. 3a. Ce n'est toutefois pas un *Geldwäschereitbestand*, cf. BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 1. En effet, l'art. 305^{ter} CP relève structurellement du droit pénal administratif et participe à la mise en œuvre du principe *Know Your Customer Finanzaufsichtsrecht*, cf. BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 1 et 6. Il constitue ainsi un ersatzweises Finanzaufsichtsrecht, cf. BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 4; DONATSCH/WOHLERS (n. 28), p. 408. Dans cette optique, doivent bien entendu être différenciés le partenaire contractuel et l'ayant droit économique.

54 CORBOZ (n. 17), p. 536, N 38 BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{bis} N 46.

55 ATF 119 IV 242, c. 2b: "Der Geldwäscher muss die verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte und die Verwirklichung des Vereitelungszusammenhangs, der ihm objektiv zur Last gelegt wird, zumindest in Kauf nehmen, d. h. mit einer möglichen Tatbestandsverwirklichung einverstanden sein."

56 CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, Convention de diligence, Ordonnances de la CFB, Code pénal et LBA, Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 45, N 141.

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

58 ATF 119 IV 242, c. 2b: "(...)wenn Verdachtsgründe die Möglichkeit einer strafbaren Vortat nahelegen. (...) Daher genügt, ist

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 crime⁵⁹. 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 loi⁶⁰. Pour un profane, il suffit que celui-ci considère que l'infraction est grave et susceptible d'être lourdement punie⁶¹.

2. L'analyse concrète de la Cour

70. Considérant que la Banque Y. n'avait commis aucun acte de blanchiment intentionnel pur⁶², la Cour a estimé que seul le dol éventuel entraînait en considération et, par conséquent, était susceptible d'engager la responsabilité civile du blanchisseur qui doit présumer que les valeurs patrimoniales provenaient d'un crime et qui s'en est accommodé.

71. Se référant à EGGER TANNER⁶³, la Cour a relevé 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, 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:

- La Loi sur le blanchiment d'argent⁶⁴
- L'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur le blanchiment d'argent⁶⁵
- La Circulaire 91/3 concernant les Directives de la CFB relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux⁶⁶.

72. Dès lors que la LBA et l'OBA-CFB ne pouvaient servir de base à la construction d'une illicéité civile, à défaut d'être en vigueur au moment des faits⁶⁷, 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 informations⁶⁸, en vérifier la plausibilité pour apprécier l'arrière-plan économique des transactions suspectes⁶⁹. L'annexe des Directives recensait parmi les indices de blanchiment, les éléments suivants:

- Le retrait des valeurs patrimoniales peu de temps après qu'elles ont été portées en compte (compte de passage), pour autant que l'activité ne rende pas possible un tel retrait immédiat.
- Des transactions sortant des activités usuelles ou du cercle de clients usuel de la banque lorsqu'on ne parvenait pas à comprendre les raisons pour lesquelles le client avait choisi précisément cette banque pour réaliser son affaire.
- Des transactions non compatibles avec les informations et expérience de la banque concernant le client ou le but de la relation d'affaires.

73. Ayant énoncé les principes sur lesquels elle entendait juger préjudiciellement de l'éventuelle culpabilité intentionnelle de la Banque Y., la Cour cantonale a conclu à l'absence d'indice de blanchiment pour les motifs suivants:

- Il n'y avait pas de corrélation directe et immédiate entre les crédits et les débits du compte yyy, les débits portant sur des montants divers, le plus souvent nettement inférieurs aux montants des crédits précédents, ayant des causes diverses et ne succédant pas immédiatement aux crédits⁷⁰.
- Le bénéficiaire des détournements avait toujours laissé des fonds (en moyenne entre US\$ 2 et 6 millions) sur ses deux comptes auprès de la Banque Y., qui a pu les placer à court terme.
- Malgré l'importance des apports sur le compte yyy et le transfert progressif d'une grande partie de ces apports sur d'autres comptes à l'étranger, il ne s'agissait pas d'un compte de passage typique.
- Surtout, insiste la Cour, les virements à l'étranger paraissaient justifiés par le profil du client, soit celui d'un

aber auch erforderlich, dass der Geldwäscher die Umstände kennt, die den Verdacht nahelegen (...)."

59 ATF 119 IV 242, c. 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 (n. 17), p. 537, N 42.

60 CORBOZ (n. 17), p. 537, N 42.

61 STRATENWERTH (n. 53), BT II, p. 342, N 32; DONATSCH/WOHLERS (n. 28), p. 402; LOMBARDINI (n. 56), 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."

62 Il s'agit d'une constatation de fait que ne revoit pas le Tribunal fédéral, si bien que notre Haute Cour a déclaré irrecevables les griefs énoncés par la demanderesse dans son recours en réforme (c. 5.2).

63 CHRISTINE EGGER TANNER, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Zurich 1999, p. 189.

64 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).

65 RS 955.022, Ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent, OBA-CFB).

66 A noter que la dernière version de cette Circulaire, avant son remplacement par l'OBA-CFB, était celle du 26 mars 1998, Circulaire 98/1.

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

68 Art. 20 Directives.

69 Art. 19 Directives.

70 Nous ajouterons que les versements mensuels oscillaient régulièrement entre US\$ 100 000 et 1 000 000, la banque tirée était toujours la même et les donneurs d'ordre étaient identiques; les virements étaient ordonnés en faveur de comptes de C. ou de tiers liés à ses investissements dans différents pays.

homme d'affaire très fortuné, actif dans divers secteurs, au niveau international, ses investissements étant notoires et objectivement exacts⁷¹.

- Le "milliardaire malien" ne sortait pas non plus du cercle de clients habituels de la Banque Y. qui avait d'autres clients africains et qui avait aussi l'habitude de nouveaux clients utilisant d'abord essentiellement ses services de paiement avant de lui confier ultérieurement des sommes importantes à gérer.
- C. a obtempéré sans sourciller à l'invitation que lui a faite la Banque Y. de cesser l'utilisation de chèques, pratique inhabituelle pour elle.
- La présentation de C. par une connaissance commune expliquait suffisamment pourquoi son client l'avait choisie pour s'occuper d'une partie de ses paiements et, à terme, de la gestion d'une partie de sa fortune.
- Les démêlés judiciaires de C. n'avaient aucune relation avec la provenance de sa fortune.
- Les transactions du client étaient compatibles avec les informations de la Banque Y. le concernant et concernant le but de leur relation d'affaires.
- Les virements provenaient de la Banque X., de bonne réputation, qui était censée prévenir elle-même tout blanchiment⁷².

74. A ces circonstances, il conviendrait à notre avis d'ajouter qu'au terme de ses investigations – menées à la demande de la Banque Y. –, le réviseur externe de cette dernière n'a rien décelé de suspect dans les transactions litigieuses. Ce fait était également selon nous un élément de nature à confirmer l'absence d'indice de blanchiment⁷³.

75. La Cour a encore retenu que la Banque Y. ne devait pas conclure à l'origine criminelle des fonds virés du seul fait que son client tardait à lui transmettre certains documents écrits, puisqu'elle n'avait pas l'obligation de les réclamer, du moins sous l'empire de la législation qui prévalait alors. En effet, la Cour ayant conclu à l'absence d'indices de blanchiment, les obligations prévues aux articles 19 et 20 des Directives ne s'appliquaient pas et la Banque Y. n'avait en conséquence aucune obligation de récolter les informations supplémentaires et d'en vérifier la plausibilité pour mieux apprécier l'arrière-plan économique des transactions en question, ni aucun devoir d'exiger de son client des documents écrits établissant la provenance de ses moyens financiers, en général, et de ses prétendus revenus pétroliers en particulier⁷⁴. Si bien que, de l'avis de la Cour, le fait que la Banque Y. exige néanmoins des documents résultait d'un souci de correction de la Banque Y. excédant ses devoirs de diligence.

76. Enfin, la Cour a précisé de que la Banque Y. n'était "pas un service étatique chargée d'une mission d'instruction et disposant d'autres moyens à cet effet". La Banque Y. ne devait pas mener des enquêtes sur le marché pétrolier et se renseigner sur la production et l'exportation de cette matière par les pays arabes, sur le rôle des intermédiaires et les pourcentages qu'ils pouvaient y toucher et sur d'autres données

techniques qui auraient pu permettre de vérifier les allégués de son client, concernant ses prétendus revenus pétroliers.

77. Pour ces motifs, la Cour cantonale a nié toute intention sous forme du dol éventuel et toute négligence coupable de la Banque Y. Elle a toutefois précisé que la situation serait éventuellement différente si les faits étaient survenus postérieurement à l'entrée en vigueur des articles 9 al. 1 et 10 LBA⁷⁵.

78. Pour le surplus, la Cour a confirmé le jugement du Tribunal de première instance par une motivation alternative tirée d'une faute concomitante d'un des organes de la Banque X.⁷⁶, savoir son sous-directeur, faute qui est selon la jurisprudence imputable à la personne morale en cause⁷⁷. Qui plus est, la Banque X. avait rendu la faute possible par de nombreuses défaillances dans son organisation. Les juges cantonaux ont ainsi implicitement admis que la faute concomitante dont répondait la Banque X. constituait un facteur interruptif du rapport de causalité.

V. Solution adoptée par le Tribunal fédéral

A. Droit international privé

79. Le Tribunal fédéral débute son analyse par l'examen du droit applicable. En l'absence de convention internationale entre les Etats du siège des parties au litige, cette question doit être examinée à l'aune des articles 133 et suivants de la Loi fédérale sur le droit international privé⁷⁸.

80. Les parties n'ayant pas fait élection de droit en faveur de la *lex fori* (Art. 132 LDIP) et n'ayant pas leur résidence habituelle dans le même Etat (Art. 133 I LDIP), l'action est

71 Le gérant, H., de son côté, effectuait régulièrement des voyages professionnels en Afrique et avait entendu parler de ce nouveau client, surnommé "le milliardaire malien", qui dépensait et investissait en Afrique et aux Etats-Unis, cf. ATF 4C.386/2006, Faits A.b.

72 Les interventions d'une banque new-yorkaise représentaient un gage de sérieux. En effet, nous rappelons que la Banque X. recevait les fonds après que ceux-ci eurent transité par une banque new-yorkaise, correspondante pour les virements internationaux de la Banque X., cf. ATF 4C.386/2006, Faits A.b et A.c.

73 L'appréciation aurait-elle différé si le réviseur externe avait constaté des ordres suspects? La Banque aurait-elle pu se contenter de réagir ou lui aurait-on reproché une passivité antérieure au contrôle? A vrai dire, vu les nombreuses circonstances évaluées, il n'est pas certain que cela aurait changé la conclusion finale.

74 ACJC/982/2006, c. 5.2.3.

75 ACJC/982/2006, c. 5.2.3 *in fine*.

76 Art. 44 CO.

77 ATF 121 III 69 = JdT 1995 I 576 c. 4a.

78 RS 291, Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP).

aussi soumise au droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis (Art. 133 II 1^{ère} phrase LDIP).

81. Selon l'assignation de la Banque X., l'acte illicite consistait à recevoir des fonds sur un compte en Suisse et à les transférer ensuite à l'étranger. Les actes reprochés à la Banque Y. se sont ainsi déroulés en Suisse et le droit suisse est en principe applicable en tant que lieu de commission de l'acte illicite invoqué.

82. L'article 133 II 2^{ème} phrase LDIP peut cependant conduire à une autre solution. Cette disposition prévoit en effet un rattachement différent si le résultat de l'acte illicite se produit dans un Etat d'une manière prévisible pour l'auteur. La jurisprudence précise qu'en présence d'un préjudice purement patrimonial, comme c'était le cas en l'espèce, le lieu du résultat ne correspond pas nécessairement au domicile du lésé. Lorsque les fonds en cause peuvent être distingués de l'ensemble du patrimoine, il convient de prendre en considération le lieu où les intérêts patrimoniaux en cause sont touchés.

83. Tel est le cas en l'espèce pour le Tribunal fédéral. L'arrêt ne précise cependant pas explicitement en quoi les montants détournés dont la réparation est demandée par la Banque X. peuvent être distingués de l'ensemble du patrimoine de celle-ci. A notre avis, cette solution se justifie de la manière suivante. Si l'on considère que l'acte illicite consiste à permettre le passage de fonds à l'étranger, les fonds de la Banque X., portés au crédit de comptes auprès de la Banque Y. constitue un patrimoine distinct du reste de ses actifs. Un acte de blanchiment porté en Suisse à leur encontre, par exemple par l'exécution d'un ordre de transfert vers un établissement bancaire sis à l'étranger, aurait ainsi pour conséquence l'applicabilité du droit suisse.

84. Après ce rappel, le Tribunal fédéral constate que la Banque X. se plaint du fait que le passage des fonds par des comptes ouverts auprès de la Banque Y. rendait plus difficile la recherche des biens détournés. L'atteinte au patrimoine se serait ainsi produite en Suisse, de sorte que ce droit est applicable.

B. L'illicéité civile

1. L'art. 305^{bis} CP comme fondement de l'illicéité

85. A la suite des autorités cantonales, le Tribunal fédéral énonce les principes constants de responsabilité civile fondée sur une norme de droit pénal⁷⁹, en relevant en particulier qu'un préjudice purement économique ne peut donner lieu à réparation qu'en cas d'illicéité de comportement⁸⁰. Il rappelle que l'article 305^{bis} CP protège les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par un crime préalable portant atteinte à des intérêts individuels⁸¹.

2. Le défaut d'intention selon l'art. 305^{bis} CP en l'espèce

86. Sur le plan pénal, notre Haute Cour indique que l'infraction pénale de blanchiment d'argent prévue par l'ar-

ticle 305^{bis} CP suppose l'intention de l'auteur, le dol éventuel pouvant suffire⁸². Pour le Tribunal fédéral, le fait que la Cour cantonale ait constaté que la Banque X. n'avait pas l'intention de blanchir de l'argent implique qu'il ne peut re-considérer cet élément⁸³:

"Il résulte de l'état de fait déterminant (art. 63 al. 2 OJ) que l'intimée n'avait pas l'intention de blanchir de l'argent provenant d'un crime (cf. consid. 5.2.3 de l'arrêt critiqué, p. 22 in fine). La détermination de ce que l'auteur présumé d'une infraction voulait ou avait l'intention de faire relève des constatations de fait (...), qui ne peuvent être remises en cause dans un recours en réforme. La recourante est donc irrecevable à s'en prendre à cette constatation (...)."

87. Dès lors, en conclut-il, se pose la question de savoir si celui qui commet objectivement un acte de blanchiment non intentionnel – cas échéant par négligence – peut engager sa responsabilité délictuelle en vertu de l'article 41 CO pour le préjudice qu'il a causé à la victime du crime préalable, bien que son acte ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

88. Cela étant, on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles le Tribunal fédéral n'a pas examiné – comme l'a fait la Cour de Justice – si une intention sous la forme du dol éventuel pouvait ou non être retenue à charge de la Banque Y. Contrairement aux constatations des juridictions cantonales au sujet de l'intention, qui lient le Tribunal fédéral⁸⁴, la notion de dol éventuel ressort au droit fédéral et pouvait être revue dans un recours en réforme, ainsi que l'a rappelé notre Haute Cour dans une affaire récente⁸⁵. A notre avis, cela s'explique par le fait que la Banque Y. n'a pas soulevé, du moins de manière suffisamment explicite, une violation de la notion jurisprudentielle de dol éventuel, ce qui dispensait le Tribunal d'examiner cette question⁸⁶. Cette appréciation

79 ATF 4C.386/2006, c. 5.1.

80 ATF 132 III 122 c. 4.1; cf. supra III.A.

81 ATF 129 IV 322 c. 2.2.4 = SJ 2004 I 115.

82 ATF 4C.386/2006, c. 5.1.

83 La détermination de ce que l'auteur présumé d'une infraction voulait ou avait l'intention de faire relève en effet des constatations de fait, ATF 125 IV 49, que ne pouvait revoir le Tribunal fédéral dans un recours en réforme.

84 JEAN-FRANCOIS POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Volume II, articles 41–74, p. 540 N 4.3.1 et les références citées.

85 ATF 6P.208/2006, c. 4.2.2.

86 Si le Tribunal fédéral examine librement et d'office sa compétence pour connaître du recours (art. 29 al. 1 LTF), les conditions de recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 131 I 57 consid. 1, p. 59) et la question du droit applicable (ATF 131 III 156 consid. 3), le principe *jura novit curia* ne signifie toutefois pas que le Tribunal fédéral doit examiner, comme une autorité de première instance, toutes les questions de droit qui se posent (BERNARD CORBOZ, Introduction à la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, in SJ 2006 II 319, 343). CORBOZ rappelle à ce sujet qu'"on ne doit pas perdre de vue l'exigence de motivation formulée à peine d'irrecevabilité (...). Il appartient au recourant d'étudier la décision qu'il attaque et dire en

est confirmée par le considérant 2.14 de l'arrêt rendu dans la même affaire sur recours de droit public de la Banque X.⁸⁷ Le Tribunal fédéral y précise que, s'agissant du grief tiré de la violation de la notion de dol éventuel, le moyen soulevé par la recourante "s'épuise en des critiques irrecevables contre le droit fédéral, étant donné que la voie de la réforme était disponible pour ce faire (...)".

89. Pour cette raison, il n'est pas possible de déterminer avec certitude si le Tribunal fédéral a avalisé ou non l'analyse faite par la Cour de Justice relative au sujet du dol éventuel de la Banque Y., notamment à la lumière de la Circulaire 91/3. Cette question n'est pourtant pas dénuée de pertinence comme cela sera exposé ci-après.

3. L'art. 305^{bis} "par négligence" comme fondement de l'illicéité civile

90. Après avoir évoqué l'ancienne jurisprudence de la Cour de Justice⁸⁸ et les critiques doctrinales y relatives, le Tribunal fédéral énonce que l'obligation de réparer un préjudice en droit de la responsabilité civile doit être contenue dans des limites raisonnables pour être acceptée socialement, fonction que remplissent les conditions d'application cumulatives de l'art. 41 CO, soit notamment l'illicéité. Selon notre Haute Cour, on ne voit pas pourquoi il conviendrait d'amoinrir la portée des éléments constitutifs subjectifs de l'art. 305^{bis} CP par rapport à celles des éléments constitutifs objectifs de cette même infraction. D'autant moins que le législateur a clairement écarté la responsabilité du blanchisseur qui a agi par négligence en édictant l'art. 305^{bis} CP⁸⁹.

91. Le Tribunal fédéral en déduit qu'il faut admettre que "l'article 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". Aussi, un acte de blanchiment commis par négligence ne saurait constituer un acte illicite propre à fonder la responsabilité aquilienne de l'article 41 CO.

4. Une norme de sécurité comme fondement de l'illicéité

92. En trois paragraphes – et nous y reviendrons – le Tribunal fédéral examine si l'illicéité peut résulter de la violation d'une obligation de sécurité⁹⁰, telle que résultant de la LBA et des ses ordonnances d'application ou des Recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI). La réponse est doublement négative: d'une part, la LBA est entrée en vigueur postérieurement aux faits à l'origine du litige⁹¹; d'autre part, les recommandations du GAFI s'adresse aux Etats membres de ce groupe et non à des particuliers et ne sont, de ce fait pas contraignantes. Notre Haute Cour en conclut que la Banque Y. n'a violé aucune norme de sécurité.

C. Portée de l'arrêt fédéral

93. Faute d'intention au sens de l'article 305^{bis} CP, et faute de violation d'une obligation de sécurité, le Tribunal consta-

te que la Banque Y. n'a violé aucune norme protégeant le patrimoine de la Banque Y. et que, de ce fait, il n'est pas possible d'imputer à cette dernière le comportement illicite d'un de ses organes⁹² ou de l'un de ses auxiliaires⁹³ qui aurait été susceptible d'entraîner sa responsabilité délictuelle.

94. En matière de responsabilité civile fondée sur un acte de blanchiment, la portée de l'arrêt du Tribunal fédéral est importante, mais ne constitue qu'une étape jurisprudentielle. La brèche ouverte par la Cour de Justice genevoise dans laquelle on pouvait entrevoir une éventuelle illicéité fondée sur la LBA n'a pas été fermée par le Tribunal fédéral, qui n'a pas eu à examiner cette question⁹⁴.

95. En revanche, sur le plan du droit de la responsabilité civile, l'arrêt du Tribunal fédéral a une portée considérable puisqu'il retient qu'une norme pénale ne souffre pas d'être disséquée et forme un tout. Le Tribunal fédéral rejette ainsi la possibilité qu'une responsabilité civile puisse être fondée sur la base des seuls éléments constitutifs d'une infraction pénale.

96. Cette conclusion est pleine de bon sens. L'idée même d'une norme de protection implique que le législateur ait voulu protéger la victime en l'édictant, la protection accordée revêtant la forme de la norme en question. Disséquer une telle norme et construire sur cette base une responsabilité civile reviendrait en réalité à créer une nouvelle *Schutznorm* juridiquement inexistante. Il apparaîtrait dès lors aberrant de n'en prendre qu'un élément parmi plusieurs cumulatifs; il en va d'une certaine cohérence, sauf à pervertir plus encore le procédé de recherche d'une norme de protection⁹⁵.

D. Portée résiduelle de l'arrêt cantonal?

97. Ainsi que nous l'avons relevé, le Tribunal n'a pas formellement avalisé le raisonnement de la Cour cantonale sous l'angle du dol éventuel, sans doute parce qu'il était dispensé de le faire. Faut-il conclure pour autant que notre Haute Cour s'est ralliée à l'opinion de la Cour de Justice en

quoi celle-ci violerait le droit. L'examen du Tribunal fédéral est donc en principe limité aux points litigieux qui lui sont soumis. Le principe *jura novit curia* signifie cependant que le Tribunal fédéral n'est pas obligé de consacrer une violation du droit si celle-ci lui saute aux yeux lors de l'examen du recours".

87 Arrêt du 18 avril 2007, 1^{er} Cour de droit civil, 4P.274/2006.

88 Partiellement reproduite à la SJ 1998 646.

89 Message du Conseil fédéral du 12 juin 1989, Message blanchiment, FF 1989 II 984.

90 Sur cette notion, cf. ATF 126 III c. 2b et les références citées.

91 La LBA est entrée en vigueur le 1^{er} avril. Les faits incriminés se sont, eux, déroulés entre les mois de septembre 1996 et mars 1998.

92 Art. 55 al. 2 CC.

93 Art. 55 CO.

94 Cf. infra, VI.

95 Cf. AEPLI (n. 31), p. 408.

faisant implicitement sienne son argumentation? Le silence du Tribunal fédéral sur ce point nous donne à penser qu'il faudrait y répondre *a priori* par l'affirmative.

98. Une telle conclusion appelle cependant une autre question: pourquoi alors le Tribunal fédéral vérifie-t-il plus loin dans son raisonnement si une illicéité civile peut résulter d'une obligation d'une norme de sécurité, telle que la LBA⁹⁶, alors qu'il aurait déjà été tenu compte de cette législation dans l'appréciation de l'élément constitutif subjectif d'une norme pénale propre à fonder cette illicéité civile? Cette question est pourtant pertinente. S'il doit être tenu compte de la LBA et de son ordonnance d'application⁹⁷ pour examiner la question de l'intention délictueuse d'une partie sous l'angle du dol éventuel, il ne devrait en principe plus être besoin, à tout le moins redondant, de déterminer si ces dernières constituent des normes de protection susceptibles d'être invoquées par un particulier pour obtenir réparation de son dommage.

99. D'un autre côté, si la question du dol éventuel devait être examinée *in concreto* et sans référence aucune aux indices de risque de blanchiment, les tribunaux ne pourraient se dispenser d'examiner si les normes qui précisent ces indices revêtent le caractère de *Schutznorm* ou non. Inversement, si la jurisprudence devait retenir que les normes anti-blanchiment ne constituent pas des normes de protection pouvant être invoquées par le justiciable, se poserait alors la question de savoir si le raisonnement de la Cour peut être maintenu tel quel, dès lors qu'il s'agirait d'une manière contournée de fonder une illicéité civile sur la violation de la législation anti-blanchiment et de la LBA en particulier.

VI. La question ouverte: la LBA comme "Schutznorm"

100. Jusqu'à l'ATF 129 IV 322, la doctrine était divisée quant à la question de savoir si l'art. 305^{bis} CP protégeait également les intérêts individuels⁹⁸. Cette opposition de doctrine essentiellement pénale⁹⁹ avait les conséquences et enjeux déjà évoqués en matière d'action en responsabilité civile dirigée contre le blanchisseur par la victime du crime préalable. La théorie objective de l'illicéité a ceci de pervers qu'il est loisible à la partie qui cherche à obtenir réparation de son dommage, en l'absence d'atteinte à un droit absolu, de rechercher dans l'ordre juridique suisse une norme susceptible de la protéger dans l'atteinte subie. Cette recherche à tout va de normes de protection a d'ailleurs été qualifiée de *Normenjagd*¹⁰⁰.

101. La doctrine s'est en revanche accordée à ne pas reconnaître la LBA et ses ordonnances d'application comme des normes de protection susceptibles de fonder une responsabilité civile¹⁰¹. Même les auteurs initialement ouverts à permettre une action civile fondée sur l'art. 305^{bis} CP ont exclu que la LBA revête le caractère de *Schutznorm*¹⁰². Cela dit, la doctrine n'a, à notre connaissance, pas consacré de développements approfondis à cette question.

102. Dans l'ATF 133 III 323, après avoir conclu qu'il n'y avait "pas d'illicéité civile découlant du droit pénal, faute de réalisation de l'élément subjectif de l'infraction entrant en ligne de compte"¹⁰³ le Tribunal fédéral examine "si l'illicéité ne pourrait pas résulter de la violation d'une norme de sécurité"¹⁰⁴, telles que la LBA et l'OBA-CFB, de même que les Recommandation du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)¹⁰⁵.

96 ATF 133 III 323, c. 5.2.4: "S'il n'y a comme dans le cas présent, pas d'illicéité civile découlant du droit pénal, faute de réalisation de l'élément subjectif de l'infraction entrant en ligne de compte, il faut encore vérifier si l'illicéité ne pourrait pas résulter de la violation d'une norme de sécurité (...)"

97 Notamment en tant que ses ordonnances d'application indiquent quels éléments doivent être considérés comme des indices de risque de blanchiment et qu'elle énonce le comportement que l'intermédiaire doit adopter dans ces cas de figure.

98 Sans discuter ici l'opinion affirmative exprimée dans l'ATF 129 IV 322, on relèvera simplement que l'opinion inverse n'a pas été jugée arbitraire, ATF 5P.387/2004, c. 3.2. Dans un cas de séquestre soumis à l'examen de la II^{ème} Cour civile dans un recours de droit public, celle-ci a considéré qu'il n'était pas arbitraire de s'écarter de la solution retenue dans l'ATF 129 IV 322. Certes effectué sous l'angle de l'arbitraire, cet examen démontre que la thèse soutenue à cette occasion par la recourante, selon qui ne pas suivre la Cour de cassation pénale revenait "à violer gravement un principe juridique indiscuté" était erronée.

99 En faveur: CASSANI (n. 18), Art. 305^{bis} CP, N 5; CASSANI (n. 38), p. 393 ss. Contra: ACKERMANN (n. 29, taugliches Vehikel), § 26, p. 202-203; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Geldwäscherei (StGB Art. 305^{bis}, in NIKLAUS SCHMID [Edit.], Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Zurich 1998, p. 355 ss, Art. 305^{bis} CP, N 54); EGGER TANNER (n. 63), p. 10, 13, 14; CHRISTOPH GRABER, GwG – Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 108. Plus neutre: PIETH, BaKo, Art. 305^{bis} CP, N 42, qui considère que l'art. 305^{bis} CP "dient der Verstärkung der Bekämpfung jeglicher (qualifizierter) Vortaten" et "[d]er Schutz der 'Rechtspflege' wird zum Blankettsrechtsgut".

100 PETER GAUCH, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in recht 14 (1996) 6, 225-239, p. 232.

101 ACKERMANN (n. 29, taugliches Vehikel), p. 53, où cet auteur renvoie toutefois au but de la LBA (art. 1 LBA), soit la lutte contre le blanchiment au sens de l'art. 305^{bis} CP; dans la mesure où il considère dans cette contribution que l'art. 305^{bis} CP ne protège pas la victime du crime préalable, c'est logiquement qu'il conclut que tel est également le cas de la LBA. Voir aussi BERNARD CORBOZ/PATRICK GÉRARD FLEURY, Le blanchiment d'argent, le renouveau de l'illicéité de comportement?, in HAVE 2004, p. 218 ss, p. 225.

102 CASSANI (n. 38), p. 406: "Quant aux dispositions pénales de la LBA, elles ont pour vocation de protéger la réputation de la place financière suisse et non des individus".

103 ATF 133 III 323, c. 5.2.4.

104 ATF 133 III 323, c. 5.2.4.

105 On rappellera que la norme de comportement invoquée peut être une disposition de droit privé, public ou pénal, ATF 101 Ib 252, c. 2d; ATF 101 II 72, c. 2.

103. Si notre Haute Cour exclut les 40 Recommandations, motif pris que "ces dispositions s'adressent à des Etats (...) et ne sont pas contraignantes"¹⁰⁶, argument de fond, elle laisse la question ouverte pour la LBA et l'OBA-CFB. Elle relève simplement leur inapplicabilité temporelle¹⁰⁷. Quand bien même tel était le cas en l'espèce, on aurait pu imaginer que le Tribunal fédéral saisisse l'occasion pour trancher la question de savoir si ces normes pouvaient ou non fonder une illicéité civile, d'autant qu'il se serait fait l'écho des opinions doctrinales exprimées.

104. En écartant l'applicabilité de la LBA pour des motifs temporels, le Tribunal fédéral a selon nous laissé la porte entrouverte à la prochaine victime décidée à attaquer un blanchisseur négligent sur la base de la LBA et de l'OBA-CFB, faute de pouvoir invoquer l'art. 305^{bis} CP. Cette éventualité mérite quelques développements en raison de son importance pratique¹⁰⁸.

105. A notre avis, la question doit s'analyser sous deux approches. Il est nécessaire, d'une part, de rappeler les objectifs – notamment historiques – visés par le législateur lorsqu'il a édicté la LBA (A.), d'autre part, d'examiner la protection concrète offerte par la loi au justiciable, approche que nous appellerons "utilitaire" (B.).

A. Approche historique et téléologique

1. Notion et objectifs généraux

106. La LBA de 1998 est une loi-cadre de police fondée sur le principe de l'autorégulation¹⁰⁹. Elle a un "aufsichtsrechtlichen Charakter"¹¹⁰ Afin de satisfaire les engagements internationaux pris par la Suisse dans la lutte contre le blanchiment, la "cible" de la LBA était la place financière suisse, qualifiée de "premier rang"¹¹¹. La LBA devait permettre de combler les lacunes constatées, savoir "l'absence de normes uniformes dans le secteur non bancaire" et "le fait que les intermédiaires financiers [n'étaient] pas tenus de communiquer leurs soupçons quant à des opérations suspectes"¹¹². Elle exige des intermédiaires financiers une participation active et accrue à la lutte contre le blanchiment d'argent¹¹³.

107. La loi sur le blanchiment vise à lutter contre le blanchiment d'argent¹¹⁴; par opposition à une loi sur les services financiers, dont la portée aurait été plus étendue et qui aurait protégé notamment les investisseurs et les bénéficiaires des services¹¹⁵. Partant de ce constat, l'Autorité de contrôle a précisé que, contrairement à la loi sur les banques, la loi sur les fonds de placement, la loi sur les bourses et la loi sur la surveillance des assurances qui servent principalement la protection des clients et par conséquent la préservation d'intérêts individuels, la LBA visait, elle, "à assurer des intérêts impersonnels, soit à maintenir la réputation et le renom de la place financière suisse, ainsi que le bon fonctionnement de la justice"¹¹⁶.

2. La LBA comme élément de lutte contre le blanchiment

108. La référence à l'art. 305^{bis} CP¹¹⁷ est un élément de nature à confirmer que la LBA entend contribuer à la répression générale de ce délit¹¹⁸ et qu'elle est indissociable des art. 305^{bis} et 305^{ter} CP¹¹⁹. Elle doit permettre d'empêcher les

106 ATF 133 III 323, c. 5.2.4.

107 ATF 133 III 323, c. 5.2.4.

108 Un exemple, ACKERMANN (n. 29, taugliches Vehikel), p. 43: "Die neue Frage, ob Art. 305^{bis}, Art. 305^{ter} oder das GwG dem Geschädigten die Möglichkeit zur Durchsetzung seiner Zivilforderung eröffnet, ist aber aus einem bestimmten Grund besonders interessant: Im Gegensatz zum Hehlereitbestand (Art. 160 StGB), der ebenfalls an eine Vortat anknüpft, ist jener der Geldwäscherei nicht auf Sach- und Originalwerte beschränkt; auch Forderungen und Surrogate von Originalwerten sind Objekte der Geldwäscherei."

109 Message blanchiment, FF 1989 II 1068, 1071; Administration fédérale des finances, La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, Octobre 2003 (http://www.gwg.admin.ch/f/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/Broschuere_f.pdf), p. 14 [ci-après: AFF, blanchiment]; Guy Stanislas, Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignements de la banque, in SJ 1999 II 413, 417. Le législateur souhaitait initialement une loi fédérale de droit administratif. Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment, LBA), du 17 juin 1996, FF 1996 III 1057 ss, 1063 [ci-après: Message LBA].

110 DE CAPITANI (n. 51), 101.

111 Message LBA, FF 1996 III 1058. On ajoutera à ce stade que le Message LBA joue un rôle plus important qu'à l'accoutumée dans l'interprétation de la LBA, DE CAPITANI, Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäscherei, GwG) vom 10. Oktober 1997, in NIKLAUS SCHMID (Edit.), Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zurich 2002, p. 519 ss, p. 608 N 280.

112 Message LBA, FF 1996 III 1058.

113 GRABER (n. 98), p. 12.

114 AFF, blanchiment, p. 13.

115 Message LBA, FF 1996 III 1062.

116 Administration fédérale des finances/Autorité de contrôle LBA, Le champ d'application personnel et territorial de la loi sur le blanchiment dans le secteur non bancaire, Texte de DINA BETTI, 12 janvier 2005 (http://www.gwg.admin.ch/f/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/34481.pdf), p. 43 [ci-après: AFF, Compilation assujettissement AdC].

117 Art. 1 LBA.

118 Message LBA, FF 1996 III 1071. Ce n'est pas l'objectif unique, ce qui ressort de l'art. 1 LBA, DE CAPITANI (n. 110), GwG I N 7.

119 GRABER (n. 98), Art. 1 N 1; DE CAPITANI (n. 110), GwG I N 7 ss critique l'affirmation selon laquelle la LBA vise à combattre le blanchiment: "Die Bezeichnung der Geldwäschereibekämpfung als Gesetzeszweck ist also genau genommen verfehlt", DE CAPITANI (n. 110), GwG I N 11. Cela étant, il admet et affirme que tel est l'objectif indirect de la LBA, DE CAPITANI (n. 110), GwG I N 10–11. A notre avis, dans une optique de lutte globale contre le blanchiment, il paraît difficile de ne pas tenir compte des objectifs indirects.

toutes premières tentatives de dissimulation de l'origine des fonds¹²⁰. "Troisième train" de mesures de lutte contre le blanchiment d'argent¹²¹, la LBA "impose aux personnes et aux entreprises travaillant dans le secteur financier des obligations de diligence ainsi que des mesures organisationnelles destinées à empêcher le blanchissage."¹²² Pour DE CAPITANI, cela signifie que l'objectif premier et intrinsèque de la LBA est la "Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften", laquelle ne servirait qu'indirectement la lutte contre le blanchiment d'argent¹²³. Sans vouloir discuter ici cet avis, on relèvera simplement que la lutte contre le blanchiment n'en demeure pas moins un objectif de la LBA¹²⁴. Il nous semble ainsi nécessaire de garder à l'esprit l'objectif d'ensemble, qui reste d'empêcher que la place financière suisse ne soit utilisée pour blanchir de l'argent¹²⁵.

109. Dans cette optique, les obligations de la LBA doivent notamment préciser les contours de l'art. 305^{ter} CP, dont le flou a été critiqué¹²⁶. Au-delà d'une précision, l'un des buts de la LBA est de concrétiser véritablement la diligence requise par l'art. 305^{ter} CP¹²⁷, à tel point que, selon le Message, celui qui respecte la LBA peut présumer respecter l'art. 305^{ter} CP¹²⁸. L'identification de l'ayant droit économique est une obligation qui correspond à celle de l'art. 305^{ter} CP¹²⁹; l'art. 7 II LBA "rejoint également, dans son but, l'art. 305^{ter}, 1^{er} alinéa, CP puisque ce dernier a indirectement pour objet la réunion d'informations susceptibles de faciliter les enquêtes pénales éventuelles sur l'origine des valeurs"¹³⁰.

110. Le lien avec l'art. 305^{ter} CP implique de tenir compte de cette disposition pénale dans l'analyse des objectifs poursuivis par les obligations de diligence de la LBA qui le précèdent. L'art. 305^{ter} CP est un délit de mise en danger abstrait de l'administration de la justice¹³¹: la réalisation d'affaires financières sans identifier préalablement l'ayant droit économique met potentiellement en péril le droit de confiscation de l'art. 59 CP¹³². La provenance des fonds est irrelevante. Celui qui ne fait pas preuve de la vigilance requise par les circonstances réalise l'infraction de l'art. 305^{ter} CP, sans égard au fait qu'il soit déterminé ensuite que la provenance des fonds est licite ou non¹³³. Inversement, l'infraction n'est pas réalisée si l'ayant droit économique est identifié avec la diligence requise, quand bien même les valeurs patrimoniales se révéleraient provenir d'un crime¹³⁴. On voit mal comment il pourrait ainsi protéger les intérêts individuels de la victime. Quand bien même l'objectif de l'art. 305^{ter} CP est d'appréhender les activités exposées au blanchiment et, qu'il doit être, à ce titre, mis en relation avec la LBA¹³⁵, l'art. 305^{ter} CP ne protège pas les intérêts individuels¹³⁶.

111. A ce stade, on relèvera dès lors que les obligations de la LBA qui concrétisent l'art. 305^{ter} CP ne protègent certainement pas les intérêts individuels, tel l'article 4 LBA¹³⁷, ce qui fait pencher la balance en défaveur du caractère de *Schutznorm* de la LBA. Pourtant, les obligations de diligence de la LBA vont parfois plus loin que l'art. 305^{ter} CP¹³⁸, voire ne le concerne 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

120 GRABER (n. 98), p. 2.

121 Après les articles 305^{bis} et 305^{ter} CP en 1990 puis les articles 58, 59, 260^{ter} et 305^{ter} al. 2 CP en 1994, cf. Message LBA, FF 1996 III 1062; DE CAPITANI (n. 110), p. 521.

122 Message LBA, FF 1996 III 1062; GRABER (n. 98), p. 2: "Die Normadressaten des GwG sind nicht vorsätzliche Geldwäscher, sondern Angehörige von Berufsgruppen, welche Gefahr laufen, von Geldwäschern für deren Zweck missbraucht zu werden. Indem diesen Berufsleuten bestimmte Sorgfaltspflichten auferlegt werden, soll genau dies verhindert werden".

123 DE CAPITANI (n. 110), GwG 1 N 18: "... das GwG ist ein kriminalistisch orientiertes Finanzdienstleistungsgesetz. Eine sachgerechtere Formulierung des Zweckartikels hätte deshalb lauten können: 'Dieses Gesetz regelt die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften namentlich im Hinblick auf die Bekämpfung der Geldwäscherei'".

124 DE CAPITANI (n. 110), GwG 1 N 24, se réjouit de ce que figure à l'art. 1 LBA la référence à la vigilance en matière d'opérations financières "weil sie das schiefe Bild zurechtrückt, das entstanden wäre, wenn nur die Bekämpfung der Geldwäscherei als Zweck des Gesetzes angegeben worden wäre".

125 Message LBA, FF 1996 III 1069.

126 GRABER (n. 98), p. 4; l'art. 305^{ter} CP a été critiqué pour son manque de clarté, défaut difficilement conciliable avec les principes généraux de droit pénal, cf. GRABER (n. 98), Art. 1 N 5-6.

127 GRABER (n. 98), Art. 1 N 6; NIKLAUS SCHMID, Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht (StGB Art. 305^{ter}), in NIKLAUS SCHMID (Edit.), Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zurich 2002, p. 1 ss, N 56; contra: DE CAPITANI (n. 110), GwG 1 N 5.

128 Message LBA, FF 1996 III 1072. Inversement, violer les obligations de diligence de la LBA représente des actes constitutifs de l'art. 305^{ter} CP, Message LBA, FF 1996 III 1113. A cet égard, DE CAPITANI (n. 110), GwG 1 N 5 considère que la formulation du Message LBA "reduziert die Aussage auf einen beruhigenden Zuspruch an den [Finanzintermediären] und auf eine Einladung an den Strafrichter." Il faut relever que la version allemande du Message LBA diffère de la française: "... daher grundsätzlich davon ausgehen können, dass er nicht wegen Verstosses gegen Art. 305^{ter} Absatz 1 StGB belangt wird" et "... pourra donc présumer ne pas avoir enfreint l'article 305^{ter}, 1^{er} alinéa, CP."

129 Message LBA, FF 1996 III 1080.

130 Message LBA, FF 1996 III 1085.

131 EGGER TANNER (n. 63), p. 274; STRATENWERTH (n. 53), BT II, § 55, N 45; CASSANI (n. 18), Art. 305^{ter} CP, N 2.

132 TRECHSEL (n. 52), art. 305^{ter} CP, N 1; TF, SJ 2000 I 145, c. 3a.

133 TRECHSEL (n. 52), art. 305^{ter} CP, N 6; CASSANI (n. 18), Art. 305^{ter} CP, N 2.

134 CORBOZ (n. 17), art. 305^{ter} CP, N 11; DONATSCH/WHOHLERS (n. 28), p. 408; STRATENWERTH (n. 53), BT II, § 55, N 45 et 52; ATF 125 IV 142, c. 3c.

135 BSK StGB II – PIETH, Art. 305^{ter} N 10.

136 CASSANI (n. 38), p. 405; ACKERMANN (n. 29, taugliches Vehikel), p. 53: "Zudem verbietet Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB nicht den Umgang mit deliktisch erlangtem Vermögen, sondern das Geschäften mit nicht identifizierten Personen". Contra: CORBOZ/FLEURY (n. 100), p. 225.

137 DE CAPITANI (n. 110), p. 636 N 14: "GwG 4 (...) erweist sich daher als Bestimmung, die ausschliesslich den Interessen der Strafverfolgung dient."

138 DE CAPITANI (n. 51), 101: La LBA "tritt [...] ergänzend neben die Geldwäschereibestimmungen des Strafgesetzbuches."; DE CAPITANI (n. 110), GwG 1 N 21; ACKERMANN (n. 29, taugliches Vehikel), p. 53.

pas un effet de prévention suffisant, selon le Message¹³⁹. L'obligation de clarification¹⁴⁰, imposée dès l'instant où un financier nourrit des soupçons, va également plus loin. ACKERMANN le relève implicitement lorsqu'il discute l'argumentation d'un plaideur zugois qui entendait réclamer des dommages-intérêts du chef de la violation de l'art. 305^{ter} CP: "Diese Ansicht verkennt, dass Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB (...) – entgegen Art. 6 GwG – keine Pflicht zur Hintergrundabklärung statuiert".¹⁴¹ A contrario, le fait que l'art. 6 LBA prévoit une obligation de clarification serait-il de nature à modifier cette conclusion? Nous y reviendrons ci-après en relation avec l'approche "utilitaire" de la question.

112. Globalement, la LBA est un outil supplémentaire dans la lutte contre le blanchiment d'argent. Dès lors, il semble un peu dogmatique de considérer que son champ de protection se limite exclusivement aux intérêts impersonnels de la place financière et de la bonne administration de la Justice, tel que le propose l'Autorité de contrôle¹⁴². L'administration de la Justice, qui est d'ailleurs également protégée par l'art. 305^{bis} CP, auquel on reconnaît aussi, dans certains cas, une protection étendue aux intérêts individuels. Pourquoi n'en irait-il pas alors de même de la LBA?

113. En conclusion, nous sommes d'avis que ces quelques considérations sur les objectifs de la législation suisse contre le blanchiment d'argent ne fournissent aucun argument décisif pour reconnaître ou refuser à la LBA le caractère de *Schutznorm*. Certes, le rapport à l'art. 305^{ter} CP plaide en défaveur d'une telle reconnaissance mais il n'épuise pas la question. Il semble également vrai que la LBA et ses ordonnances d'application ont été édictées pour préserver la bonne réputation de la place financière suisse¹⁴³. Cependant, tel a aussi été le cas de l'article 305^{bis} CP¹⁴⁴, lequel faisait suite à une série d'affaires de blanchiment d'argent défrayant la chronique et noircissant par la même occasion la réputation de la place financière suisse¹⁴⁵, ce qui n'a cependant pas empêché notre Haute Cour de le qualifier de *Schutznorm*.

114. En conséquence, il convient de se pencher de plus près sur la LBA et ses dispositions concrètes en examinant la protection que celles-ci confèrent au justiciable.

B. Approche "utilitaire" de la LBA¹⁴⁶

115. Dans l'affaire de la Banca popolare di Milano, le Tribunal fédéral semble avoir accordé une importance particulière à la possibilité qu'avait le lésé d'obtenir réparation par le biais de l'ancien article 59 ch. 1 CP (art. 70 CP) par le biais d'une confiscation pénale, suivie d'une restitution ou d'une procédure d'allocation¹⁴⁷, pour déterminer si l'infraction de blanchiment pouvait être invoquée par ce dernier en tant que norme de protection civile. On peut dès lors se demander si ce raisonnement pourrait être repris *mutatis mutandis* pour déterminer si la LBA constitue une *Schutznorm*.

116. La LBA a introduit un devoir de communication en cas de soupçon de blanchiment et créé le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) auquel doit

être faite l'annonce¹⁴⁸. Cette obligation de communication est l'étape suivant l'obligation de clarification évoquée ci-dessus et va ainsi au-delà de la concrétisation de l'art. 305^{ter} CP. L'option de la communication a été choisie¹⁴⁹ 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"¹⁵⁰ mais également permettre d'identifier les personnes qui se dissimulent derrière et de les poursuivre¹⁵¹.

117. Si la clarification menée¹⁵² confirme les soupçons, l'intermédiaire financier est tenu de les communiquer¹⁵³. La

139 Message LBA, FF 1996 III 1077.

140 Art. 6 LBA; DE CAPITANI (n. 51), p. 102.

141 ACKERMANN (n. 29, taugliches Vehikel), p. 53.

142 AFF, Compilation assujettissement AdC, p. 43.

143 DE CAPITANI (n. 110), GwG I N 25.

144 Voir notamment le: Message blanchiment, FF 1989 II 961 ss, qui évoque et discute le rôle de la place financière suisse.

145 A l'instar du Conseil fédéral, on mentionnera le scandale Texon/Crédit Suisse de Chiasso, l'affaire de la banque Weisscredit, ainsi les scandales du Banco Ambrosiano, de la Pizza connection et de la Lebanon Connection (Message blanchiment, FF 1989 II 961, 964).

146 Nous évoquerons ici les dispositions qui nous semblent pertinentes dans l'analyse de la portée de la LBA, comme éventuelle norme de protection. Nous ferons l'impasse, par exemple, sur l'obligation d'obtenir une autorisation (art. 14 LBA; Message LBA, FF 1996 III 1069).

147 "L'article 305^{bis} est principalement destiné à favoriser l'administration de la justice. Ce but n'est toutefois pas exclusif, d'autant moins que l'art. 305^{bis} CP entend favoriser la confiscation des produits découlant de l'infraction principale et que ces produits doivent, cas échéant, être prioritairement restitués à la victime de cette infraction (art. 59 ch. 1 CP). Lorsque l'infraction principale a eu pour effet de porter atteinte à des intérêts individuels, la victime doit dès lors être admise à invoquer l'art. 41 CO pour agir contre le blanchisseur", SJ 2004 I 116.

148 AFF, blanchiment, p. 63.

149 Le Conseil fédéral dut choisir entre imposer, d'une part, une obligation de communiquer, d'autre part, un blocage des valeurs patrimoniales suspectes, cf. Message LBA, FF 1996 III 1069.

150 Message LBA, FF 1996 III 1069.

151 Selon le Message, 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 leur piste."

152 Globalement, l'intermédiaire financier doit agir avec la vigilance requise par les circonstances, Message LBA, FF 1996 III 1086.

153 Art. 9 LBA; Message LBA, FF 1996 III 1083. A contrario, si la transaction est régulière, l'intermédiaire financier peut conti-

suite immédiate d'une telle communication est le blocage des avoirs concernés¹⁵⁴.

118. Selon le Message, l'obligation de blocage découle du but de la loi. 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"¹⁵⁵. Le Message parle ici de séquestre pénal. Référence y est faite également à l'art. 7 LBA, à teneur duquel l'intermédiaire financier doit établir et conserver les documents pertinents. Ceux-ci doivent permettre de satisfaire "aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale"¹⁵⁶.

119. Dans le cadre qui nous intéresse ici, les considérations qui précèdent amènent une question d'ordre général: en faveur de qui les autorités pénales séquestrent-elles? Peut-on affirmer qu'elles le font dans le seul but de mener à bien une procédure, sans se préoccuper de la victime? Une partie de la doctrine soutient au contraire que la confiscation a également comme but de restituer le montant au lésé¹⁵⁷. La Chambre d'accusation genevoise semble parvenir à la même conclusion, dès lors que selon cette juridiction le "seul but de la saisie conservatoire est en effet de maintenir les biens à laquelle elle s'applique à la disposition de l'autorité de jugement (...) pour, cas échéant, en assurer la dévolution à l'État ou la restitution aux ayants droits (...)"¹⁵⁸. Cette appréciation semble par ailleurs se confirmer à la lecture de l'arrêt dit de la Banca popolare di Milano où, comme on l'a vu, notre Haute Cour paraît avoir accordé une importance toute particulière aux moyens de droit offerts par la justice au lésé.

120. Si l'on examine les objectifs des obligations à charge des intermédiaires financiers, mis en perspective avec l'objectif global de lutte contre le blanchiment, il nous semble difficile de soutenir que l'intermédiaire financier qui ne satisfait pas ses obligations, au sens de la LBA, ne porte pas atteinte aux intérêts de la victime d'une infraction – préalable – contre le patrimoine. En effet, de même que l'art. 305^{bis} CP, la LBA entend aussi favoriser la confiscation des produits découlant de l'infraction principale et ces produits doivent, cas échéant, être prioritairement restitués à la victime de cette infraction. La lutte contre le blanchiment est un tout, dont les articles 305^{bis}, 305^{ter} CP et la LBA font partie. La victime du crime préalable, si elle est protégée par 305^{bis} CP, devrait *a fortiori* l'être par certaines dispositions de la LBA.

121. Pourquoi, dès lors, ne pas reconnaître que lorsque l'infraction principale a eu pour effet de porter atteinte à des intérêts individuels, la victime doit être admise à invoquer l'art. 41 CO pour agir contre celui qui viole son obligation de communication et de blocage ou de clarification?¹⁵⁹

122. L'obligation de communication et de blocage doivent à notre avis être d'autant plus être considérées comme adoptées dans un intérêt tout particulier, que le non-respect de

ses obligations, du moins l'obligation de communication¹⁶⁰ est sanctionné pénalement¹⁶¹.

123. Ces considérations nous donnent à penser que, contrairement à ce qu'a affirmé la doctrine, la violation de certaines dispositions de LBA et de son ordonnance d'application pourrait être invoquée par le justiciable dans le cadre d'une action civile en responsabilité délictuelle contre l'intermédiaire financier en cause.

C. Conclusion

124. Nous devons bien le reconnaître, conférer le caractère de *Schutznorm* à certaines dispositions de la LBA serait une décision lourde de conséquences pour les milieux intéressés. Mais ne faut-il pas considérer que ce pas a déjà été franchi par la Cour de Justice de Genève, laquelle, sans être contredite par le Tribunal fédéral, a trouvé la parade pour tenir compte de la législation anti-blanchiment, dans le cadre d'une action aquilienne¹⁶².

nuer librement ses affaires. Les soupçons "n'ont pas à atteindre un degré tel qu'ils confinent à la certitude." Ils sont en revanche fondés "lorsqu'il existe un signe concret ou plusieurs indices qui font craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales", Message LBA, FF 1996 III 1086; GRABER (n. 98), Art. 9 N 14–15.

154 Art. 10 LBA. L'intermédiaire financier doit bloquer les valeurs patrimoniales concernées (article 10 al. 1 LBA) pendant un délai de cinq jours ouvrables. S'il ne reçoit pas de décision de l'autorité de poursuite pénale compétente dans ce délai, il peut débloquent les avoirs (article 10 al. 3 LBA).

155 Message LBA, FF 1996 III 1089.

156 Art. 7 II LBA.

157 CASSANI (n. 38), p. 403; NIKLAUS SCHMID, Einziehung (StGB Art. 69–73), in: NIKLAUS SCHMID (Edit.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2^{ème} éd., Zurich 2007, p. 140, N 66 ss.

158 OCA/251/2005, p. 11, c. 3.1; cf. aussi l'ATF 129 IV 322, c. 2.2.4: "Doch sind die Strafverfolgungsbehörden mit Blick auf eine mögliche Einziehung gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zur Beschlagnahme sämtlicher Vermögenswerte verpflichtet, die aus einer strafbaren Handlung stammen, unabhängig davon, ob eine Einziehung zugunsten des Staates oder des Opfers erfolgen wird. Soweit durch die Vortat Individualinteressen betroffen werden, dient diese Beschlagnahme, wie ausgeführt, nicht nur dem Einziehungsinteresse des Staates, sondern gleichzeitig auch dem Schutz des Vermögens des durch die Vortat Geschädigten."

159 La terminologie est celle de l'ATF 129 IV 322 = SJ 2004 I 115, p. 116.

160 Certes, la loi ne réprime pas les violations de l'obligation de blocage des avoirs. Un tel comportement est toutefois compris dans la violation de l'obligation de communiquer, étape préalable nécessaire au blocage.

161 Art. 36 à 38 LBA; dans le projet, elle ne réprimait pas même les violations de l'obligation de communiquer, Message LBA, FF 1996 III 1113. Pour les organismes d'autorégulation, leurs sanctions relèvent, selon le Message, du droit privé, Message LBA, FF 1996 III 1113.

162 Certes, dans une certaine mesure seulement. La Cour de Justice a en effet indiqué pouvoir tenir compte de la LBA dans

125. La décision revêt certainement un caractère politique, au côté de considérations juridiques. Nous estimons qu'il est un peu dogmatique de répondre, d'une part, par l'affirmative pour l'art. 305^{bis} CP, de l'autre, de manière péremptoire par la négative pour la LBA. L'ATF 133 III 323 a honoré l'unicité des normes pénales, pourquoi ne devrait-il pas aller dans le même sens et reconnaître l'unicité de la lutte contre le blanchiment d'argent?

VII. Conclusions et remarques finales

126. Quel avenir pour l'ATF 133 III 323?

127. Indéniablement, cette jurisprudence a tranché une question intéressante. Le plaideur à la recherche d'une norme pénale de comportement susceptible de fonder son action en responsabilité civile doit invoquer la violation complète d'une norme, dans son ensemble. La théorie objective de l'illicéité civile s'en trouve affinée, tandis que l'unité et la cohérence interne du droit en ressortent certainement renforcés.

128. A première vue, les intermédiaires financiers, voire plus spécifiquement les banques, seront les premiers rassurés par cette nouvelle jurisprudence. A y regarder de plus près, ces derniers risquent d'être cependant déçus. Les dispositions légales ont largement évolué depuis cette affaire et la diligence des banques est plus précise aujourd'hui qu'à l'époque. Une banque placée aujourd'hui dans la même situation que la Banque Y. ne s'en sortirait peut-être pas aussi bien, ne serait-ce qu'en raison des sanctions administratives qui pourraient en découler. Référence peut être faite à cet égard à l'art. 4 III OBA-CFB, aux termes duquel l'acceptation par négligence de valeurs patrimoniales provenant d'un crime peut remettre en question la garantie d'une activité irréprochable exigée de l'intermédiaire financier¹⁶³. Ces exigences élevées découlent du postulat selon lequel "[l]'OBA-CFB doit simplement permettre aux banques d'éviter d'être mêlées à des affaires qui, sans forcément pouvoir être qualifiées de blanchiment au sens de l'art. 305^{bis} CP, n'en sont pas moins douteuses"¹⁶⁴.

129. La réelle portée de l'ATF 133 III 323 doit-elle être recherchée dans ce que cette décision ne dit pas, et non dans ce qu'elle affirme. Sous réserve de la précision apportée à la théorie de l'illicéité de comportement, tel pourrait bien être le cas. Car si cette jurisprudence ne modifie pas la situation des intermédiaires financiers quant à leurs obligations quotidiennes au contact de leur clientèle, il se pourrait en revanche qu'elle soit l'avant-garde d'une jurisprudence à venir qui reconnaîtrait à la LBA le caractère de *Schutznorm*. Si tel devait être le cas, les intermédiaires financiers devraient alors répondre financièrement vis-à-vis de toutes les victimes dont ils auraient objectivement blanchi les valeurs patrimoniales perdues suite à un crime préalable, toutefois par négligence, soit sans violer l'art. 305^{bis} CP.

130. Cette conséquence juridique, dont il faudrait encore évaluer la portée quantitative¹⁶⁵, serait difficile à dissocier de tout aspect politique. Enfin, on peut se demander si cette problématique juridique ne pourrait tout simplement pas

être évacuée en prenant en considération, comme l'a fait la Cour de Justice, une éventuelle violation des normes de diligence contenue dans la LBA dans l'examen des éléments constitutifs subjectifs de l'infraction pénale à la base de laquelle le lésé fonde une responsabilité civile. Il appartiendra à la jurisprudence de le dire.

l'examen de l'élément constitutif subjectif de la norme pénale (sous la forme du dol éventuel) fondant l'illicéité civile. En conséquence, d'une part, ce raisonnement ne vaut qu'en présence d'un acte de blanchiment au sens de l'article 305^{bis} CP; d'autre part, il ne permet que de tenir compte de violation des normes susceptibles d'entrer en ligne de compte dans l'analyse du dol éventuel.

163 Les exigences élevées de l'OBA-CFB découlent du postulat selon lequel "[l]'OBA-CFB doit simplement permettre aux banques d'éviter d'être mêlées à des affaires qui, sans forcément pouvoir être qualifiées de blanchiment au sens de l'art. 305^{bis} CP, n'en sont pas moins douteuses" LOMBARDINI (n. 56), p. 27, N 88.

164 LOMBARDINI (n. 56), p. 27, N 88.

165 Y a-t-il de nombreux cas de violation non intentionnelle de l'art. 305^{bis} CP qui correspondent à la violation de normes de la LBA susceptibles de protéger les intérêts individuels? On pensera notamment à la violation de l'art. 6 LBA qui amène la banque à recevoir des fonds puis à les transférer, faute d'avoir remarqué leur origine criminelle.

BGE 133 III 323 ergänzt BGE 129 IV 322, in dem festgehalten wurde, dass Artikel 305^{bis} StGB auch die individuellen Rechtsgüter des Opfers der Vortat schützt, wenn die betroffenen Vermögenswerte aus Straftaten gegen Individualinteressen herrühren. Das Bundesgericht bestätigt in seinem Entscheid aus dem Jahre 2007, dass Artikel 305^{bis} StGB eine Schutznorm darstellt, aus deren Verstoss sich eine Widerrechtlichkeit (Verhaltensunrecht) im Sinne von Art. 41 OR ergibt. Das Bundesgericht verfeinert jedoch seine Rechtsprechung. Zivilrechtlich haftbar ist nur der Täter, der strafrechtlich gesehen mit Vorsatz gehandelt hat. Zivilrechtlich nicht haftbar ist hingegen derjenige, der zwar objektiv gesehen eine Geldwäschereihandlung vorgenommen hat, dies jedoch nur fahrlässig tat. Artikel 305^{bis} StGB bildet daher eine unteilbare und einheitliche Norm, deren objektive und subjektive Tatbestände nicht getrennt werden können.

Generell gesehen beschränkt diese neue Rechtsprechung die Suche nach Schutznormen, die eine zivilrechtliche Haftung begründen können. Der Geschädigte, der einen auf Artikel 41 OR gestützten Anspruch geltend machen will, kann weiterhin die schweizerische Rechtsordnung nach einer Schutznorm durchsuchen. Unzulässig ist es jedoch, eine Norm den Bedürfnissen des Einzelfalles anzupassen, indem ihre Bestandteile nur teilweise geltend gemacht werden.

Schliesslich erwähnt das Bundesgericht in BGE 133 III 323, dass eine zivilrechtliche Widerrechtlichkeit aus dem Verstoss gegen das GWG oder gegen die GwV EBK fließen könnte. Da diese Normen zum Zeitpunkt der Handlungen, die zu dem Streit führten, noch nicht in Kraft waren, lässt das Bundesgericht die Frage offen, ob diese Gesetzestexte eine Schutznorm begründen können. Die Lehre und die Rechtsprechung werden sich in der Zukunft jedoch sicherlich mit dieser Frage auseinandersetzen. Diesem Aspekt widmen sich auch die Verfasser dieses Beitrages. (Philipp Fischer)