

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	127 (2008)
Heft:	2
Artikel:	L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent
Autor:	Cassani, Ursula
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895917

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 29.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent

URSULA CASSANI*

* Professeure, Université de Genève, Département de droit pénal et Centre de droit bancaire et financier. L'auteure adresse ses chaleureux remerciements à ses assistants, Florence Sager, Nicolas Herren et Adrian Dan, pour leur aide dans la collecte des sources et la mise au net du manuscrit. La préparation de ce rapport a bénéficié d'un appui financier du Centre de droit bancaire et financier.

Table des matières

A. Introduction: le blanchiment d'argent, un enjeu planétaire	233
I. Une activité criminelle «globale»	233
II. L'internationalisation des stratégies de lutte contre le blanchiment d'argent	234
1. Un «droit à texture multiple»	235
2. Pouvoir de définition et légitimité normative	237
III. La politique criminelle, recherche d'un juste équilibre entre liberté et sécurité	240
B. L'émergence des stratégies de lutte contre le blanchiment d'argent: principales étapes sur le plan international	242
I. La mise en place du régime global de lutte contre le blanchiment d'argent	
1. Une tentative précoce: la recommandation R (80) 10 du Conseil des ministres	242
2. L'acte fondateur du régime répressif: la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants de 1988 (Convention de Vienne)	243
3. La protection de la stabilité du système financier: les principes du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire	244
4. Les recommandations du GAFI	
a. La constitution du GAFI et les 40 recommandations de 1990	246
b. Une structure vouée à l'expansion	247
c. Le contrôle de la mise en œuvre: autoévaluation et évaluation mutuelle	249
5. La Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime de 1990 (Convention de Strasbourg)	251
II. Consolidation et extension du système	
1. La révision des recommandations du GAFI en 1996	253
2. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000 (Convention de Palerme)	253
3. La création d'un régime international de lutte contre la corruption	
a. La Convention de l'OCDE de 1997	254
b. La Convention pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe de 1999	254
c. La Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 (Convention de Mérida)	255
4. La greffe de la lutte contre le financement du terrorisme sur le régime anti-blanchiment	256
III. Extension et ajustements: nouveaux risques, nouvelles responsabilités	259
1. La «Customer Due Diligence for Banks» du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire	259
2. Les principes du «groupe de Wolfsberg»	260
3. La révision des 40 recommandations du GAFI en 2003	260
4. La Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, de 2005 (Convention de Varsovie)	262

IV.	La prévention et la répression du blanchiment de capitaux en droit européen	263
1.	La Directive contre le blanchiment de 1991	263
2.	Le volet pénal	265
3.	La modification de la Directive contre le blanchiment en 2001 (2 ^e Directive)	266
4.	La Directive contre le blanchiment de 2005 (3 ^e Directive)	266
5.	La Directive de 2006 mettant en œuvre la 3 ^e Directive	267
6.	Les autres textes pertinents pour la lutte contre le blanchiment	268
7.	La mise en œuvre dans les Etats membres	269
C.	L'émergence des stratégies de lutte contre le blanchiment d'argent: principales étapes sur le plan suisse	272
I.	La création d'un régime préventif: surveillance et autoréglementation des banques	272
1.	La surveillance des banques au regard de la garantie d'une activité irréprochable	273
2.	La Convention de diligence des banques	274
II.	La création des infractions de blanchissage d'argent et de défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305 ^{bis} et 305 ^{ter} CP)	274
III.	Le «deuxième train de mesures contre le crime organisé»	276
IV.	Le rapport sur la Suisse dans le cadre du premier cycle d'évaluations mutuelles	278
V.	La loi sur le blanchiment d'argent (LBA)	279
VI.	Le rapport d'évaluation mutuelle sur la Suisse en 1998	280
VII.	La responsabilité pénale de l'entreprise	281
VIII.	La répression du terrorisme	281
IX.	Les révisions législatives en matière de corruption	282
X.	Le processus de mise en œuvre des recommandations du GAFI de 2003	284
1.	Les propositions du groupe de travail interdépartemental	285
2.	L'avant-projet du 12 janvier 2005 (APRO-GAFI)	285
3.	Le rapport d'évaluation mutuelle sur la Suisse de 2005	286
4.	Les résultats de la procédure de consultation à propos de l'avant-projet	287
5.	Les postulats Stähelin et le rapport publié à sa suite	288
6.	Les nouvelles propositions de révision du 18 janvier 2007 sur la base des résultats de l'examen de la Suisse par le GAFI	289
7.	Le projet de révision législative du 15 juin 2007	290
8.	Les délibérations parlementaires	291
XI.	L'impact de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) sur la lutte contre le blanchiment d'argent	
1.	Les principes fondamentaux	292
2.	Les instruments de surveillance	293
3.	Les relations entre la FINMA et les autorités pénales	295
4.	La collaboration avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers	296
5.	Les dispositions pénales	296
6.	Les modifications de la LBA	297

D. Les principaux éléments de la lutte contre le blanchiment d'argent en droit international et en droit suisse	
I. La répression du blanchiment d'argent	
1. Les normes supranationales	
a. La Convention de Vienne	298
b. La Convention de Strasbourg (CBI 1990)	300
c. La Convention de Palerme	302
d. La Convention de Mérida (CNUCC)	304
e. Les standards du GAFI	305
f. La Convention de Varsovie (CBIIFT 2005)	307
g. La définition du blanchiment en droit européen	309
h. Synthèse: l'infraction de blanchiment d'argent en droit international	311
2. La définition du blanchiment d'argent en droit suisse, mesurée à l'aune de la définition internationale	
a. La définition de l'infraction de blanchiment d'argent en droit suisse	314
b. L'acte de blanchiment: la définition suisse suffit-elle aux exigences internationales?	315
c. La définition suisse de l'infraction préalable résiste-t-elle à l'épreuve de l'évolution des standards internationaux?	320
II. La confiscation et la saisie	
1. Les normes supranationales	
a. La Convention de Vienne	331
b. La CRFT	332
c. Les Conventions de Palerme et de Mérida	332
d. La Convention de Strasbourg (CBI 1990)	333
e. La Convention de Varsovie (CBIIFT 2005)	334
f. Les standards du GAFI	335
2. Le droit suisse	335
a. La confiscation, la créance compensatrice et la confiscation des avoirs des organisations criminelles	336
b. La confiscation en mains de tiers et la protection de leurs droits	337
c. La protection des droits du lésé	337
d. Les mesures d'investigation, de saisie et de blocage, y compris la surveillance des comptes	338
III. La responsabilité de la personne morale	
1. Le cadre normatif supranational	341
a. La Convention sur la corruption de l'OCDE	341
b. La CRFT	341
c. Les Conventions de Palerme et de Mérida	342
d. La Convention pénale sur la corruption et la Convention de Varsovie	342
e. Les standards du GAFI	343
2. La responsabilité de l'entreprise en vertu du droit suisse: un essai non transformé	344

IV.	Les mesures préventives contre le blanchiment d'argent, en particulier les devoirs imposées au secteur financier et à d'autres secteurs «sensibles»	
1.	Le cadre normatif supranational	347
a.	Les standards du GAFI	347
b.	La CRFT	352
c.	La Convention de Palerme	352
d.	La Convention de Mérida	354
e.	La Convention de Varsovie	355
f.	Le dispositif préventif anti-blanchiment selon les directives européennes	355
2.	Le dispositif préventif en vertu du droit suisse à l'aune des standards internationaux: principaux points de friction	358
a.	Les principales critiques des experts du GAFI	360
b.	Le champ d'application de la LBA au regard des activités soumises	362
c.	Les obligations de diligence des intermédiaires financiers (art. 3 à 8 LBA)	366
d.	La communication de soupçons de blanchiment (art. 9 à 11 LBA)	371
e.	Le contrôle des transports transfrontières d'espèces: retouche de la législation douanière	376
f.	La transparence des structures juridiques, en particulier le problème des actions au porteur	377
V.	La compétence territoriale pour le jugement de l'auteur et la confiscation	378
1.	Le cadre normatif supranational	
a.	La Convention de Vienne	378
b.	La Convention de Palerme	379
c.	La Convention de Mérida (CNUCC)	380
d.	La CBI 1990 et de la CBIFT 2005	380
2.	La compétence territoriale du juge pénal suisse	380
a.	Le principe primordial: la territorialité	380
b.	La compétence fondée sur les principes de la personnalité active et de la personnalité passive (art. 7 al. 1 CP)	382
c.	La compétence universelle (art. 5, 6 et 7 al. 2 CP)	382
d.	La compétence territoriale en matière de confiscation	383
VI.	La coopération internationale	384
1.	Le cadre normatif supranational	
a.	La Convention de Vienne	384
b.	La CBI 1990	385
c.	La Convention de Palerme	386
d.	La Convention de Mérida	386
e.	La Convention de Varsovie	387
f.	Les recommandations du GAFI	389
2.	Le droit suisse	390
E.	Conclusion	393

A. Introduction: le blanchiment d'argent, un enjeu planétaire

Le blanchiment d'argent est un comportement visant à dissimuler le lien de provenance entre une valeur patrimoniale et l'infraction pénale dont elle est issue («*money trail*»).

La littérature criminologique et juridique, à la suite semble-t-il des autorités douanières américaines¹, met en évidence l'existence de trois phases dans le processus de blanchiment: le placement, l'empilage et l'intégration («*placement*»; «*layering*»; «*integration*»). Le placement est la phase de l'introduction de la valeur issue du crime dans le système financier, l'empilage consiste en des transferts multiples destinés à brouiller les pistes, alors que l'intégration est l'investissement, sous couvert d'une opération d'apparence licite, dans l'économie légale². Cependant, il serait faux d'imaginer qu'une valeur patrimoniale doive nécessairement parcourir ces différentes phases pour que l'infraction de blanchiment au sens du droit positif, international ou national, soit consommée. De plus, ce modèle élaboré pour le recyclage de l'argent issu du trafic de la drogue, qui génère de grandes quantités d'espèces gagnées sur le marché noir, n'est pas forcément pertinent pour d'autres formes de criminalité³.

L'ampleur du phénomène fait l'objet d'estimations qui restent aussi incertaines que la méthodologie appliquée par les études tentant de la cerner. A titre indicatif, on peut citer un Message du Conseil fédéral de 2005, qui se réfère à divers rapports en partie secrets: «les experts estiment que la somme des capitaux provenant d'activités délictueuses ou criminelles blanchis chaque année à travers le monde représente entre 1200 et 3000 milliards de francs. Même si, en réalité, le chiffre d'affaires du crime organisé ne correspondait qu'aux estimations les plus prudentes, son poids dans l'économie internationale reste impressionnant»⁴.

I. Une activité criminelle «globale»

Le monde contemporain se caractérise par une forte interdépendance entre des sphères séparées autrefois par la distance géographique et la diversité culturelle. La mondialisation est, pour citer la formule de François Ost, «un fait aujourd'

1 Cf. JÜRG-BEAT ACKERMANN, *Geldwäscherei – Money Laundering*, Zurich 1992, p. 8 s., citant des documents officiels dont certains classifiés, et doctrine dominante.

2 GAFI, *Money Laundering and Terrorist Financing Typologies 2004–2005*, juin 2005, p. 63 (Glossary).

3 MARK PIETH, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, in: Mark Pieth (éd.), *Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?*, Bâle etc. 1992, p. 1 ss, p. 9.

4 Message concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ainsi que de son Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, du 26 octobre 2005, FF 2005 6269, p. 6276.

hui incontestable, qui se traduit par l'intensification des interdépendances planétaires dans un nombre croissant de domaines de la vie sociale. Il en résulte que les flux se substituent largement aux territoires et les réseaux aux frontières»⁵.

Le degré d'avancement de ce processus diffère en fonction du domaine social considéré: les échanges commerciaux et financiers tendent à une globalisation de plus en plus complète, alors que l'exercice de la justice pénale, comprise comme l'expression de la souveraineté de l'Etat, reste confinée dans les frontières nationales. La justice pénale continue ainsi à se présenter comme la juxtaposition de territoires séparés par des frontières, alors que l'économie se caractérise par des flux et réseaux qui transcendent celles-ci. Ce constat vaut aussi pour l'économie illicite, en particulier pour la criminalité organisée qui profite «de l'accroissement de la mobilité et de la performance des moyens de communication modernes», de «l'ouverture de l'économie» et de «la globalisation de la demande»⁶.

Le blanchisseur sait mettre à profit ce hiatus entre deux logiques: celle, nationale et compartimentée, de la justice pénale et celle, internationale et ouverte, des échanges économiques. S'il est possible de blanchir de l'argent sans franchir de frontière, par des actes de dissimulation physique ou juridique simples, cette activité se caractérise en général par sa dimension transnationale. Le transfert à l'étranger de l'argent d'origine criminelle est une méthode simple et efficace utilisée dans le processus consistant à brouiller les pistes et à déguiser le lien de provenance. En effet, même à supposer qu'une coopération efficace en matière pénale se soit instaurée entre les deux pays concernés, sa mise en œuvre implique nécessairement certaines difficultés et retards que les blanchisseurs peuvent mettre à profit pour faire disparaître la trace de l'argent.

Dès lors, il devient évident que la lutte contre le blanchiment d'argent suppose qu'à l'activité transnationale des blanchisseurs soit opposée une politique criminelle internationale.

II. L'internationalisation des stratégies de lutte contre le blanchiment d'argent

Le blanchiment d'argent ne relève d'aucune juridiction internationale, ni même de la compétence universelle des Etats. Pour autant que les conventions internationales dans le domaine mentionnent le principe de l'universalité, c'est timidement, sur le mode d'une disposition potestative. L'internationalisation du droit pénal emprunte deux voies de portée plus modeste: d'une part, l'instauration de

5 FRANÇOIS OST, Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature, in: Charles-Albert Morand (éd.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles 2001, p. 5 ss, p. 6 s.

6 Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6275.

l’obligation de réprimer certaines infractions ou de créer certains instruments appartenant au droit pénal de fond (par exemple la confiscation) ou à la procédure pénale (par exemple les instruments permettant l’identification de flux financiers illicites; «*asset tracing*») et, d’autre part, la création d’obligations de coopération entre Etats dans les enquêtes pénales et la confiscation.

Dans un cas comme dans l’autre, ce n’est pas d’unification du droit qu’il est question mais d’harmonisation partielle, par la définition d’exigences minimales laissant subsister une marge de manœuvre considérable au bénéfice des droits nationaux. La modestie du propos reflète la volonté pragmatique de créer un «*level playing field*» en privilégiant une harmonisation «à bas seuil». En effet, il peut être plus utile de généraliser un régime relativement peu exigeant mais accessible au plus grand nombre, plutôt que de formuler des exigences élevées, qui dissuaderont beaucoup d’Etats d’y adhérer, perpétuant ainsi les inégalités.

1. Un «droit à texture multiple»

Issu de sources normatives diverses, le régime supranational de lutte contre le blanchiment d’argent se compose de règles dont la force contraignante est variable. Il constitue ainsi un «droit à texture multiple, allant du droit dur au droit souple»⁷. Les obligations de réprimer certains actes et de coopérer par les moyens coercitifs dont dispose le juge pénal sont aménagées, en premier lieu, par des conventions internationales, instruments classiques du droit «dur». Cependant, les recommandations du GAFI occupent un rôle de premier plan dans la mise en place d’un dispositif international de lutte contre le blanchiment d’argent. Ces règles sont plus détaillées et plus exigeantes que les conventions internationales, mais elles n’ont pas de caractère obligatoire, raison pour laquelle elles sont qualifiées de *soft law*.

Traduit par «droit mou», «doux», «souple»⁸ ou encore «normes à autorité atténuée»⁹, ce «terme attrape-tout»¹⁰ suggère que les propositions juridiques peuvent avoir une intensité normative graduée¹¹. Pour d’autres, «the term «soft law» does not – legally speaking – make any sense, because a norm is either a

7 MIREILLE DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l’universel*, Paris 2004, p. 413.

8 DELMAS-MARTY (note 7), p. 182.

9 JEAN COMBACAU et SERGE SUR, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2006, p. 53

10 PIERRE-MARIE DUPUY, *Droit international public*, 8^e éd., Paris 2006, p. 400, N 398; «catch-word», DANIEL THÜRER, in: Rudolf Bernhardt et al. (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam etc. 2000, p. 454.

11 FRANÇOIS OST et MICHEL VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002, p. 318; ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Régulation, dérégulation, autorégulation: l’émergence des actes étatiques non obligatoires*, Société suisse des juristes, Rapports et communications 2004, p. 259 ss, p. 236.

postulate or it is hard law in its strict sense»¹². En réalité, il ne s'agirait pas de règles juridiques mais de règles sociales qui, comme le fait observer Daniel Thürer, n'auraient dans certains cas pas pu être adoptées comme règles contrai-gnantes¹³. Ce dernier constat paraît parfaitement pertinent pour les recommandations du GAFI, qui constituent des standards, dont le respect est un but qu'aucun pays n'est parvenu à atteindre de manière complète. Il en résulte un rapport particulier à la norme, modèle de comportement qui fonde des attentes que même les meilleurs élèves de la classe ne réalisent pas entièrement. Du fait qu'elles expriment ce qui *devrait être* plutôt que ce qui *doit être*, les normes appartenant à la *soft law* permettent la *formulation consensuelle de valeurs par un processus dynamique*, qui est apte à intégrer les situations nouvelles avec souplesse.

Cela étant, l'opposition entre droit «dur» et «mou» n'est pas aussi absolue qu'il n'y paraît au premier abord. Le droit «mou» peut avoir une effectivité symbolique forte, comme le droit «dur» peut avoir une effectivité symbolique faible¹⁴. Par ailleurs, les instruments traditionnels du droit international «obligatoire» font parfois preuve d'une étonnante souplesse¹⁵, par exemple en invitant les Etats à s'efforcer d'atteindre un certain but, et bénéficiant de mécanismes sanctionnels faibles, que des mécanismes de suivi («follow-up procedures»¹⁶) d'un parfait mimétisme par rapport à ceux instaurés par la *soft law* viennent seconder ou suppléer. A l'inverse, les contre-mesures prises en vertu du droit mou peuvent être très incisives. Les mécanismes de contrôle, surtout par le biais des évaluations mutuelles conduites par le GAFI, permettent un suivi très serré de la mise en œuvre des recommandations et illustrent parfaitement l'observation selon laquelle «*soft law is sometimes coupled with hard procedures*»¹⁷.

Quant aux «sanctions» prises par le GAFI, elles peuvent s'avérer extrêmement dures pour le pays qui en est frappé. L'exemple le plus flagrant est celui de l'initiative des «pays et territoires non coopératifs», soit de la désignation, parmi les non-membres, des «moutons noirs» mis au ban par le GAFI¹⁸, à laquelle semble faire écho la mise au pilori de l'Iran dans le cadre de l'offensive

12 THÜRER (note 10), p. 456; cf. aussi JULIANE KOKOTT, Soft Law Standards under Public International Law, in: Peter Nobel (éd.), International Standards and the Law, Berne 2005, p. 15 ss, p. 17; MONIKA ROTH, Soft Law – Ordnungsvisionen in flux, Berne 2006, p. 61.

13 THÜRER (note 10), p. 456.

14 DELMAS-MARTY (note 7), p. 183.

15 ALAN BOYLE, Soft Law in International Law-making, in: Malcom D. Evans (éd.), International Law, 2^e éd., Oxford 2006, p. 141 ss, p. 149; DUPUY (note 10), p. 400, N 398.

16 Considérées comme un indice de «soft law» par WALTER KÄLIN, ASTRID EPINEY et al., Völkerrecht: eine Einführung, 2^e éd., Berne 2006, p. 223.

17 THÜRER (note 10), p. 455; DANIEL THÜRER, »Soft law« – eine neue Form von Völkerrecht?, RDS 104 (1985) I 429 ss, p. 438.

18 ROTH (note 12), p. 66 s.

contre les armes de destruction massive lancée en 2007¹⁹. Même dans le cadre des évaluations mutuelles pratiquées entre les membres, la désignation publique des points sur lesquels un ordre juridique est pris en défaut pas rapport aux «standards» internationaux peut avoir un impact sur la réputation de ce pays et de sa place financière. Or, la réputation est une source de légitimation essentielle²⁰ dans le domaine financier.

A ces convergences entre droit dur et droit souple sous l'angle de l'effectivité vient s'ajouter le fait que les conventions internationales récentes, à l'instar de celle de Palerme contre la criminalité organisée transnationale (art. 7 par. 3), celle de Mérida contre la corruption (art. 14) ou celle de Varsovie relative au blanchiment et au financement du terrorisme (art 13 par. 1), érigent en obligation le respect des standards du GAFI, pris comme «lignes directrices» auxquelles les pays sont invités à se référer²¹. S'il est donc vrai que la formulation de principes relevant de la *soft law* est parfois une étape intermédiaire du processus de formation du droit international²², les frontières sont encore rendues plus floues par ce type de renvoi²³ du droit dur – et donc statique – au droit mou et dynamique.

2. Pouvoir de définition et légitimité normative

L'internationalisation du droit pénal économique coïncide avec la multiplication des intervenants dans le processus d'élaboration des normes. «D'évidence, l'Etat doit désormais partager (...) sa souveraineté avec d'autres acteurs, opérant à une échelle supra- ou transnationale: institutions planétaires, sociétés transnationales et O.N.G. notamment»²⁴.

Le poids des acteurs dans ce partage du pouvoir de définition des normes est inégal. Le rôle de premier plan joué par les Etats-Unis d'Amérique dans les organisations internationales est un fait que le processus d'élaboration de la poli-

19 Voir, à ce propos, GAFI, Résumé du Président de la réunion plénière; Paris, 10–12 octobre 2007, ainsi que les deux textes de «Guidance on implementing financial provisions of UNSC Resolutions to counter proliferation of weapons of mass destruction» des 4 juillet et 18 septembre 2007.

20 ROTH (note 12), p. 107.

21 Cf. *infra*, D.IV.1.c–D.IV.1.e.

22 THÜRER (note 17), p. 449. Il ne s'agit naturellement pas d'une règle, ni d'une transformation désirable de manière générale; cf. C.M. CHINKIN, The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, 38 International & Comparative Law Quarterly, 1989, p. 850 ss, p. 859.

23 Le même constat est fait, à propos du droit des marchés financiers, par PETER NOBEL (Internationale Standards im Finanzmarktrecht: im Allgemeinen und im Besonderen, in: Eugen Bucher et al. [éd.], Norm und Wirkung: Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive: Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Berne etc. 2005, p. 869 ss, p. 898).

24 OST (note 5), p. 16; cf. aussi ULRICH BECK, Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung, Francfort-sur-le-Main 2007, p. 29 et 73.

tique internationale de lutte contre le blanchiment d'argent ne vient pas démentir²⁵. C'est à raison que les auteurs font état du «rôle initiateur» des Etats-Unis dans la lutte contre le trafic de stupéfiants et le blanchiment d'argent, par le biais de la Convention de Vienne et le sommet du GAFI en 1989²⁶; la même observation peut d'ailleurs être faite à propos de l'impact de la guerre contre le terrorisme après les attentats du 11 septembre 2001 sur le dispositif anti-blanchiment. Ce rôle moteur s'est traduit par les solutions choisies, qui se caractérisent par l'«omniprésence du modèle américain»²⁷. Un exemple en est la définition internationale de l'infraction de blanchiment qui opte pour la technique législative redondante et compliquée dont sont coutumiers les juristes d'outre-Atlantique.

Au terrain de jeu sur lequel se déroulent les rapports entre Etats souverains s'est ajouté, selon l'expression d'Ulrich Beck, «eine Welt transnationaler Sub-politik»²⁸. Dans le domaine de la lutte anti-blanchiment et plus largement de la lutte contre la criminalité économique, on observe, outre les organisations internationales et régionales classiques et les organismes tels que le GAFI ou le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, des initiative émanant du secteur financier touché, à l'instar du Groupe Wolfsberg, et l'intervention des représentants de la société civile (ONG, par exemple Transparency International en matière de corruption). Ces organismes privés élaborent eux-mêmes des codes de conduite et principes ou interviennent auprès des instances supranationales, que ce soit comme «stake holders» représentant les intérêts de l'industrie ou comme «activistes» jouant un rôle d'entrepreneur moral. Ces interventions sont favorisées particulièrement par les mécanismes souples d'élaboration de la *soft law*²⁹.

Le glissement le plus frappant dans l'attribution du pouvoir de définir des normes sur le plan international est cependant celui en faveur du rôle prépondérant attribué aux experts, qui suscite la critique d'un «déficit démocratique»³⁰. On peut observer, en effet, «que les transferts de compétence aux institutions supranationales, liés au fait que de plus en plus de questions sont décidées au

25 ROTH (note 12), p. 26, 68; HEINRICH KOLLER, Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts: Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, RDS 119 (2000) II 313 ss, p. 328; DANIEL ZUBERBÜHLER, Finanzmarktregulierung und kein Ende?, in: Anne Héritier Lachat et Laurent Hirsch, De lege ferenda, Etudes pour le Professeur Alain Hirsch, Genève 2004, p. 281 ss, p. 286.

26 DELMAS-MARTY (note 7), p. 403.

27 DELMAS-MARTY (note 7), p. 405; WOLFGANG WIEGAND, Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts, in: Theodor Baums et al. (éd.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Londres (etc.) 2000, p. 601 ss (*in toto* et pour le blanchiment d'argent, considéré comme une *lex americana*, p. 606 s.). Cet auteur démontre les canaux multiples par lesquels passe la réception du droit américain, devenu le *ius commune* de notre époque; WOLFGANG WIEGAND, Die Rezeption amerikanischen Rechts, RSJB 124^{bis} (1988), pp. 229 ss (*in toto*).

28 BECK (note 24) p. 69.

29 KOKOTT (note 12), p. 21 s.

30 OST (note 5), p. 16.

terme de négociations interétatiques, entraîne fatalement un pouvoir croissant des experts et une réduction corrélative de l'espace de décision démocratique»³¹. Ce constat vaut pour les instruments multilatéraux classiques élaborés dans les organisations internationales et davantage encore pour les normes élaborées par des organismes comme le GAFI. Les experts associés à ces travaux sont en général des membres de l'administration, devenus le quatrième pouvoir dans l'Etat, dont la force de proposition s'est considérablement accrue sur le plan international et national³².

Le fait que ces principes soient élaborés par des spécialistes reconnus de la matière, représentant les administrations des pays abritant une place financière importante, est en soi de nature à conférer à ces règles une légitimité fondée sur la maîtrise technique des enjeux, même si la prétention à l'universalité de principes dégagés par les pays les plus riches n'est pas sans susciter des interrogations.

Cependant, la transparence du processus de décision au sein du GAFI est à bien des égards insuffisante: comment expliquer, par exemple, le processus d'une stupéfiante rapidité par lequel la Fédération de Russie a passé du statut de «mouton noir» mentionné dans la liste des pays et territoires non coopératifs en 2002 à celui de membre à part entière du GAFI en 2003, si ce n'est par des éléments politiques et économiques³³ qui n'ont à aucun moment été ouvertement énoncés? Comment ne pas constater que d'évidence, tous les pays n'étaient pas égaux devant le risque d'être stigmatisés par le biais de cette liste noire³⁴? Par ailleurs, le produit de l'élaboration normative est souvent obscur: les recommandations laissent subsister des incertitudes sur bien des points que les notes interprétatives ne parviennent pas toujours à clarifier. Pour en comprendre la portée, il faudrait consulter les rapports d'évaluation mutuelle des différents pays, qui font figure de «jurisprudence» mais représentent à l'heure actuelle une masse ingérable de documents. Les documents qui fixent les règles gouvernant la procédure d'évaluation, quoique volumineux, laissent ouvert des questions tranchées seulement par des documents non accessibles au public, comme c'est le cas de la procédure de suivi des manquements constatés dans les rapports d'évaluation mutuelle, pour laquelle une gradation («escalation») des sanctions est prévue de manière interne.

31 OST (note 5), p. 16.

32 PETER BÖCKLI, Droit des marchés de capitaux – La vis se resserre, RSDA 1995 p. 218 ss, p. 221; ROTH (note 12), p. 100.

33 Sur ce point, cf. ROTH (note 12), p. 67 s., qui émet l'hypothèse que ce changement est attribuable à l'importance, aux yeux de l'industrie pétrolière américaine, des échanges commerciaux avec la Russie, ainsi qu'à l'intérêt commercial de l'Allemagne; également THIERRY GODEFROY et PIERRE LASCOUMES, La question des places off-shore: Mobilisation unanime mais enjeu composite, Les coulisses de la mondialisation: économie informelle transnationale et construction internationale des normes, Cahiers de la sécurité intérieure 52/2 (2003), p. 113 ss, p. 135, qui parlent d'une «prouesse politique».

34 ROTH (note 12), p. 107.

Le «déficit démocratique» de ces règles, souvent invoqué, est en partie réparé du fait qu’elles sont acceptées par les Etats et que leur transposition dans le droit national offre au législateur démocratiquement légitimé l’occasion de se prononcer sur le bien-fondé des normes internationales et des choix de politique criminelle qui en découlent. C’est ainsi que les divers processus de mise en œuvre des recommandations du GAFI ont fourni au législateur suisse l’occasion d’affirmer l’importance des travaux de cet organisme et de reconnaître expressément la légitimité des normes élaborées par lui. A titre d’exemple, on peut citer les débats qui viennent de se dérouler devant les Chambres fédérales, dans le cadre de la transposition en droit suisse des recommandations du GAFI révisées en 2003. A cette occasion, l’importance des recommandations du GAFI et de leur mise en œuvre pour la réputation de notre place financière a été soulignée par le rapporteur de la commission des affaires juridiques³⁵, comme déjà par le Conseil fédéral dans son Message³⁶. Sur le fond, le choix des solutions adoptées pour en transposer les exigences n’a cependant fait l’objet que de débats épars tout au long du processus législatifs, dans lesquels les non-dits sont restés nombreux.

III. La politique criminelle, recherche d’un juste équilibre entre liberté et sécurité

La *valeur symbolique* qui s’attache à la menace d’une sanction pénale rend cet instrument particulièrement apte à exprimer la désapprobation sociale d’un type de conduite. Dès lors, en dépit du fait que l’exercice de la justice pénale demeure rattaché à l’idée de souveraineté étatique, le droit pénal est devenu, de manière paradoxale, un instrument privilégié de l’internationalisation du droit³⁷.

La politique criminelle définit l’équilibre entre deux valeurs fondamentales, la liberté et la sécurité. Une politique criminelle rationnelle doit trouver le juste équilibre dans ce binôme, de manière à ce que les empiètements sur la liberté du citoyen se limitent à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder la sécurité collective. Le choix de l’arme pénale doit être légitimé au regard du principe de l’économie du droit pénal, qui stipule sa subsidiarité vis-à-vis d’autres instruments de régulation sociale et la proportionnalité entre le mal causé par le phénomène que l’on veut endiguer et celui causé par l’intervention du droit pénal. Un choix de politique criminelle rationnel suppose l’identification de l’in-

35 BOCE 2008 42 s. et BOCN du 11 juin 2008 (version provisoire).

36 Message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d’action financière (GAFI), du 15 juin 2007, FF 2007 5919, p. 5920.

37 MIREILLE DELMAS-MARTY, Droit pénal et mondialisation, in: Le champ pénal, Mélanges en l’honneur du Prof. Reynald Ottenhof, Paris 2006, p. 3 ss, p. 10; YVES CARTUVELS, Droits de l’homme et droit pénal, un retournement?, in: Yves Cartuvels, Hugues Dumont (etc.), Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal?, Bruxelles 2007, p. 23 ss, p. 40.

térêt social lésé ou mis en danger, une réflexion sur l'intensité de la menace qui en émane pour la société et la nécessité sociale de le combattre, le choix de l'instrument et la démonstration de son adéquation au but fixé.

Affirmé voici plus de 125 ans par Franz von Liszt³⁸ et défendu aussi par le père du code pénal suisse, Carl Strooss³⁹, le principe selon lequel la sanction pénale n'est légitime que si elle est nécessaire et à titre d'*ultima ratio iuris*, semble avoir échappé aux artisans des instruments internationaux. Les conventions internationales semblent inverser l'équilibre, puisqu'elles traitent, *dans leur noyau, de la limitation de la liberté* en créant des obligations de répression et d'instauration de mesures coercitives pour assurer la mise en œuvre de celle-ci, tout en *reléguant dans leurs marges la protection des libertés fondamentales*. Lorsque cette dernière apparaît dans les conventions examinées, c'est souvent sous la forme d'une autorisation donnée aux Etats Parties d'appliquer telle mesure de répression ou de coercition dans les limites découlant de son droit national. Pour prendre des exemples, la simple possession, y compris par l'auteur de l'infraction préalable, est considérée comme acte de blanchiment par les conventions, mais dans les limites seulement des principes découlant du droit national; le renversement du fardeau de la preuve est prévu, mais les Etats peuvent y renoncer.

La répression apparaît donc comme un devoir positif et prioritaire, alors que la protection de la liberté n'apparaît qu'en creux et est laissée à l'appréciation des Etats. Certes, la garantie du respect des droits fondamentaux est assurée par d'autres instruments internationaux protégeant les droits humains, mais ces derniers n'ont pas pour but de définir une politique criminelle équilibrée dans tel ou tel domaine mais de tracer les limites qu'un Etat n'est pas autorisé à dépasser. Devant les instances judiciaires qui sont chargées de surveiller le respect des droits fondamentaux s'est d'ailleurs opéré un retournement, mis en évidence par Yves Cartuvets, par lequel la fonction de «bouclier» des droits de l'homme cède de plus en plus le pas devant celle d'«épée»⁴⁰.

La mise en place d'une politique criminelle respectueuse de l'équilibre entre liberté et sécurité suppose une réflexion critique à laquelle les lieux dans lesquels s'élaborent les normes internationales en matière pénale semblent laisser peu de place⁴¹. Winfried Hassemer observe à juste titre que «[d]as «Strafrecht von oben» [...] braucht ein «Strafrecht von unten» zur Auffüllung, zur Kritik

38 FRANZ VON LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, Berlin 1970, p. 126.

39 CARL STOOS, Rechtswidrigkeit und Verbrechen, RPS 10 (1897) 351 ss, p. 352; voir aussi, pour le droit pénal économique, PHILIPPE GRAVEN, L'économie du droit pénal et le droit pénal économique, RPS 92 (1976) 337 ss, p. 369.

40 CARTUVELS (note 37), p. 40 ss; cf. également, de manière plus générale sur ce retournement, ROBERT ROTH, Synthèse des débats et perspectives, in: MARC HENZELIN et ROBERT ROTH, Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation, Paris (etc.), 2002, p. 347 ss, p. 353 ss.

41 MARK PIETH, The Harmonization of Law against Economic Crime, European Journal of Law Reform 1999/4, p. 527 ss, p. 527.

und zur Korrektur»⁴². S’agissant de la répression et de la prévention du blanchiment d’argent, la critique s’est souvent limitée à la défense, par les «milieux économiques intéressés», de leurs intérêts et de ceux de leurs clients.

C’est à la doctrine juridique qu’appartient au premier chef la tâche consistant à élargir et à approfondir le débat, de manière à tenir compte de l’intérêt commun de tous les citoyens⁴³. Peu présents pour l’instant, ou du moins peu entendus, les juristes critiques doivent reconquérir leur place dans un processus qui les prive de leurs canaux d’influence traditionnels, en créant, eux aussi, des réseaux.

B. L’émergence des stratégies de lutte contre le blanchiment d’argent: principales étapes sur le plan international

La construction du régime international de lutte contre le blanchiment d’argent ne s’est pas faite d’un seul jet, mais par étapes, au moyen d’instruments pris dans différentes enceintes et se caractérisa par des renvois réciproques. Dans ce processus, le champ d’application du blanchiment au regard des infractions sous-jacentes s’est progressivement étendu, comme se sont progressivement entremêlés le régime répressif et préventif de lutte contre le blanchiment.

I. La mise en place du régime global de lutte contre le blanchiment d’argent

1. Une tentative précoce: la recommandation R (80) 10 du Conseil des ministres

Le Conseil de l’Europe s’est préoccupé de la question des transferts illicites de capitaux d’origine criminelle dès 1977, en chargeant un comité restreint d’experts d’étudier cet aspect⁴⁴. Ces travaux ont abouti en 1980 à l’adoption d’une «recommandation relative aux mesures contre le transfert et la mise à l’abri de capitaux d’origine criminelle»⁴⁵. Il s’agit de règles préventives, notamment dans le domaine de l’identification du client, qui attribuent au système bancaire un rôle important dans la mise en place de «mesures de précaution aptes à décourager le recyclage de l’argent sale (mesures internes de sécurité dans les banques, formation adéquate du personnel, accès rapide à des billets de banque

42 WINFRIED HASSEMER, Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag, ZStW 116 (2004) 304, p. 319.

43 Dans le même sens, PIETH (note 41), p. 545.

44 WILLIAM GILMORE, L’argent sale: L’évolution des mesures internationales de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, 3^e éd., Strasbourg 2005, p. 176 ss.

45 Recommandation R (80) 10 du Conseil des ministres des Etats membres du Conseil de l’Europe, relative aux mesures contre le transfert et la mise à l’abri des capitaux d’origine criminelle (adoptée le 27 juin 1980 par le Conseil des ministres).

numérotés en cas d'enlèvement)»⁴⁶. Les mesures relatives à l'identification du client «s'inspirent nettement» de la Convention de diligence des banques suisses adoptée en 1977, comme se plaira à relever le Conseil fédéral dans son Message de 1989⁴⁷.

Ces propositions, qui étaient en avance sur leur temps⁴⁸, n'ont pas eu de succès immédiat; ce nonobstant, la philosophie préventive qu'elles expriment ont inspiré plus tard le programme de contre-mesures du GAFI⁴⁹.

2. *L'acte fondateur du régime répressif: la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants de 1988 (Convention de Vienne)*

La répression du blanchiment d'argent a été, dans un premier temps, conçue comme un instrument de lutte contre le trafic organisé de la drogue. En effet, la première convention internationale à instaurer l'obligation de réprimer le blanchiment d'argent est la Convention des Nations Unies contre le trafic illégitime des stupéfiants et des psychotropes, conclue à Vienne en 1988⁵⁰. Elaborée sous l'égide de l'ONU mais fortement tributaire de la «war on drugs» menée par l'administration Reagan, puis Bush, cette convention trahit l'influence déterminante de la législation fédérale états-unienne⁵¹.

La Convention de Vienne vise à endiguer le trafic de stupéfiants, une activité pouvant, selon son Préambule, générer et entretenir d'autres formes de criminalité organisée grave «qui sapent les fondements de l'économie légitime et menacent la stabilité, la sécurité et la souveraineté des Etats»⁵². Dès lors, «le trafic illicite est une activité criminelle internationale dont l'élimination exige une attention urgente et le rang de priorité le plus élevé»⁵³. Dans ce combat, les reve-

46 Message concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissement d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), FF 1989 II 961, p. 972.

47 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 972.

48 GILMORE (note 44), p. 176 ss; HANS G. NILSSON, The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law, in: Albin Eser et Otto Lagodny (éd.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Fribourg-en-Brisgau 1992, p. 457 ss, p. 466.

49 GILMORE (note 44), p. 177.

50 RS 0.812.121.03.

51 VALSAMIS MITSILEGAS, Countering the Chameleon Threat of Dirty Money: «Hard» and «Soft» Law in the Emergence of a Global Regime against Money Laundering and Terrorist Finance, in: Edwards Adam et Peter Gill (éd.), Transnational Organised Crime: Perspectives on Global Security, Londres 2005, p. 195 ss, p. 196.

52 Préambule de la Convention; cf. aussi le commentaire officiel de cette convention, Commentary of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotics Drugs and Psychotropic Substances 1988, New York 1998, p. 1, N 2.

53 Préambule de la Convention (note 52); Pendant les travaux préparatoires, il a d'ailleurs été proposé d'ériger le trafic des stupéfiants en crime contre l'humanité imprescriptible et de le soumettre à la compétence obligatoire de la Cour Internationale de Justice, propositions qui ont toutefois été rejetées par la majorité des Etats et ont dès lors été abandonnées comme n'atteignant pas «the standard of acceptability considered essential if the Convention was to become an effective instrument»; Commentary (note 52), p. 5, N 12.

nus illicites de la drogue et leur introduction dans l'économie légale deviennent un enjeu important. Le Préambule s'y réfère en précisant que les Parties sont «conscientes que le trafic illicite est la source de gains financiers et de fortunes importantes qui permettent aux organisations criminelles transnationales de pénétrer, contaminer et corrompre les structures de l'Etat, les activités commerciales et financières légitimes et la société à tous les niveaux» et «résolues à privier ceux qui se livrent au trafic illicite du fruit de leurs activités criminelles et à supprimer ainsi leur principal mobile».

A ce jour, cette convention, qui est entrée en vigueur sur le plan international le 11 novembre 1990, a été ratifiée par un très grand nombre d'Etats (183 en mars 2008). La Suisse n'a déposé ses instruments de ratification que le 13 septembre 2005, dix ans après le Message proposant aux Chambres fédérales la ratification de cette convention⁵⁴. Ce retard n'est pas imputable à des difficultés de mise en œuvre des dispositions sur le blanchiment d'argent ou la confiscation, mais au fait que cette convention était longtemps perçue comme trop rigide par rapport à la politique criminelle suisse en matière de drogue, en particulier pour ce qui est de la consommation⁵⁵.

Du fait de sa ratification tardive, la Convention de Vienne n'a pas eu un grand impact direct sur le droit suisse dans le domaine de la répression du blanchiment et dans celui de la confiscation et de la saisie, puisqu'elle est entrée en vigueur pour notre pays bien après d'autres instruments internationaux plus complets et plus incisifs. Toutefois, la Convention de Vienne a eu un *effet médiat* sur l'élaboration de la politique criminelle suisse en matière de blanchiment d'argent, *puisque elle a fortement influencé l'élaboration de la Convention du Conseil de l'Europe sur le blanchiment de 1990*⁵⁶, pour la ratification de laquelle la Suisse s'est montrée particulièrement diligente.

3. *La protection de la stabilité du système financier: les principes du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire*

Renouant avec l'approche préconisée par la recommandation du Conseil de l'Europe de 1980, à laquelle il se réfère expressément, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Basel Committee on Banking Supervision) établit en 1988 une déclaration de principe sur la «prévention de l'utilisation du système

54 Message concernant la Convention internationale de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 29 novembre 1995, FF 1996 I 557. En vigueur pour la Suisse: le 13 décembre 2005.

55 La ratification a été accompagnée de deux réserves, portant sur l'obligation de réprimer la consommation et certaines règles excessives relatives à la répression et à l'exécution des peines, destinées à préserver une marge de manœuvre suffisante pour la politique de la drogue de notre pays.

56 Cf. *infra* B.I.5, p. 251.

bancaire pour le blanchiment de fonds d'origine criminelle»⁵⁷. Soulignant que «[l]a confiance du public dans les banques et, par conséquent, la stabilité de celles-ci peuvent être ébranlées par une publicité défavorable résultant d'une association involontaire des banques avec des criminels» et qu'il peut en résulter aussi des pertes financières, les membres du Comité de Bâle estiment que les autorités de supervision bancaire ont un rôle à jouer pour encourager le respect de la déontologie par les banques⁵⁸.

Sur cette base, les membres du Comité ont élaboré une «déclaration générale de principes de déontologie qui incite les dirigeants de banques à mettre en place des procédures efficaces»⁵⁹ pour l'identification des clients, le découragement d'opérations qui n'apparaissent pas conformes à la loi et la coopération avec les autorités. Dépourvue de «portée légale»⁶⁰, la mise en œuvre de la déclaration reposait sur l'engagement des autorités de surveillance représentées au Comité à encourager «toutes les banques à adopter des règles et des pratiques compatibles avec la Déclaration»⁶¹.

Ainsi, se trouvent énoncés des enjeux éthiques qui dépassent le seul respect du cadre légal, saisis en termes de confiance du public dont le secteur bancaire doit se montrer digne, en se protégeant contre des clients indésirables, non seulement parce que les opérations qu'ils accomplissent sont illicites mais aussi parce qu'elles sont de nature à endommager la réputation de la place financière et, en fin de compte, la stabilité du système. Cette moralisation des pratiques doit se faire sur une base volontaire, mais avec les encouragements des autorités de surveillance; il s'agit certes de *soft law*, mais conduite par des autorités qui se sont engagées à encourager le processus d'une main ferme.

La mise en exergue de ces thèmes n'est pas sans rappeler le débat prévalant en Suisse depuis les scandales de la place financière des années 1970 et 1980, qui ont engendré la Convention de diligence en 1977 et lancé les travaux préparatoires aux dispositions pénales en matière de blanchiment en 1986. L'approche du Comité de Bâle, aussi bien sous l'angle de la définition des enjeux et des mécanismes normatifs proposés, doit d'ailleurs beaucoup aux efforts d'autoréglementation entrepris par les milieux bancaires suisses, sous l'égide de l'Association suisse des banquiers depuis la négociation de la première Convention de diligence des banques en 1977⁶². Cette approche inspirera également les travaux du GAFI, dont le Comité de Bâle est un précurseur⁶³.

57 Déclaration de décembre 1988; accessible depuis l'url suivante: http://www.bis.org/publ/bcb_sc137fr.pdf.

58 Déclaration précitée (note 57), Préambule ch. 4.

59 Déclaration précitée (note 57), Préambule ch. 6.

60 Déclaration précitée (note 57), Préambule ch. 5.

61 Déclaration précitée (note 57), Préambule ch. 7.

62 MARK PIETH, Multistakeholder Initiatives to Combat Money Laundering and Bribery, Basel Institute on Governance, Working Paper Series n° 02 (2006), p. 8.

63 MITSILEGAS (note 51), p. 199.

4. *Les recommandations du GAFI*

a. *La constitution du GAFI et les 40 recommandations de 1990*

Le GAFI (Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux; *Financial Action Task Force*) a été créé à l'initiative de la France, quelques mois après la conclusion de la Convention de Vienne, lors du sommet du G-7 de l'Arche à Paris en juillet 1989, en réaction à la «menace pesant sur le système bancaire et les institutions financières»⁶⁴. Outre les pays du G-7⁶⁵, cet organisme intergouvernemental rassemblait, à l'origine, la Commission européenne et huit autres pays, dont la Suisse⁶⁶. Organe de décision⁶⁷ dépourvu de source conventionnelle, le GAFI est présidé à tour de rôle par les pays membres. La Suisse a présidé le GAFI en 1992.

Les 40 recommandations de 1990, énoncées de manière relativement succincte à la fin du premier rapport annuel du GAFI, sont le fruit de travaux menés par cent trente experts de la lutte contre le blanchiment, «appartenant à divers ministères et institutions»⁶⁸. Le but consistait «à dresser un diagnostic commun sur le blanchiment de l'argent issu du trafic de drogue et d'autres formes de grande criminalité, et à proposer quarante mesures d'actions concrètes destinées à le combattre»⁶⁹. Ces mesures relèvent de trois ordres: le développement de systèmes nationaux de lutte contre le blanchiment d'argent, notamment par la mise en œuvre de la Convention de Vienne, l'amélioration de la coopération internationale et le renforcement du rôle des intermédiaires financiers dans la lutte contre le blanchiment. Les deux premiers volets étaient fortement souhaités par la délégation américaine, alors que l'instauration de règles de diligence en relation avec la clientèle à la charge de professions financières répondait aux préoccupations des délégations européennes; ainsi, la formulation de principes traduisant l'exigence de «*know your customer*» s'inspire fortement du droit suisse⁷⁰.

C'est ce dernier volet, essentiellement préventif, qui constitue l'élément le plus important et la principale nouveauté du régime que ces recommandations entendent instaurer⁷¹. En effet, en formulant à l'intention des institutions du secteur financier des devoirs de diligence relevant de l'identification des clients, la documentation, la vigilance accrue vis-à-vis de certaines relations et le droit

64 Site internet officiel du GAFI «A propos».

65 Les Etats-Unis, le Japon, l'Allemagne, le Royaume-Uni, la France, l'Italie, le Canada.

66 L'Australie, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, le Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la Suède et la Suisse.

67 Site officiel du GAFI «Qu'est-ce que le GAFI?».

68 Rapport annuel du GAFI 1990, Préface de M. Pierre Bérégovoy, p. 2, et Introduction, p. 5. Rapport annuel du GAFI 1991, Introduction, p. 4.

69 Rapport annuel du GAFI 1990, Préface, p. 2.

70 MARK PIETH et GEMMA AIOLFI, The Private Sector Becomes Active: the Wolfsberg Process, Journal of Financial Crime, vol. 10/4 2003, p. 359 ss, p. 360.

71 MITSILEGAS (note 51), p. 199.

d'annoncer d'éventuels soupçons aux autorités, le GAFI invente une *nouvelle configuration de la lutte contre la criminalité engendrant des profits*. Cette nouvelle configuration redessine le partage des rôles entre l'Etat et les intermédiaires financiers, dans lequel ces derniers se voient conférer une coresponsabilité, certes limitée, en même temps qu'elle redéfinit les paramètres du rapport qui unit l'intermédiaire financier à son client.

b. Une structure vouée à l'expansion

Conçu initialement comme une structure légère et provisoire, née d'une initiative lancée à un moment favorable entre représentants de pays «du même club», le GAFI a montré une remarquable capacité de s'étendre géographiquement, à se pérenniser et à élargir le champ matériel de son activité.

i. Une volonté d'expansion géographique

Depuis sa constitution, le nombre des membres du GAFI s'est progressivement élargi bien au-delà du cercle des pays industrialisés les plus riches qui le composaient initialement, de manière à s'élever actuellement à 34 membres⁷². Les Etats non-membres peuvent, par ailleurs, être invités comme pays observateurs. A l'heure actuelle, l'Inde et la République de Corée ont ce statut que d'autres, à l'instar de la Russie en juin 2003 ou de la République Populaire de Chine en juin 2007, ont pu échanger contre celui de membre à part entière.

Allant bien au-delà du cercle de ses membres, l'action du GAFI s'oriente vers l'instauration d'un régime mondial, moyennant la définition d'un programme d'action destiné à «sensibiliser le monde entier au problème du blanchiment de capitaux»⁷³ et des initiatives régionales qui composent aujourd'hui un réseau large et complexe d'organismes et organisations dont l'activité s'imbrue avec celle du GAFI.

A ces initiatives expansionnistes basées sur la persuasion s'est ajoutée, dès 2000, une offensive qui fonctionnait sur le mode de l'exclusion, consistant à identifier des «pays et territoires non coopératifs» (PTNC) dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent⁷⁴. Le but de cet exercice constituait à désigner les «moutons noirs» de la lutte contre le blanchiment d'argent⁷⁵, pour les

72 Se sont ajoutés: l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, la Chine, le Danemark, la Fédération de Russie, la Finlande, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Portugal, Singapour, la Turquie ainsi que Hong-Kong (Chine) et le Conseil de coopération du golfe.

73 Rapport annuel du GAFI de 1992, p. 17.

74 Rapport sur les pays ou territoires non coopératifs 1999–2000.

75 Ces «moutons noirs» étaient désignés comme tels sur la base de vingt-cinq critères couvrant la prévention, la détection et les dispositions pénales en matière de blanchiment d'argent et compatibles avec les recommandations du GAFI, Rapport annuel 2000, par. 79.

amener à instaurer les mesures recommandées par le GAFI⁷⁶, à défaut de quoi ils étaient menacés d'un «ensemble de contre-mesures» auxquelles les membres du GAFI étaient susceptibles de «recourir afin de protéger leurs économies contre les produits issus de la criminalité»⁷⁷. Au-delà de la perspective de sanctions, l'enjeu du «blacklisting» était la réputation internationale des PTNC et leurs bonnes relations avec les membres du G7, de l'OCDE, avec la Banque Mondiale et le FMI⁷⁸. Vingt-trois pays et territoires ont figuré sur la liste des PTNC⁷⁹, dont ils ont été progressivement biffés⁸⁰. En octobre 2006, le dernier nom, celui du Myanmar, a été enlevé de la liste et le pays soumis à une période d'observation⁸¹.

Des voix se sont élevées pour critiquer sévèrement la stigmatisation unilatérale de certains Etats et dénoncer l'existence d'un «double standard»⁸², de «deux poids et deux mesures»⁸³ dans la constitution de la liste et dans les exigences plus strictes⁸⁴ imposées aux pays ainsi désignés. Selon l'analyse de Thierry Godefroy et Pierre Lascoumes, «des considérations de relations internationales générales et le niveau d'engagement préalable de ces pays dans les activités du GAFI ont sans doute influencé les choix. [...] [L]a Suisse [...] échappe à l'examen en raison de la constance de sa participation au GAFI. De même, dans le choix final des PTNC se font sentir l'influence de la France, de

76 JACKIE JOHNSON, Repairing Legitimacy after Blacklisting by the Financial Action Task Force, *Journal of Money Laundering Control* vol. 7/1, 2003, p. 38 ss, p. 40.

77 Rapport sur les pays ou territoires non coopératifs 1999–2000, par. 5.

78 PIERRE LASCOUMES, GILLES FAVAREL-GARRIGUES et THIERRY GODEFROY, *Les banques, sentinelles de l'anti-blanchiment: l'invention d'une spécialité professionnelle dans le secteur financier*, Paris 2006, p. 35, «la présence de représentants du FMI et de la Banque Mondiale, au titre d'observateurs, dans les réunions plénières du GAFI renforce vraisemblablement la pression exercée sur certains pays non membres [...]. Cette contrainte compense le déficit de légitimité du GAFI».

79 Bahamas, Iles Cayman, Iles Cook, République Dominicaine, Egypte, Grenade, Guatemala, Hongrie, Indonésie, Israël, Liban, Liechtenstein, Iles Marshall, Myanmar, Nauru, Nigéria, Niue, Panama, Philippines, Russie, St. Kitts & Nevis, St. Vincent & les Grenadines, Ukraine.

80 Le GAFI a rendu régulièrement compte des progrès effectués par les PTNC. Le Rapport annuel du GAFI de 2002 indique que pour décider si une juridiction doit être retirée de la liste, il était tenu compte des remèdes apportés aux «carences précédemment mises en évidence en adoptant des textes législatifs et réglementaires significatifs», textes qui devaient être entrés en vigueur et effectivement mis en œuvre (Rapport annuel du GAFI 2002, par. 73). Ce nonobstant, des auteurs affirment que les normes de papier l'emportent sur les pratiques réelles, les critères retenus étant superficiels (THIERRY GODEFROY et PIERRE LASCOUMES, *Le capitalisme clandestin: l'illusoire régulation des places «offshore»*, Paris 2004, p. 172 ss) et privilégiant une «coopération d'affichage» (GODEFROY/LASCOUMES [note 33] p. 134).

81 Rapport annuel du GAFI 2007, par. 44. Depuis 2001, aucune nouvelle juridiction n'avait été ajoutée à la liste, de sorte que l'initiative n'a été que de courte durée (Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2006–2007, par. 6).

82 MITSILEGAS (note 51), p. 205; MICHAEL LEVI et WILLIAM GILMORE, *Terrorist Finance, Money Laundering and the Rise of Mutual Evaluation: a New Paradigm for Crime Control?*, European Journal of Law Reform 2002 4/2, p. 337 ss, p. 358; ROTH (note 12), p. 107.

83 GILMORE (note 44), p. 162 s.

84 MITSILEGAS (note 51), p. 205.

la Grande-Bretagne et des Pays-Bas, qui parviennent à préserver les territoires sous leur influence du listage stigmatisant»⁸⁵.

ii. La mission du GAFI: vers une pérennisation?

Créé pour une période initiale de cinq ans, les délégations ayant convenu «d'examiner les progrès réalisés au bout de trois ans, et de reconsidérer alors la nécessité de l'existence de ce groupe spécialisé, ainsi que sa mission et son activité»⁸⁶, le GAFI a vu son mandat reconduit périodiquement; pour la dernière fois, il a été renouvelé en 2004 pour une période qui doit s'étendre jusqu'en 2012⁸⁷. La mission du GAFI consiste à promouvoir des stratégies de lutte contre le blanchiment de capitaux sur le plan national et international, d'élaborer des normes applicables à la lutte contre le blanchiment dans le secteur financier sous la forme de recommandations, de conduire des travaux d'évaluation des législations nationales dans le but de vérifier dans quelle mesure ces normes sont respectées et d'établir des typologies pour mieux connaître le phénomène du blanchiment. En 2001, suite aux attentats terroristes du 11 septembre contre des intérêts américains, le mandat du GAFI a été élargi pour couvrir la lutte contre le financement du terrorisme.

Le mandat formulé en 2004 s'inscrit dans la continuité de l'action menée jusque-là. En particulier, l'élaboration de normes doit se poursuivre «avec la même intensité et la même énergie»⁸⁸, de sorte que la production normative reste un *perpetuum mobile*.

c. Le contrôle de la mise en œuvre: autoévaluation et évaluation mutuelle

La mise en œuvre des quarante recommandations par les pays membres fait l'objet d'un double mécanisme de contrôle: d'une part, un exercice annuel d'autoévaluation et d'autre part, une évaluation mutuelle⁸⁹. L'autoévaluation, effectuée par les pays selon un rythme annuel, présente l'avantage de permettre un suivi permanent des mesures prises; cependant, les limitations de l'exercice sont évidentes⁹⁰.

Le principal mécanisme de contrôle est donc celui des évaluations mutuelles, qui fut, à l'époque de son instauration, une «initiative unique [...] dans les annales de la pratique internationale en matière pénale»⁹¹. Ce mécanisme,

85 GODEFROY/LASCOUMES 2004 (note 80), p. 168.

86 Rapport annuel du GAFI 1991, Les réalisations du GAFI-2, p. 3.

87 Mandat pour l'avenir du GAFI (septembre 2004–décembre 2012), disponible sur le site du GAFI.

88 Mandat (note 87), par. 2.

89 Rapport annuel du GAFI 1996, par. 37.

90 RICCARDO SANSONETTI, The Mutual Evaluation Process: A Methodology of Increasing Importance at International Level, Journal of Financial Crime vol. 7/3 2000, p. 218 ss, p. 218.

91 GILMORE (note 44), p. 146.

qualifié à juste titre d'«intrusif»⁹², constitue un «système de contrôle international effectué par des pairs et dans le cadre duquel chaque membre est soumis à une forme de vérification sur place»⁹³.

L'imminence d'une visite sur place des experts du GAFI est de nature à inciter les Etats à prendre des mesures pour se conformer aux exigences découlant des recommandations, de sorte que «la perspective d'une évaluation mutuelle joue fréquemment le rôle de catalyseur de l'action gouvernementale»⁹⁴. La pression à la conformité a encore été augmentée en octobre 2006, par l'instauration d'un suivi plus serré des évaluations mutuelles, moyennant le processus de vérification des manquements constatés qui doit débuter deux ans après la publication du rapport d'évaluation du pays concerné⁹⁵. Le pays évalué doit faire un rapport⁹⁶ pour exposer les mesures prises concernant toutes les recommandations notées non conformes ou partiellement conformes; des contre-mesures seraient prévues en cas de persistance de manquements graves, mais dans des documents à usage interne seulement.

Les évaluations mutuelles sont menées par des équipes formées typiquement d'au moins quatre experts de différents pays, ainsi que par le Secrétariat du GAFI⁹⁷. La méthodologie d'évaluation de la conformité aux recommandations est exposée dans un guide⁹⁸; par ailleurs, le GAFI a élaboré un manuel à l'intention des pays et des évaluateurs (*«Handbook for Countries and Assessors»*)⁹⁹. Avant la mission des experts sur place, les autorités du pays évalué sont invitées à fournir des renseignements moyennant un questionnaire d'évaluation mutuelle qui porte sur les mesures en vigueur, leur mise en œuvre et les résultats obtenus et «les mesures ou changements qui ne sont pas encore effectifs, mais que le pays a la ferme intention de mettre en application»¹⁰⁰. Suit la visite sur place, qui doit permettre aux experts de rencontrer les ministères et agences gouvernementales concernés, ainsi que les représentants du secteur financier et des entreprises et professions non financières désignées¹⁰¹. Dans leur rapport d'évaluation mutuelle, les experts sont invités à décrire les faiblesses de la «manière la plus détaillée possible afin d'identifier les mesures qui s'imposent pour

92 GILMORE (note 44), p. 166.

93 GILMORE (note 44), p. 147.

94 GILMORE (note 44), p. 149.

95 Rapport annuel du GAFI 2007, par. 21.

96 Le seul rapport de suivi actuellement publié sur le site du GAFI est celui de la Belgique; celui de la Suisse est inaccessible pour l'instant.

97 GAFI, Programme d'évaluation mutuelle; Manuel à l'intention des pays et des évaluateurs, réédité en juin 2007, par. 14.

98 GAFI, Méthodologie d'évaluation de la conformité aux 40 recommandations et aux 9 recommandations spéciales du 27 février 2004, mise à jour février 2007 (version anglaise mise à jour à février 2008). Le «Working Group on Evaluations and Implementation» (WGEI) contrôle le processus d'évaluation mutuelle; Rapport annuel du GAFI 2007 (note 95), par. 9 s.

99 GAFI, Manuel à l'intention des pays et des évaluateurs (note 97).

100 Manuel à l'intention des pays et des évaluateurs (note 97), par. 7.

101 Manuel à l'intention des pays et des évaluateurs (note 97), par. 25.

améliorer le système de LAB/CFT et son efficacité, et pour parvenir à une conformité totale aux recommandations du GAFI»¹⁰². Pour chacune des recommandations, le niveau de conformité est noté, selon une échelle à quatre niveaux (conforme (C), largement conforme (LC), partiellement conforme (PC), et non conforme (NC))¹⁰³; des recommandations sont en outre émises. Le projet de rapport et, le cas échéant, les commentaires du pays évalué¹⁰⁴, sont examinés en session plénière du GAFI, qui adopte le rapport, puis le publie¹⁰⁵.

Le premier cycle d'évaluations mutuelles, qui s'est déroulé de 1992 à 1995, avait pour but d'évaluer chaque membre trois ans après son adhésion aux recommandations du GAFI de 1990¹⁰⁶. Compte tenu du fait que le dispositif anti-blanchiment était récent ou en devenir dans la plupart des pays examinés¹⁰⁷, une évaluation de l'efficacité du système était impossible¹⁰⁸, et les rapports se voulaient avant tout encourageants, adoptant ce qui a été qualifié à juste titre de «style euphémisé»¹⁰⁹. Le deuxième cycle (1996 à 1999), qui avait toujours trait à la conformité des législations à la version des 40 recommandations adoptées en 1990, devait permettre d'appréhender de manière plus précise «l'efficacité du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux sur le terrain»¹¹⁰. Le troisième cycle d'évaluations se déroule depuis janvier 2005 et prend en considération les 40 recommandations révisées en 2003, ainsi que les recommandations spéciales (R.S.) sur le financement du terrorisme¹¹¹.

5. *La Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime de 1990 (Convention de Strasbourg)*

Adoptée deux ans après la Convention de Vienne, la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe, relative au blanchiment, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (CBI 1990)¹¹², s'inspire fortement de sa grande sœur onusienne, mais dépasse celle-ci sous l'angle des infractions préalables, qui ne sont plus limitées au seul domaine des stupéfiants. Selon son Préambule, la

102 Manuel à l'intention des pays et des évaluateurs (note 97), par. 29.

103 Manuel à l'intention des pays et des évaluateurs (note 97), par. 30 s.

104 Les examinateurs doivent prendre en compte les commentaires du pays évalué. Au cas où ils ne le feraient pas, ils peuvent décider que ces points seront discutés en réunion plénière, SANSONETTI (note 90), p. 220.

105 Jusqu'au deuxième cycle, seul un résumé du rapport était publié sur le site Internet du GAFI. Dès le troisième cycle, le rapport entier est également rendu public.

106 Rapport annuel du GAFI 1991, Les réalisations du GAFI-2 p. 3 et III, p. 18 s. La France a été, en 1992, le premier pays examiné, Rapport annuel du GAFI 1992, par. 32.

107 Rapport annuel du GAFI 1994, par. 38.

108 Rapport annuel du GAFI 1996, par. 50.

109 GODEFROY/LASCOUMES 2004 (note 80), p. 159.

110 Rapport annuel du GAFI 1996, par. 50.

111 Rapport annuel du GAFI 2007, par. 19.

112 RS 0.311.53.

CBI 1990 a pour vocation principale de lutter contre la criminalité grave; toutefois, les instruments et produits de tous les crimes sont potentiellement dans le champ d'application matériel de la convention¹¹³. Ce progrès par rapport à la Convention de Vienne reflète l'influence des premiers travaux du GAFI¹¹⁴. Par ailleurs, la CBI 1990 contient des dispositions plus détaillées et plus contraignantes en matière de confiscation et de répression du blanchiment d'argent que la Convention de Vienne¹¹⁵.

La convention a été élaborée par un comité d'experts de seize Etats membres, avec la participation de la Commission des Communautés européennes et de trois Etats extra-européens (Etats-Unis, Australie, Canada), entre octobre 1987 et avril 1990. La Suisse a pris une part active aux travaux¹¹⁶. La CBI 1990 est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993; la Suisse¹¹⁷ se trouvait parmi les trois premiers Etats à déposer leurs instruments de ratification. Au 1^{er} mars 2008, la CBI 1990 était applicable dans 48 pays, dont les pays de l'Union européenne et l'Australie. Les Etats-Unis et le Canada n'ont pas signé l'acte issu des négociations auxquelles ils ont participé.

La CBI 1990 vise à instaurer une politique criminelle commune des Etats Parties en matière de profits illicites, en favorisant une harmonisation – à la fois partielle et souple – des droits nationaux dans le domaine de la confiscation et de la répression du blanchiment d'argent et l'instauration de mécanismes de coopération. La souplesse est assurée par le renvoi aux principes constitutionnels et aux limites découlant du droit interne, ainsi que par la possibilité de restreindre la portée de certaines clauses. Toutefois, la convention prévoit un *numerus clausus* des réserves, qui ne peuvent frapper que les dispositions énumérées à l'art. 40 CBI 1990; cette disposition était considérée comme une «particularité importante» de la convention¹¹⁸.

La CBI 1990 ne prévoit pas de mécanisme de suivi. L'absence d'un tel mécanisme ne représente pas une lacune véritable pour les Etats Parties qui sont en même temps membres du GAFI et qui subissent des évaluations mutuelles à ce titre. Pour les autres Etats membres du Conseil de l'Europe, un mécanisme d'évaluations mutuelles a été créé en 1997 sous l'égide du Comité d'experts

113 Cf. Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991, ch. 27; GILMORE (note 44), p. 179; NILSSON (note 48), p. 466; JOACHIM VOGEL, Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand? ZStW 109 (1997) 335 ss, p. 338.

114 PIERRE KOPP, Les délinquances économiques et financières transnationales: analyses de l'action menée par les institutions internationales spécialisées dans la prévention et la répression des DEFT, Paris 2001, p. 40.

115 Rapport explicatif (note 113), ch. 14.

116 Message du Conseil fédéral concernant la ratification par la Suisse de la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, FF 1992 VI 8, p. 11.

117 Ratification le 11 mai 1993, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993.

118 Message (note 116), FF 1992 VI 8, p. 31.

sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux (MO-NEYVAL)¹¹⁹.

II. Consolidation et extension du système

1. La révision des recommandations du GAFI en 1996

Les recommandations du GAFI ont été révisées pour la première fois en 1996¹²⁰. Les modifications apportées aux 40 recommandations étaient relativement légères; néanmoins, un aspect essentiel réside dans le fait que la notion de blanchiment a été étendue au-delà des infractions en matière de stupéfiants aux «infractions graves» (recommandation 4 de 1996).

2. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000 (Convention de Palerme)

Adoptée par l'Assemblée des Nations Unies le 15 novembre 2000, la Convention contre la criminalité transnationale organisée¹²¹ est le résultat de travaux préparatoires lancés en 1994¹²². Entrée en vigueur en septembre 2003, la Convention de Palerme compte 140 ratifications en mars 2008. Pour la Suisse, elle est entrée en vigueur le 26 novembre 2006¹²³, sans que sa ratification n'ait entraîné de modification du droit suisse dans le domaine qui nous intéresse.

La Convention de Palerme réprime, à son art. 6, le blanchiment des infractions relevant de la criminalité organisée transnationale, plus particulièrement des infractions de participation à une organisation criminelle (art. 5), de corruption (art. 8) et d'entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 23) «lorsque

119 GILMORE (note 44), p. 189 ss.

120 L'avis des membres du GAFI quant aux modifications qui s'imposaient, recueilli au moyen d'un questionnaire, a montré de grandes divergences de vues; «Stocktaking Review of the Forty FATF Recommendations: Summary of Responses to the Consultation Questionnaire», Gafi VI, PLEN/40, Gafi, Paris, 1995; Cf. GILMORE (note 44) p. 109 et note 69 p. 125.

121 RS 0.311.54.

122 Cf. la Déclaration politique et le Plan d'action mondial contre la criminalité transnationale organisée (A/49/748), approuvés par l'Assemblée générale des Nations Unies par sa Résolution 49/159 du 23 décembre 1994; la Résolution 52/85 du 12 décembre 1997, instituant un groupe intergouvernemental d'experts, puis, le 9 décembre 1998, la Résolution 53/111 instituant un comité inter-étatique ad hoc chargé d'élaborer une convention internationale contre la criminalité transfrontalière organisée. Pour un historique complet des travaux préparatoires, cf. le Rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée sur les travaux de ses première à onzième sessions (55^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies 2000, A/55/383).

123 La ratification par la Suisse a été déposée le 27 octobre 2006, en exécution de l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention contre la criminalité transnationale organisée, la traite des personnes et le trafic illicite de migrants du 23 juin 2006, RO 2006 5859.

ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué» (art. 3 par. 1)¹²⁴.

3. La création d'un régime international de lutte contre la corruption

a. La Convention de l'OCDE de 1997

La Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales¹²⁵ a pour but premier d'assurer la répression de la corruption active d'agents publics étrangers dans un contexte commercial (art. 1). L'art. 7 de la convention n'oblige pas les Etats à créer l'infraction de blanchiment et ne définit pas celle-ci. Cependant, si un Etat a «fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux [il a l'obligation de prendre] la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite».

b. La Convention pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe de 1999

La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999¹²⁶, ainsi que le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption du 15 mai 2003¹²⁷, mettent en place un dispositif plus large, visant la corruption publique et privée, nationale, transnationale et internationale. L'art. 13 de la convention exige la répression du blanchiment du produit des différentes infractions de corruption en conformité avec la CBI 1990, «dans la mesure où la Partie n'a pas formulé de réserve ou de déclaration à l'égard de ces infractions ou ne considère pas ces infractions comme des infractions graves au regard de

124 La nature transnationale de l'infraction est définie de manière large à l'art. 3 par. 2; il suffit, en particulier, qu'elle soit commise dans un Etat mais planifiée ou contrôlée, depuis un autre Etat, qu'elle y déploie des effets substantiels ou qu'elle implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un Etat.

125 RS 0.311.21 (entrée en vigueur pour la Suisse le 30 juillet 2000); pour une analyse de cette convention, cf. MARK PIETH, LUCINDA A. LOW et PETER J. CULLEN (éd.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge 2007 (*in toto*); DANIEL JOSITSCH, *Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht: Art 322^{ter} bis Art. 322^{octies} StGB*, Zurich etc. 2004, p. 146 ss.

126 RS 0.311.55 (STCE n° 173, entrée en vigueur le 27 janvier 1999); pour une analyse des exigences qui en découlent, cf. BERNARD BERTOSSA, *La convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption: quelle mise en œuvre en Suisse?*, in: Tiziano Balmelli et Bernard Jaggy (éd.), *Les traités internationaux contre la corruption: l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse*, Lausanne 2004, p. 35 ss (*in toto*) et JOSITSCH (note 125), p. 181 ss; URSULA CASSANI, *Droit pénal économique 2003–2005: actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption)*, in: Walter Fellmann et Tomas Poledna (éd.), *La pratique de l'avocat 2005*, Berne 2005, p. 671 ss, p. 694 ss.

127 RS 0.311.551 (STCE n° 191, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006).

la législation relative au blanchiment de l'argent»¹²⁸. Il en ressort, par exemple, que la Suisse, qui considère la corruption privée (art. 4a et 23 LCD) et l'acception et l'octroi d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP) comme des délits, n'est pas obligée de réprimer le blanchiment de leur produit, au contraire de ce qui vaut pour la corruption publique (art. 322^{ter}, 322^{quater} et 322^{septies} CP).

c. *La Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003*
(Convention de Mérida)

Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 31 octobre 2003 et ouverte à la signature le 9 décembre 2003 à Mérida (Mexique), la Convention contre la corruption (CNUCC)¹²⁹ constitue le premier instrument universel dans ce domaine¹³⁰. Elle est entrée en vigueur, sur le plan international, le 14 décembre 2005, le nombre de ratifications étant de 107 en mars 2008.

Le 21 septembre 2007, le Conseil fédéral a présenté au Parlement fédéral le Message en vue de la ratification de la convention¹³¹, sans proposer de modification du droit suisse. De manière générale, le Conseil fédéral estime que le droit suisse remplit d'ores et déjà les exigences découlant de la CNUCC, de sorte que l'impact attendu de son entrée en vigueur est considéré comme négligeable pour notre pays¹³².

La CNUCC régit la corruption publique et privée, sans se limiter aux mesures répressives. Les actes de corruption visés vont nettement au-delà du champ d'application très ponctuel de la Convention de l'OCDE et rejoignent la définition large de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, avec toutefois plus de souplesse sur les points les plus controversés¹³³. Une des principales originalités par rapport aux conventions antérieures dans le domaine, réside dans le fait que la CNUCC met en place un arsenal détaillé de mesures préventives (art. 5 à 14 CNUCC)¹³⁴.

128 La formulation de la deuxième condition négative, contenue aussi dans le texte anglais de la convention, est sans doute erronée: en effet, la répression n'est pas exigée si la Partie ne considère pas ces infractions comme graves (dans le même sens, quant au résultat, JOSITSCH [note 125], p. 195).

129 FF 2007 6999.

130 Message du 21 septembre 2007 concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption, FF 2007 6931, p. 6932.

131 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6931.

132 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6940.

133 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6932.

134 GILMORE (note 44), p. 76. Parmi les mesures préventives, celle qui vise la transparence du financement de la vie politique (art. 7 par. 3 CNUCC) renvoie à une problématique particulièrement sensible en Suisse. Sur ce point, le Message du Conseil fédéral invoque les spécificités de notre système politique qui fait qu'une «législation en la matière serait donc relativement compliquée à élaborer et à appliquer, compte tenu de la diversité des acteurs politiques» (Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6949).

Une autre innovation importante de la Convention de Mérida est l’obligation de restituer les fonds illicitement acquis (art. 57 CNUCC)¹³⁵; cette exigence «explique, pour une bonne part, que nombre de pays en voie de développement y aient adhéré»¹³⁶. Pour le surplus, la CNUCC reprend en partie l’acquis de la Convention de Palerme et tient compte des recommandations du GAFI révisées en 2003 et des recommandations spéciales sur le financement du terrorisme.

4. La greffe de la lutte contre le financement du terrorisme sur le régime anti-blanchiment

Le système de lutte contre le blanchiment a subi de plein fouet l’impact des attentats terroristes du 11 septembre 2001 et l’effervescence normative qu’ils ont suscitée sur le plan international, qualifiée par un auteur d’un «move reminiscent of the crusade against drug money laundering in the late 1980s»¹³⁷.

Le financement du terrorisme était devenu une préoccupation de la communauté internationale dès avant cette date et avait débouché, dans le cadre des Nations Unies, sur une Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (CRFT)¹³⁸, qui vise à renforcer la coopération internationale dans la prévention et la répression du financement du terrorisme, prise dans sa dimension transnationale. Cette convention internationale n’évoque pas le blanchiment de l’argent sale; ce nonobstant, elle contient certaines dispositions qui sont en lien direct avec le dispositif de lutte contre le blanchiment.

A la suite des attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité de l’ONU a adopté la résolution 1373, du 28 septembre 2001¹³⁹, qui comprend différentes dispositions contraignantes, exigeant notamment des Etats la ratification rapide de la CRFT de 1999, la mise en œuvre de la répression du financement du terrorisme et le gel d’avoirs qui sont dans le pouvoir de disposition de terroristes (par. 1 let. b à d). La résolution 1373 établit un lien entre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme, puisque le Conseil de sécurité se dit préoccupé par «les liens étroits existant entre le terrorisme international et la criminalité transnationale, la drogue illicite [et] le blanchiment d’argent» (par. 4)¹⁴⁰. En prévoyant le gel des avoires de terroristes présumés figurant sur

135 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6932 et 6938.

136 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6940.

137 MITSILEGAS (note 51), p. 206 s.

138 RS 0.353.22. La CRFT est entrée en vigueur le 10 avril 2002 sur le plan international et le 23 octobre 2003 pour la Suisse.

139 Résolution 1373 du Conseil de sécurité du 28 septembre 2001 (S/RES/1373 (2001)). La résolution 1333 contre l’Afghanistan exigeait déjà des mesures de contrainte (gel de fonds) contre des individus ne faisant pas partie du gouvernement des Talibans en place à l’époque.

140 Une autre résolution postérieure du Conseil de sécurité, qui vise à rappeler aux Etats leurs devoirs en vertu des résolutions 1267 et 1333 notamment, «engage vivement» les Etats à appliquer les 40 recommandations et les 9 recommandations spéciales du GAFI (résolution 1617 du Conseil de sécurité du 20 octobre 2005 – S/RES/1617 [2005], par. 7).

des listes établies par un comité du Conseil de sécurité dans le cadre des résolutions 1267 et 1333, et par les Etats en application de la résolution 1373, l'ONU a déclenché, sur le plan mondial, une vaste chasse aux avoirs possiblement liés à une activité terroriste. Les vérifications demandées aux intermédiaires financiers se sont révélées excessivement lourdes et n'ont pas donné les résultats escomptés¹⁴¹. Par ailleurs et surtout, la mesure suscite des interrogations sérieuses au regard de la protection des droits fondamentaux des personnes cibles, principalement sous l'angle de la garantie d'un procès équitable, que le Tribunal fédéral a fort justement mis en évidence¹⁴².

Toujours en réponse aux attentats du 11 septembre 2001, le GAFI a élaboré 8 recommandations spéciales concernant la lutte contre le terrorisme (R.S.), dont la première exhorte les pays à prendre des mesures immédiates pour ratifier la CRFT et mettre en œuvre celle-ci, ainsi que les résolutions des Nations Unies relatives à la prévention et la répression du financement des actes terroristes, notamment la résolution 1373 du Conseil de sécurité (R.S. I). Pour le surplus, les recommandations spéciales traitent des contre-mesures visant certains phénomènes qui sont réputés être liés au financement du terrorisme. Parmi elles, on trouve la recommandation d'*«ériger en infraction pénale le financement du terrorisme, des actes terroristes et des organisations terroristes»* et de les désigner *«comme des infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux»* (R.S. II), de même que celle d'étendre les mesures de saisie et de confiscation aux biens *«qui sont utilisés pour, ou destinés ou alloués à être utilisés pour le financement du terrorisme, des actes terroristes ou des organisations terroristes, ou qui en constituent le produit»* et de procéder sans délai au gel des avoirs de personnes liées au terrorisme, conformément aux résolutions des Nations Unies (R.S. III).

De cette manière, la lutte contre le financement du terrorisme est greffée sur le régime anti-blanchiment. Il en découle que l'obligation de déclarer les transactions suspectes est étendue aux fonds qui «sont liés, associés ou destinés à être utilisés pour le financement du terrorisme, des actes terroristes ou des organisations terroristes» (R.S. IV). Les recommandations du GAFI sont étendues aux personnes qui fournissent des services de transmission de fonds ou de valeurs – réputées particulièrement menacées d'être utilisées comme canaux de financement du terrorisme (R.S. VI) –, et l'adéquation de la législation concer-

141 Pour la Suisse, particulièrement diligente dans le domaine, cf. le tableau récapitulatif dans le Rapport annuel 2007 du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, avril 2008, p. 12.

142 Dans son ATF 133 II 450, p. 464 s., le Tribunal fédéral s'appuie sur différents rapports et la doctrine pertinente pour affirmer que la procédure de «delisting», prévue dans le cadre des résolutions 1267 et 1333 et améliorée par la résolution 1735, ne satisfait pas aux exigences du droit à un procès équitable formulées aux art. 6 par. 1 CEDH et 14 ch. 1 Pacte II des Nations Unies, ainsi qu'à l'art. 29a Cst. féd.

nant les «entités qui peuvent être utilisées afin de financer le terrorisme», en particulier les organismes à but non lucratif, doit être examinée (R.S. VIII).

A l'inverse, les mesures introduites sous couvert de lutte contre le financement du terrorisme ont doté la lutte anti-blanchiment de nouveaux instruments. Il en va ainsi de la R.S. VII, selon laquelle les institutions financières devraient être obligées à «inclure des renseignements exacts et utiles relatifs au donneur d'ordre» dans les virements électroniques et à mettre «en œuvre une surveillance approfondie et un suivi aux fins de détection des activités suspectes des transferts de fonds non accompagnés de renseignements complets sur le donneur d'ordre». La portée de cette mesure, dont l'impact sur l'activité quotidienne des banques est important, dépasse nettement le domaine de la lutte contre le financement du terrorisme.

Une nouvelle R.S., adoptée le 22 octobre 2004, vise les transports transfrontières d'espèces (R.S. IX) par des mesures de détection, de blocage et de confiscation dont l'importance pratique dépassera également de très loin le seul domaine de flux financiers destinés au financement du terrorisme.

Ainsi, la menace terroriste et les mesures prises pour combattre son financement sont mises à profit pour étendre le dispositif de lutte contre le blanchiment, tout en élevant les exigences du régime général sur certains points. Cela peut être surprenant au regard de la différence évidente qui existe entre le blanchiment et le financement d'une activité illicite, dont le premier s'oriente vers le passé et la source illicite d'argent, alors que le second porte sur des fonds qui peuvent être parfaitement licites mais se définissent par leur destination future, forcément difficile à établir. *Structurellement, l'un est le contraire de l'autre*, raison pour laquelle on a parfois qualifié le financement du terrorisme de «*reverse money laundering*»¹⁴³. Sous l'angle conceptuel, il est difficile de considérer que le financement du terrorisme est un acte préalable au blanchiment; plus vraisemblablement, les activités terroristes seront financées moyennant des fonds de provenance licite qui feront l'objet de manœuvres de dissimulation concomitants ou antérieurs à leur mise à disposition de terroristes et non après celle-ci. Sous l'angle pragmatique, on sait que le financement du terrorisme emprunte en général les voies mal contrôlées de l'économie souterraine ou des échanges informels et ne passe que rarement par le système bancaire. Enfin, même à supposer que la position d'observation privilégiée qui est celle de l'intermédiaire financier soit utile en théorie, les résultats de cette nouvelle mission qui lui est dévolue ne pouvaient que se révéler décevants au regard des montants modestes que nécessite l'organisation d'actes terroristes et des flux d'argent très difficilement détectables qu'elle engendre¹⁴⁴.

143 STEFAN D. CASSELLA, Reverse Money Laundering, *Journal of Money Laundering Control* vol. 7/1 2003, p. 92 ss, p. 92.

144 Sur ces questions, cf. CASSANI (note 126), p. 671 ss, p. 689 s. et URSULA CASSANI, Le train de mesures contre le financement du terrorisme: une loi nécessaire?, *RSDA* 6/2003, p. 293 ss, p. 295 ss.

Le parallélisme établi entre la lutte contre le blanchiment et celle contre le financement du terrorisme n'était donc guère convaincant; il a, en revanche, permis le renforcement du dispositif anti-blanchiment par l'invocation de la menace terroriste.

III. Extension et ajustements: nouveaux risques, nouvelles responsabilités

Ces dernières années ont vu le dispositif anti-blanchiment s'étendre à d'autres activités au-delà du secteur financier. Au fur et à mesure que *s'étend le champ d'application géographique et ratione personae* du système, des efforts sont faits pour *mieux cibler* la lutte contre le blanchiment. Il est maintenant admis que les relations d'affaires et opérations présentent des risques inégaux qui justifient des mesures et degrés de diligence différents. L'ajustement du niveau de vigilance au risque encouru confère aux professions soumises de nouvelles responsabilités, puisque c'est à elles qu'appartient la tâche de définir les relations et opérations présentant des risques accrus.

1. La «Customer Due Diligence for Banks» du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire

Le Comité de Bâle a poursuivi son activité créatrice de *soft law* dans le domaine des règles de connaissance de la clientèle («know your customer», KYC) même après la mise en place du GAFI. En octobre 2001, il a publié un document intitulé «Customer Due Diligence for Banks»¹⁴⁵, énonçant les règles et pratiques en matière de connaissance de la clientèle dans une «perspective prudentielle plus large», visant à mettre en place les conditions «pour préserver la sûreté et la solidité des banques ainsi que l'intégrité du système bancaire»¹⁴⁶. Ces mesures de protection exigent la mise au point d'une politique d'acceptation et un programme d'identification de la clientèle et de surveillance des activités suspectes impliquant un devoir de diligence plus ou moins rigoureux en fonction des risques liés aux différents comptes¹⁴⁷. Ainsi, l'approche basée sur le risque était exprimée pour la première fois de manière claire, et les personnes politiquement exposées («PPE»; «Politically Exposed Persons») identifiées comme représentant un risque particulier sous l'angle de la réputation de l'établissement et de «la confiance du public dans les normes éthiques de tout centre financier»¹⁴⁸.

145 La version française du document, «Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle» est accessible depuis l'url suivante: <http://www.bis.org/publ/bcbs85f.pdf>.

146 Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle, ch. 3 et 4.

147 Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle, ch. 4.

148 Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle, ch. 42.

2. *Les principes du «groupe de Wolfsberg»*

Si en Suisse les efforts des banques elles-mêmes pour définir et mettre en œuvre certains principes de déontologie datent de la fin des années 1970, les initiatives émanant du secteur privé ont été nettement plus tardives sur le plan international. La nécessité de telles initiatives a été perçue plus clairement à la fin du millénaire, dans un contexte influencé par l'affaire du dictateur nigérian Abacha, qui était parvenu à blanchir les sommes colossales qu'il avait détournées dans les places financières les plus réputées, à une époque où le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux était déjà censé être fermement établi¹⁴⁹. Réunies pour la première fois en 2000 au château de Wolfsberg, douze grandes banques internationales actives dans le «private banking», encouragées par des «facilitators» de la société civile, se sont donné pour but de développer des standards pour l'industrie des services financiers dans le domaine de la diligence en relation avec la clientèle et la lutte contre le blanchiment¹⁵⁰. Le Groupe Wolfsberg a publié notamment des directives mondiales anti-blanchiment pour les services bancaires privés (2000, révisées en 2002), des principes anti-blanchiment pour les banques correspondantes (2002), des principes pour une approche fondée sur les risques¹⁵¹, et divers autres textes, dont l'intérêt principal réside moins dans leur originalité par rapport aux principes établis que dans le fait qu'ils sont issus d'un processus d'appropriation du régime anti-blanchiment par les banques qui devrait favoriser la qualité de sa mise en œuvre.

3. *La révision des 40 recommandations du GAFI en 2003*

En 2000, le GAFI a décidé de procéder à une nouvelle révision des recommandations¹⁵²; cette fois-ci, le processus devait être «ouvert, transparent et consultatif»¹⁵³. En mai 2002, le GAFI organisa une consultation publique s'étendant à tous les pays indépendamment de leur statut de membres, aux organisations internationales, au secteur financier et aux autres personnes concernées¹⁵⁴. En octobre 2002, se déroula «une réunion avec les représentants des associations nationales et internationales du secteur financier et des autres parties concernées venus du monde entier»¹⁵⁵, suivie d'une nouvelle série de consultations informelles avec les parties concernées en avril 2003¹⁵⁶. Le Rapport annuel 2003

149 PIETH/AIOLFI (note 70), p. 360.

150 Global Banks: Global Standards. Les documents du Groupe Wolfsberg sont publiés en ligne, url <http://www.wolfsberg-principles.com/index.html>. Cf. aussi ANDREW HAYNES, The Wolfsberg Principles – An Analysis, *Journal of Money Laundering Control* 7/3 2004, p. 207 ss (*in toto*).

151 Intitulé «Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks».

152 GILMORE (note 44), p. 113; Rapport annuel du GAFI 2001, par. 84.

153 GILMORE (note 44), p. 153 et note 45 p. 170.

154 Rapport annuel du GAFI 2003, par. 17.

155 Rapport annuel du GAFI 2003, par. 18.

156 Rapport annuel du GAFI 2003, par. 19.

précise que beaucoup de propositions formulées à ces occasions ont été intégrées dans le document qui a été finalement adopté¹⁵⁷.

Les enjeux principaux¹⁵⁸ de la révision, qui est plus profonde que celle de 1996, sont les suivants:

- l'introduction d'une liste d'infractions que les Etats doivent considérer comme sous-jacentes au blanchiment (R. 1);
- la définition plus rigoureuse du devoir de vigilance relatif à la clientèle (R. 5);
- l'exigence de mesures de vigilance supplémentaires pour les personnes politiquement exposées et les correspondants bancaires, considérés comme relations comportant des risques accrus (R. 6 et 7);
- l'extension des contre-mesures aux entreprises et professions non financières désignées (R. 12 et 16), soit aux casinos, agents immobiliers, négociants en métaux précieux et pierres précieuses, avocats, notaires, comptables et autres professions juridiques indépendantes, prestataires de services aux trusts et sociétés;
- l'interdiction de banques fictives (R. 18);
- l'introduction de mesures institutionnelles essentielles (R. 26–32), visant notamment l'établissement d'une cellule de renseignements financiers (CRF) et la mise en place de mécanismes efficaces de coopération internationale (R. 35–40);
- la transparence des personnes morales et des constructions juridiques, en particulier des trusts et des entreprises émettant des actions au porteur, envers les personnes qui les contrôlent (R. 33 et 34);
- l'extension des mesures à la lutte contre le financement du terrorisme.

La révision de 2003 a considérablement relevé les exigences découlant des recommandations, en introduisant de nouvelles contre-mesures et en rendant l'ensemble notablement plus spécifique et complexe par rapport à celles de 1996. Les résultats des évaluations mutuelles du troisième cycle, qui se sont basées sur les recommandations de 2003, démontrent d'ailleurs que la transposition des nouvelles normes constitue un défi important pour les pays examinés, ce qui s'illustre par le fait que le *niveau de conformité général* des législations nationales aux recommandations du GAFI est en *net recul* par rapport aux deux premiers cycles¹⁵⁹.

157 Rapport annuel du GAFI 2003, par. 19.

158 Rapport annuel du GAFI 2003, par. 21 et communiqué de presse du GAFI du 20 juin 2003.

159 JACKIE JOHNSON, Third round FATF mutual evaluations indicate declining compliance, Journal of Money Laundering Control 11/1 2008, p. 47 ss (*in toto*).

4. *La Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, de 2005 (Convention de Varsovie)*

Dès 1998, le Conseil de l'Europe a commencé à débattre de l'opportunité d'élaborer un protocole actualisant la CBI 1990¹⁶⁰. En 2003, le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) a mis en place un Comité d'experts sur la révision de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (PC-RM) chargé de l'élaboration d'un tel texte¹⁶¹. Le mandat donné aux experts¹⁶² consistait à élaborer un protocole additionnel à la CBI 1990, afin d'actualiser et compléter cette dernière en tenant compte des instruments internationaux existants et des normes acceptées, par quoi on visait celles du GAFI. L'intégration de ces dernières devait être dynamique, puisque les experts étaient invités à «trouver le moyen de faire en sorte que la convention, telle que révisée par le Protocole, soit adaptable en cas de modification des normes internationalement acceptées dont il est question dans le présent mandat»¹⁶³.

L'ampleur des modifications proposées sur la base de ce mandat était finalement telle que les experts ont préféré élaborer une convention autonome plutôt qu'un protocole à la CBI 1990¹⁶⁴. Adoptée par le Comité des Ministres le 3 mai 2005, la CBIIFT 2005 a été conclue à Varsovie le 16 mai 2005. La Suisse n'a pas encore signé cette convention, à l'élaboration de laquelle elle a pourtant activement participé. Ratifiée au 1^{er} mars 2008 par six pays seulement, dont aucun membre ancien de l'Union européenne, la CBIIFT 2005 entrera en vigueur le 1^{er} mai 2008.

Parmi les modifications essentielles par rapport à la CBI 1990, on mentionnera l'extension de la définition des infractions préalables au blanchiment, calquée sur les recommandations du GAFI révisées en 2003. Tout comme ces dernières, auxquelles elle renvoie, la CBIIFT 2005 met en place un *volet préventif* important, comprenant des obligations d'identification, de clarification et de communication, la création de cellules de renseignement financier, etc.

Enfin, les experts ont sacrifié au *Zeitgeist* en voulant faire de la lutte contre le terrorisme un aspect essentiel de «l'utilisation abusive du système financier»¹⁶⁵; à titre d'exemple unique, ce sont les «terribles agressions commises le 11 septembre 2001 contre les Etats-Unis d'Amérique» qui sont invoquées¹⁶⁶ comme événements révélateurs de la nécessité d'associer lutte contre le financement

160 Rapport explicatif à Convention n° 198 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, ch. 13.

161 Rapport explicatif (note 160), ch. 14.

162 Mandat révisé en 2004, Rapport explicatif (note 160), ch. 15.

163 Mandat révisé en 2004, Rapport explicatif (note 160), ch. 15.

164 Rapport explicatif (note 160), ch. 15.

165 Rapport explicatif (note 160), ch. 3.

166 Rapport explicatif (note 160), ch. 3, 23.

du terrorisme et lutte contre le blanchiment d'argent. En effet, précise le Rapport explicatif à la convention, le «monde a compris que la rapidité de l'accès aux renseignements financiers ou aux renseignements relatifs aux actifs détenus par les organisations criminelles, y compris les groupes terroristes, est essentielle au succès des mesures préventives et répressives et, en dernière analyse, pour déstabiliser les activités de ces organisations»¹⁶⁷. Or, outre le «lien manifeste» entre financement du terrorisme et lutte contre le blanchiment d'argent, «reconnu dans le monde entier», le Rapport explicatif avance la proposition que «les instruments qui se sont avérés efficaces pour neutraliser le blanchiment devraient l'être tout autant dans la lutte contre le financement du terrorisme»¹⁶⁸. Dès lors, l'art. 2 CBIFT 2005 exige que toutes les mesures préventives et répressives en vertu de la convention soient également applicables au financement du terrorisme, notion pour la définition de laquelle l'art. 1 let. h renvoie à l'art. 2 CRFT.

L'art. 48 CBIFT 2005 introduit une procédure de suivi par la Conférence des Parties, qui se veut subsidiaire par rapport aux évaluations du GAFI et du MONEYVAL. La procédure d'évaluation ne portera donc que sur des domaines qui ne sont pas déjà couverts par les évaluations mutuelles réalisées sous l'égide de ces deux entités¹⁶⁹.

IV. La prévention et la répression du blanchiment de capitaux en droit européen

Bien qu'elle soit à l'écart de l'Union européenne, la Suisse subit l'influence du droit de sa grande voisine. Qu'elle adhère aux solutions choisies sur le plan européen ou qu'elle les écarte, elle ne saurait ignorer celles-ci dans la construction de son propre droit. Il se justifie donc d'examiner brièvement les principaux instruments de lutte contre le blanchiment d'argent en vertu du droit européen.

1. La Directive contre le blanchiment de 1991

La première étape de la construction d'un système de lutte contre le blanchiment des capitaux au sein de la Communauté européenne est constituée par la *Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux*¹⁷⁰.

L'approche s'inspire fortement de celle du GAFI¹⁷¹, dont beaucoup d'Etats de la Communauté et la Commission européenne elle-même étaient des membres

167 Rapport explicatif (note 160), ch. 23.

168 Rapport explicatif (note 160), ch. 24.

169 Rapport explicatif (note 160), ch. 297.

170 JO n° L 166 du 28.6.1991 p. 0077–0083.

171 GILMORE (note 44), p. 213.

fondateurs ou sont devenus membres peu de temps après. Elle est essentiellement préventive et s'adresse en priorité aux organismes de crédit et aux institutions financières pour leur imposer des obligations conçues pour prévenir et détecter les opérations de blanchiment. A la différence des 40 recommandations du GAFI en 1990, l'art. 6 de la Directive 1991 instaurait déjà un *devoir* à la charge des institutions soumises d'informer les autorités de tout indice d'un blanchiment de capitaux.

Le volet préventif se veut complémentaire par rapport au volet pénal; en effet, le préambule rappelle que «le blanchiment de capitaux doit être combattu principalement par des mesures de droit pénal et dans le cadre d'une coopération internationale entre les autorités judiciaires et de police, comme l'a fait, dans le domaine de la drogue, la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants [...] et comme l'a étendu à toutes les activités criminelles la [CBI 1990]». Nonobstant le statut prioritaire attribué à la voie pénale, la Directive 1991 se contente d'inviter les Etats à interdire le blanchiment de capitaux (art. 2), sans les obliger à créer une infraction pénale¹⁷². Cela tient au fait que la compétence d'imposer des incriminations dans le cadre d'une directive des Communautés européennes était à l'époque très controversée¹⁷³.

En lieu et place d'une obligation de réprimer le blanchiment incorporée à la directive, les Etats membres réunis au sein du Conseil se sont engagés, par une déclaration volontaire reproduite à la fin de celle-ci, à mettre en œuvre une législation pénale permettant de respecter la Convention de Vienne de 1988 et la

172 Les Directives de 1991 et 2001 laissent aux Etats le soin de «détermine[r] les sanctions à appliquer en cas d'infraction aux dispositions adoptées en exécution de la présente directive» (art. 14), alors que la Directive de 2005 exige des Etats membres qu'ils «veillent à ce que les personnes physiques et morales soumises à la présente directive puissent être tenues pour responsables des violations des dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive», en précisant que «[l]es sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives» (art. 39 par. 1). Par ailleurs, des mesures administratives doivent être prévues, sans préjudice du droit des membres d'imposer des sanctions pénales (art. 39 par. 2).

173 KRIS HINTERSEER, Criminal Finance. The Political Economy of Money Laundering in a Comparative Legal Context, La Haye etc. 2002, p. 131 s.; VALSAMIS MITSILEGAS et BILL GILMORE, The EU Legislative Framework against Money Laundering and Terrorist Finance: a Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards, The International and Comparative Law Quarterly vol. 56, janvier 2007, p. 119 ss, p. 121 et 135 ss; GUY STESSENS, Money Laundering, Revue internationale de droit pénal, 2006/1–2, 77, p. 201 ss, p. 202 s. La question est devenue plus compliquée depuis que la Cour de Justice admet la compétence de la Communauté pour imposer des sanctions pénales dans certains domaines relevant du 1^{er} pilier (arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 septembre 2005 dans l'affaire C-176/03 (protection de l'environnement) et arrêt de la Cour (grande chambre) du 23 octobre 2007 dans l'affaire C-440/05 (pollution maritime)). La Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la cour du 13 septembre 2005 (C-176/03 Commission contre Conseil), COM(2005) 583 du 23 novembre 2005 indique dans son annexe que la Directive contre le blanchiment de 1991 et la Décision-cadre 2001 sont affectées par cette décision. La réorganisation totale du droit européen suite au Traité de Lisbonne, qui supprime la distinction entre le 1^{er} et le 3^e pilier, devrait mettre fin à ces controverses.

Convention n°141 du Conseil de l'Europe au plus tard le 31 décembre 1992. Ce délai «fut largement dépassé en pratique»¹⁷⁴.

2. *Le volet pénal*

Le volet pénal a ensuite été mis en œuvre grâce aux compétences offertes dans le cadre du 3^e pilier du Traité de l'Union européenne. En 1997, les Etats membres ont arrêté une série de mesures dans le Programme d'action relatif à la criminalité organisée¹⁷⁵, y compris la recommandation de ratifier, avant fin 1998, de nombreuses conventions internationales et européennes, dont la CBI 1990 et la Convention de Vienne, celle de rendre l'incrimination de blanchiment «aussi générale que possible» et de l'étendre à la négligence et celle d'élargir la confiscation, tout en améliorant les instruments de recherche et de coopération.

L'extension du champ d'application de l'infraction de blanchiment et de la confiscation quant aux crimes préalables, et donc la limitation des déclarations d'«opting out» à la CBI 1990, a été l'enjeu principal de l'Action commune adoptée en 1998¹⁷⁶, suivie par la Décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (2001/500/JAI)¹⁷⁷, dont le caractère obligatoire est plus clair. L'art. 1^{er} de la Décision-cadre de 2001 invite les Etats membres à renoncer à leurs réserves à la CBI 1990 (art. 2 et 6) selon des principes communs: la confiscation doit être prévue pour les infractions passibles d'une peine privative de liberté maximale supérieure à un an, les Etats étant cependant autorisés à maintenir leurs réserves pour les infractions fiscales (let. a). Quant au blanchiment des capitaux, il doit englober les infractions passibles d'une peine privative de liberté maximale supérieure à un an ou, pour les Etats prévoyant le système du seuil minimal, de plus de six mois (let. b)¹⁷⁸. Par ailleurs, l'art. 2 de la Décision-cadre de 2001 oblige les

174 GILMORE (note 44), p. 214; STESENS (note 173), p. 204.

175 Programme d'action relatif à la criminalité organisée adopté par le Conseil le 28 avril 1997 (97/C 251/01), JO n° C 251 du 15.8.1997 p. 0001–0006.

176 L'Action commune du 3 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (98/699/JAI), JO n° L 333 du 09.12.1998 p. 1–3; entrée en vigueur le 9 décembre 1998 (art. 9). Cf. FRANÇOIS FALLETTI, la confiscation de l'argent sale ou les nouveaux instruments de l'action internationale à l'égard du ressort des activités criminelles, Revue internationale de droit pénal 2003 – 1/2 (vol 74), p. 589 ss, p. 595 ss.

177 Décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (2001/500/JAI), JO n° L 182 du 05.7.2001 p. 0001–0002; entrée en vigueur le 5 juillet 2001 (art. 8) et devait être transposée le 31 décembre 2002 (art. 6 par. 1); FALLETTI (note 176), p. 597 ss.

178 Cf. *infra* D.I.1.g, p. 309 s.

Etats à réprimer le blanchiment d'une peine privative de liberté maximale de quatre ans ou plus.

3. *La modification de la Directive contre le blanchiment en 2001 (2^e Directive)*

La 1^{re} directive a été révisée en 2001, par la Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux¹⁷⁹. La 2^e directive est entrée en vigueur le 28 décembre 2001, et les Etats membres devaient la transposer dans leur législation jusqu'au 15 juin 2003. Parmi les modifications apportées à la Directive 1991, les plus importantes sont la définition plus large des infractions préalables (art. 1 let. E¹⁸⁰) en harmonie avec l'Action commune 1998 et la Décision-cadre 2001 et l'extension du champ d'application matériel de la directive à des professions qui n'y étaient pas soumises auparavant, y compris les avocats et notaires (art. 2 bis).

Cette extension à certaines professions soumises au secret professionnel, très controversée, a considérablement ralenti l'adoption de cette directive, en procédure de codécision, par le Conseil des Ministres et le Parlement européen¹⁸¹. Le Parlement européen s'est, en effet, montré très préoccupé par les enjeux des amendements proposés sous l'angle de la protection du secret de l'avocat et du notaire et de la garantie du droit à un procès équitable. Un compromis a finalement été trouvé au stade de la conciliation, dans un contexte historique marqué par les attentats terroristes du 11 septembre 2001. La solution adoptée, qui n'a pas mis fin aux controverses, sera examinée dans la partie de cette étude consacrée au volet préventif¹⁸².

4. *La Directive contre le blanchiment de 2005 (3^e Directive)*

Plutôt que de s'attacher à vérifier et accompagner la transposition de la directive révisée en 2001 dans les anciens et nouveaux Etats membres¹⁸³, la Commission a proposé une nouvelle directive en 2004, qui est venue remplacer la directive modifiée. Il s'agit de la «Directive 2005/60/CE du Parlement euro-

179 JO n° L 344 du 28.12.2001 p. 0076–0082.

180 Pour des questions de fluidité et de cohérence, les articles de la Directive 2001 tels que cités dans ce texte doivent en réalité se comprendre comme les articles de la Directive 1991 telle que modifiée par la Directive 2001.

181 Sur le processus d'élaboration, cf. MITSILEGAS/GILMORE (note 173), p. 122 ss; WOLFGANG BOGENSBERGER, Rechtliche Massnahmen der EU zur Bekämpfung der Geldwäsche, in: DACH – Europäische Anwaltsvereinigung e.V./Bekämpfung der Geldwäsche: 24. Tagung der DACH in Bad Ragaz vom 10.–12. Mai 2001, Cologne/Zurich 2002, p. 109 ss, p. 119 ss.

182 Cf. *infra* D.IV.1.f, p. 356.

183 MITSILEGAS/GILMORE (note 173), p. 125.

péen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme»¹⁸⁴, communément appelée 3^e Directive contre le blanchiment de capitaux. Ce texte, qui s'attache à transposer les obligations résultant des recommandations GAFI 2003, ainsi que des recommandations spéciales contre le financement du terrorisme, est entré en vigueur le 15 décembre 2005, et le délai de transposition dans les Etats membres est venu à échéance le 15 décembre 2007 (art. 45 par. 1).

Les enjeux principaux de cette nouvelle directive par rapport aux premières sont les suivants¹⁸⁵:

- l'application de la directive au financement du terrorisme, qui se reflète dans le changement de son nom, dans le préambule et dans de nombreux articles;
- l'introduction de l'approche fondée sur le risque dans la définition du niveau de diligence requis (art. 8 par. 2, art. 11 par. 2, art. 13 par. 1);
- des modifications dans le domaine de la «no-tipping off rule», y compris pour ce qui concerne les avocats et notaires (art. 28);
- la protection des employés qui dénoncent des soupçons de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme à l'intérieur de l'entreprise («whistleblower») ou à la Cellule de renseignement financier (art. 27).

5. *La Directive de 2006 mettant en œuvre la 3^e Directive*

La Directive de 2005 est concrétisée par une nouveau texte de 2006, adopté par la Commission selon une procédure plus légère et souple, dite de comitologie¹⁸⁶, intitulé *Directive 2006/70/CE de la Commission du 1er août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des «personnes politiquement exposées» et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée*¹⁸⁷. Appelé parfois «Directive de comitologie» ou «4^e Directive contre le blanchiment des capitaux»¹⁸⁸, ce texte vise les personnes politiquement exposées et concrétise les obligations simplifiées de vigilance et un régime d'exemption en faveur des personnes exerçant une activité financière à titre occasionnel ou à une échelle très limitée. Le délai de transposition dans les Etats membres était le même que pour la 3^e Directive (15 décembre 2007).

184 JO n° L 309 du 25.11.2005 p. 0015–0036.

185 Pour une analyse, cf. JOSEF SISKA, *Geldwäsche und ihre Bekämpfung in Oesterreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein*, 2^e éd., Vienne 2007, p. 138 ss.

186 SISKA (note 185), p. 147, n. 365.

187 JO n° L 214 du 04.8.2006 p. 0029–0034; entrée en vigueur le 24 août 2006; délai de transposition au 15 décembre 2007 (art. 5 par. 1).

188 SISKA (note 185), p. 147, n. 365.

6. *Les autres textes pertinents pour la lutte contre le blanchiment*

D'autres textes revêtent une importance certaine pour le domaine de la lutte contre le blanchiment et de la saisie et confiscation. Sans prétendre à l'exhaustivité, on mentionnera:

- la Décision du Conseil des ministres du 17 octobre 2000 relative aux modalités de coopération entre les cellules de renseignement financier (CRF) des États membres en ce qui concerne l'échange d'informations, qui a pour objet une intensification de la coopération entre les CRF des Etats membres de l'Union¹⁸⁹;
- la Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve¹⁹⁰, qui a pour but de faciliter notamment l'exécution, dans un Etat membre, d'une décision de gel de biens prise par une autorité judiciaire d'un autre Etat membre en vue de leur confiscation ultérieure (art. 1 et 3 par. 1 let. b)¹⁹¹;
- la Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime¹⁹², qui rappelle que les produits issus d'infractions punies d'une peine privative de liberté supérieure à un an doivent être confisables et allège le fardeau de la preuve en matière de confiscation d'avoirs en lien avec la criminalité organisée ou le terrorisme;

189 JO n°L 271 du 24.10.2000 p. 0004–0006; entrée en vigueur et application le 17 octobre 2000 (art. 11).

190 JO n°L 196 du 2.8.2003 p. 0045–0055; entrée en vigueur le 2 août 2003, transposition avant le 2 août 2005 (art. 14 par. 1).

191 Pour ce faire, la Décision-cadre prévoit que l'Etat requis exécute la décision de gel sans examiner si le principe de la double incrimination est rempli, lorsque la demande a trait à l'une des infractions énumérées à l'art. 3 par. 2 de la décision. Ces infractions sont similaires à celles figurant dans la Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JO n°L 190 p. 0001 – 0020) et dans la Décision-cadre du 6 octobre 2006 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation (cf. *infra* note 194). Elles comprennent l'infraction de blanchiment d'argent. La Décision-cadre de 2003 prévoit que, sauf pratiques nationales différentes, l'Etat d'exécution gèle les biens visés jusqu'à ce qu'il traite définitivement la demande de confiscation accompagnant la décision de gel transmise (art. 6 par. 1 et 2 *cum* art. 10 par. 1 de la Décision-cadre). Selon l'art. 10 par. 2, la demande de confiscation est traitée «conformément aux règles applicables à l'entraide judiciaire en matière pénale et aux règles applicables à la coopération internationale en matière de confiscation». Rappelons qu'au 24 novembre 2008, c'est-à-dire lorsque le délai de mise en œuvre de la Décision-cadre du 6 octobre 2006 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation sera expiré, les Etats membres de l'UE devront également s'accorder une entraide simplifiée en matière confiscation (renoncement à la condition de double incrimination).

192 Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, JO n° L 068 du 15.3.2005 p. 0049–0051; entrée en vigueur le 15 mars 2005, transposition avant le 15 mars 2007 (art. 6 par. 1).

- le Règlement (CE) N° 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté¹⁹³;
- la Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation¹⁹⁴, dont l'objectif principal est de faciliter, en matière de confiscation, l'entraide entre les Etats membres en prévoyant une exécution quasi immédiate, de la part de l'Etat membre requis, une décision de confiscation rendue dans l'Etat membre requérant;
- le Règlement (CE) N° 1781/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds¹⁹⁵;
- la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen du 29 novembre 2005 – Prévenir et combattre le financement du terrorisme par une meilleure coordination au niveau national et une plus grande transparence des organismes à but non lucratif (COM/2005/0620 final).

7. *La mise en œuvre dans les Etats membres*

La mise en œuvre dans les Etats membres de la 1^{re} Directive européenne contre le blanchiment des capitaux a fait l'objet de deux rapports d'évaluation en 1995 et en 1998. Le premier rapport de la Commission sur l'application de la Directive relative au blanchiment de capitaux (91/308/CEE)¹⁹⁶ constate que «[l]l'application de la directive a eu un impact évident sur l'établissement par les Etats membres de systèmes de lutte contre le blanchiment de capitaux»¹⁹⁷. Alors qu'en 1990, le blanchiment d'argent n'était réprimé spécifiquement que dans un Etat membre, en 1995, il était «assimilé à une infraction pénale dans les douze Etats membres»¹⁹⁸ dont certains sont même allés au-delà du minimum imposé¹⁹⁹. Toutefois, le rapport relève que plusieurs pays n'ont pas encore ratifié et mis en œuvre les conventions de Vienne et de Strasbourg (CBI 1990)²⁰⁰.

193 JO n° L 309 du 25.11.2005 p. 0009–0012, entrée en vigueur le 15 décembre 2007, application dès le 15 juin 2007 (art. 11).

194 JO n° L 328 du 24.11.2006 p. 0059–0078; entrée en vigueur le 24 novembre 2006, transposition d'ici le 24 novembre 2008 (art. 22 par. 1).

195 JO n° L 345 du 08.12.2006 p. 0001–0009; entré en vigueur et devant être appliqué dès le 1^{er} janvier 2007 (art. 20).

196 Premier rapport de la Commission sur l'application de la Directive relative au blanchiment de capitaux (91/308/CEE) à soumettre au Parlement européen et au Conseil, 03.03.1995, COM (95) 54 final, disponible depuis l'url suivante: <http://www.eudor.net/uidaequo/download/>.

197 Premier rapport de la commission, précité (note 196), par. 1, p. 17.

198 Premier rapport de la commission, précité (note 196), par. 1, p. 18.

199 Premier rapport de la commission, précité (note 196), par. 3, p. 18; par exemple, en ce qui concerne les dispositions d'application de l'art. 2 de la Directive.

200 Premier rapport précité (note 196), par. 3, p. 5 et annexe 2.

Le deuxième rapport de la Commission, rédigé en 1998 à propos de l'application de la même directive²⁰¹, salue les progrès réalisés, en particulier sous l'angle de l'éventail d'infractions préalables au blanchiment de capitaux²⁰², mais relève que le nombre important de transactions suspectes déclarées aux autorités compétentes n'ont abouti qu'à des résultats modestes en termes de poursuites et de condamnations²⁰³.

La mise en œuvre de la 2^e Directive ne semble avoir fait l'objet d'aucun rapport d'évaluation. Pour la 3^e Directive et la Directive de comitologie qui la concrétise sur certains points, l'échéance du délai de mise en œuvre, le 15 décembre 2007, est trop récente pour que l'on puisse s'attendre à un rapport complet. Cependant, un tableau comparatif de la transposition de différentes directives établi le 20 février 2008 montre que les pays qui ont notifié les révisions entreprises pour mettre en œuvre ces textes sont encore en minorité²⁰⁴.

La Commission a rendu deux rapports sur la base de l'art. 6 de la Décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime. Le rapport de 2004²⁰⁵ met en évidence que la plupart des Etats membres se sont pliés à la décision-cadre concernant la majorité de ses dispositions. Cependant, certains Etats membres n'ont pas transmis toutes les informations pertinentes à la Commission dans les délais. Le rapport de 2006²⁰⁶ se concentre sur les Etats membres qui n'étaient pas couverts par le précédent et présente des compléments concernant la situation de ceux qui ont fait l'objet du premier rapport. Certains de ces pays ont fourni des informations dans l'intervalle, la Commission manquant toutefois encore d'éléments pour une analyse complète.

201 Deuxième rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la Directive relative au blanchiment de capitaux (91/308/CEE), 01.07.1998, COM(1998) 401 final.

202 Deuxième rapport précité (note 201), p. 1.

203 Deuxième rapport précité (note 201), p. 24 s.

204 Transposition of Company Law and Anti-Money Laundering Directives, state of play as at 20/02/2008, «Transposition des directives en matière de droit des sociétés et de délinquance financière», accessible depuis l'url suivante: http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_fr.htm. Selon le «Summary Minutes of the 13th Meeting of the Committee on the Prevention of Money Laundering and Terrorist financing held in Brussels on 11 December 2007», la Commission a pris note que la majorité des Etats membres auraient des mesures d'application en place avant la fin du 1^{er} trimestre 2008.

205 Rapport de la Commission sur la base de l'article 6 de la décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime {SEC(2004)383}, 05.04.2004, COM (2004) 230 final.

206 Rapport de la Commission – Deuxième Rapport de la Commission sur la base de l'article 6 de la décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime {SEC (2006) 219}, 21.02.2006, COM (2006) 072 final.

Le rapport sur la mise en œuvre de la Décision-cadre du Conseil du 25 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime²⁰⁷ démontre que la transposition des obligations dans les ordres juridiques nationaux est extrêmement lacunaire. La Commission «juge préoccupant que la transposition de cette décision-cadre soit toujours aussi peu avancée dans les Etats membres»²⁰⁸ et annonce son intention «d'adopter fin 2008 une Communication sur le «produit du crime» qui analysera les instruments en matière de confiscation et de recouvrement des biens d'origine criminelle et examinera comment renforcer la coopération entre services de police et de justice afin de priver les criminels de leurs revenus illicites»²⁰⁹.

Quel que soit le degré de transposition des différents textes, les exigences découlant du droit européen en matière de prévention et de répression du blanchiment d'argent laisse subsister une marge de manœuvre importante en faveur du législateur national. Il en résulte de nombreuses disparités dans les législations nationales, de sorte que *l'on ne saurait parler d'un système européen uniformisé, ni même harmonisé sur les points essentiels*. Ainsi, une juriste française spécialiste de la lutte contre le blanchiment d'argent dresse le constat suivant: «A l'échelle européenne, les disparités entre les systèmes de lutte nuisent à l'efficacité du dispositif. Ainsi, il n'y a pas d'harmonisation des qualifications pénales; les cellules de renseignements financiers dépendent de tutelles différentes selon les Etats. Il n'y a pas non plus d'harmonisation concernant les seuils de déclenchement des contrôles. Par exemple, pour les mouvements d'espèces, les seuils varient de 3 000 ou 8 000 euros en France à 15 000 euros pour 9 autres Etats membres dont l'Allemagne, le Royaume-Uni ou le Luxembourg. [...] Le défaut de déclaration constitue en France une faute disciplinaire, elle est aux Pays-Bas et au Luxembourg un délit pénal exposant les auteurs à une amende de 125000 euros. Enfin, des distorsions considérables apparaissent s'agissant du volume des déclarations de soupçons: 154000 déclarations annuelles au Royaume Uni, entre 6 000 et 14 000 pour l'Allemagne, la Belgique, la France, la Hongrie, l'Italie la Suède, 3 en Slovénie, 83 en Roumanie, 345 au Portugal et 450 au Danemark»²¹⁰.

207 Rapport de la Commission sur la base de l'article 6 de la décision-cadre du Conseil du 24 février 2005 concernant la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime (2005/212/JAI), 17.12.2007, COM(2007) 805 final.

208 Rapport précité (note 207), point 4. Conclusions.

209 Rapport précité (note 207), point 4. Conclusions.

210 CHANTAL CUTAJAR, Lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme: une refonte du dispositif de prévention est urgent et indispensable, Europe&Us, 9 novembre 2007, <http://www.europeus.org/archive/2007/11/09/lutte-contre-le-blanhiment-et-le-financement-du-terrorisme.html>.

C. L'émergence des stratégies de lutte contre le blanchiment d'argent: principales étapes sur le plan suisse

Comme le dispositif international, la politique criminelle de la Suisse en matière de confiscation et de lutte contre blanchiment d'argent s'est constituée progressivement et par paliers.

Les banques suisses déploient une activité importante dans la gestion de fortune, secteur dans lequel elles occupent actuellement la première place sur le plan mondial²¹¹. Or, ce secteur est particulièrement exposé aux risques d'abus par les blanchisseurs d'argent. Dès la fin des années 1970, notre pays a été secoué par divers scandales révélant le rôle joué par la place financière suisse comme plaque tournante d'opérations visant à dissimuler et à transférer des fonds d'origine criminelle. Ces affaires étaient liées principalement au trafic organisé de la drogue, dont les gains considérables donnaient lieu à des opérations de transfert et de dissimulation et qui faisaient l'objet d'enquêtes de grande envergure, diligentées notamment par les autorités états-uniennes. Cependant, le thème des avoirs détournés par des chefs d'Etat indélicats est apparu très tôt en Suisse, à la faveur d'affaires telles que celle de l'ex-dictateur philippin Marcos en 1986, dans lesquelles le «*money trail*» menait – entre autres – à des établissements bancaires suisses.

Ce sont ces affaires et les critiques auxquelles elles exposaient notre pays et sa place financière sur le plan international qui ont été le moteur de l'action législative suisse à ses débuts. Les obligations découlant des conventions internationales et le attendus résultant de la *soft law* supranationale sont devenues les *pace makers* de la politique criminelle dans un deuxième temps seulement.

I. La création d'un régime préventif: surveillance et autoréglementation des banques

La Suisse a joué un rôle de précurseur dans la mise en place d'un régime préventif par deux instruments complémentaires, dont le premier est étatique et le second privé: il s'agit de la surveillance administrative et de l'autoréglementation.

211 Département fédéral des finances, Place financière suisse et politique en la matière, 2006, p. 6: «Plus de la moitié de la valeur ajoutée des banques repose sur l'atout traditionnel de la place financière: la gestion de fortune. Dans ce secteur âprement disputé, la Suisse reste en effet le leader mondial. Fin 2005, la valeur des titres gérés dans les dépôts clients des comptoirs bancaires nationaux s'élevait à plus de 4300 milliards de francs. Les clients étrangers y représentaient une part de 59 pour cent. Sur l'ensemble des dépôts, 34 pour cent provenaient de clients privés, 56 pour cent d'investisseurs institutionnels et 10 pour cent de clients commerciaux. Si l'on ajoute aux titres gérés dans les dépôts bancaires les dépôts fiduciaires, les comptes épargne et les dépôts à vue, les banques suisses géraient fin 2005 des avoirs d'un montant total de plus de 5900 milliards de francs».

1. *La surveillance des banques au regard de la garantie d'une activité irréprochable*

Dès le milieu des années 1970, la Commission fédérale des banques (CFB) a interprété l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable en vertu de l'art. 3 al. 2 let. c LB «de manière à consolider les bases de la confiance dont le secteur bancaire en tant que tel doit se montrer digne»²¹². L'acceptation d'argent d'origine criminelle n'étant pas compatible avec cette garantie, la CFB a considéré que les banques avaient «l'obligation d'exiger des précisions et d'éclaircir l'arrière-plan économique d'une opération, non seulement lorsque celle-ci comporte un risque, mais également en cas d'opération fiduciaire, lorsque des indices donnent à penser qu'elle pourrait être un élément d'une transaction immorale ou illicite, ou lorsqu'il s'agit d'une affaire compliquée, inusuelle ou importante»²¹³.

La surveillance administrative des banques est restée un élément essentiel de la lutte contre le blanchiment d'argent même après l'entrée en vigueur d'incriminations pénales. La CFB joue un rôle clé dans la définition de normes de comportement qui s'adressent aux personnes et établissements qui lui sont soumis, normes qui sont plus détaillées et parfois plus exigeantes que ne le sont les lois formelles. Ainsi, après la création des infractions de blanchiment d'argent et de défaut de vigilance en matière d'opérations financières, la CFB a publié des directives relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux qui avaient pour but de résumer et de concrétiser la pratique de la CFB relative à la garantie d'une activité irréprochable et à l'organisation interne adéquate et de fournir des éléments d'interprétation pour les art. 305^{bis} et 305^{ter} CP. Ces directives ont été prises en 1991 (Circ.-CFB 91/3) et révisées en 1998 (Circ.-CFB 98/1), après l'entrée en vigueur de la Loi sur le blanchiment d'argent. Elles ont été remplacées par l'Ordonnance de la CFB en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB) du 18 décembre 2002²¹⁴, qui a introduit notamment l'approche basée sur les risques.

En date du 3 juillet 2007, la CFB a publié un projet de modification de l'OBA-CFB, soumis à une procédure d'audition avec un rapport intitulé «Modification de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent»²¹⁵. Bien reçues lors de la procédure d'audition²¹⁶, les propositions de modifications ont été

212 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 967.

213 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 967, citant le bulletin de la CFB n° 11, p. 15.

214 RS 955.022; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

215 Modification de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent, Rapport de la Commission fédérale des banques, mai 2007.

216 Modification de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent, Rapport de la Commission fédérale des banques sur les résultats de l'audition (rapport d'audition), décembre 2007, p. 6. Le 5 février 2008, l'Autorité de contrôle a également mis en consultation une révision de son ordonnance concernant les obligations de diligence des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis, proposant des retouches mineures.

reprises, à peu de nuances près, dans l’OBA-CFB révisée, adoptée le 20 décembre 2007 sous le nouveau titre «Ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme (Ordonnance sur le blanchiment d’argent, OBA-CFB)». Ces modifications seront analysées dans la partie consacrée au régime préventif²¹⁷.

2. *La Convention de diligence des banques*

En parallèle à la surveillance administrative, et dans le but de sauvegarder la réputation du système bancaire suisse, les banques ont défini des règles de conduite qui ont fait l’objet en 1977 d’une Convention relative à l’obligation de diligence des banques (CDB). Cette convention à caractère privé²¹⁸, conclue sous l’égide de l’Association suisse des banquiers²¹⁹ pour une période de cinq ans, a été actualisée régulièrement. La version actuelle est la CDB 03, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 et sera remplacée, avec effet au 1^{er} juillet 2008, par la CDB 08 conclue le 7 avril 2008²²⁰.

La CDB précise les vérifications auxquelles les établissements bancaires doivent procéder lorsqu’ils entrent en relation d’affaires avec un client, afin d’établir l’identité de leur cocontractant et, le cas échéant, de l’ayant droit économique des fonds confiés. La diligence qu’elle impose aux banques est un standard minimum reconnu par la CFB (art. 14 al. 1 OBA-CFB²²¹) et par le Tribunal fédéral, qui estime cependant qu’il s’agit d’une simple aide à l’interprétation de l’art. 305^{ter} CP réprimant le défaut de vigilance en matière d’opérations financières²²².

II. **La création des infractions de blanchissage d’argent et de défaut de vigilance en matière d’opérations financières (art. 305^{bis} et 305^{ter} CP)**

En 1986, le Département fédéral de justice et police a chargé Paolo Bernasconi de l’élaboration d’un avant-projet de loi réprimant le blanchiment d’argent. Deux ans plus tard, l’expert a remis son rapport avec trois propositions. En novembre 1988, une commission d’étude a été constituée par l’Office fédéral de la justice, ce qui a permis au Conseil fédéral de soumettre un projet de loi avec un Message daté du 12 juin 1989²²³, proposant deux incriminations, soit l’art. 305^{bis} CP réprimant ce qui était appelé à l’époque le «blanchissage» d’ar-

217 Cf. *infra* D.IV.2, p. 358 ss, 369 ss, 374 s.

218 ATF 109 I^b 146, p. 154.

219 Initialement, la Banque Nationale était partie à la CDB (versions 1977 et 1982).

220 Cf. *infra* D.IV.2, p. 358 ss, 369.

221 Pour la révision de l’art. 14 OBA-CFB, cf. *infra* note 543.

222 ATF 125 IV 139, p. 144 s.

223 Message (note 46), FF 1989 II 961.

gent et l'art. 305^{ter} CP sur le défaut de vigilance en matière d'opérations financières.

Selon le Message précité, la nécessité de légiférer tenait à plusieurs motifs. D'une part, à la volonté de lutter plus efficacement contre «le développement de la criminalité organisée à l'échelle internationale»²²⁴. D'autre part, il s'agissait de protéger la Suisse contre le risque que son marché financier «aussi libr[e] qu'efficac[e] et observant la plus grande discrétion dans les relations avec la clientèle» soit utilisé par des hommes d'affaires «vérieux»²²⁵. Enfin, la nécessité d'une intervention législative était fondée sur la «série d'affaires qui [...] avaient défrayé la chronique» et montré «que les établissements financiers ont bel et bien accueilli d'importantes quantités de valeurs patrimoniales d'origine délictueuse»²²⁶. Egrenant les affaires ayant «provoqué de grands remous» depuis 1977 – celles du Crédit Suisse de Chiasso, de la banque Weisskredit, du Banco Ambrosiano, de la «Pizza Connection» et de la «Lebanon Connection» – le Message souligne qu'«[i]l importe moins de rappeler le détail de ces scandales que de souligner le tort considérable qu'ils sont capables de causer à l'image de la Suisse et de son secteur bancaire»²²⁷.

Ainsi, la création d'incriminations pénales était motivée par le souci de mettre fin aux abus de la place financière suisse par les protagonistes de la criminalité organisée internationale, sans pour autant découler d'une obligation conventionnelle. Si l'intention du Conseil fédéral de signer la Convention de Vienne a été mentionnée²²⁸, la création d'une incrimination ne correspondait à l'époque à aucun engagement assumé par la Suisse. L'électrochoc est venu de l'éclatement de l'affaire de la «Lebanon Connection», à propos de laquelle un enchaînement d'événements a mené à la démission de la Conseillère fédérale Kopp, provoquant une véritable panique²²⁹, voire une «soif d'action politique»²³⁰, qui a amené des organisations qui s'étaient encore déclarées hostiles à une réforme légale lors de la procédure de consultation à s'accorder sur la nécessité de nouvelles normes pénales²³¹.

Les nouvelles dispositions pénales ont été adoptées à l'unanimité des deux Chambres fédérales le 23 mars 1990²³², au terme de débats qui ont mis l'accent sur l'argent de la drogue, sur les scandales récents et sur le rôle de précurseur de la Suisse dans la répression du blanchiment et la création d'un régime préventif

224 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 963.

225 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 964.

226 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 966.

227 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 966.

228 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 971 s.

229 MARK PIETH, in: Marcel Alexander Niggli et Hans Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II: Art. 111–392 StGB, 2^e éd., Bâle 2007, Vor Art. 305^{bis} N 17 («eine hausgemachte Panik»).

230 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 978.

231 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 978.

232 BOCN 1989 II p. 1873; BOCE 1990 p. 202.

par la CFB et la CDB. Les art. 305^{bis} et 305^{ter} CP sont entrés en vigueur le 1^{er} août 1990, soit plusieurs mois avant l'adoption, le 8 novembre 1990, de la CBI 1990.

Il convient de noter que la conviction que l'absence d'une base légale pour réprimer le blanchiment d'argent était devenue intolérable semble avoir gagné également le système de justice pénale. En octobre 1989, neuf mois avant l'entrée en vigueur d'une base légale incriminant le blanchiment d'argent, le *Tribunal fédéral* a confirmé la détention provisoire des frères *Magharian*, soupçonnés de recyclage de l'argent de la drogue. En l'absence d'une base légale topique, cet arrêt²³³ se fonde sur l'art. 19 ch. 1 al. 7 LStup²³⁴ visant «*celui qui finance un trafic illicite de stupéfiants ou sert d'intermédiaire pour son financement*» et applique cette clause au blanchisseur, au motif qu'en matière de trafic de drogue, chaque opération de recyclage achevée crée les conditions d'un nouveau trafic. Il s'agit là d'une interprétation très extensive de l'art. 19 ch. 1 al. 7 LStup, abandonnée par le Tribunal fédéral en 1996²³⁵, quelques années après l'entrée en vigueur de l'art. 305^{bis} CP réprimant le blanchiment d'argent de manière explicite²³⁶.

III. Le «deuxième train de mesures contre le crime organisé»

Les travaux préparatoires menant à l'adoption des art. 305^{bis} et 305^{ter} CP ont mis en évidence des lacunes dans des domaines liés à la répression du blanchiment d'argent. Pour y remédier, un nouvel avant-projet a été présenté en février 1991, au titre de «deuxième train de mesures contre le crime organisé». Les innovations proposées impliquaient une refonte des dispositions en matière de confiscation, la création d'une incrimination de participation et de soutien à une organisation criminelle, celle d'un droit de communication en faveur de l'intermédiaire financier et l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise. Fraîchement accueillie par les milieux économiques à l'occasion de la procédure de consultation, cette dernière proposition a été abandonnée provisoirement

233 ATF 115 IV 256.

234 Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup), RS 812.121.

235 ATF 122 IV 211, p. 219; URSULA CASSANI, Trafic de stupéfiants, blanchissement d'argent par l'auteur de l'infraction préalable, change d'argent, délimitation et concours entre le blanchissement d'argent et le financement d'un trafic illicite de stupéfiants. Art. 19 LStup, art. 305^{bis} CP, PJA 9/1996, p. 1169 ss, p. 1170.

236 Dès lors, le pur blanchiment de l'argent provenant d'un trafic passé tombe sous le coup de l'art. 305^{bis} CP exclusivement; il y a concours idéal ou réel parfait lorsque l'auteur réinvestit une partie de l'argent de la drogue dans un nouveau trafic et dissimule l'autre partie ou lorsqu'il blanchit l'argent en vue d'un trafic ultérieur (ATF 122 IV 211, p. 223; arrêt du TF du 2 octobre 2006 [6S.59/2005], consid. 6.3.2, non reproduit dans l'ATF 132 IV 132).

ment, pour n'être reprise qu'à l'occasion de la révision de la partie générale du Code pénal²³⁷.

En date du 30 juin 1993, le Conseil fédéral a publié son Message sur la «révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier»²³⁸. La révision législative a été adoptée à l'unanimité par les deux Chambres fédérales le 18 mars 1994²³⁹, de sorte que les art. 260^{ter} CP (punissabilité de l'organisation criminelle) et art. 305^{ter} al. 2 CP (droit de communication de l'intermédiaire financier) ainsi que les dispositions remaniées en matière de confiscation (art. 58 – 60 CP 1994) sont entrés en vigueur le 1^{er} août 1994.

Plusieurs innovations proposées par le législateur fédéral découlaient de la CBI 1990, à l'instar de l'introduction des mesures conservatoires en vue de l'exécution de la créance compensatrice²⁴⁰. Le Message du Conseil fédéral concernant la ratification de cette convention explique aussi que l'introduction de la punissabilité de l'organisation criminelle (art. 260^{ter} CP) est de nature à combler une lacune du droit suisse s'agissant de «la couverture des notions anglo-saxonnes d'*association* et de *conspiracy*»²⁴¹. Il ne s'agit d'ailleurs pas là de la première tentative dans ce sens faite par l'administration fédérale, qui avait déjà proposé d'introduire la notion d'*«association de malfaiteurs»* en 1978, dans le cadre d'un avant-projet de loi visant les actes de violence criminels. La proposition avait échoué en procédure de consultation, les participants ayant relevé le caractère contraire aux principes de l'Etat de droit d'une disposition criminalisant des opinions et favorisant le mouchardage²⁴². Dix ans plus tard, l'invocation de la menace du *«crime organisé»* a permis de surmonter ces réticences.

La proposition la plus délicate, fortement combattue par les milieux bancaires, était l'introduction d'un *droit de communication du financier* (art. 305^{ter} al. 2 CP). A son appui, le Conseil fédéral invoqua les recommandations du GAFI de 1990: «La détermination des autorités suisses à assumer leurs responsabilités dans le cadre d'une politique globale de lutte contre le blanchissement d'argent amène le Conseil fédéral à considérer l'introduction d'un droit de communication du financier comme une nécessité, et ce d'autant plus qu'en Suisse, le secret professionnel et le secret bancaire sont protégés. Notre pays s'est montré de bonne heure conscient de ses responsabilités en sa qualité de place financière internationale; il n'a aucune raison de s'y soustraire. Le présent

237 Cf. *infra* C.VII, p. 281.

238 Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire du 30 juin 1993, FF 1993 III 269.

239 RO 1994 p. 1614.

240 Message (note 238), FF 1993 III 269, p. 319.

241 Message (note 238), FF 1993 III 269, p. 319.

242 Message concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Actes de violence criminels), du 10 décembre 1979, FF 1980 I 1216, p. 1228.

projet n'institue pas d'obligation de communiquer. Il a en effet paru plus opportun de ne pas inclure une telle disposition dans le code pénal et de laisser le soin au droit administratif de traiter de cette question, et ce d'autant que la notion d'obligation de dénoncer est étrangère au droit pénal suisse»²⁴³.

Vu cette objection de principe à l'idée d'un devoir de communication, on peut s'étonner de la suite du Message, qui annonce un nouveau «projet de loi fédérale de droit administratif visant à lutter contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier», qui «prévoit notamment l'introduction d'une obligation de communiquer»²⁴⁴. L'élaboration de cette nouvelle proposition est mise en relation avec la Directive anti-blanchiment européenne de 1991 qui consacre une obligation de communiquer. Or, «[d]ans le cadre des travaux législatifs nécessités par le projet d'adhésion à l'Espace économique européen (EEE), un groupe de travail interdépartemental a été constitué sous la direction du Département fédéral des finances (DFF) avec le mandat de proposer les dispositions législatives à introduire en droit suisse afin de satisfaire aux exigences de ladite directive. La politique suisse en matière de lutte contre la criminalité économique internationale étant définie indépendamment d'une éventuelle adhésion à l'EEE, il avait été décidé de ne pas intégrer cette nouvelle législation dans le projet Eurolex, mais d'en faire un projet séparé. Le groupe de travail interdépartemental a terminé ses travaux en mars 1993»²⁴⁵.

IV. Le rapport sur la Suisse dans le cadre du premier cycle d'évaluations mutuelles

La première évaluation mutuelle de la Suisse en 1993²⁴⁶ était très positive. La législation suisse était considérée comme conforme aux normes du GAFI concernant l'incrimination du blanchiment et la définition des infractions préalables, pour lesquelles le droit suisse allait au-delà de ce qui était exigé par les normes internationales, limitées à l'époque au domaine des stupéfiants²⁴⁷. De même, le droit suisse était conforme aux exigences dans le domaine de l'identification des clients, ainsi que du gel, de la saisie et de la confiscation des produits. La grande majorité des recommandations concernant le secteur financier étaient appliquées par le secteur bancaire. Par contre, dans le secteur financier non bancaire, des efforts supplémentaires étaient recommandés, en particulier l'accélération du processus d'élaboration de la LBA²⁴⁸. Dans l'ensemble, précise le rapport d'évaluation mutuelle, «[l]es avancées réalisées par la Suisse en

243 Message (note 238), FF 1993 III 269, p. 313 s.

244 Message (note 238), FF 1993 III 269, p. 314.

245 Message (note 238), FF 1993 III 269, p. 314.

246 Le Rapport a été accepté le 29 juin 1993 par la plénière, Rapport annuel du GAFI 1993, par. 29 et Annexes, Groupe de travail n° II, 2.1.b), p. 31.

247 Rapport annuel du GAFI de 1993 (note 246), par. 64.

248 Rapport annuel du GAFI de 1993 (note 246), par. 65.

matière de lutte contre le blanchiment d'argent méritent d'être reconnues, et beaucoup d'aspects du système suisse pourraient servir d'exemple à d'autres pays membres pour leur propre mise en œuvre des recommandations du GAFI»²⁴⁹.

V. La loi sur le blanchiment d'argent (LBA)

Le «deuxième train de mesures» conduit par l'Office fédéral de la justice n'était pas encore sous toit, quand l'Administration fédérale des finances a publié, en janvier 1994, un avant-projet de loi fédérale relative à la lutte contre le blanchis-sage d'argent dans le secteur financier, sur la base des travaux préparatoires interdépartementaux déjà annoncés dans le Message de 1993.

L'avant-projet, dont le but consistait à concrétiser les obligations découlant des art. 305^{bis} et 305^{ter} CP en précisant les devoirs de diligence incombant à tous les intermédiaires financiers, contenait de nombreuses dispositions pénales sanc-tionnant de manière détaillée les différents écarts par rapport aux devoirs définis. Il énonçait, par ailleurs, l'obligation des financiers de dénoncer les soupçons fondés de blanchissage. Enfin, un canevas institutionnel important devait amé-liorer la surveillance et l'autoréglementation des personnes soumises à la loi du fait de leur activité d'intermédiaire financier.

Les critiques formulées lors de la procédure de consultation ont été extrême-ment vives, de sorte qu'en janvier 1995, le Conseil fédéral a chargé le Départe-ment fédéral des finances de revoir l'avant-projet, en associant à ce processus des spécialistes externes, ainsi que les représentants des milieux économiques et financiers intéressés. Ces derniers ont exprimé une franche hostilité à l'idée de l'instauration d'un devoir de communication, auquel ils auraient préféré la solution, pour le moins boiteuse, d'un devoir de blocage des avoirs de prove-nance douteuse, sans obligation de dénoncer. L'administration n'a pas cédé sur ce plan mais fait des concessions, notamment en coupant dans les sanctions pé-nales excessivement nombreuses dont était doté l'avant-projet.

Saisies d'un Message du 17 juin 1996²⁵⁰, les Chambres fédérales ont adopté la loi le 10 octobre 1997, sous la désignation de «Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blan-chiment d'argent, LBA)». Cette dernière est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998.

Le contexte normatif international a eu un impact considérable sur les tra-vaux préparatoires. Le Message présente la nouvelle loi comme indispensable au regard des recommandations du GAFI, dont la force obligatoire est exagéré: «La Suisse participe activement aux efforts déployés par la communauté internationale pour lutter contre le crime organisé. Elle a signé toutes les conven-

249 Rapport annuel du GAFI de 1993 (note 246), par. 67.

250 Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissement d'argent dans le sec-teur financier du 17 juin 1996, FF 1996 III 1057.

tions internationales d'importance dans ce domaine et figure également parmi les membres fondateurs du GAFI, dont elle a assuré la présidence en 1992. Ayant reconnu les 40 recommandations du GAFI, la Suisse est tenue de les transposer dans son ordre juridique. La présente loi tient compte des engagements internationaux de notre pays. Pour cette raison, il est souhaitable qu'elle entre en vigueur rapidement, d'autant plus que la Suisse sera soumise – en mars 1997 probablement – à une deuxième évaluation du pays de la part du GAFI»²⁵¹.

Ainsi, les responsabilités assumées par la Suisse dans le cadre du GAFI et la perspective d'une nouvelle évaluation mutuelle de sa législation sont invoquées comme arguments en faveur d'une production législative expéditive²⁵².

Le droit européen continue, lui aussi, à exercer sa force d'attraction: «Suite au refus de l'adhésion à l'EEE, il n'existe certes plus d'obligation de transposer dans le droit suisse la directive communautaire concernant le blanchiment de capitaux, alors que subsiste l'obligation d'élaborer des projets de loi eurocompatibles»²⁵³.

VI. Le rapport d'évaluation mutuelle sur la Suisse en 1998

Le rapport d'évaluation mutuelle consacré à la Suisse en 1998²⁵⁴ se révèle plus critique que le précédent, en dépit du fait que la base de l'évaluation est toujours la même, soit les 40 recommandations de 1990 en vigueur au début de ce cycle d'évaluations, et que le rapport tient compte de la LBA adoptée le 10 octobre 1997. On peut y lire, en guise de synthèse: «Si le volet pénal du système suisse a connu des améliorations significatives, son volet préventif pour le secteur non bancaire devrait être conforme aux recommandations du GAFI avec la mise en vigueur de la LBA. [...] En règle générale, les projets actuels visant à combler les lacunes constatées lors de la première évaluation sont d'importance, mais leur mise en œuvre est trop lente»²⁵⁵. Pour ce qui est de la LBA, le GAFI salue la définition «quant aux professionnels assujettis aux obligations anti-blanchiment qu'elle édicte, qui couvre tout le secteur financier, y compris l'exercice d'activités financières à titre professionnel par des professions juridiques»²⁵⁶. Concernant l'obligation de communiquer nouvellement introduite, les experts en relèvent «le caractère incomplet en raison du fait que l'obligation ne naît qu'au moment de la relation d'affaires et la lecture restrictive qu'en font les institutions financières»²⁵⁷.

251 Message (note 250), FF 1996 III 1057, p. 1117.

252 Message (note 250), FF 1996 III 1057, p. 1118.

253 Message (note 250), FF 1996 III 1057, p. 1117.

254 Le résumé de ce rapport a été publié dans le Rapport annuel du GAFI de 1998, par. 47.

255 Rapport annuel du GAFI de 1998, par. 48.

256 Rapport annuel du GAFI de 1998, par. 49.

257 Rapport annuel du GAFI de 1998, par. 50.

VII. La responsabilité pénale de l'entreprise

La proposition d'une base légale pour la responsabilité pénale de l'entreprise a été formulée pour la première fois dans le cadre de l'avant-projet du deuxième train de mesures contre les organisations criminelles, mais provisoirement abandonnée à la suite de la procédure de consultation. La question a été reprise dans le contexte plus large de la révision de la partie générale du code pénal²⁵⁸, de sorte que deux dispositions ont été créées. Il s'agit des art. 102 et 102a CP adoptés le 13 décembre 2002.

Dans l'intervalle, la Suisse avait renoncé à modifier sa législation en vue de la ratification de la Convention de l'OCDE, préférant faire une déclaration²⁵⁹ signalant l'absence de «sanctions pénales à l'encontre des personnes morales» selon le droit en vigueur. Cette déclaration a pu être retirée en automne 2003²⁶⁰. A cette époque, la Suisse a ratifié la CRFT, qui exigeait également des sanctions à l'égard de la personne morale, ce qui a conduit l'administration fédérale à glisser les articles d'ores et déjà adoptés par les Chambres fédérales dans les modifications législatives visant le financement du terrorisme, adoptées le 23 mars 2003²⁶¹. Ainsi, ces dispositions ont fait leur entrée dans le Code pénal suisse, comme art. 100^{quater} et 100^{quinquies} dès le 1^{er} octobre 2003, de sorte qu'il n'a pas été nécessaire de faire une réserve à la CRFT sur ce point.

VIII. La répression du terrorisme

L'obligation de ratifier la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999 (CRFT) et d'en transposer les exigences dans le droit national avec célérité était un élément clé de différents textes supranationaux adoptés après les attentats du 11 septembre 2001. Dans l'effervescence normative générale qui a suivi ces attentats et dans le but de démontrer la volonté de la Suisse de contribuer à la «*war on terror*» lancée par l'administra-

258 Code pénal suisse, modification du 13 décembre 2002, FF 2002 7658; cf. le Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 1787, p. 1943 à 1951.

259 Arrêté fédéral portant approbation de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 9 décembre 1999, RO 2003 4241, FF 1999 5107 (texte de la réserve). Déclaration interprétative de la Suisse, du 23 mai 2000.

260 RO 2003 4243, p. 4253.

261 Loi fédérale concernant la modification du code pénal et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (Financement du terrorisme), modification du 21 mars 2003, RO 2003 3034; Message relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales, du 26 juin 2002, FF 2002 5014. Cf. *infra* C.VIII., p. 281 s.

tion Bush, le Conseil fédéral a présenté en 2002 un projet ambitieux de modification du droit suisse²⁶², dans lequel les Chambres fédérales ont opéré des coupes importantes²⁶³.

Adopté le 23 mars 2003²⁶⁴, l'art. 260^{quinquies} CP réprime le financement du terrorisme, en menaçant de sanction pénale «[c]elui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds». La définition de l'activité terroriste financée diffère à la fois de celle de la CRFT et des textes pertinents de l'Union européenne²⁶⁵, sans qu'il n'en résulte de lacunes notables. De manière plus remarquable, les Chambres fédérales ont emprunté un chemin original pour tenter de concilier la répression du financement du terrorisme avec l'idée que certains combats violents peuvent avoir un but politique légitime, soit parce qu'ils sont en conformité avec le droit international (art. 260^{quinquies} al. 4 CP), soit lorsque «l'acte vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un Etat de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci» (art. 260^{quinquies} al. 3 CP). Cet effort de concilier droits de l'homme et lutte contre le terrorisme est louable quant à son principe. Il faut avouer néanmoins que le résultat auquel a abouti le législateur suisse, plus particulièrement l'al. 3, est difficilement conciliable avec la «clause de dépolitisation» contenue à l'art. 6 CRFT²⁶⁶. Par ailleurs, en renonçant à toute exigence de proportionnalité, le législateur suisse semble privilégier de manière insoutenable les intérêts des «combattants de la liberté» par rapport aux droits humains de leurs victimes.

Depuis 2003, la pratique confirme les difficultés d'application de l'art. 260^{quinquies} CP, parfait exemple de législation symbolique. A l'évidence, la création de cette nouvelle disposition n'avait pas pour but principal de combler une lacune réelle du droit suisse, mais de démontrer que notre pays n'entendait pas rester inactif face à la menace du terrorisme international.

IX. Les révisions législatives en matière de corruption

Le droit suisse en matière de corruption a fait l'objet de deux révisions récentes, qui étaient en prise directe avec des conventions internationales ou régionales.

262 FF 2002 5078; Message (note 261), FF 2002 5014.

263 Sur le processus et ses implications, cf. CASSANI (note 144), p. 295 ss.

264 Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2003.

265 CASSANI 2003 (note 263), p. 297 ss.

266 Art. 6 CRFT: «Chaque Etat partie adopte les mesures qui peuvent être nécessaires, y compris, s'il y a lieu, d'ordre législatif, pour que les actes criminels relevant de la présente Convention ne puissent en aucune circonstance être justifiés par des considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou d'autres motifs analogues».

La première révision, adoptée le 22 décembre 1999²⁶⁷, avait pour but de permettre à la Suisse de ratifier la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales²⁶⁸, ce qui supposait la création d'une incrimination permettant de réprimer la corruption active d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP dans sa teneur de 1999)²⁶⁹. Cette occasion a néanmoins été saisie pour soumettre le droit suisse de la corruption publique à une révision plus large, rendant les dispositions plus incisives (art. 322^{ter} à 322^{octies} CP).

Dès la fin de l'année 2004, une nouvelle révision du droit suisse est apparue nécessaire, dans le cadre de la ratification de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999²⁷⁰. Adoptée le 7 octobre 2005²⁷¹, cette modification législative est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006. Elle a permis l'introduction d'une base légale visant la corruption passive d'agents publics étrangers et internationaux (art. 322^{septies} al. 2 CP) et la révision des dispositions de la loi sur la concurrence déloyale réprimant la corruption dans le secteur privé (art. 4a et 23 LCD).

Les révisions législatives successives en matière de corruption ont eu des *répercussions en matière de blanchiment d'argent et de confiscation*. La corruption active ou passive d'un agent public suisse, étranger ou international est un crime et donc un *acte préalable au blanchiment* (art. 322^{ter}, 322^{quater} et 322^{septies} CP), au contraire de l'octroi et l'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP) et de la corruption privée (art. 4a et 23 LCD)²⁷².

Aucune nouvelle révision du droit suisse n'est proposée en vue de la ratification de la Convention de Mérida (CNUCC). Le Conseil fédéral expose en particulier, à propos de l'art. 23 par. 2 let. b CNUCC, que «[t]ous les actes que la convention impose aux Etats Parties d'ériger en infraction pénale (et qui forment le noyau dur de la convention) sont susceptibles, en droit suisse, de

267 LF du 22 décembre 1999 (Révision du droit pénal de la corruption), en vigueur depuis le 1^{er} mai 2000 (RO 2000 1121 1125); Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision des dispositions pénales applicables à la corruption) et l'adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, FF 1999 5045.

268 RS 0.311.21; pour une description de cette convention, cf. JOSITSCH (note 125), p. 164 ss.

269 JOSITSCH (note 125), p. 393, 396.

270 STCE n° 173 (note 126), FF 2004 6611; en même temps, la Suisse a ratifié le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption du 15 mai 2003, STCE n° 191 (note 127); FF 2004 6627. Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), FF 2004 6549.

271 Arrêté fédéral sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention du 7 octobre 2005, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2006, RO 2006 2371 2374, FF 2004 6607.

272 La Convention du Conseil de l'Europe renvoie à son art. 13 aux engagements pris par chaque Etat membre au regard de la CBI 1990, de sorte que la limitation de la législation suisse est couverte par la déclaration d'«opting out» faite à propos de cette dernière convention.

constituer une infraction préalable au blanchiment d'argent»²⁷³, pour conclure que le droit suisse est donc conforme à ses exigences²⁷⁴. Cette affirmation mériterait d'être nuancée, principalement²⁷⁵ au regard du fait que la définition suisse de la corruption active et passive d'agent public est lacunaire par rapport à la définition internationale, puisqu'elle n'englobe pas l'octroi et l'acceptation d'un avantage qui ne peuvent, par conséquent, donner lieu au blanchiment d'argent. Il s'agit là d'un problème déjà identifié dans le contexte de l'application des autres conventions en matière de corruption et qui a fait l'objet de critiques formulées par les experts de l'OCDE²⁷⁶.

Si toutes les infractions de corruption peuvent en principe donner lieu à un produit susceptible de *confiscation*, des difficultés peuvent néanmoins se présenter quant à savoir si l'avantage retiré par le corrupteur peut être confiscable et donc faire l'objet de blanchiment. La doctrine semble l'admettre aujourd'hui pour les avantages qui découlent directement de l'exécution du pacte de corruption, par exemple lorsqu'un contrat est attribué au corrupteur²⁷⁷; la question est plus controversée en ce qui concerne les avantages indirects, obtenus par exemple par celui qui déploie une activité commerciale grâce à une autorisation pour laquelle il a corrompu un agent public²⁷⁸.

X. Le processus de mise en œuvre des recommandations du GAFI de 2003

L'adaptation du droit suisse aux exigences découlant des recommandations du GAFI révisées en 2003 constitue un processus particulièrement intéressant sous

273 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6966.

274 A propos de l'art. 23 par. 2 let. c et d CNUCC, voir aussi: Message (note 130), FF 2007 6931, 6966.

275 Par ailleurs, l'entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 25 CNUCC) vise notamment des comportements relevant en Suisse de l'art. 305 CP (entrave à l'action pénale), qui constitue un simple délit; l'art. 160 CP réprimant le recel en droit suisse ne peut s'appliquer qu'aux infractions contre le patrimoine, alors que la CNUCC vise le recel du produit de la corruption et des autres infractions régies par elle. Il est cependant exact que la formulation souple de la CNUCC ne crée pas d'obligation stricte, Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6967.

276 OCDE, Suisse: Phase 2, Rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales le 24 décembre 2004, publié en février 2005, par. 93–95.

277 JOSITSCH (note 125), p. 425; MARK PIETH, Korruptionsgeldwäsche, in: Jürg-Beat Ackermann, Andreas Donatsch et Jörg Rehberg (éd.), Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zurich 2001, p. 437 ss, p. 449; NIKLAUS SCHMID, Einziehung (StGB Art. 69–73), in: Niklaus Schmid (éd.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, vol. I, 2^e éd., Zurich 2007, Art. 70–72 N 36a et 36b (revirement par rapport à la 1^{re} éd.)

278 SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 36b et 36c.

l'angle de l'influence du cadre normatif supranational sur la politique criminelle suisse.

Le but poursuivi par cette révision législative était double: d'une part, il s'agissait de traduire dans la législation suisse les principes découlant de la révision des recommandations du GAFI de 2003. D'autre part, l'occasion de cette révision législative devait être saisie pour retoucher la LBA, de manière à rectifier quelques défauts évidents que la pratique avait mis en évidence depuis l'entrée en vigueur de la loi en 1998. En cours de procédure, un troisième but s'est ajouté à ces deux premiers, consistant à introduire dans la législation suisse des adaptations pour tenir compte des critiques et recommandations formulées par le groupe d'experts du GAFI lors de son évaluation de la législation suisse de 2005.

1. Les propositions du groupe de travail interdépartemental

Adoptées lors de la réunion plénière du GAFI en juin 2003, les 40 recommandations révisées devaient, à titre de nouveaux standards internationaux, servir de base aux évaluations des pays membres – dont la Suisse – dès le début 2005. Ce fait a été rappelé par le Département fédéral des finances dans son communiqué de presse du 22 octobre 2003, annonçant la mise sur pied d'un groupe de travail interdépartemental chargé d'élaborer des propositions de modification de la législation suisse (IDA GAFI). Ce groupe a élaboré un rapport du 20 avril 2004²⁷⁹, contenant des propositions, dotées parfois de variantes, destinées à servir de base à l'audition de représentants des milieux financiers et académiques.

2. L'avant-projet du 12 janvier 2005 (APRO-GAFI)

Le 12 janvier 2005, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation portant sur un «avant-projet d'une loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux»²⁸⁰ (APRO-GAFI). La publication de cet avant-projet précédait de quelques semaines la présence en Suisse des experts du GAFI chargés de l'examen mutuel de la législation suisse.

Les modifications proposées avaient trait à la LBA («AP 2005-LBA»), ainsi qu'à divers autres domaines de la législation fédérale, dont le Code pénal («AP

279 Mise en œuvre des 40 recommandations révisées du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (GAFI), Propositions du Groupe de travail interdépartemental du 20 avril 2004.

280 L'avant-projet est accompagné d'un rapport explicatif intitulé «Mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, Rapport explicatif destiné à la consultation (version corrigée du 13 janvier 2005)».

2005-CP»), le Code des obligations («AP 2005-CO»), la Loi sur les douanes, etc. Les éléments saillants de cet avant-projet étaient:

- des modifications substantielles du champ d'application matériel de la LBA, notamment l'extension à certaines activités commerciales en dehors du secteur financier;
- la création de nouveaux crimes, pour tenir compte des exigences du GAFI en matière d'infractions préalables au blanchiment;
- l'instauration d'une obligation d'annoncer les principaux titulaires d'actions au porteur qui participent à l'assemblée générale et la facilitation de la conversion d'actions au porteur en actions nominatives;
- l'introduction d'une clause de bagatelle, permettant à l'intermédiaire financier de renoncer au respect des obligations de diligence pour les relations d'affaires, manifestement légales, portant sur des valeurs patrimoniales de faible valeur;
- des amendements de la LBA destinés à améliorer les instruments de surveillance de l'Autorité de contrôle, ainsi que le flux d'informations entre les différents acteurs du paysage institutionnel anti-blanchiment, afin de combler certaines lacunes patentées, liées à la fragmentation du contrôle mis en place par la LBA.

3. *Le rapport d'évaluation mutuelle sur la Suisse de 2005*

L'évaluation mutuelle de la Suisse a fait l'objet d'un rapport de synthèse du 14 octobre 2005²⁸¹, suivi de la publication de la version intégrale datée de novembre 2005²⁸². Ce rapport tient compte de l'avant-projet de révision législative du 12 janvier 2005²⁸³.

La notation de la conformité avec les recommandations du GAFI en fonction des niveaux définis par la Méthodologie d'évaluation de la conformité aux recommandations de 2004²⁸⁴ fait apparaître que la majorité des 49 recommandations est respectée largement ou totalement par le droit suisse. Parmi les points très positifs, on trouve l'évaluation du régime suisse en matière de confiscation, qualifié de sophistiqué et complet²⁸⁵.

Sur treize points, le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent montre néanmoins des lacunes méritant, aux yeux des experts, la note «partiellement conforme». Dans beaucoup de cas, il s'agit de points relativement

281 Groupe d'action financière, 3^e Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Synthèse, Suisse, 14 octobre 2005; cité 3^e Rapport GAFI (Suisse), Synthèse.

282 Groupe d'action financière, 3^e Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, novembre 2005; cité 3^e Rapport GAFI (Suisse).

283 3^e Rapport GAFI (Suisse), Synthèse (note 281), par. 2, 6, 32, 48.

284 Méthodologie d'évaluation (note 98).

285 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), par. 168.

mineurs, parfois appréciés avec un certain formalisme, ou résultant d'une incompréhension de tel point particulier, par exemple s'agissant de la fonction du droit de communication en vertu de l'art. 305^{ter} al. 2 CP²⁸⁶.

Pour trois recommandations, le droit suisse est jugé «non conforme». Les carences relevées ont trait aux relations de correspondant bancaire (R.7), à la transparence des personnes morales, plus particulièrement s'agissant des actions au porteur (R. 33), ainsi qu'au contrôle des passeurs de fonds (R.S. IX).

Ce rapport se révèle nettement plus sévère que les deux évaluations de notre législation en 1993 et 1998. Certes, il s'agit là d'une observation que l'on peut faire de manière générale à propos des rapports d'évaluation du troisième cycle, qui montrent un niveau de «compliance» plutôt médiocre par rapport aux standards devenus plus exigeants²⁸⁷. Néanmoins, l'évaluation de la législation suisse est notablement moins favorable que celle concernant la Belgique (2005), les Etats-Unis (2006) ou Singapour (2008).

4. Les résultats de la procédure de consultation à propos de l'avant-projet

En date du 30 septembre 2005, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la consultation des milieux intéressés au sujet de l'avant-projet de janvier 2005²⁸⁸. Selon le communiqué de presse de l'administration fédérale du même jour, la consultation a confirmé l'importance d'une place financière suisse intégrale ainsi que d'un dispositif efficace de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, tout en montrant que les milieux économiques et les partis bourgeois considéraient que «certaines des mesures proposées pour maintenir ou renforcer ce dispositif [allaient] trop loin. Leurs critiques [portaient] plus spécialement sur une procédure de mise en œuvre trop rapide des recommandations du GAFI, une surréglementation générale et un manque de comparaison avec les règles appliquées dans d'autres pays. Elles [concernaient] également la proposition d'étendre les principales obligations de diligence à certains secteurs commerciaux»²⁸⁹.

Anticipant sur les résultats de la consultation, le Chef du Département fédéral des finances avait prononcé, le 7 juin 2005, un temps d'arrêt dans le processus législatif²⁹⁰. Ce «time out» a été motivé ultérieurement par la nécessité de

286 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), Tableau III, p. 252; cf. *infra* D.IV.2.c.iii, p. 369 s.

287 Cf. JOHNSON (note 159).

288 Département fédéral des finances, Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative au rapport explicatif, comprenant le projet de modifications légales, sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux, septembre 2005.

289 Communiqué de presse du 30 septembre 2005.

290 Voir le discours du Conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz lors du Congrès LBA 2005 à Berne, accessible depuis l'url suivante: http://www.weblaw.ch/de/content_edition/jusletter/artikel.asp?articleNr=4039. Cf. aussi NZZ du 08 juin 2005 «Denkpause in der Geldwäschekämpfung».

consulter les branches économiques concernées par la proposition d'élargir la LBA à certaines activités commerciales²⁹¹.

5. Les postulats Stähelin et le rapport publié à sa suite

Dès le printemps 2005, les critiques exprimées par certains participants à la procédure de consultation ont été portées devant le Parlement. Le 14 juin 2005, le Conseil des Etats a adopté le postulat Stähelin du 17 mars 2005, relatif à la «Mise en œuvre des recommandations du GAFI à l'étranger. Evaluation»²⁹² et chargeant le Conseil fédéral d'examiner «la façon dont chaque Etat européen et ses territoires associés ainsi que les places financières de quelque importance en dehors de l'Europe ont mis en œuvre les recommandations» du GAFI ou «prévoient de le faire». Le 28 septembre 2005, le Conseil des Etats a transmis au Conseil fédéral un second postulat Stähelin, du 17 juin 2005, intitulé «Recommandations du GAFI. Evaluation des coûts, de l'utilité et des résultats»²⁹³.

L'administration fédérale s'est exécutée par un rapport unique, daté de mai 2006 et rendu public le 29 septembre 2006²⁹⁴. La première partie du rapport est consacrée à une étude de la mise en œuvre des recommandations GAFI en Allemagne, en Belgique, en France, en Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, aux Etats-Unis, au Japon et à Singapour. Il en ressort que la plupart des pays étudiés n'avaient pas encore de projets concrets de mise en œuvre des recommandations GAFI 2003 à l'époque où les informations y relatives ont été collectées par l'administration fédérale (mars 2006).

Pour ce qui est de la comparaison des solutions matérielles adoptées, le rapport précise que le système suisse est au moins aussi performant sinon plus que les autres législations étudiées pour ce qui est de l'identification du cocontratant et de l'ayant droit économique, de la gestion différenciée des risques de blanchiment, de la surveillance automatisée des transactions et de l'efficacité du contrôle et de la surveillance des professions hors secteur financier. En revanche, le droit suisse est à la traîne sous l'angle du catalogue des infractions préalables, de la transparence des personnes morales, en particulier des sociétés anonymes qui émettent des actions au porteur, de l'absence de contrôle en matière de transport frontière d'espèces et de certaines limitations en matière de communication de soupçons. Cette dernière faiblesse découle en grande partie

291 BOCN 2006 p. 91 (Conseiller fédéral Merz lors du débat du Conseil national portant sur le classement de l'initiative parlementaire Pedrina 00.447, cf. note 421).

292 Postulat Stähelin du 17 mars 2005, relatif à la «Mise en œuvre des recommandations du GAFI à l'étranger. Evaluation» (05.3175).

293 Postulat Stähelin, du 17 juin 2005, intitulé «Recommandations du GAFI. Evaluation des coûts, de l'utilité et des résultats» (05.3456).

294 Département fédéral des finances, Rapport en exécution des postulats Stähelin 05.3175 et 05.3456 des 17 mars et 17 juin 2005: Mise en œuvre des recommandations du GAFI à l'étranger et conséquences économiques des recommandations, mai 2006 (cité «Rapport postulats Stähelin»).

de la critique fondée sur le caractère lacunaire du catalogue des infractions préalables en vertu du droit suisse, ainsi que sur le fait qu'il n'y a pas d'obligation de communication lorsque la relation d'affaires est refusée, en dehors du secteur bancaire.

La seconde partie du rapport, intitulée «conséquences économiques des recommandations du GAFI», a pour but d'«évaluer l'efficacité et la proportionnalité de l'actuel dispositif suisse de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, ainsi que de son évolution en conformité avec les standards internationaux minimaux applicables»²⁹⁵. Ce but ambitieux, consistant à la fois à évaluer l'efficacité, en termes économiques, du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent en vertu du droit suisse en vigueur et l'impact économique probable de l'adaptation aux recommandations GAFI 2003, n'est atteint que de manière très partielle, tant il est vrai que les instruments méthodologiques d'une telle évaluation sont aléatoires. Le rapport précise d'ailleurs qu'il «est très difficile d'estimer les répercussions économiques du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme, les coûts et l'utilité qui en découlent ne pouvant pas être chiffrés avec précision»²⁹⁶. Quant aux amendements nécessaires en vue de l'adaptation de la législation suisse aux exigences découlant des recommandations GAFI 2003, leur portée et leurs retombées économiques sont considérées comme de peu d'importance, même si des chiffres concrets ne peuvent être avancés²⁹⁷.

6. Les nouvelles propositions de révision du 18 janvier 2007 sur la base des résultats de l'examen de la Suisse par le GAFI

La publication du rapport en réponse aux postulats Stähelin a mis fin au moratoire décreté en 2005, de sorte qu'en date du 29 septembre 2006, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances de lui adresser un Message relatif à la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI.

Outre les propositions contenues dans l'avant-projet du 12 janvier 2005, modifiées en fonction des résultats de la procédure de consultation, le projet devait intégrer des propositions complémentaires pour répondre aux critiques formulées par les experts du GAFI dans leur rapport d'évaluation mutuelle sur la Suisse. Une procédure d'audition s'est déroulée dès janvier 2007²⁹⁸ pour ces nouvelles retouches, portant notamment sur le contrôle des transports transfrontières d'espèces, une modification de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, un élargissement de la «no-tipping off rule», l'identification des représentants des personnes morales

295 Rapport postulats Stähelin (note 294), p. 92.

296 Rapport postulats Stähelin (note 294), p. 119.

297 Rapport postulats Stähelin (note 294), p. 120.

298 Procédure d'audition du 18 janvier 2007, portant sur des propositions complémentaires à l'avant-projet du 12.01.2005 relatives à la mise en œuvre des recommandations révisées du groupe d'actions financières (GAFI).

clientes et l'obligation de récolter systématiquement des informations sur l'objet et le but de la relation d'affaires.

7. *Le projet de révision législative du 15 juin 2007*

Le «Message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI)»²⁹⁹ a été publié le 15 juin 2007. Il met en exergue l'importance d'une adaptation du droit suisse aux standards du GAFI et aux recommandations émises par les experts pour la réputation de notre pays, tout en limitant ce processus aux points essentiels³⁰⁰.

Sur cette base, le projet abandonne plusieurs propositions centrales faites en janvier 2005. Par ailleurs, expose le Message, «[l]e projet a [...] mûri et se concentre aujourd'hui sur l'essentiel. Il intègre aussi les résultats d'une étude effectuée en 2005 sur le rapport coûts-bénéfices des réformes proposées. Il présente ainsi des mesures législatives et des procédures visant à rendre le système globalement plus efficace et à accroître la sécurité juridique. Enfin, il s'aligne sur les solutions retenues chez nos voisins et dans les places financières les plus importantes hors d'Europe, qui ont également été amenés à réviser leurs législations nationales»³⁰¹.

Sont ainsi abandonnées certaines propositions qui avaient été présentées sous forme d'avant-projet de loi aux experts du GAFI lors de leur évaluation de la législation suisse. Il s'agit des modifications du champ d'application de la LBA quant aux activités soumises, du contrôle des actions au porteur et de l'inclusion des infractions boursières parmi les infractions préalables, proposition reportée à une révision ultérieure. A l'inverse, le projet introduit de nouvelles mesures pour tenir compte des recommandations émises par le GAFI.

Dès lors, les principales innovations soumises aux Chambres fédérales sont:

- La création de *nouvelles infractions préalables au blanchiment*³⁰².
- L'élargissement de la Loi sur le blanchiment d'argent à *la lutte contre le terrorisme*. Le projet mentionne la lutte contre le financement du terrorisme explicitement dans le *titre de la loi* (qui devient ainsi «*Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier*») et dans l'*art. 1^{er}* définissant son objet. Par conséquent, les indices et soupçons de financement du terrorisme sont traités, au regard des devoirs de diligence et de communication, de la même façon que les éléments suggérant la provenance criminelle d'avoirs.

299 Message du Conseil fédéral sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI), du 15 juin 2007, FF 2007 5919.

300 Message (note 299), FF 2007 5919, p. 5920.

301 Message (note 299), FF 2007 5919, p. 5920.

302 Cf. *infra* D.I.2.c, p. 320 ss.

- Des retouches en matière de *devoirs de diligence de l'intermédiaire financier* (art. 3 à 8 LBA)³⁰³, concernant l'identification des représentants de la personne morale, une précision dans le domaine du devoir de clarification, ainsi que l'introduction d'une «*clause de bagatelle*» (art. 7a P-LBA).
- Diverses retouches et précisions dans le domaine du droit et du devoir de communication et de la «no-tipping off rule»³⁰⁴.
- Une retouche de la législation douanière aux fins d'assurer le *contrôle des transports transfrontières d'espèces* (art. 95 al. 1^{bis} P-LD)³⁰⁵.
- Diverses autres modifications de la LBA. L'art. 29a P-LBA entend améliorer *l'échange de renseignements* et la coordination des mesures prises entre les autorités pénales, le MROS et les autorités de surveillance et de contrôle. L'AP-LBA de 2005 contenait des propositions de révision de la LBA allant nettement plus loin, visant à améliorer le flux des informations entre les entités chargées de l'application de la loi, y compris les organismes d'autorégulation. Certaines de ces modifications, indispensables pour remédier aux lacunes résultant du caractère parcellisé du dispositif anti-blanchiment suisse, ont été glissées dans le train de révisions législatives visant à la création de la FINMA³⁰⁶. Le projet contient également une *clause de délégation* (art. 41 P-LBA), conférant au Conseil fédéral le pouvoir d'édicter les dispositions d'exécution de la loi et d'autoriser les autorités de surveillance et de contrôle à prendre des dispositions d'exécution de portée restreinte, notamment de nature technique.

C'est ce projet que les rédacteurs du rapport de suivi de l'évaluation mutuelle de la Suisse ont été amenés à présenter au GAFI en octobre 2007, dans le cadre du processus de vérification des progrès réalisés sur les manquements constatés lors de l'évaluation mutuelle de 2005³⁰⁷. Ce rapport de suivi n'est pas publié; la Suisse sera amenée à faire un nouveau rapport en automne 2008.

8. *Les délibérations parlementaires*

Vu le caractère mouvementé des travaux préparatoires antérieurs et la large prise en compte des objections formulées par les milieux intéressés, il n'est pas surprenant que le projet gouvernemental n'ait suscité aucune opposition lors des délibérations de la première Chambre fédérale saisie.

Lors de sa séance du 5 mars 2008, le Conseil des Etats a adopté ce projet à l'unanimité, en y apportant quelques clarifications et des adaptations devenues

303 Cf. *infra* D.IV.2.c, p. 366 s.

304 Cf. *infra* D.IV.2.d, p. 371 ss.

305 Cf. *infra* D.IV.2.e, p. 376.

306 Cf. *infra* C.XI.6, p. 297 s.

307 Rapport annuel du GAFI 2007 (note 95), par. 21; Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, Rapport annuel 2006, 8.1, p. 24.

nécessaires du fait de la création de la FINMA. L'art. 7a P-LBA (clause de bagatelle) a été modifié de manière à soumettre la possibilité de renoncer au respect des obligations de diligence à la condition négative qu'il n'y ait pas d'indices de blanchiment ou de financement du terrorisme, plutôt qu'à la condition positive de sa légalité manifeste. Les Conseillers aux Etats ont, par ailleurs, adopté une proposition Frick modifiant la clause de délégation (art. 41 P-LBA), de manière à réserver expressément le rôle primordial joué par les organismes d'autorégulation dans la définition des obligations de diligence en vertu de l'art. 16 LBA.

Le Conseil national vient également d'adopter le projet de loi à l'unanimité, lors de sa séance du 11 juin 2008. La Chambre basse a cependant amendé les art. 9 et 32 P-LBA, par des clauses visant à garantir l'anonymat de la personne qui communique ses soupçons de blanchiment au MROS, de sorte que le projet devra retourner au Conseil des Etats.

XI. L'impact de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) sur la lutte contre le blanchiment d'argent

1. Les principes fondamentaux

En date du 22 juin 2007, les Chambres fédérales ont adopté la Loi sur la surveillance des marchés financiers³⁰⁸, créant, sous le nom de «FINMA», une autorité chargée de surveiller les marchés financiers régis par les lois *ad hoc*, dont la loi sur le blanchiment d'argent (art. 1 let. f. LFINMA). Les intermédiaires financiers soumis à la LBA sont assujettis à la surveillance des marchés financiers en vertu de l'art. 3 LFINMA. En vertu de son art. 2, la LFINMA est d'application subsidiaire par rapport aux lois spéciales.

La FINMA peut adopter des ordonnances prévues par la législation sur les marchés financiers et des circulaires, afin de préciser les modalités d'application de celle-ci (art. 7 al. 1 LFINMA). Les principes qui gouvernent cette réglementation ne sont pas sans pertinence pour la lutte anti-blanchiment et le débat législatif entourant le domaine en Suisse. L'art. 7 al. 2 impose le respect du principe de l'économie de la réglementation, dans le sens que la FINMA n'est habilitée à adopter des ordonnances et des circulaires «que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent», en tenant compte «a. des coûts que la réglementation entraîne pour les assujettis; b. des effets de la réglementation sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière suisse; c. des différentes activités des assujettis et des risques qu'ils encourent; d. des standards internationaux minimaux».

308 Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA) du 22 juin 2007, FF 2007 4397; délai référendaire au 11 octobre 2007 non utilisé; entrée en vigueur prévue le 1^{er} janvier 2009.

Par ailleurs, l'art. 7 al. 3 LFINMA consacre une reconnaissance législative du rôle joué par l'autoréglementation, en déclarant que la «FINMA soutient l'autorégulation; elle peut lui reconnaître une valeur de standard minimal et la transposer dans ses règles de surveillance», alors que l'al. 4 l'enjoint de veiller «à la transparence du processus de réglementation et à la participation appropriée des milieux concernés». En vertu de l'al. 5, la FINMA «édicte les directives nécessaires à la mise en œuvre de ces principes», en consultant le Département fédéral des finances.

2. *Les instruments de surveillance*

L'instrument de surveillance principal est l'audit (art. 24 ss LFINMA); les «autres moyens de surveillance» sont décrits aux art. 29 à 37 LFINMA. Il s'agit de:

- l'obligation de fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches (art. 29 al. 1 LFINMA) et de la renseigner sans délai sur tout fait important susceptible de l'intéresser (art. 29 al. 2 LFINMA);
- l'ouverture d'une procédure (art. 30 LFINMA) visant au rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA) et qui peut déboucher sur une décision en constatation (art. 32 LFINMA)³⁰⁹ ou sur une interdiction «d'exercer une fonction dirigeante dans l'établissement d'un assujetti» (art. 33 LFINMA³¹⁰);
- la publication de la décision finale entrée en force, «y compris les données personnelles des assujettis concernés» (art. 34 LFINMA), mesure qui relève de la stratégie du «naming and shaming»³¹¹;
- la confiscation du gain acquis et de la perte évitée par un assujetti ou une personne qui exerce une fonction dirigeante en violent gravement le droit de la surveillance (art. 35 LFINMA);
- la désignation d'un chargé d'enquête aux fins d'élucider un fait relevant de la surveillance ou de mettre en œuvre les mesures ordonnées (art. 36 LFINMA);

309 Selon le Message du Conseil fédéral concernant la Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), FF 2006 2741, p. 2793, «[i]l s'agit d'une décision en constatation prononcée d'office, qui se fonde sur l'intérêt public défendu par l'autorité de surveillance, à savoir le respect intégral par les assujettis des règles prudentielles. En ce sens elle a un caractère de sanction. L'AUFIN peut aussi l'associer à un avertissement»; «AUFIN» était le nom en langue française donné à la FINMA dans le projet.

310 Cette interdiction permet donc de viser les dirigeants qui ne sont pas de membres de l'organe suprême, Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2793 s.; CHRISTIAN BOVET, De la CFB 2007 à la FINMA 20.., in: Luc Thévenoz et Christian Bovet, Journée 2006 de droit bancaire et financier, Zurich 2007, pp. 197 ss, p. 213; dans le même ouvrage: URS ZULAUF, Procédure devant la CFB («Enforcement»): Drame en cinq actes et épilogue, pp. 165 ss, p. 173. Pour le rapport avec l'interdiction pénale d'exercer une profession selon l'art. 67 CP, cf. FF 2006 2741, p. 2794 et BOVET, loc.cit.

311 BOVET (note 310), p. 210.

- le retrait de l'autorisation d'exercer, de la reconnaissance, de l'agrément ou de l'enregistrement d'un assujetti, si celui-ci ne remplit plus les conditions requises ou s'il viole gravement le droit de la surveillance (art. 37 LFINMA).

Ainsi, la nouvelle loi met à la disposition de l'autorité de surveillance un catalogue de mesures qui permettent une meilleure graduation en fonction de la gravité de la violation que l'arsenal des sanctions limité qu'offre le droit actuel, qui ne connaît que le retrait de l'autorisation ou le prononcé d'un blâme³¹². Dans son rapport sur les sanctions publié en 2004, la CFB avait formulé des propositions pour une refonte complète du catalogue des sanctions et du système de leur imposition, dont seuls quelques éléments ponctuels ont finalement été retenus, après examen par la commission d'experts Zimmerli³¹³. L'analyse détaillée des mesures mises à disposition de la FINMA et de leurs implications procédurales au regard de la garantie des libertés fondamentales, notamment de l'art. 6 CEDH, dépassant le cadre de cette étude, le lecteur est renvoyé aux réflexions que Wohlers y a consacrées³¹⁴.

La *confiscation* mérite une analyse particulière, puisqu'il s'agit d'un instrument classique en droit pénal mais nouveau dans le domaine bancaire³¹⁵, dont l'application est cependant déclarée *subsidiare* à la confiscation pénale (art. 35 al. 5 LFINMA). A teneur de l'art. 35 al. 1 LFINMA, la confiscation peut être prononcée contre un assujetti ou une personne exerçant une fonction dirigeante pour le gain acquis par la *Violation grave des règles prudentielles*, mais non contre un tiers³¹⁶. Le Message du Conseil fédéral en déduit que la «confiscation revêt donc avant tout un caractère compensatoire et non pénal»³¹⁷. Le montant confisqué correspond au «gain acquis» («Gewinn»), notion qui n'est pas définie de manière précise mais semble indiquer qu'il y a lieu de calculer le gain

312 Commission fédérale des banques, EBK-Sanktionenbericht, avril 2003, p. 13; 2^e rapport partiel de la Commission d'experts instituée par le Conseil fédéral (Commission d'experts Zimmerli), Sanctions dans la surveillance des marchés financiers, août 2004, p. 17; WOLFGANG WOHLERS, Reformbedarf bei der Börsenaufsicht, in: Wolfgang Wohlers (éd.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2007, p. 41 ss, p. 46.

313 Pour une analyse très complète des propositions législatives en matière de sanction, cf. WOHLERS (note 312), *in toto*.

314 WOHLERS 2007 (note 312), p. 61 ss.

315 PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Einführung und Überblick, 2^e éd., Berne 2004, § 7 N 132. Le Tribunal fédéral a considéré, dans l'affaire Crédit Suisse/Biber, qu'il était «sehr fraglich» que la CFB ait le pouvoir d'ordonner une confiscation (arrêt du TF du 2 février 2000 [2A.230/1999], consid. 9b); rien ne l'empêche en revanche, sur la base du droit en vigueur, d'exiger d'une banque ayant commis une violation du devoir de fidélité vis-à-vis des investisseurs, qu'elle l'informe de la manière dont la réparation du dommage est réglée (même arrêt, consid. 9c); cf. aussi le 2^e rapport partiel de la Commission d'experts Zimmerli (note 312), p. 33.

316 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2795.

317 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2795.

net plutôt que d'appliquer la théorie brute³¹⁸. Cette interprétation se justifie également au regard de la volonté de créer une mesure à caractère non pénal.

En vertu de l'al. 2, la FINMA peut aussi confisquer le montant correspondant à la perte évitée en violant gravement les règles prudentielles³¹⁹. La loi ne prévoit pas, en revanche, le prononcé d'une créance compensatrice comparable à la mesure prévue à l'art. 71 CP. Certes, la notion de «gain acquis» est moins précise que celle de valeur patrimoniale provenant d'une infraction, mais rien dans le texte légal ni dans le Message du Conseil fédéral ne permet de penser que la confiscation pourrait aussi être prononcée lorsque le gain découlant cau-salement de l'infraction n'est plus dans le patrimoine de l'assujetti ou du dirigeant. Comme dans la confiscation régie par le droit pénal, le montant soumis à la mesure peut être estimé (art. 35 al. 3 LFINMA); en toute hypothèse, la FINMA «veille à ce que cette mesure n'ait pas des conséquences disproportionnées»³²⁰.

Selon l'art. 35 al. 6 LFINMA, les «valeurs patrimoniales confisquées sont dévolues à la Confédération, pour autant qu'elles ne reviennent pas aux lésés». Cet alinéa se base ainsi sur l'idée que la violation prudentielle porte non seulement atteinte à des intérêts collectifs mais qu'elle peut aussi léser des intérêts patrimoniaux individuels³²¹.

3. Les relations entre la FINMA et les autorités pénales

En vertu de l'art. 38, la FINMA et les autorités pénales s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire et l'assistance administrative et coordonnent leurs enquêtes «dans la mesure où cela est possible et nécessaire», ce qui en pratique peut néanmoins s'avérer difficile³²². L'art. 38 al. 3 instaure, à la charge de la FINMA, une obligation d'informer l'autorité pénale compétente lorsqu'elle a connaissance de crimes ou de délits de droit commun, d'infractions à la LFINMA ou aux lois sur les marchés financiers³²³. Cependant, l'art. 40 LFINMA énonce les cas dans lesquels la FINMA peut refuser de communiquer aux autorités de poursuite pénale et à d'autres autorités suisses des informations non accessibles au public ou des

318 La jurisprudence du TF en matière pénale privilégie la théorie brute (ATF 123 IV 70 consid. 3; 119 IV 17 consid. 2a, etc.) mais applique parfois la théorie nette, ATF 124 I 6 consid. 4b/cc; Arrêt du TF du 23 mars 2007, cause 6S.555/2006 consid. 11.3 ss. (non publiés); cf. FLORIAN BAUMANN, in: Marcel Alexander Niggli et Hans Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2^e éd., Bâle 2007, Art. 70 N 32.

319 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2795; BOVET (note 310), p. 214.

320 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2795.

321 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2795 s.

322 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2797; WOHLERS 2007 (note 312) p. 51.

323 Le Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2797, constate que la FINMA a un devoir de surveillance directe pour les infractions à la LFINMA et aux lois sur les marchés financiers, ajoutant: «Il n'existe pas d'autres obligations de dénoncer. De plus, l'AUFIN n'est pas tenue de rechercher activement les crimes ou délits de droit commun».

documents. Le Tribunal administratif fédéral statue définitivement sur les différends à la demande d'une des autorités concernées (art. 41 LFINMA)³²⁴.

4. *La collaboration avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers*

L'art. 42 LFINMA régit l'assistance administrative avec les autorités étrangères, en rappelant le principe du «long arm» (art. 42 al. 2 let. b) et l'interdiction d'autoriser la transmission à des autorités pénales lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue (art. 42 al. 3 LFINMA). Les audits hors du pays d'origine dans le but de la surveillance consolidée sont possibles dans le respect des conditions découlant de l'art. 42 LFINMA.

5. *Les dispositions pénales*

L'art. 44 LFINMA définit l'infraction consistant à exercer sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement une activité soumise à la LFINMA, harmonisant ainsi les pénalités qui existaient dans le domaine. L'infraction intentionnelle est un délit possible de la peine privative de liberté pour trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, alors qu'en cas de négligence, il s'agit d'une contravention qui peut entraîner une amende de 250 000 francs au plus. En cas de récidive, la peine pécuniaire doit être de 45 jours-amende au moins. Cette aggravante a été introduite principalement dans le but d'assurer l'inscription de la condamnation au casier judiciaire³²⁵, afin d'éviter que les violations intentionnelles puissent rester ignorées³²⁶.

Les mêmes sanctions sont prévues en cas de fausses informations (art. 45 LFINMA), de violation des obligations des sociétés d'audit ou des personnes mandatées (art. 46 LFINMA) et de violation des obligations d'audit des comptes annuels (art. 47 LFINMA). L'art. 48 LFINMA prévoit, en outre, une contravention possible d'une amende de 100 000 francs applicable à «quiconque, intentionnellement, ne se conforme pas à une décision entrée en force que la FINMA lui a signifié sous la menace de la peine prévue par le présent article ou à une décision des instances de recours».

Les infractions en vertu de la LFINMA relèvent de la Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, art. 50 al. 1 LFINMA). La responsabilité de l'entreprise pour les infractions commises en son sein n'est pas régie par l'art. 102 CP, mais par l'art. 49 LFINMA («Infractions commises

324 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2798.

325 Depuis le 1^{er} janvier 2007, en vertu de l'art. 3 al. 1 let. c de l'ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire (Ordonnance VOSTRA), RO 2006 4503.

326 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2800.

dans une entreprise»), qui permet de renoncer à poursuivre les personnes punisables et de condamner à leur place l'entreprise au paiement de l'amende si l'enquête rendait «nécessaire [...] des mesures d'instruction hors de proportion par rapport à la peine encourue», pour autant que «l'amende entrant en ligne de compte pour les infractions aux dispositions pénales de la présente loi ou de l'une des lois sur les marchés financiers ne dépasse pas 50 000 francs». Ce régime reprend les principes découlant de l'art. 7 DPA, tout en élevant le plafond de 5 000 francs à 50 000 francs.

Comme jusqu'à présent, le Département fédéral des finances est l'autorité de poursuite et de jugement (art. 50 al. 1 LFINMA). Si le jugement par le tribunal a été demandé ou si le Département fédéral des finances estime que les conditions requises pour infliger une peine ou une mesure privative de liberté sont remplies, la compétence relève de la juridiction fédérale (art. 50 al. 2 LFINMA). Selon le Message, cette solution présente l'avantage de raccourcir les voies de recours par rapport à la solution de la compétence cantonale³²⁷. La jonction des procédures est régie par l'art. 51 LFINMA.

6. *Les modifications de la LBA*

La plupart des modifications de la LBA sont imputables au fait que la surveillance des intermédiaires financiers est consolidée en mains de la FINMA, ce qui simplifie considérablement le paysage institutionnel de la lutte anti-blanchiment. A côté de cette autorité de surveillance intégrée, subsistent la Commission fédérale des maisons de jeu et les organismes d'autorégulation. Il en résulte des allègements rédactionnels et la suppression de doublons, de répétitions et renvois, auxquels s'ajoute la suppression de clauses relatives à la matière qui est maintenant régie par la LFINMA. Les modifications substantielles suivantes méritent d'être mentionnées:

- L'art. 23 al. 2 LFINMA prévoit un registre public de tous les assujettis soumis à la LFINMA. L'art. 18a LBA charge la FINMA de tenir aussi un registre des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA qui se sont affiliés à un organisme d'autorégulation³²⁸. Ce registre est accessible publiquement sous forme électronique, par procédure d'appel.
- Les art. 19 et 19a LBA fixent les règles particulières applicables à l'audit des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA, assujettis à la surveillance directe de la FINMA.
- La modification de l'art. 27 LBA a pour but d'améliorer le flux d'information entre la FINMA et les organismes d'autorégulation (OAR) et de réparer ainsi un défaut de la législation actuelle. Ainsi, en vertu de l'art. 27 al. 1 LBA, les OAR et la FINMA «peuvent échanger tous les renseignements et

³²⁷ Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2803.

³²⁸ Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2820 s.

documents nécessaires à l'exercice de leur tâche», par quoi on ne vise pas seulement les échanges entre les OAR et la FINMA mais aussi des OAR entre eux. En effet, selon le Message, «[i]l paraît en outre judicieux que l'échange d'informations prévu entre l'AUFIN et les OAR puisse aussi avoir lieu directement entre ces derniers, car le besoin de transmission de renseignements et de documents se fait sentir à ce niveau là également»³²⁹. De cette manière, un des inconvénients majeurs de la parcellisation du contrôle anti-blanchiment suisse sera atténué. Par ailleurs, en vertu de l'art. 27 al. 2 LBA, les OAR seront désormais tenus de signaler à la FINMA sans délai les démissions de leurs membres et leurs décisions de refus d'affiliation et d'exclusion, ainsi que l'ouverture déjà de procédures pouvant aboutir à une exclusion, ce qui permettra à la FINMA d'être informée «en permanence des décisions prises par les OAR ainsi que des procédures ouvertes par ces derniers, afin d'être à même, au besoin, d'agir en temps utile»³³⁰.

- Enfin, l'art. 37 LBA (violation du devoir de communiquer) a été modifié, de manière à exprimer plus clairement que la négligence est punissable³³¹. Par ailleurs, l'amende est relevée à 500 000 francs au plus en cas de violation intentionnelle de l'obligation de communiquer (al. 1) et à 150 000 francs au plus en cas de négligence.

D. Les principaux éléments de la lutte contre le blanchiment d'argent en droit international et en droit suisse

I. La répression du blanchiment d'argent

1. Les normes supranationales

a. La Convention de Vienne

En vertu de l'art. 3 par. 1 let. a de la Convention de Vienne, les Etats membres ont l'obligation d'ériger en infractions les *comportements liés au trafic de drogues*, parmi lesquels figurent des actes relevant du *blanchiment d'argent*. Toutefois, les auteurs de cette convention ont préféré renoncer à employer l'expression «blanchiment d'argent», en raison de sa nouveauté et des problèmes de traduction qu'elle était censée poser³³².

Si le terme de blanchiment d'argent est absent de la Convention de Vienne, cette activité est néanmoins décrite dans diverses clauses de l'art. 3 (infractions et sanctions), dont le commentaire officiel à la convention, publié dix ans après

329 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2821.

330 Message (note 309), FF 2006 2741, p. 2821.

331 Sur ce point, cf. *infra* D.IV.2.d, p. 371.

332 Commentary (note 52), p. 65, N 3.51; GILMORE (note 44), p. 58.

l'adoption de celle-ci, relève que «the content and drafting style owe much to the then current legislation of the United States in this area»³³³:

Art. 3 Infractions et sanctions

1. Chaque Partie adopte les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infractions pénales conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement:

(...)

- b) i) A la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une des infractions établies conformément à l'alinéa a du présent paragraphe ou d'une participation à sa commission, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'une de ces infractions à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;
- ii) A la dissimulation ou au déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement, ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs, dont l'auteur sait qu'ils proviennent de l'une des infractions établies conformément à l'alinéa a du présent paragraphe ou d'une participation à une de ces infractions;
- c) Sous réserve de ses principes constitutionnels et des concepts fondamentaux de son système juridique,
 - i) A l'acquisition, à la détention ou à l'utilisation de biens, dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils proviennent de l'une des infractions établies conformément à l'alinéa a du présent paragraphe ou de la participation à l'une de ces infractions;
(...).
 - iii) Au fait d'inciter ou d'amener publiquement autrui, par quelque moyen que ce soit, à commettre l'une des infractions établies conformément au présent article ou à faire illicitement usage de stupéfiants ou de substances psychotropes;
 - iv) A la participation à l'une des infractions établies conformément au présent article ou à toute association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission.»

Les Etats Parties ont ainsi l'obligation d'interdire, au regard de l'art. 3 par. 1 let. b de la Convention de Vienne, la *conversion et le transfert* de biens provenant d'une infraction tombant sous le coup de la convention, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite ou d'aider des délinquants à échapper aux conséquences juridiques de leurs actes et la *dissimulation ou le déguisement de la nature de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement, ou de la propriété réelle* de biens ou de droits y relatifs. Par ailleurs, l'art. 3 par. 1 let. c de la convention exige que chaque Partie, dans la mesure où cela n'est pas contraire à ses principes constitutionnels et aux concepts fondamentaux de son système juridique, érige en infraction pénale «*l'acquisition, la*

333 Commentary (note 52), p. 62, N 3.41.

détention ou l'utilisation de biens» provenant d'une infraction visée par la convention, ainsi que la tentative et la participation, cette dernière étant définie de manière large.

Dans les deux cas, le bien blanchi doit *provenir d'une infraction visée par la convention*, sans qu'il ne soit clair si une provenance indirecte est suffisante, comme c'est le cas pour la définition des produits de l'infraction soumis à la confiscation (art. 5), énoncée à l'art. 1^{er} let. p³³⁴.

Seule l'infraction *intentionnelle* doit être érigée en infraction; plus précisément, le blanchisseur doit savoir que la valeur patrimoniale provient d'une infraction en matière de trafic illicite de stupéfiants et de psychotropes. Cette exigence subjective est centrale pour la définition de l'infraction et sa délimitation raisonnable, au vu du fait que les actes décrits sous l'angle objectif (tels que la conversion, la possession ou l'usage) constituent des opérations usuelles et anodines en apparence³³⁵.

Outre l'acte de l'auteur principal, la Convention de Vienne vise également toutes les formes de participation et de tentative, de même que toute association ou entente («conspiracy») pour commettre une infraction soumise (art. 3 par. 1 let. c, iv), ainsi que le fait d'inciter publiquement à celle-ci (art. 3 par. 1 let. c, iii). Ces clauses, correspondant à la technique de codification internationale habituelle, traduisent l'influence du droit anglo-américain³³⁶.

b. La Convention de Strasbourg (CBI 1990)

L'art. 6 CBI 1990, intitulé «infractions de blanchiment», s'inspire fortement de l'art. 3 de la Convention de Vienne³³⁷.

Art. 6 Infractions de blanchiment

1. Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale conformément à son droit interne lorsque l'acte a été commis intentionnellement à:

- a. la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait que ces biens constituent des produits, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;
- b. la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs, dont l'auteur sait que ces biens constituent des produits;

et, sous réserve de ses principes constitutionnels et des concepts fondamentaux de son système juridique:

334 Cf. *infra* D.II.1.a, p. 331.

335 MITSILEGAS (note 51), p. 197.

336 KAI AMBOS, Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel «Geldwäsche», ZStW 114 (2002) 236 ss, p. 237.

337 Rapport explicatif (note 113), ch. 32.

- c. l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils constituent des produits;
 - d. la participation à l'une des infractions établies conformément au présent article ou à toute association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission.
2. Aux fins de la mise en œuvre ou de l'application du par. 1 du présent article:
- a. le fait que l'infraction principale soit ou non de la compétence des juridictions pénales de la Partie n'entre pas en ligne de compte;
 - b. il peut être prévu que les infractions énoncées par ce paragraphe ne s'appliquent pas aux auteurs de l'infraction principale;
 - c. la connaissance, l'intention ou la motivation nécessaires en tant qu'éléments d'une des infractions énoncées par ce paragraphe peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives.
3. Chaque Partie peut adopter les mesures qu'elle estime nécessaires pour conférer, en vertu de son droit interne, le caractère d'infractions pénales à la totalité ou à une partie des actes évoqués au par. 1 dans l'un ou dans la totalité des cas suivants lorsque l'auteur:
- a. devait présumer que le bien constituait un produit;
 - b. a agi dans un but lucratif;
 - c. a agi pour faciliter la continuation d'une activité criminelle.
4. Chaque Partie peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, déclarer que le par. 1 du présent article s'applique seulement aux infractions principales ou catégories d'infractions principales précisées dans cette déclaration.

Au regard de l'art. 6 par. 1 CBI 1990, doivent être réprimés la conversion ou le transfert, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes (let. a), ainsi que «la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs» (let. b) et, sous réserve des principes constitutionnels et des concepts fondamentaux du système juridique de l'Etat, l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens (let. c), ainsi que la participation au blanchiment ou toute association, entente, tentative ou complicité en vue de sa commission (let. d).

Sous l'angle subjectif, l'art. 6 par. 1 mentionne la commission intentionnelle. L'art. 6 par. 3 let. a CBI 1990 permet cependant aux Parties d'ériger en infraction le blanchiment lorsque l'auteur «devait présumer que le bien constituait un produit». Cette clause vise la négligence³³⁸.

338 Rapport explicatif (note 113), ch. 32 (également GILMORE (note 44), p. 181). Le Message du Conseil fédéral (note 116, p. 20) croit, en revanche, y déceler le dol éventuel.

La description de *l'objet de l'infraction* et de sa provenance diffère de celle de la Convention de Vienne. Alors que cette dernière vise le blanchiment de biens dont le blanchisseur sait qu'ils proviennent d'une infraction contre les stupéfiants, la CBI 1990 se réfère aux biens, définis largement (art. 1 let. b)³³⁹, dont l'auteur sait qu'ils constituent des «*produits*». Cette notion «désigne tout avantage économique tiré d'infractions pénales» (art. 1 let. a). Il en résulte, d'une part, une clarification par rapport à la Convention de Vienne, dans le sens que la CBI 1990 considère uniquement la dissimulation de biens «*tirés de l'infraction*» comme susceptibles de blanchiment, à l'exception des autres biens éventuellement soumis à la confiscation au sens large (notamment à ce que le droit suisse appelle la «*créance compensatrice*»).

Il en résulte, d'autre part, que le bien peut être tiré de n'importe quelle infraction principale, sans limitation quant à la nature du bien juridique protégé ni quant à la gravité de l'infraction pénale. Toutefois, une faculté d'«*opting out*» est laissée aux Etats membres, qui peuvent faire une déclaration limitant le blanchiment d'argent à certaines infractions principales ou catégories d'infractions principales³⁴⁰. Ainsi, le champ d'application est potentiellement très vaste, mais il peut être restreint par les Etats membres, ce qui introduit une grande souplesse³⁴¹.

Point essentiel pour l'aptitude de la convention à saisir les opérations de blanchiment transnationales, les Parties ne sont pas autorisées à exiger que l'infraction principale soit de la compétence de ses juridictions pénales (art. 6 par. 2 let. a CBI 1990). Il s'agit là d'une clause importante que la Convention de Vienne ne contient pas³⁴². La CBI 1990 ne se prononce pas sur la question de savoir si l'infraction préalable doit être punissable au regard du droit du lieu de commission ou du lieu où le produit est blanchi, voire des deux³⁴³.

c. *La Convention de Palerme*

La Convention de Palerme énonce à son art. 6 l'obligation des Etats d'incriminer le «blanchiment du produit du crime». La définition de l'infraction reprend en la nommant l'infraction de blanchiment intentionnel décrite dans la Convention de Vienne de 1988, mais élargit le cercle des infractions préalables au-delà de celles en matière de stupéfiants, en se référant au «produit du crime» («*proceeds of crime*»).

339 HINTERSEER (note 173) p. 144.

340 Rapport explicatif (note 113), ch. 34.

341 *Contra:* HINTERSEER (note 173) p. 145 s.

342 GILMORE (note 44), p. 181.

343 NILSSON (note 48, p. 469) estime qu'il suffit que l'infraction en amont soit punissable au regard du droit du lieu où le produit est blanchi, mais rien ne permet de l'affirmer. Ce point sera d'ailleurs traité avec souplesse dans les conventions ultérieures.

Art. 6 Incrimination du blanchiment du produit du crime

1. Chaque Etat partie adopte, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement:

- a) i) A la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils sont le produit du crime, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;
- ii) A la dissimulation ou au déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime;
- b) et, sous réserve des concepts fondamentaux de son système juridique:
 - i) A l'acquisition, à la détention ou à l'utilisation de biens dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils sont le produit du crime,
 - ii) A la participation à l'une des infractions établies conformément au présent article ou à toute autre association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission.

2. Aux fins de l'application du par. 1 du présent article:

- a) Chaque Etat partie s'efforce d'appliquer le par. 1 du présent article à l'éventail le plus large d'infractions principales;
- b) Chaque Etat partie inclut dans les infractions principales toutes les infractions graves telles que définies à l'art. 2 de la présente Convention et les infractions établies conformément à ses art. 5, 8 et 23. S'agissant des Etats parties dont la législation contient une liste d'infractions principales spécifiques, ceux-ci incluent dans cette liste, au minimum, un éventail complet d'infractions liées à des groupes criminels organisés;
- c) Aux fins de l'al. b, les infractions principales incluent les infractions commises à l'intérieur et à l'extérieur du territoire relevant de la compétence de l'Etat partie en question. Toutefois, une infraction commise à l'extérieur du territoire relevant de la compétence d'un Etat partie ne constitue une infraction principale que lorsque l'acte correspondant est une infraction pénale en vertu du droit interne de l'Etat où il a été commis et constituerait une infraction pénale en vertu du droit interne de l'Etat partie appliquant le présent article s'il avait été commis sur son territoire;
- d) Chaque Etat partie remet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une copie de ses lois qui donnent effet au présent article ainsi qu'une copie de toute modification ultérieurement apportée à ces lois ou une description de ces lois et modifications ultérieures;
- e) Lorsque les principes fondamentaux du droit interne d'un Etat partie l'exigent, il peut être disposé que les infractions énoncées au par. 1 du présent article ne s'appliquent pas aux personnes qui ont commis l'infraction principale;
- f) La connaissance, l'intention ou la motivation, en tant qu'éléments constitutifs d'une infraction énoncée au par. 1 du présent article, peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives.

L'objet du blanchiment, soit le bien qui constitue un «produit du crime», est défini à l'art. 2 let. e comme «tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la

commettant». Lors des travaux préparatoires à la convention, il a été proposé de clarifier la notion dans le contexte particulier de la définition de l’infraction de blanchiment³⁴⁴, mais les Parties semblent y avoir renoncé.

La définition des *infractions préalables* est un enjeu important de la Convention de Palerme, qui encourage les Parties à une interprétation large, tout en énonçant des exigences minimales. En vertu de l’art. 6 par. 2 let. a, chaque «Etat partie s’efforce d’appliquer le paragraphe 1 du présent article à l’éventail le plus large d’infractions principales». Toutefois, l’art. 6 par. 2 let. b l’oblige à inclure «dans les infractions principales toutes les infractions graves telles que définies» aux art. 2, 5, 8 et 23, soit les infractions possibles d’une peine privative de liberté de quatre ans (art. 2 let. b) et relevant du crime organisé, de la corruption ou de l’entrave au bon fonctionnement de la justice. Enfin, le même alinéa précise que «[s]’agissant des Etats parties dont la législation contient une liste d’infractions principales spécifiques, ceux-ci incluent dans cette liste, au minimum, un éventail complet d’infractions liées à des groupes criminels organisés».

Le blanchiment doit également être réprimé lorsque l’infraction préalable a été commise à l’étranger, à condition toutefois que celle-ci soit punissable non seulement au regard du droit du lieu de commission de l’infraction préalable mais aussi au lieu où le blanchiment est commis (*condition de la double incrimination*; art. 6 par. 2 let. c). Enfin, les Etats peuvent adopter le principe que l’auteur de l’infraction préalable ne peut être punissable comme son propre blanchisseur, lorsque les principes fondamentaux de leur droit interne l’exigent.

d. La Convention de Mérida (CNUCC)

L’art. 23 CNUCC concernant l’incrimination du blanchiment d’argent n’innove pas par rapport aux conventions antérieures³⁴⁵. En fait, il reprend la formulation de l’art. 6 Convention de Palerme, sauf qu’il exige, selon la formule «quelque peu contradictoire»³⁴⁶ de son par. 2 let. b, que «chaque Etat Partie inclut dans les infractions principales au minimum un éventail complet d’infractions pénales établies conformément à la présente Convention»³⁴⁷.

344 Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, United Nations, New York, 2006, p. 52, note de bas de page 12.

345 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6965.

346 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6966.

347 Par ailleurs, il manque à l’art. 23 CNUCC une clause analogue à l’art. 6 par. 2 let. f Convention de Palerme, selon laquelle les éléments subjectifs peuvent être déduits de circonstances factuelles objectives.

e. *Les standards du GAFI*

Les recommandations du GAFI se réfèrent à la notion de «blanchiment de capitaux» («money laundering»), sans la définir de manière autonome. Pour la définition de l'incrimination, les R. 4 de 1990 et 1996 se réfèrent à la Convention de Vienne, à laquelle la R.1 de 2003 ajoute la Convention de Palerme.

Pour ce qui est de l'élément subjectif, la R.6 de 1990 considère l'incrimination du blanchiment intentionnel comme standard minimum, pareillement à la Convention de Vienne, mais évoque la volonté de certains délégués d'aller au-delà et d'englober aussi la négligence. La R.5 de 1996 se contente toujours, comme exigence minimale, de l'incrimination des activités intentionnelles de blanchiment, alors que la R.2 de 2003 invite les Etats à veiller à ce que l'élément intentionnel, qui peut être déduit de circonstances factuelles objectives, soit conforme aux normes des Conventions de Vienne et de Palerme.

Mais le véritable enjeu de la définition du blanchiment de capitaux et le point sur lequel le standard a été progressivement élevé, est la désignation des *infractions «sous-jacentes» au blanchiment*.

La R.4 de 1990 se limitait aux «fonds provenant du trafic de stupéfiants, comme le prévoit la Convention de Vienne». Toutefois, les R.4 et 5 de 1990 préconisaient déjà un élargissement à d'autres infractions préalables. Il est intéressant de noter que l'argumentation en faveur d'un tel *élargissement ne s'appuyait pas sur la dangerosité intrinsèque* de ces autres infractions, mais sur le fait que «[c]ompte tenu de la difficulté d'apporter la preuve que ce blanchiment porte de façon spécifique sur des fonds issus du trafic de stupéfiants, un élargissement du champ d'incrimination de cette infraction, par exemple l'élargissement aux infractions graves, ainsi que le trafic d'armes, etc., pourrait faciliter les poursuites»³⁴⁸.

La révision de 1996 a permis d'exprimer plus clairement l'idée d'une extension du cercle des infractions sous-jacentes. Outre les capitaux issus du trafic des stupéfiants visés déjà par la Convention de Vienne, la R.4 de 1996 étend la notion de blanchiment aux «*capitaux se rapportant aux infractions graves*». La note interprétative y relative précise que «[l]es pays devraient envisager d'introduire un délit de blanchiment de capitaux se rapportant à toutes les infractions graves qui génèrent un montant important de produits».

La R.S. II de 2001 recommande d'«ériger en infraction pénale le financement du terrorisme, des actes terroristes et des organisations terroristes» et de les désigner «comme des infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux».

Enfin, la révision de 2003 a permis une nouvelle fois d'étendre la définition du cercle des infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux. Selon la R.1 de 2003, «[l]es pays devraient appliquer l'infraction de blanchiment de capitaux à toutes les infractions graves, afin de couvrir la gamme la plus large

348 Commentaire de la R.4.

possible d’infractions sous-jacentes. Les infractions sous-jacentes peuvent être définies par rapport à l’ensemble des infractions, ou par rapport à un seuil lié soit à une catégorie d’infractions graves, soit à la peine privative de liberté dont est possible l’infraction sous-jacente (méthode du seuil), ou par rapport à une liste d’infractions sous-jacentes ou par rapport à une combinaison de ces méthodes [...]. Quelle que soit l’approche adoptée, chaque pays devrait au minimum inclure une gamme d’infractions au sein de chacune des catégories désignées d’infractions».

La notion de «catégories désignées d’infractions» est définie dans le Glossaire des recommandations 2003:

«On entend par «catégories désignées d’infractions»:

- la participation à un groupe criminel organisé et à un racket;
- le terrorisme, y compris son financement;
- la traite d’être humains et le trafic illicite de migrants;
- l’exploitation sexuelle, y compris celle des enfants;
- le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes;
- le trafic d’armes;
- le trafic illicite de biens volés et autres biens;
- la corruption;
- la fraude et escroquerie;
- la contrefaçon de monnaie;
- la contrefaçon et le piratage de produits;
- les crimes contre l’environnement;
- les meurtres et les blessures corporelles graves;
- l’enlèvement, la séquestration et la prise d’otages;
- le vol;
- la contrebande;
- l’extorsion;
- le faux;
- la piraterie;
- les délits d’initiés et la manipulation de marchés».

En dépit des apparences, cette référence à certaines infractions préalables «nécessaires» laisse subsister une marge de manœuvre importante en faveur des législateurs nationaux, et cela à un double titre. D’une part, les concepts ne sont pas définis. Or, si la notion de «vol» ou celle de «meurtre» renvoient à des infractions dont le noyau dur peut être saisi facilement, il en va différemment du «piratage de produits» ou du trafic illicite d’«autres biens». D’autre part, les Etats sont libres de définir eux-mêmes la gamme d’infractions qu’ils entendent réprimer au sein de chaque catégorie, ainsi que les éléments constitutifs de ces infractions. En effet, le Glossaire précise à cet égard: «Lorsqu’il détermine l’éventail des infractions constituant des infractions sousjacentes dans chacune des catégories énumérées ci-dessus, chaque pays peut décider, en conformité avec son droit interne, comment il définira ces infractions et la nature de tout élément de ces infractions qui en fait une infraction grave».

f. *La Convention de Varsovie (CBIIFT 2005)*

La description de l'infraction de blanchiment d'argent à l'art. 9 CBIIFT reste proche de celle de la CBI 1990:

Article 9 Infractions de blanchiment

1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale conformément à son droit interne lorsque l'acte a été commis intentionnellement à:

- a) la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait que ces biens constituent des produits, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;
- b) la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs, dont l'auteur sait que ces biens constituent des produits;

et, sous réserve de ses principes constitutionnels et des concepts fondamentaux de son système juridique:

- c) l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils constituent des produits;
- d) la participation à l'une des infractions établies conformément au présent article ou à toute association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission.

2 Aux fins de la mise en œuvre ou de l'application du paragraphe 1 du présent article:

- a) le fait que l'infraction principale soit ou non de la compétence des juridictions pénales de la Partie n'entre pas en ligne de compte;
- b) il peut être prévu que les infractions énoncées par ce paragraphe ne s'appliquent pas aux auteurs de l'infraction principale;
- c) la connaissance, l'intention ou la motivation nécessaires en tant qu'élément d'une des infractions énoncées par ce paragraphe peut être déduite de circonstances factuelles objectives.

3 Chaque Partie peut adopter les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, conformément à son droit interne, à certains ou à l'ensemble des actes évoqués au paragraphe 1 du présent article, dans l'un et/ou l'autre des cas suivants:

- a) lorsque l'auteur a soupçonné que le bien constituait un produit,
- b) lorsque l'auteur aurait dû être conscient que le bien constituait un produit.

4 Sous réserve que le paragraphe 1 de cet article s'applique aux catégories d'infractions principales visées à l'annexe de la Convention, chaque Etat ou la Communauté européenne peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, par une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, déclarer qu'elle n'appliquera le paragraphe 1 du présent article:

- a) qu'aux infractions principales punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou pour les Parties dont le

système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois; et/ou

- b) qu'à une liste d'infractions principales spécifiques; et/ou
- c) qu'à une catégorie d'infractions graves prévues par le droit interne de la Partie.

5 Chaque Partie s'assure qu'une condamnation pour blanchiment est possible en l'absence de condamnation préalable ou concomitante au titre de l'infraction principale.

6 Chaque Partie s'assure qu'une condamnation pour blanchiment au sens du présent article est possible dès lors qu'il est prouvé que les biens objet de l'un des actes énumérés au paragraphe 1.a ou b de cet article, proviennent d'une infraction principale, sans qu'il soit nécessaire de prouver de quelle infraction précise il s'agit.

7 Chaque Partie s'assure que les infractions principales du blanchiment couvrent les actes commis dans un autre Etat, qui constituent une infraction dans cet Etat, et qui auraient constitué une infraction principale s'ils avaient été commis sur le territoire national. Chaque Partie peut prévoir que la seule condition requise est que les actes auraient été qualifiés d'infractions principales s'ils avaient été commis sur le territoire national.

La notion de «produit» est définie à l'art. 1 let. a et b CBIFT 2005 de manière identique à la définition découlant de l'art. 1 let. a et b CBI 1990, sauf qu'il est maintenant précisé qu'il s'agit de «tout avantage économique provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction pénale ou obtenu directement ou indirectement en la commettant». Le Rapport explicatif de la convention fournit pour toute justification de cet ajout l'indication qu'il est emprunté à l'art. 2 let. e de la Convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée³⁴⁹. Or, les travaux préparatoires de cette dernière ne révèlent ni le but de cette clause, ni la portée précise que les Parties entendaient lui conférer. Le lien de provenance exigé reste donc défini de manière floue.

L'élément central que constitue l'infraction préalable subit une modification qui restreint la marge de manœuvre des Etats sur certains points, tout en préservant la faculté d'«opting out». En vertu de l'art. 9 par. 4, chaque Etat peut déclarer que l'infraction de blanchiment ne s'appliquera qu'à certaines infractions précisément énumérées (let. b), à une catégorie d'infractions déterminées par leur peine minimale supérieure à six mois ou maximale supérieure à un an (let. a), voire qu'à une catégorie d'infractions graves prévues par le droit interne (let. c). Cependant, en vertu du par. 4, première phrase, les infractions énumérées à l'annexe de la convention ne peuvent être exemptées du cercle des infractions préalables au blanchiment d'argent. Cette liste est identique à celle contenue dans le Glossaire des recommandations GAFI 2003³⁵⁰.

349 Rapport explicatif (note 160), ch. 34. Cependant, le mot «pénale» manque dans le texte de l'art. 2 let. e de la Convention de Palerme.

350 Rapport explicatif (note 160), ch. 99. Une seule nuance: la liste annexée à la CBIFT 2005 mentionne les «crimes et les délits contre l'environnement», alors que le Glossaire du GAFI ne mentionne que les «crimes».

Il convient de noter que si la liste des infractions préalables «nécessaires» est identique à celle du Glossaire des recommandations du GAFI 2003, l'application de la CBIFT 2005 modifierait néanmoins la situation juridique, puisque cette convention énonce *l'obligation* de considérer toutes les infractions énumérées comme des infractions principales, alors que la R. 1 du GAFI 2003 se contente d'affirmer que «chaque pays devrait au minimum inclure une gamme d'infractions au sein de chacune des catégories désignées d'infractions». Cependant, le Rapport explicatif à la CBIFT 2005 préconise une certaine souplesse, dans le sens que chaque Partie peut décider, en conformité avec son droit national, de quelle manière elle entend définir ces infractions et quels éléments doivent être réalisés pour que l'infraction soit considérée comme grave³⁵¹.

Par ailleurs, les exigences quant à la preuve de provenance d'une infraction préalable sont assouplies par l'alinéa 6, selon lequel il doit suffire de prouver que les biens blanchis «proviennent d'une infraction principale, sans qu'il soit nécessaire de prouver de quelle infraction précise il s'agit». Enfin, pour ce qui est de l'élément subjectif de l'infraction, l'art. 9 par. 3 CBIFT 2005 exprime de manière plus claire que l'art. 6 par. 3 let. a CBI 1990 que les Parties peuvent réprimer le blanchiment par négligence, que ce soit par négligence consciente ou inconsciente³⁵².

g. La définition du blanchiment en droit européen

En dépit du fait qu'elles n'exigeaient pas expressément la création d'une infraction pénale, les moutures successives de la Directive sur le blanchiment de capitaux contenaient une définition communautaire de la notion de «*blanchiment de capitaux*». L'énumération des *actes de blanchiment* a été reprise presque telle quellement de la Convention de Vienne³⁵³ et de celle de Strasbourg; elle est, par ailleurs, restée quasiment inchangée dans les trois directives³⁵⁴. Les mêmes observations s'imposent à propos de la notion de «biens» sujets à blanchiment, qui reprend la définition découlant de l'art. 1 let. b de la CBI 1990³⁵⁵, avec toutefois une retouche dans la Directive 2005 actualisant la forme sous laquelle ces biens se présentent, qui inclut la forme électronique et numérique. L'art. 2 de la Décision-cadre du 26 juin 2001, qui traite des sanctions applicables en

351 Rapport explicatif (note 160), ch. 310.

352 L'extension est facultative, de sorte que l'absence d'une disposition réprimant le blanchiment par négligence ne peut être soulevée ou critiquée dans le cadre du processus de suivi de la Convention, Rapport explicatif (note 160), ch. 97.

353 STESSENS (note 173), p. 205.

354 Art. 1^{er} Directive 1991; art. 1^{er} let. C Directive 2001 (cf. *supra* note 180); art. 1^{er} par. 2 let. a à d Directive 2005.

355 Art. 1^{er} Directive 1991; art. 1^{er} let. D Directive 2001 (cf. *supra* note 180); art. 3 par. 3 Directive 2005.

cas de blanchiment d'argent, se réfère également à la CBI 1990, plus précisément à la définition du blanchiment en vertu de l'art. 6 par. 1 let. a et b.

L'enjeu principal de la définition du blanchiment d'argent en droit européen est sans aucun doute l'harmonisation sous l'angle des *infractions préalables*, les exigences s'étant raffermies progressivement.

La *Directive sur le blanchiment de capitaux de 1991* renvoie, à son art. 1^{er}, aux infractions définies à l'art. 3 par. 1 let. a de la Convention de Vienne, mais permet d'ériger en infraction préalable «toute autre activité criminelle définie comme telle pour les besoins de la présente directive par chaque Etat membre»³⁵⁶. Cette approche est ensuite progressivement élargie.

Dès 1997, le Deuxième protocole³⁵⁷ à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes³⁵⁸ oblige les Etats membres à incriminer les actes de blanchiment (au sens de l'art. 1^{er} 3^e tiret de la Directive 1991) de produits issus de la *fraude*, à tout le *moins grave*, et de produits issus de *corruption active ou passive* (art. 2, en conjonction avec l'art. 1^{er} let. e Deuxième protocole)³⁵⁹.

L'Action commune 98/699/JAI de 1998 (art. 1^{er} par. 1 let. b), puis la Décision-cadre du 26 juin 2001 (art. 1^{er} let. b), incitent les Etats membres à renoncer à leurs réserves concernant l'art. 6 CBI 1990 en cas d'infractions graves, ajoutant que «[c]es infractions doivent comprendre en tout état de cause les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois».

La Directive sur le blanchiment de 2001 reprend cette même démarche, puisqu'elle se réfère à son art. 1^{er} let. E³⁶⁰ à «*tout type de participation criminelle à une infraction grave*», ajoutant que les infractions graves sont au minimum celles visées à l'art. 3 par. 1 let. a de la Convention de Vienne; les «activités des organisations criminelles, telles qu'elles sont définies à l'article 1^{er} de l'action

356 Art. 1^{er} Directive 1991; GILMORE (note 44), p. 214; HINTERSEER (note 173), p. 131.

357 Deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes – Déclaration conjointe au sujet de l'article 13 paragraphe 2 – Déclaration de la Commission concernant l'article 7, JO n° C 221 du 19.7.1997 p. 0012–0022.

358 Convention établie sur la base de l'art. K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO n° C 316 du 27.11.1995 p. 0049–0057.

359 Avec une possibilité de faire une réserve pour limiter le blanchiment d'avoirs issus d'infractions de corruption aux cas graves de corruption, pour une période de dix ans au maximum (art. 18 par. 1); cf. le Rapport explicatif sur le 2^e protocole (JO n° C 91 du 31.3.1999), p. C 01/10.

360 Cf. *supra* note 180.

commune 98/733/JAI»³⁶¹; la «fraude, au moins la fraude grave, telle qu'elle est définie à l'article 1 paragraphe 1, et à l'article 2 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes»; la corruption; «une infraction susceptible de générer des produits substantiels et qui est passible d'une peine d'emprisonnement sévère, conformément au droit pénal de l'Etat membre». Par ailleurs, il est précisé qu'«[a]vant le 15 décembre 2004, les Etats membres modifient la définition qui figure au présent tiret afin de la rapprocher de la définition de l'infraction grave figurant dans l'action commune 98/699/JAI. Le Conseil invite la Commission à présenter, avant le 15 décembre 2004, une proposition de directive modifiant la présente directive à cet égard»³⁶².

Ces exigences se retrouvent à l'art. 3 de la 3^e Directive sur le blanchiment des capitaux de 2005, qui inclut dans les infractions préalables tout type de participation criminelle à une *infraction grave* (art. 3 point 4), par quoi il entend au moins «toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les Etats dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois» (art. 3 ch. 5 let. f). S'y ajoutent, en vertu des autres lettres de l'art. 3 point 5, «les actes définis aux articles 1^{er} à 4 de la décision-cadre 2002/475/JAI», visant les infractions terroristes (let. a), les infractions en vertu de la Convention de Vienne (let. b), celles relevant du crime organisé (let. c), la fraude communautaire, au moins grave (let. d), et la corruption (let. e). Selon l'art. 2 Convention PIF, est considérée comme grave, toute fraude au sens de l'art. 1^{er} par. 1, portant sur un montant supérieur ou égal à un seuil fixé par les Etats eux-mêmes, mais qui ne saurait dépasser 50 000 euros.

h. Synthèse: l'infraction de blanchiment d'argent en droit international

Les conventions internationales visent, sans qu'il n'y ait à cet égard de divergence notable entre elles³⁶³:

-
- 361 Action commune (98/733/JAI), art. 1^{er}: «Aux fins de la présente action commune, on entend par «organisation criminelle»: l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, que ces infractions constituent une fin en soi ou un moyen pour obtenir des avantages patrimoniaux, et, le cas échéant, influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques. Les infractions visées au premier alinéa incluent celles visées à l'article 2 de la convention Europol ainsi que dans son annexe et qui sont possibles d'une peine au moins équivalente à celle prévue au premier alinéa».
 - 362 Pour une description détaillée des travaux préparatoires de la Directive 2001, notamment en ce qui concerne l'élargissement du catalogue des infractions préalables, lire BOGENSBERGER (note 181), p. 119 ss.
 - 363 Art. 3 let. b et c Convention de Vienne; art. 6 Convention de Palerme; art. 23 CNUCC; art. 6 CBI 1990; art. 9 CBIFT 2005.

- a) la conversion ou le transfert, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils sont le produit du crime ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;
- b) la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait que ces biens constituent des produits;
- c) l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils constituent des produits;
- d) la participation au blanchiment ou à toute association, entente, tentative ou complicité en vue de sa commission.

Pour les hypothèses c et d ci-dessus, les conventions laissent subsister une marge de manœuvre au profit du législateur national en réservant les principes constitutionnels et concepts fondamentaux du système juridique des Etats, ce qui n'est pas le cas des hypothèses a et b³⁶⁴.

La casuistique établie dans les conventions internationales, compliquée, redondante et posant inéluctablement des problèmes délicats de délimitation et de concours d'infractions³⁶⁵, semble bien plus proche de la culture juridique anglo-américaine que de la tradition européenne continentale. Dès lors, beaucoup de législateurs européens semblent avoir préféré à celle-ci une formulation plus synthétique³⁶⁶. Ainsi, le § 261 introduit en 1992 dans le Code pénal allemand («Geldwäsche, Verschleierung unrechtmässig erlangter Vermögenswerte») établit une définition plus succincte: «Wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herführt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft». L'art. 324–1 Code pénal français créé en 1996 réprime comme blanchiment la justification mensongère de l'origine de biens ou le concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Il en va différemment du législateur belge, qui a adopté une démarche casuistique très proche des conventions internationales en édictant l'art. 505 Code pénal belge en 1995.

364 Message (note 4) FF 2005 6269, p. 6295.

365 VOGEL (note 113), p. 339 et 341.

366 Selon une étude du droit des Etats européens publiée en 2002, seuls la Belgique, l'Irlande et le Portugal auraient transposé de manière plus ou moins littérale la définition internationale; AMBOS (note 336), p. 30; VOGEL (note 113), *in toto*.

La question du blanchiment commis par l'auteur de l'infraction préalable est laissée à l'appréciation du législateur national³⁶⁷. Enfin, l'objet du blanchiment, la notion de «produit» et la définition du lien qui doit exister avec l'infraction préalable restent imprécis.

Sous l'angle subjectif, seule la répression du blanchiment intentionnel est obligatoire, la faculté de réprimer aussi la négligence étant cependant réservée dans la plupart des conventions. Pour ce qui est de la définition de l'intention, il n'est pas clair si en se référant à celui qui *sait* que le bien est le produit de l'infraction, les instruments internationaux se limitent au dessein et au dol direct, ou incluent également le dol éventuel.

Vu les zones d'ombre qui subsistent dans la définition internationale de l'infraction de blanchiment, il n'est pas étonnant que la directrice scientifique d'un rapport comparant les législations pénales européennes relève que le «flou des terminologies internationales rejaillit sur la formulation de la nature des objets blanchis (biens, revenus, produits, etc.), car celles-ci ne correspondent pas nécessairement aux catégories juridiques traditionnelles des systèmes internes; et, de façon plus générale, la doctrine dans chacun des pays, reproche une conception internationale du blanchiment large et floue, en contrariété avec le principe de la légalité et l'exigence de précision des incriminations»³⁶⁸.

Sur un point, l'harmonisation des solutions nationales imposée par le biais des instruments internationaux semble avoir bénéficié d'une attention particulière depuis la Convention de Vienne: il s'agit de la *définition des infractions préalables*. La CBI 1990 laissait aux Etats une grande liberté par le biais de sa clause d'«*opt-out*». Les recommandations du GAFI restent souples, non seulement du fait de leur appartenance à la *soft law*, mais aussi parce que les pays sont encouragés à définir eux-mêmes les infractions précises dans les catégories mentionnées dans le Glossaire. Sur le premier point, l'intégration de la même liste d'infractions à la CBIIFT 2005 modifie la situation juridique; sur le second, en revanche, elle ménage également une certaine marge de manœuvre en faveur des législateurs nationaux. Enfin, l'Union européenne va plus loin dans cette démarche d'harmonisation, en définissant certaines infractions préalables nécessaires et en abaissant nettement la peine-menace qui détermine les infractions préalables selon la méthode abstraite. Ici encore, cependant, les législateurs nationaux disposent d'une marge de manœuvre importante, puisque c'est à eux qu'incombe la tâche de fixer la peine-menace des infractions et de déterminer par là son inclusion par le critère du seuil ou du plafond de la peine. Connaissant les grandes différences culturelles en matière de punitivité entre

367 Art. 6 par. 2 let. b CBI 1990; art. 6 par. 2 let. e Convention de Palerme; art. 9 par. 2 let. b CBIIFT 2005; art. 23 par. 2 let. e CNUCC; la question n'est pas abordée dans la Convention de Vienne.

368 GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE, Droit pénal des affaires en Europe, Paris 2006, p. 241.

les Etats européens, il est difficile de ne pas en conclure qu'il s'agit d'une «harmonisation en trompe-l'œil»³⁶⁹.

2. *La définition du blanchiment d'argent en droit suisse, mesurée à l'aune de la définition internationale*

a. *La définition de l'infraction de blanchiment d'argent en droit suisse*

L'art. 305^{bis} ch. 1 CP définit le blanchiment d'argent comme «un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont [l'auteur] savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime». En lieu et place de la longue énumération d'actes de blanchiment contenue dans les conventions internationales, le droit suisse se réfère plus simplement à «un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales». La notion de «valeur patrimoniale» inclut les choses mobilières ou immobilières, l'argent, les créances ou d'autres droits³⁷⁰.

L'infraction préalable est nécessairement un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP, soit toute infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans. Lorsque l'infraction préalable a été commise à l'étranger, le blanchiment de son produit est réprimé au regard du droit suisse, pour autant que l'acte préalable constitue une infraction punissable au lieu de commission, et qu'il soit considéré comme un crime au regard du droit suisse (art. 305^{bis} ch. 3 CP). Le législateur n'a, en revanche, pas voulu faire dépendre l'application de l'art. 305^{bis} CP de la poursuite et du jugement du crime perpétré à l'étranger³⁷¹.

Enfin, sous l'angle subjectif, le droit suisse réprime le blanchiment intentionnel, y compris par dol éventuel, notion qui va au-delà de la connaissance certaine de la provenance criminelle mais n'inclut pas la négligence. Selon la jurisprudence, «[I]l auteur n'a pas besoin de connaître la nature du crime préalable. Il n'est pas nécessaire qu'il se soit fait une représentation concrète de l'infraction préalable, ni qu'il connaisse la qualification exacte de celle-ci. Il suffit qu'il ait envisagé et accepté les circonstances qui remplissent les éléments constitutifs d'une infraction, ainsi que le fait que cette infraction était susceptible d'entraîner une sanction pénale importante»³⁷².

Il est incontestable que l'approche du droit suisse diffère de celle adoptée par les conventions internationales. Cette divergence est relevée par les experts du GAFI dans leur rapport d'évaluation mutuelle en 2005, qui aboutit néanmoins à

369 L'expression est empruntée à DANIEL FLORE, Une justice pénale européenne après Amsterdam, Journal des tribunaux (droit européen) 60/7, juin 1999, p. 121 ss, p. 122.

370 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 981 s. et doctrine unanime.

371 ATF 120 IV 323, p. 328, consid. 3d.

372 Arrêt du TF du 28 décembre 2006 (6S.426/2006), consid. 2.3 (SJ 2007 I 271). Dans le même sens: ATF 119 IV 242, p. 247 s., consid. 2b; ATF 120 IV 323, p. 328, consid. 3d.

la conclusion que la législation suisse est «largement conforme» aux exigences internationales sur ce point³⁷³.

Les différents Messages présentés par le Conseil fédéral en vue de la ratification des conventions internationales prévoyant des obligations de répression en matière de blanchiment considèrent le modèle suisse comme globalement suffisant, tout en concédant qu'il s'écarte du modèle international sur divers points objectifs, en particulier la manière dont l'acte constitutif est décrit³⁷⁴. Cette appréciation paraît soutenable, même si l'argument principal, qui laisse entendre que les carences objectives seraient contrebalancées par les exigences particulièrement strictes du droit suisse sur le plan subjectif³⁷⁵, n'est guère pertinent³⁷⁶. Le Messages de 2007, concernant la ratification de la Convention de Mérida (CNUCC), adopte, quant à lui, une approche expéditive et peu fondée, en affirmant sans nuance que les éléments constitutifs du blanchiment au sens de l'art. 23 CNUCC «correspondent, en outre, aux éléments constitutifs du blanchiment d'argent tels qu'ils sont définis à l'art. 305^{bis} CP»³⁷⁷.

L'appréciation fluctuante portée sur l'importance des divergences entre la définition internationale de l'infraction de blanchiment et celle consacrée par le droit suisse appelle une réflexion critique sur les buts de la politique criminelle en matière de blanchiment et sur la pertinence des solutions proposées. En effet, au-delà de la congruence formelle des termes employés, il convient de s'interroger sur la question de savoir si la définition plus succincte du droit suisse couvre les actes qu'il est indispensable de réprimer au regard des conventions internationales, telles que l'on peut les comprendre au regard des exigences d'une politique criminelle raisonnable et limitée à ce qui est strictement nécessaire.

A cet égard, deux particularités du droit suisse nous paraissent mériter un examen approfondi: d'une part, la définition du blanchiment d'argent par référence à la confiscation et, d'autre part, la délimitation des infractions préalables.

b. L'acte de blanchiment: la définition suisse suffit-elle aux exigences internationales?

Le droit suisse définit le blanchiment comme un acte qui est propre à soustraire une valeur à la confiscation ou à rendre celle-ci notablement plus difficile. Les hypothèses légales de l'entrave à l'identification ou à la découverte n'élargissent pas le champ d'application de la norme, qui se limite, selon les vues

373 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), ch. 97.

374 Message (note 116), FF 1992 IV 8, p. 18 ss; Message (note 54), FF 1996 557, p. 566 s.; Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6295 ss.

375 Message (note 4) FF 2005 6269, p. 6295.

376 Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6295.

377 Message (note 130), FF 2007 6931, 6966.

concordantes de la doctrine et la jurisprudence, à des actes relatifs à des valeurs patrimoniales susceptibles d'être confisquées³⁷⁸.

Dans leur très grande majorité, les actes énumérés dans les conventions internationales sont propres à entraver la confiscation au sens où l'entend le droit suisse: la conversion ou le transfert, la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs, ainsi que l'acquisition, sont en général de nature à rendre la confiscation notablement plus difficile. C'est ainsi que la jurisprudence a retenu le blanchiment d'argent notamment s'agissant de dissimulation physique³⁷⁹, d'investissement³⁸⁰, de change d'argent³⁸¹, ou de virement sur un compte en banque de l'auteur ou d'un tiers, en Suisse ou à l'étranger, à l'exception du cas dans lequel l'auteur de l'infraction préalable vire l'argent sur un compte personnel ouvert à son lieu de domicile³⁸². Le droit suisse ne réprime pas, en revanche, la détention et l'utilisation de biens qui ne s'accompagnent pas d'actes de dissimulation³⁸³, mais ces variantes sont couvertes par la réserve en faveur des principes découlant de l'ordre juridique national.

Si la description de l'acte constitutif en vertu du droit suisse semble saisir l'essence de ce qui est considéré comme un acte de blanchiment en droit international, deux limitations en découlent néanmoins:

- Il n'y a plus de blanchiment possible lorsque la confiscation est prescrite³⁸⁴. Cette limitation du droit suisse n'est pas relevée par les experts du GAFI dans leur rapport d'évaluation mutuelle en 2005³⁸⁵, alors qu'elle n'est nullement dénuée d'importance en pratique. Grâce à elle, la notion de blanchiment est clairement couplée avec la possibilité que la justice pénale puisse encore s'exercer par le prononcé de la confiscation ou la restitution du bien au lésé. Passé le délai de prescription de quinze ans qui s'applique à la confiscation à raison du crime préalable³⁸⁶, le bien ne doit plus être consi-

378 ATF 126 IV 255, p. 262, consid. 3b bb; 129 IV 238, p. 244, consid. 3.3; JÜRG-BEAT ACKERMANN, in: Niklaus Schmid (éd.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, vol. I, Zurich 1998, Art. 305^{bis} CP N 189; URSULA CASSANI, Commentaire du droit pénal suisse, partie spéciale, vol. 9, Art. 305^{bis} CP N 13; CHRISTINE EGGER TANNER, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, thèse Zurich 1999, p. 44; NOBEL (note 315), § 11 N 7; PIETH (note 229), Art. 305^{bis} N 29.

379 ATF 119 IV 59, p. 64, consid. 2e; 122 IV 211, p. 215, consid. 2b; 127 IV 20, p. 25 ss, consid. 3.

380 ATF 119 IV 242, p. 244 s., consid. 1d.

381 ATF 122 IV 211, p. 215 s., consid. 2c.

382 ATF 124 IV 274, p. 278 s., consid. 4.

383 Cf. notamment l'arrêt du TF du 24 janvier 2000 (6S595/1999), consid. 2 d/aa, s'agissant de la compagne d'un trafiquant qui avait pris en possession passagèrement de l'argent provenant de trafic de la drogue, et ACKERMANN (note 378), Art. 305^{bis} CP N 281.

384 ATF 126 IV 255, p. 262, consid. 3b bb; 129 IV 238, p. 244, consid. 3.3; auteurs cités note 378.

385 La question de la prescription est mentionnée, mais pas sous cet angle; 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), ch. 100.

386 Art. 97 ch. 1 let. b CP, en conjonction avec l'art. 70 al. 3 CP.

déré comme «contaminé», ce qui confère des contours raisonnables à l'infraction et favorise la sécurité juridique des transactions.

La limitation temporelle de la possibilité de blanchiment est essentielle, si on veut éviter de conférer une portée exagérée à la répression du blanchiment et de considérer comme indéfiniment contaminés des avoirs sur le sort desquels la justice pénale n'est de toute façon plus apte à statuer. Si les conventions internationales ne se prononcent pas sur cette question, cela ne veut sans doute pas dire pour autant qu'elles entendent obliger les législateurs nationaux à réprimer indéfiniment, au titre du blanchiment, les actes de dissimulation portant sur les avoirs provenant d'infractions passées, par exemple lors de l'attaque du train postal Glasgow-Londres en 1963, ou encore à l'occasion des guerres napoléoniennes³⁸⁷.

Il convient de noter cependant que le Tribunal fédéral considère que lorsque l'infraction en amont a été commise à l'étranger, le blanchiment reste possible aussi longtemps que la confiscation n'est pas prescrite selon le droit applicable au lieu de commission³⁸⁸. Cette jurisprudence est de nature à créer l'incertitude pour l'intermédiaire financier suisse qui ne connaît pas nécessairement avec précision le lieu de commission d'une infraction qu'il soupçonne être à l'origine d'une valeur patrimoniale qui lui a été confiée, ni le contenu du droit applicable. Elle présente néanmoins l'avantage d'empêcher le territoire suisse d'attirer des capitaux qui sont encore susceptibles d'être confisqués selon le droit étranger mais seraient protégés en Suisse par un délai de prescription plus court. Cependant, selon le Tribunal fédéral, il faut que le droit de l'entraide qui serait le cas échéant applicable permette à la Suisse de coopérer nonobstant la prescription selon son propre droit³⁸⁹. C'est le cas lorsque la CBl 1990, la CEEJ ou le TEJUS sont applicables, mais non lorsque l'entraide ne peut se fonder que sur l'EIMP, dont l'art. 5 al. 1 let. c exclut l'entraide en cas de prescription de l'infraction.

Ainsi, la solution retenue par le législateur suisse et la jurisprudence semble concilier la nécessité de ne pas élargir l'infraction de blanchiment au-delà de ce que permet raisonnablement son but, avec le souci d'éviter d'aspirer des avoirs qui sont encore susceptibles de confiscation à l'étranger. Lorsque la confiscation n'est possible ni en Suisse, ni par le biais de l'entraide, la dissimulation ne relève plus du blanchiment d'argent. Selon les circonstances du cas d'espèce, serait en revanche encore envisageable un acte de soutien à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP).

387 Pour les crimes contre l'humanité et certains actes terroristes, l'imprécisibilité a été introduite en 1981 (art. 75^{bis} aCP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1983, actuellement art. 101 CP 2002). La disposition n'est pas applicable rétroactivement aux infractions déjà prescrites le 1^{er} janvier 1983. L'imprécisibilité de l'action pénale emporte celle de la confiscation.

388 ATF 126 IV 255, p. 262.

389 ATF 126 IV 255, p. 263, consid. 3 bb *in fine*.

- La valeur patrimoniale doit être susceptible de confiscation, ce qui signifie qu'elle provient causalement d'une infraction et que ce lien peut encore être établi (*paper trail*). Cette définition suscite la controverse quant à savoir jusqu'à quel point les valeurs remplaçant celles qui ont été directement obtenues par le crime en amont peuvent encore être considérées comme le résultat de celui-ci et, par conséquent, faire l'objet de blanchiment («*Ersatzgeldwäscherie*»; «*Surrogatgeldwäscherie*»).

On se souviendra, à cet égard, que la CBI 1990 exige que le «produit» blanchi soit un «avantage économique tiré d'infractions pénales» (art. 1 let. a), alors que la Convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée (art. 2 let. e) et à sa suite la CBIFT 2005 (art. 1 let. a) se contentent d'un bien ou avantage «provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction pénale ou obtenu directement ou indirectement en la commettant», sans que la portée précise que les Parties souhaitaient donner à cet ajout ne soit claire. Les experts du GAFI considèrent à tort qu'en droit suisse, les valeurs de remplacement et produits indirects sont susceptibles de blanchiment, dans la mesure où ils peuvent être estimés ou chiffrés «dans le cadre d'une décision de créance compensatrice»³⁹⁰, ce qui illustre à la fois le flou qui entoure toutes ces notions sur le plan international et la méconnaissance des experts sur les conceptions suisses plus précises sur ce point.

Compte tenu de la définition du blanchiment par référence à la confiscation, il est admis, à la suite du Message du Conseil fédéral en 1989³⁹¹, que seules les valeurs patrimoniales dont le lien avec l'infraction en amont est suffisant pour permettre la confiscation (art. 70 CP) – par opposition à la créance compensatrice (art. 71 CP) – sont susceptibles de faire l'objet de blanchiment d'argent³⁹². La distinction entre l'acte propre à entraver la confiscation et celui qui rend l'exécution d'une créance compensatrice de l'Etat plus difficile est essentielle pour le droit suisse. Au regard de l'art. 305^{bis} CP, l'on ne saurait, en particulier, se contenter de la dissimulation de n'importe quel actif patrimonial appartenant à l'auteur sans lien précis avec une infraction pénale, au seul motif que celui-ci a été enrichi de manière illicite.

390 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), ch. 101.

391 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 982. L'auteur de l'avant-projet des incriminations en matière de blanchiment estimait qu'il fallait étendre l'application de l'art. 305^{bis} CP aux produits de remplacement, obtenus après un ou plusieurs actes de blanchiment (BERNASCONI, Rapport explicatif, p. 12). Le Conseil fédéral a opté pour un point de vue plus restrictif en soutenant, dans son Message, qu'il ne fallait pas interpréter la notion de «provenance» de manière trop extensive, sous peine de jeter le soupçon sur des activités économiques parfaitement licites (Message [note 46], FF 1989 II 961, p. 982 s.).

392 Dans ce sens, GUNTHER ARZT, Wechselseitige Abhängigkeit der gesetzlichen Regelung der Geldwäscherei und der Einziehung, in: Stefan Trechsel (éd.), Geldwäscherei, Zurich 1997, p. 25 ss, p. 26 s.; contra: NIKLAUS SCHMID, Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff, RPS 113 (1995) 4, p. 321 ss, p. 335 s.

Il convient de relever, cependant, que la définition des valeurs sujettes à confiscation est elle-même controversée. Le Message du Conseil fédéral à l'époque de la révision des dispositions en matière de confiscation (1993)³⁹³ préconisait l'application du principe de la spécialité pour les cas où la valeur directement obtenue par l'infraction principale est un objet corporel, seul celui-ci devant être soumis à la confiscation. Pour toutes les autres hypothèses, lorsque le résultat direct de l'infraction se présente sous forme de billets de banque, de devises, d'effets de change, de chèques, d'avoirs en compte ou d'autres créances, le Message considérait que la valeur patrimoniale devait être confiscable nonobstant les transformations subies, aussi longtemps que son mouvement pouvait être identifié de façon certaine et documentée. Lors des travaux parlementaires, cette définition a été jugée trop étroite et l'abandon du principe de la spécialité préconisé de manière générale, l'argument décisif invoqué à l'époque étant précisément qu'une interprétation trop restrictive de la confiscation devait être rejetée pour ne pas limiter à l'excès la notion de blanchiment d'argent³⁹⁴.

Depuis lors, les travaux les plus approfondis dans ce domaine sont dus à la plume de Niklaus Schmid³⁹⁵, qui préconise la confiscation de la valeur de remplacement obtenue directement en échange de la valeur originale découlant de l'infraction en amont («echtes Surrogat»), tout comme celle de la valeur de remplacement indirecte («unechtes Surrogat»), obtenue après plusieurs opérations d'échange ou de transformation. Dans cette dernière hypothèse, il exige que le lien entre la valeur originale et son produit de remplacement indirect puisse être prouvé par la mise en évidence de la trace de papier³⁹⁶. Ne sont pas susceptibles de confiscation, en revanche, les montants économisés grâce à la commission d'une infraction, ou encore les valeurs patrimoniales dépensées par l'auteur, par exemple en remboursement d'une dette, pour lesquelles seule la créance compensatrice entre en considération³⁹⁷.

Cette manière de voir est non seulement nécessaire pour garder des contours raisonnables à la notion de blanchiment et éviter de considérer l'économie toute entière comme contaminée par des valeurs dont le lien avec une infraction est trop lointain pour que l'on puisse encore l'établir de manière certaine, elle est aussi parfaitement compatible avec la définition internationale du blanchiment, qui reste floue sur ce point.

- En dernier lieu, il convient encore de signaler que la confiscation, et par conséquent le blanchiment, n'est plus possible lorsqu'un tiers a acquis la va-

393 Message (note 238), FF 1993 III 269, p. 299 s.

394 BOCN 1994 p. 63; interventions du Conseiller fédéral Koller et du Conseiller national Leuenberger.

395 SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 49 ss.

396 SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 50–52.

397 SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 53.

leur patrimoniale dans l'ignorance de sa provenance criminelle, tout en fournant une contre-prestation adéquate ou lorsque la confiscation se révèle-rait d'une rigueur excessive (art. 70 al. 2 CP). La protection du tiers de bonne foi contre la confiscation répond au souci de sauvegarder des droits de propriété et autres droits patrimoniaux légitimes protégés également sur le plan international³⁹⁸. Il serait contradictoire de protéger cette acquisition, tout en réprimant les actes de dissimulation de celui qui découvre ultérieurement la provenance illicite.

c. *La définition suisse de l'infraction préalable résiste-t-elle à l'épreuve de l'évolution des standards internationaux?*

i. Les choix du législateur suisse en comparaison internationale

Plutôt que d'opter pour l'établissement d'une liste d'infractions préalables au blanchiment d'argent, le législateur suisse a adopté un critère général, en se contentant de l'exigence que la valeur patrimoniale découle d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP (à l'époque, art. 9 al. 1 CP 1937). Ce faisant, le législateur suisse a échappé au risque d'oubli et à la nécessité de révisions législatives incessantes qui constituent, par exemple, des inconvénients que le législateur allemand doit affronter, après avoir opté pour un système hybride, comprenant à la fois une référence globale aux crimes et l'énumération de certains délits («Katalogstrafaten») qui sont également des infractions préalables (§ 261 StGB allemand)³⁹⁹. A l'inverse, on mettra au passif de la solution suisse que la fixation de la peine-menace d'une infraction est un choix de politique criminelle qui doit s'orienter en premier lieu selon la gravité perçue de l'infraction et la juste peine qu'elle doit entraîner; les répercussions en matière de punissabilité du blanchiment en sont une conséquence indirecte. Or, il y a lieu de craindre que l'accessoire l'emporte sur l'essentiel et que le législateur soit amené à relever la peine-menace d'une infraction non pas parce que le cadre de la peine lui paraît inadéquat au regard de la gravité de l'atteinte mais pour en faire une infraction préalable au blanchiment⁴⁰⁰.

Par la référence générale aux «crimes», le législateur suisse a limité la répression du blanchiment d'argent à la catégorie d'infractions la plus sérieuse. Cette limitation est parfaitement admissible au regard des obligations internationales assumées par la Suisse, en particulier au regard de l'art. 6 par. 4 CBI 1990, mais nécessitait une déclaration d'«*opting out*». D'ailleurs, à l'entrée en

398 Art. 5 par. 8 Convention de Vienne; art. 12 par. 8 Convention de Palerme; art. 5 et 22 par. 2 lit. a CBI 1990; R.3 GAFI 2003.

399 PIETH (note 229), Art. 305^{bis} N 7; GUNTHER ARZT, Das missglückte Strafgesetz – am Beispiel der Geldwäschereigesetzgebung, in: Uwe Diederichsen et Ralf Dreier (éd.), Das missglückte Gesetz, Göttingen 1997, p. 17 ss, p. 32 note 40; selon l'auteur, il ne s'agit que d'un des aspects de la «*Nachbesserungsattitüde*» que le législateur allemand partage avec son homologue suisse.

400 Dans ce sens, ROLF KUHN, Zur Revision des Geldwäschereigesetzes – eine Würdigung des neuen Entwurfes, Revue de l'avocat 2/2008 57 ss, p. 59.

vigueur de l'art. 305^{bis} CP en 1990, l'approche suisse était en avance sur les droits étrangers⁴⁰¹. Alors que la plupart des juridictions, pour autant qu'elles se soient dotées d'incriminations en matière de blanchiment, se sont d'abord limitées aux valeurs patrimoniales issues du trafic de stupéfiants visées par la Convention de Vienne, le droit suisse a d'emblée opté pour une optique plus large⁴⁰².

A l'heure actuelle, la définition suisse de l'infraction préalable est toujours conforme aux obligations découlant des conventions internationales auxquelles la Suisse est partie⁴⁰³. Il n'en va pas moins que le constat de conformité aux standards internationaux doit être nuancé au regard de la liste d'infractions contenue dans le Glossaire des recommandations du GAFI révisées en 2003.

Dans leur rapport de 2005 sur la législation suisse, les experts du GAFI ont relevé les lacunes s'agissant du trafic illicite de migrants, de la contrefaçon et du piratage de produits, de la contrebande, du délit d'initiés et de la manipulation de marchés⁴⁰⁴. Parmi les infractions citées, le trafic illicite des migrants ne constitue plus un exemple pertinent, puisque l'art. 116 al. 3 LEtr⁴⁰⁵, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008, érige en crime l'infraction à la législation sur les étrangers commise dans un dessein d'enrichissement illégitime ou dans le cadre d'un groupe ou d'une association de personnes formé dans ce but. Il convient de noter que cette augmentation de la peine-menace applicable à la circonstance aggravante, non prévue par le projet gouvernemental⁴⁰⁶, a été introduite par les Chambres fédérales, dans le but de réprimer plus lourdement le trafic organisé d'êtres humains, sans qu'un lien n'ait été établi avec la lutte contre le blanchiment d'argent⁴⁰⁷.

ii. Falsification et piratage de marchandises

La falsification et le piratage de marchandises ne constituent que des délits en vertu du droit suisse actuellement en vigueur, à l'exception de l'art. 62 al. 2 LPM⁴⁰⁸. L'art. 155 CP menace d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire «celui qui aura falsifié des marchandises en vue de tromper autrui dans les relations d'affaires», alors que l'art. 67

401 GILMORE (note 44), p. 180; HINTERSEER (note 173) p. 149.

402 Message (note 46), FF 1989 II 961, p. 979 s.

403 Pieth (note 229), Art. 305^{bis} N 8.

404 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), ch. 103 et p. 234 ch. 1.

405 Loi fédérale sur les étrangers, du 16 décembre 2005, RO 2007 5437; acceptée en votation référendaire le 24 septembre 2006.

406 Le Projet du Conseil fédéral (FF 2002 3604), présenté avec le Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002 (FF 2002 3469), prévoyait certes cette circonstance aggravante, mais celle-ci restait un délit.

407 BOCN 2004 p. 1150 (modification proposée par la commission mais défendue par le Conseiller fédéral Blocher); BOCN 2004 p. 1151 et BOCE 2005 p. 318 (adoption de l'amendement).

408 Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM), RS 232.11.

LDA⁴⁰⁹ actuellement en vigueur prévoit une peine privative de liberté d'un an au plus en cas de violation du droit d'auteur, même lorsque celle-ci est commise par métier. Dans les deux cas, le Conseil fédéral a proposé aux Chambres fédérales l'introduction d'une circonstance aggravante, réprimant l'infraction par métier d'une peine privative de liberté de cinq ans (art. 155 ch. 2 P-CP; art. 67 al. 2 P-LDA)⁴¹⁰. Le Conseil des Etats a adhéré à cette proposition sans aucun débat⁴¹¹.

Le droit suisse va cependant d'ores et déjà plus loin que ne le laisse entendre le Message en vue de la mise en œuvre des recommandations du GAFI. En effet, les dispositions pénales des lois en matière de propriété intellectuelle viennent de subir une révision législative⁴¹², adoptée le 22 juin 2007, dans laquelle les clauses punitives des infractions aux lois protégeant la propriété intellectuelle ont été relevées de manière générale et des circonstances aggravantes réprimant des crimes introduites dans beaucoup de dispositions. C'est ainsi que l'art. 67 LDA a d'ores et déjà été complété par un alinéa 2 érigéant en crime l'infraction commise par métier. Il en va de même de l'art. 68 al. 2 LDA, de l'art. 81 al. 3 LBI⁴¹³, de l'art. 11 al. 2 LTo⁴¹⁴, des art. 61 al. 3, 62 al. 2, 63 al. 4, 64 al. 2 LPM⁴¹⁵, et de l'art. 41 al. 2 LDes⁴¹⁶.

Il est intéressant de noter que si l'on cherche en vain dans le Message concernant la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI une allusion à cette révision législative, cette dernière semble également avoir été adoptée sans que la création de nouveaux crimes n'ait été accompagnée d'une réflexion sur les incidences en matière de blanchiment d'argent. On ne trouve dans le Message du Conseil fédéral relatif à la révision en matière de propriété intellectuelle aucune allusion à la répression du blanchiment d'argent ou aux travaux du GAFI, alors que sont invoquées la tendance à l'alourdissement des sanctions constatée sur le plan international et la volonté de créer des mesures permettant d'atteindre un niveau de protection équivalent à une proposition de directive de la Commission européenne du 30 janvier 2003 relative aux mesures pénales visant à assurer les droits de propriété intellectuelle⁴¹⁷.

409 Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur, LDA), RS 231.1.

410 Message (note 299), FF 2007 5919, p. 5930 s.

411 BOCE du 5 mars 2008 (version provisoire).

412 Loi fédérale sur les brevets d'invention (Loi sur les brevets, LBI), RS 232.14, modification du 22 juin 2007, FF 2007 4363.

413 Loi sur les brevets (note 412).

414 Loi fédérale du 9 octobre sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs (Loi sur les topographies, LTo), RS 231.2.

415 Loi sur la protection des marques (note 408).

416 Loi fédérale du 5 octobre 2001 sur la protection des designs (Loi sur les designs, LDes), RS 232.12.

417 Message concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution, FF 2006 1, p. 34 ss.

iii. Les infractions fiscales et douanières

En l'état actuel de la législation suisse, les infractions instaurées par les lois fiscales et douanières ne constituent pas des crimes et ne sont donc pas des infractions préalables.

a) La contrebande

La liste d'infractions préalables contenue dans le Glossaire GAFI 2003 mentionne, comme seule infraction contre le trésor public, la contrebande. Or, les infractions à la législation douanière constituent des délits punis d'une peine privative de liberté d'un an (art. 118 – 122 LD). L'art. 118 LD réserve par ailleurs l'application de l'art. 14 DPA qui réprime, au titre du délit, l'escroquerie en matière de prestations et de contributions. Ici encore, le Conseil fédéral propose l'introduction d'une clause érigeant la contrebande aggravée en crime⁴¹⁸. Plus précisément, il est proposé de modifier l'art. 14 DPA, par l'adjonction d'un al. 4, dont la teneur serait la suivante:

«⁴ Si une infraction prévue à l'al. 1 ou 2 vise à tirer des gains importants de l'importation, de l'exportation et du transit de produits, et si son auteur agit comme membre d'une bande formée pour commettre de manière systématique des escroqueries en matière de prestations et de contributions (escroqueries fiscales qualifiées), il est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée.»

Selon le Message du Conseil fédéral⁴¹⁹, la modification vise la contrebande douanière organisée. Ainsi, la modification proposée érigerait en crime l'infraction au sens de l'art. 14 al. 1 et 2 DPA, commise dans le but de tirer des gains importants de l'importation, de l'exportation et du transit de produits par une bande formée pour commettre des escroqueries fiscales qualifiées. Cette modification va de pair avec une retouche de l'art. 3 al. 3, 2^e phrase EIMP, de manière à permettre à la Suisse d'accorder non seulement la petite entraide mais l'entraide au sens de toutes les parties de la loi, y compris l'extradition⁴²⁰, lorsque «la procédure vise une escroquerie fiscale qualifiée au sens de l'art. 14, al. 4, de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif»⁴²¹.

Les Chambres fédérales ont adhéré aux propositions du Conseil fédéral sans aucun débat⁴²². Ainsi, les escroqueries fiscales qualifiées deviendront des crimes préalables au blanchiment; cependant, la révision vaudra pour la fiscalité indi-

418 Message (note 299), FF 2007 5919, 5929.

419 Message (note 299), FF 2007 5919, p. 5928 s.

420 Message (note 299), FF 2007 5919, p. 5929.

421 Les modifications proposées ont mené au classement de l'initiative parlementaire Pedrina Fabio (00.447, Propositions de modifications législatives destinées à lutter plus efficacement contre la contrebande et la criminalité économique organisées du 5 octobre 2000). Lutte plus efficace contre la contrebande et la criminalité économique organisées (BOCN 2006 p. 91).

422 BOCE 2008 44; BOCN du 11 juin 2008 (version provisoire).

recte seulement – en particulier pour la TVA⁴²³ – et sera limitée à l'auteur agissant comme membre d'une bande et visant à tirer des gains importants de l'importation, de l'exportation et du transit de produits. L'innovation n'en est pas moins importante, puisqu'elle aura pour conséquence que les intermédiaires financiers seront tenus à l'obligation de clarification (art. 6 LBA) et au devoir de communication (art. 9 LBA).

Le régime applicable à ces infractions sera donc plus rigoureux que celui, limité à la question de la coopération pénale et administrative dans le domaine de la fiscalité indirecte, qui a été au cœur des négociations en vue de la conclusion des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne («accords bilatéraux II»)⁴²⁴. On se souviendra que l'Accord sur la lutte contre la fraude⁴²⁵ conclu dans ce contexte vise le blanchiment des avoirs issus de la fraude douanière et fiscale, tout en limitant cette dernière à la fiscalité indirecte⁴²⁶. Cet engagement de la Suisse se limite à l'entraide, le Message du Conseil fédéral précisant pour le surplus que «[I]l a définition du blanchiment d'argent telle qu'elle figure dans le code pénal suisse reste inchangée»⁴²⁷ et que le devoir de communication des intermédiaires financiers n'est pas touché⁴²⁸. Il n'en va pas moins que le droit suisse connaîtra, dès l'entrée en vigueur de cet accord, une autre infraction de blanchiment en matière de fiscalité indirecte, plus largement définie, mais dont l'application sera toutefois réservée aux seules fins de l'entraide fournie à nos voisins⁴²⁹. Il en ira différemment du nouvel art. 14 al. 4 DPA, qui est destiné aussi à l'usage interne.

423 L'art. 88 LTVA renvoie à la DPA; en vertu de l'art. 89 al. 1 LTVA, une condamnation en vertu de l'art. 14 DPA l'emporte sur l'infraction à l'art. 85 LTVA.

424 Cf. Message relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), du 1^{er} octobre 2004, FF 2004 5593; arrêtés fédéraux portant approbation des divers accords datant du 17 décembre 2004 (FF 2004 p. 6701, 6703, 6705, 6707, 6709, 6741, 6743).

425 Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, FF 2004 6127.

426 Art. 2 par. 3 Accord sur la fraude (note 425): «[I]l est inclus dans le champ d'application à condition que les activités qui constituent le fait préalable soient punissables selon le droit des deux parties contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté restreignant la liberté d'un maximum de plus de six mois». Cf. aussi l'Acte final de l'accord de coopération entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autres part, pour lutter contre la fraude et toute autres activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, du 26 octobre 2004, FF 2004 p. 6147; Procès-verbal, FF 2004 p. 6150.

427 Message (note 424), FF 2004 5593, p. 5630 et p. 5808, 5811, 5821.

428 Message (note 424), FF 2004 5593, p. 5630 et, dans le même sens, p. 5808, 5811, 5821; également BOCE 2004 p. 713 (M. Merz); BOCE 2004 p. 711 (M. Marty).

429 Sur cette problématique, ainsi que la protection des «personnes suisses» contre les procédures pour blanchiment d'argent à l'étranger, URSULA CASSANI, Infractions fiscales et blanchiment d'argent, in: Luc Thévenoz et Christian Bovet (éd.), Journée 2004 de droit bancaire et financier, Genève etc. 2005, p. 13 ss, p. 41 ss.

b) Les autres infractions fiscales

Aucune modification analogue à celle qui vient d'être évoquée n'est proposée dans le domaine de la fiscalité directe. En effet, si ces infractions fiscales ne constituent pas des crimes préalables au regard du droit suisse⁴³⁰, il n'en découle pas une contradiction avec les conventions internationales qui lient notre pays, pas plus qu'avec les recommandations actuelles du GAFI.

L'on ne saurait pour autant ignorer les pressions provenant de l'évolution juridique de la question dans l'Union européenne et les pays qui nous entourent. En effet, la répression du blanchiment du produit de la fraude contre les intérêts financiers des Communautés européennes constitue un enjeu majeur aux yeux de nos voisins, raison pour laquelle le Deuxième protocole de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la 3^e Directive sur le blanchiment des capitaux de 2005, comme la Directive 2001 avant elle, érigent en infraction préalable la fraude communautaire, «au moins la fraude grave», soit celle qui porte sur un montant égal ou supérieur à une somme que les Etats membres ne peuvent fixer à plus de 50 000 euros⁴³¹.

De même, la définition abstraite des infractions préalables par référence à la peine-menace (plafond supérieur à un an ou seuil supérieur à six mois) range bon nombre d'infractions fiscales des Etats membres dans la catégorie des infractions préalables.

- Le Royaume-Uni a adopté une définition très large de l'infraction préalable selon la «all crimes approach», considérant toute infraction pénale, commise au Royaume-Uni ou ailleurs, comme pouvant donner lieu à une opération de blanchiment au sens des art. 327 à 329 Proceeds of Crime Act de 2002 (POCA)⁴³². Les infractions fiscales sont également visées⁴³³, les autorités fiscales et douanières ayant d'ailleurs des compétences de poursuite importantes qui s'étendent au blanchiment des avoirs en relation avec ces infractions. Enfin, la communication des soupçons («suspicious transaction report») porte également sur ces infractions, qu'il s'agisse d'une communica-

⁴³⁰ SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 36; ACKERMANN (note 363), Art. 305^{bis} CP N 162 ss; CASSANI JDBF 2004 (note 429), p. 15 s.; ANA ISABEL SANCHEZ RUIZ, L'assistance prêtée par la Suisse dans la lutte anti-blanchiment: un aperçu dès l'Union européenne, Agon 2001/33 p. 6 ss, p. 9.

⁴³¹ Cf. *supra* D.I.1.g, p. 311.

⁴³² URSULA CASSANI, La «Proceeds of Crime Act 2002» du Royaume-Uni, Première partie: présentation générale, confiscation, recouvrement civil et taxation des profits illicites, RPS 122 (2004) 3, p. 280 ss; Deuxième partie: blanchiment d'argent, moyens d'investigation et coopération internationale, RPS 122 (2004) 4, p. 313 ss, p. 314 ss.

⁴³³ PETER ALDRIDGE, Money Laundering Law, Oxford/Portland Oregon 2003, p. 188 s. et p. 260; R.E. BELL, Abolishing the Concept of «Predicate Offence», Journal of Money Laundering Control, vol. 6/2 2002, p. 137 ss, p. 137 et 139; MARTYN BRIDGES, The Nexus between Tax Evasion and Money Laundering, in: Andrew Clark et Peter Burrell (éd.), A Practitioner's Guide to International Money Laundering Law and Regulation, Old Woking 2003, p. 243 ss, p. 249 s.; CASSANI (note 432), p. 315; CASSANI (note 429), p. 28.

cation obligatoire (art. 330 POCA; «protected disclosure») ou facultative (art. 338 POCA, «authorised disclosure»).

- Le droit belge considère que toute infraction peut donner lieu à blanchiment (art. 505 Code pénal belge). Pour ce qui est du volet préventif, créé pour transposer les directives européennes, il se limite aux infractions graves, ce qui inclut la fraude fiscale aggravée mais non la fraude fiscale simple. Ainsi, l'obligation de dénoncer les soupçons de blanchiment à la cellule de traitement des informations financières (CTIF-CFI) n'existe que pour la fraude au préjudice des intérêts financiers des Communautés européennes, ainsi que «la fraude fiscale grave et organisée qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale»⁴³⁴.
- En France, la loi du 13 mai 1996 a généralisé l'application de l'art. 324-1 CPFr réprimant le blanchiment à tous les crimes ou délits⁴³⁵, incluant par là les infractions fiscales⁴³⁶. Il en va différemment du dispositif préventif mis en place en application de la directive européenne (Code monétaire et financier, L561-1 ss). Ainsi, l'article L562-2 du Code monétaire et financier oblige les organismes financiers et personnes soumises à déclarer à la cellule de renseignements financiers française, le TRACFIN⁴³⁷, les sommes inscrites dans leurs livres qui pourraient provenir du trafic des stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, de la corruption, d'activités criminelles organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme⁴³⁸. S'y ajoute un devoir de déclaration systéma-

434 Art. 3 § 2 loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux (la fraude fiscale été introduite par la loi du 7 avril 1995). Cette loi transposait déjà les exigences de la directive de 1991. La directive de 2001 n'a pas nécessité d'adaptation sur ce point, car le seuil minimum de peine définissant l'infraction grave (durée supérieure à six mois, la directive renvoie à l'Action commune 98/699/JAI) n'était pas atteint par la fraude simple en vertu du droit belge (art. 449 et 450 Code des impôts sur les revenus 1992). La directive de 2005 permet également de maintenir le système belge. Cf. JEAN-CLAUDE DELEPIERE et CLAIRE SCOHIER, *La notion de fraude fiscale dans le contexte actuel de la loi du 11 janvier 1993: aspects préventifs*, in: André Kilesse, Jean-Claude Delepiere (éd.), *La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme: la CTIF et le réviseur*, Bruxelles 2005, p. 199 ss (*in toto*).

435 GIUDICELLI-DELAGE (note 368), p. 240.

436 Pour un cas d'application de l'infraction de blanchiment s'agissant du produit direct ou indirect de travail clandestin et fraude fiscale, cf. Cour de cassation, crim. 15 janvier 2004, Recueil Dalloz (D.) 2004 1377 (note de CHANTAL CUTAJAR, portant essentiellement sur la question de la punissabilité du blanchiment commis par l'auteur de l'infraction préalable, retenue par la Cour de cassation, approuvée en cela par CUTAJAR).

437 Art. L562-4 et R562-3 Code monétaire et financier.

438 Pour un résumé chronologique des différentes modifications législatives étendant progressivement le cercle des infractions visées, cf. le Rapport d'activité 2004 du TRACFIN, p. 9 ss; cf. également le Rapport annuel 2006 du TRACFIN, p. 36; Accessibles depuis l'url suivante: <http://www.tracfin.minefi.gouv.fr>.

tique concernant certaines opérations sensibles⁴³⁹. Mis à part ces cas de figure particuliers, le devoir de déclaration est très étroitement délimité à certaines infractions ponctuelles. Il en ira différemment lorsque la 3^e Directive européenne sera mise en œuvre dans la législation française, processus qui semble toutefois se tirer en longueur⁴⁴⁰. De très nombreuses infractions prévues par le droit français sont passibles d'une peine privative de liberté de plus d'un an⁴⁴¹, de sorte que le champ d'application des déclarations sera considérablement élargi. C'est le cas des infractions fiscales, qui sont passibles de l'emprisonnement de trois ou cinq ans⁴⁴², sans qu'il n'y ait une différence entre les fraudes portant sur des montants de peu d'importance et les escroqueries fiscales de grande envergure⁴⁴³. L'application sans nuance du dispositif de lutte contre le blanchiment à toutes les infractions fiscales est critiquée non seulement par les praticiens mais aussi par la doctrine, qui propose la création d'une infraction possible d'une peine plus légère pour les cas de bagatelle, afin de les sortir du champ d'application de la déclaration de soupçon⁴⁴⁴.

- Le législateur allemand, quant à lui, considère tous les crimes et certains délits expressément mentionnés au § 261 CP allemand réprimant la «Geldwäsche» comme infractions préalables («Katalogstrafaten»). En vertu du § 11 Geldwäschegesetz, les communications («Anzeigen von Verdachtsfällen») à la «Zentralstelle für Verdachtsanzeigen beim BKA (FIU)» concernent tous les cas fondant le soupçon de blanchiment d'argent au sens du § 261 CP allemand. La soustraction d'impôts par métier ou par bande a été érigée en crime par une loi de 2001 (§ 370a Abgabenordnung)⁴⁴⁵, ce qui en a fait une infraction préalable au blanchiment. Suite à de vives protestations, notam-

439 Soit celles dont l'identité du donneur d'ordre ou bénéficiaire reste douteuse malgré les diligences effectuées, celles impliquant des fonds fiduciaires et celles avec des personnes établies dans des Etats ou territoires considérées sommes non coopératifs par le GAFI (Code monétaire et financier, L562–2 al. 2).

440 Une mission de concertation approfondie avec professionnels concernés a été confiée par le ministre des Finances à un magistrat et un ancien président du GAFI. Des auditions se sont déroulées, et le rapport, resté secret, a été remis au ministre des Finances fin juillet 2007; cf. CHANTAL CUTAJAR, Rapport de synthèse du Colloque sur la transposition de la 3^e Directive blanchiment du 20 novembre au Sénat, 2007.

441 CUTAJAR (note 440, p. 5) fait état de plusieurs milliers d'infractions susceptibles d'être à l'origine d'une somme suspecte.

442 Notamment art. 1741, 1743, 1837 Code général des impôts (MIREILLE DELMAS-MARTY et GENEVIEVE GIUDICELLI-DELAGE, Droit pénal des affaires, 4^e éd., Paris 2000, p. 431).

443 CUTAJAR 2007 (note 440), p. 5.

444 CUTAJAR 2007 (note 440), p. 5 s.

445 Gesetz zur Bekämpfung von Steuerverkürzungen bei der Umsatzsteuer und zur Änderung anderer Steuergesetze, du 19 décembre 2001 (BGBl I 2001, p. 3922 ss), créant le § 370a Abgabenordnung («Gewerbsmässige oder bandenmässige Steuerhinterziehung») et modifiant le § 261 al. 1 StGB, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

ment de la part des avocats et conseillers fiscaux⁴⁴⁶, la répression du blanchiment d'argent dans ce domaine a été allégée par une modification législative de 2002⁴⁴⁷, qui l'a restreinte aux cas de soustraction aggravée portant sur des montants importants («*in grossem Ausmass*»). Cependant, un arrêt du Bundesgerichtshof a relevé en 2004 le caractère imprécis de cet élément constitutif, suscitant selon lui de graves doutes sous l'angle de la sa constitutionnalité⁴⁴⁸. Une nouvelle révision législative, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008⁴⁴⁹, a supprimé cette incrimination. La soustraction d'impôts est dorénavant régie exclusivement par le § 370 Abgabenordnung, qui réprime un simple délit, mais a été inscrit dans le catalogue du § 261 ch. 4 CP allemand. Ce dernier limite le blanchiment à la soustraction fiscale par métier ou par bande, mais ne mentionne plus de restriction de montant⁴⁵⁰.

La Suisse n'est pas tenue de se conformer aux pratiques de ces voisins européens. Ce nonobstant, la généralisation de la répression du blanchiment de capitaux en relation avec les infractions fiscales d'une certaine gravité dans les pays qui nous entourent risque de créer des conditions inégales entre les places financières et de susciter des appels à la création d'un «*level playing field*».

iv. Délit d'initié et manipulation de cours

Le Glossaire GAFI 2003 mentionne également les «délits d'initiés et la manipulation de marchés boursiers». Or, en l'état actuel du droit suisse, le délit d'initié (exploitation de faits confidentiels, art. 161 CP) et la manipulation de cours (art. 161^{bis} CP) ne constituent pas des crimes.

446 En particulier, la «Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zu der Aufnahme der Steuerhinterziehung in den Vortatenkatalog der Geldwäsche (§ 261 StGB) und der Einführung eines Verbrechenstatbestandes ‹Gewerbsmässige Steuerhinterziehung› als § 370a AO», n° 56/2001, novembre 2001.

447 Fünftes Gesetz zur Änderung des Steuerbeamtenausbildungsgesetzes und anderer Gesetze, du 23 juillet 2002, BGBl I 2002, p. 2715 ss. La révision a introduit une peine plus légère pour les cas de peu de gravité, ainsi qu'une possibilité d'exemption de toute peine en cas de dénonciation spontanée du délit par l'auteur lui-même. Le § 261 al. 1, 3^e phrase StGB, introduit par cette révision, précise que le blanchiment peut porter sur des montants restitués par le fisc, sur l'impôt éludé ou sur les objets à propos desquels la soustraction d'impôt a été commise. Cf. FELIX LOPEZ, Die Steuerhinterziehung als Vortat zur Geldwäscherei – ein Blick nach Deutschland, PJA 6/2004, p. 668 ss.

448 BGH 5. Strafsenat, Urteil vom 28. Oktober 2004, Az: 5 StR 276/04.

449 Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmassnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, du 21 décembre 2007, BGBl I 2007.

450 Le § 370a Abgabenordnung est donc supprimé. DEUTSCHER BUNDESTAG, 16. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmassnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, Zu Nummer 2 (§ 370 AO-E); Zu Nummer 3 (§ 370a AO-E); Zu Artikel 4 (Änderung des Strafgesetzbuches), p. 15 s.

L'avant-projet de loi présenté par l'Administration fédérale le 15 janvier 2005 proposait d'ériger ces infractions partiellement en crimes. Pour la manipulation de cours (art. 161^{bis} CP), seule l'infraction aboutissant à un avantage pécuniaire pour l'auteur ou un tiers devait devenir un crime par l'adjonction d'un nouveau ch. 2. Pour le délit d'initié, seule l'infraction commise par l'initié (art. 161 ch. 1 CP) devait être érigée en crime, à l'exclusion de celle du «tippee» (art. 161 ch. 2 CP). En même temps, il était proposé de modifier la définition légale du «fait» d'initié, de manière à englober l'exploitation d'informations importantes autres que celles relatives aux quelques événements énoncés trop restrictivement à l'art. 161 ch. 3 CP, pour inclure notamment les informations sur la profitabilité de l'entreprise. Ainsi, la révision proposée devait faire sauter le verrou que représentait le ch. 3, y compris dans le domaine de l'entraide internationale⁴⁵¹, tout en augmentant considérablement la peine-menace. Certains auteurs redoutaient un possible effet pervers de ce double mouvement, craignant une renonciation des juges à appliquer l'art. 161 CP, du fait de la peine-menace très élevée⁴⁵². Ces craintes paraissent peu fondées, au regard de la souplesse qu'offre le droit suisse au juge dans la fixation de la peine; ainsi, il serait parfaitement possible de prononcer une peine pécuniaire, prévue dans les clauses punitives des «crimes» les plus incontestés en matière patrimoniale, tels que le vol (art. 139 CP) et l'escroquerie (art. 146 CP). En réalité, le principal enjeu, motif des réticences exprimées, est que la création de crimes dans le domaine des infractions boursières déclencherait, à la charge des intermédiaires financiers, l'application des devoirs de diligence et, surtout, de communication en vertu de la LBA.

Le rapport d'évaluation mutuelle du droit suisse par les experts du GAFI mentionnait que la liste des infractions sous-jacentes, lacunaire en l'état, serait complétée moyennant la révision des art. 161 et 161^{bis} CP proposée dans l'avant-projet de 2005⁴⁵³. Le 8 décembre 2006, le Conseil fédéral a présenté un projet de révision législative du délit d'initié, portant sur la seule suppression de l'art. 161 ch. 3 CP, tout en annonçant que la question de la création de crimes dans le domaine boursier serait réglée dans le projet de loi adaptant la législation suisse aux exigences des recommandations du GAFI 2003⁴⁵⁴. Cependant, le projet finalement soumis au Chambres fédérales en 2007 reste muet sur cette

451 ATF 118 Ib 548.

452 RENATE SCHWOB, Revisionsbedarf bei Börsendelikten, in: Wolfgang Wohlers (éd.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2007 pp. 19 ss, p. 35; DANIELA KÖNIG, Das Verbot von Insiderhandel. Eine rechtsvergleichende Analyse des schweizerischen Rechts und der Regelung der USA und der EU, thèse, Zurich 2006, p. 267.

453 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), ch. 104 et 105.

454 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse (suppression de l'art. 161, ch. 3 CP) du 8 décembre 2006, FF 2007 413, 421. La suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP a été adoptée par le Conseil des Etats le 18 juin 2007 (BOCE 2007 541) et par le Conseil national le 13 mars 2008 [BOCN du 13 mars 2008, version provisoire]. Les Chambres fédérales ont aussi adopté une motion Wicki Franz, Révision totale des dispositions réprimant les délits d'initiés, du 18 septembre 2006 (06.3426); BOCE 2007 38; BOCN du 13 mars 2008.

question qui a rencontré les critiques les plus vives des milieux intéressés lors de la procédure de consultation. Selon le Message, l'adaptation du droit suisse aux standards internationaux sera réexaminée dans le cadre d'un remaniement plus profond et plus ambitieux des art. 161 et 161^{bis} CP et du droit boursier, confié à une commission d'experts nommée le 21 septembre 2007⁴⁵⁵.

D'ici à ce que cette révision aboutisse, le droit suisse sera donc en décalage avec les standards internationaux sur ce point. Même si les infractions boursières donnent lieu à l'octroi de toutes les formes d'entraide⁴⁵⁶, ce hiatus porte en lui le danger que la Suisse soit utilisée de manière privilégiée pour le blanchiment d'argent issu d'infractions boursières, du fait que cette activité n'y est pas pénalement répréhensible et que les intermédiaires financiers ne sont, par conséquent, pas tenus de communiquer les soupçons y relatifs.

Il convient de noter, cependant, que les droits des pays qui nous entourent ne traitent pas tous la question de la même façon. Les délits boursiers⁴⁵⁷ sont des infractions préalables selon le droit du Royaume-Uni, qui admet la «all crimes approach» pour la définition des infractions de blanchiment comme pour le droit et le devoir de communication. C'est également le cas de l'art. 505 CP belge et du droit de communication en vertu de la loi belge de 1993, qui inclut les capitaux ou biens qui proviennent «d'un délit boursier, d'un appel public irrégulier à l'épargne ou de la fourniture de services d'investissement, de commerce de devises ou de transferts de fonds sans agrément»⁴⁵⁸. En France, en revanche, l'obligation de déclaration au TRACFIN ne vise aucun délit boursier⁴⁵⁹. Le délit d'initié⁴⁶⁰ et la manipulation de cours⁴⁶¹ étant passibles d'une peine maximale supérieur à un an, il devrait en aller différemment lorsque les directives européennes contre le blanchiment des capitaux seront mises en œuvre dans la législation française⁴⁶². Enfin, le droit allemand, qui est resté longtemps hostile à toute idée d'incrimination dans ce domaine, considère les délits boursiers⁴⁶³ comme de simples délits, qui ne sont pas mentionnés au § 261 CP allemand réprimant la «Geldwäsche» et ne donnent donc pas lieu à des communications en vertu du § 11 Geldwäschegesetz. La révision législative mettant en œuvre la 3^e Directive européenne ne changera pas cet état de fait, car le législa-

455 Message (note 299), FF 2007 5919, p. 5932; le rapport est attendu pour la fin 2008.

456 Cela sous la réserve de la réalisation de la condition de la double incrimination, obstacle qui devrait être moins difficile à surmonter lorsque l'art. 161 ch. 3 CP aura été supprimé, Message (note 454), FF 2007 413.

457 The offence of insider dealing, art. 52 Criminal Justice Act 1993.

458 Art. 2 § 2 ch. 2 loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

459 Art. L562–2 Code monétaire et financier.

460 Art. L465–1 Code monétaire et financier.

461 Art. L465–2 Code monétaire et financier.

462 Cf. D.I.2.c.iii (b), p. 326 et note 440.

463 Verbot von Insidergeschäften, § 14 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG); Verbot der Marktmanipulation, § 20a WpHG.

teur allemand a opté pour le critère quantitatif du seuil, qui n'est pas atteint par ces infractions⁴⁶⁴.

II. La confiscation et la saisie

1. Les normes supranationales

a. La Convention de Vienne

L'art. 5 de la Convention de Vienne oblige les Parties à adopter les mesures qui se révèlent nécessaires pour permettre la confiscation non seulement des substances illicites, mais aussi des produits tirés d'infractions en matière de stupéfiants et de blanchiment ou des biens dont la valeur correspond à celle desdits produits (art. 5 par. 1 let. a). L'art. 1^{er} let. f de la Convention de Vienne définit la notion de «confiscation» comme «la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente». Le texte en langue anglaise précise que le terme «confiscation [...] includes forfeiture where applicable»; l'ajout, qui est omis dans le texte en langue française, doit permettre d'inclure aussi les procédures civiles de recouvrement du bien illicite connues des droits anglo-saxons⁴⁶⁵.

La Convention de Vienne vise à la fois la *confiscation des produits de l'infraction*, par quoi elle entend les biens provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction en matière de stupéfiants (art. 1^{er} let. p) et la *confiscation d'autres biens dont la valeur correspond aux produits* (art. 1^{er} let. q) ne supposant aucun lien de provenance avec une infraction en amont. Il suffit que l'Etat prévoie l'une de ces mesures, la confiscation du produit ou d'un autre bien de la même valeur, les Parties ayant voulu laisser sur ce point la plus grande latitude en faveur des législateurs nationaux⁴⁶⁶. Lorsque «des produits ont été transformés ou convertis en d'autres biens», les Etats peuvent également confisquer ceux-ci (art. 5 par. 6 let. a), à l'instar des produits mêlés à des biens acquis légitimement, à concurrence de la valeur estimée des produits illicites (art. 5 par. 6 let. b) et des revenus de biens confiscables (art. 5 par. 6

464 Selon le § 38 WpHG, la peine privative de liberté est de 5 ans, sans minimum légal. Le gouvernement allemand a publié un projet de modification du Geldwäschegegesetz, qui transpose la 3^{ème} Directive européenne contre le blanchiment et la Directive de 2006, mais ne semble pas avoir l'intention d'ériger les délits boursiers en infractions préalables (cf. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, adopté par le Bundesrat, Drucksache 168/08, du 14 mars 2008).

465 Commentary (note 52), p. 30, N 1.9. Pour un exposé succinct des buts et avantages de la *civil forfeiture* (en particulier celui de pouvoir confisquer des avoirs sans en même temps juger l'auteur, ce qui va de soi en Suisse) et son application par les tribunaux états-uniens, cf. STEFAN CASSELLA, The case for civil forfeiture. Why *in Rem* proceedings are an essential tool for recovering the proceeds of crime», Journal of Money Laundering Control, vol. 11/1, 2008, p. 8 ss (*in toto*).

466 GILMORE (note 44), p. 61.

let. c). La convention établit donc déjà une distinction entre ce que le droit suisse appelle «confiscation» (art. 70 CP) et «créance compensatrice» (art. 71 CP), tout en se contentant d'un lien de provenance direct ou indirect pour la définition de la notion de «produit» par opposition aux «autres biens». Le commentaire officiel de la convention rapporte les doutes exprimés à ce sujet lors des travaux préparatoires, ainsi que la critique d'un délégué, qui mettait fort justement en évidence l'incohérence logique qui en résultait à son avis⁴⁶⁷.

L'art. 5 par. 7 envisage, à titre facultatif, un renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne l'origine licite des produits et biens pouvant faire l'objet d'une confiscation. L'art. 5 par. 8 dispose que «l'interprétation des dispositions du présent article ne doit en aucun cas porter atteinte au droit des tiers de bonne foi».

Chaque Partie s'engage à prendre des mesures pour permettre «à ses autorités compétentes d'identifier, de détecter et de geler ou saisir les produits, les biens, les instruments» (art. 5 par. 2 Convention de Vienne). L'art. 5 par. 3 ajoute que «[p]our pouvoir appliquer les mesures prévues au présent article, chaque Partie habilite ses tribunaux et autres autorités compétentes à ordonner la production ou la saisie de documents bancaires, financiers ou commerciaux. Les Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser de donner effet aux dispositions du présent paragraphe».

b. La CRFT

L'art. 8 CRFT prévoit les mesures en matière de confiscation et de saisie. En vertu de son par. 2, la confiscation doit englober les fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour la commission des infractions de financement du terrorisme, ainsi que du produit de ces infractions. La notion de «produits» est définie de manière large à l'art. 1^{er} et «s'entend de tous fonds tirés, directement ou indirectement, de la commission d'une infraction telle que prévue à l'art. 2, ou obtenus, directement ou indirectement, grâce à la commission d'une telle infraction». Aux fins de la confiscation éventuelle, les Etats sont tenus de prendre les «mesures nécessaires à l'identification, à la détection, au gel ou à la saisie» de ces fonds (art. 8 par. 1).

c. Les Conventions de Palerme et de Mérida

L'art. 12 de la Convention de Palerme, relatif à la confiscation et la saisie, reprend en substance ce que prévoyait déjà la Convention de Vienne de 1988, en remaniant la systématique. Cet article est repris presque mot à mot à l'art. 31 CNUCC, concernant le gel, la saisie et la confiscation, qui y ajoute un par. 3, selon lequel chaque Etat prend les mesures pour l'administration des biens gelés, saisis ou confisqués.

⁴⁶⁷ Commentary (note 52), p. 36, N 1.18.

d. *La Convention de Strasbourg (CBI 1990)*

Le Conseil de l'Europe a instauré d'emblée des obligations plus précises et plus strictes que celles de l'ONU.

L'art. 2 CBI 1990 impose aux législateurs nationaux l'obligation de mettre en œuvre, dans leur droit interne, un régime juridique permettant la confiscation, définie comme «une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, (...) aboutissant à la privation permanente du bien» (art. 1 let. d CBI 1990). Comme dans le contexte de la Convention de Vienne, cette définition se veut ouverte, pour englober notamment les procédures civiles *in rem* («*civil forfeiture*») du droit anglo-saxon⁴⁶⁸.

La confiscation doit porter sur les instruments et les produits d'une infraction, ainsi que d'autres biens dont la valeur correspond aux produits (art. 2 par. 1 CBI 1990). Ainsi, contrairement à ce qui était le cas dans la Convention de Vienne, *les Etats sont tenus de prévoir à la fois la confiscation et le prononcé d'une créance compensatrice*⁴⁶⁹. La notion de «produit» est définie comme «tout avantage économique tiré d'infractions pénales» (art. 1 let. a CBI 1990); celle de «bien» comprend des biens de toute nature, corporels ou incorporels, y compris les actes juridiques ou les titres attestant d'un droit (art. 1 let. b CBI 1990). Quant à la notion d'«instruments», elle «désigne tous objets employés ou destinés à être employés de quelque façon que ce soit, en tout ou partie, pour commettre une ou des infractions pénales» (art. 1 let. c CBI 1990). Les biens dont la destination future est illicite sont donc également sujets à confiscation.

L'infraction en amont est définie de manière large et englobe toute infraction pénale à la suite de laquelle des produits sont générés (art. 1 let. e CBI 1990). Cependant, l'art. 2 par. 1 CBI 1990 permet aux Parties, par une déclaration d'*«opting out»* faite au moment de la ratification, de limiter l'application de la confiscation et la répression du blanchiment au produit de certaines infractions ou catégories d'infractions⁴⁷⁰. La renonciation à introduire une obligation générale de confiscation était motivée par le fait que les experts jugeaient qu'une telle exigence aurait été prématurée et contreproductive, dans le sens qu'elle aurait empêché des Etats de ratifier la convention aussi rapidement que souhaitable. Toutefois, le Rapport explicatif précise que les mesures de confiscation «devraient être au moins applicables à la criminalité grave et aux infractions génératrices de profits considérables»⁴⁷¹.

En vertu des art. 3 et 4, les Parties sont tenues de mettre en place les mesures d'investigation et de saisie nécessaires à la recherche et au blocage de produits

468 Rapport explicatif (note 113), ch. 23.

469 Cf. aussi l'art. 7 al. 2 let. a CBI 1990; cf. GILMORE (note 44), p. 184.

470 Rapport explicatif (note 113), ch. 27; NILSSON (note 48), p. 461.

471 Rapport explicatif (note 113), ch. 27.

ou biens soumis à la confiscation. L'art. 4 par. 1 CBI 1990 exige la mise sur pied de mesures permettant aux autorités compétentes d'ordonner la communication ou la saisie de dossiers bancaires, financiers ou commerciaux et interdit aux Etats de se soustraire à cette obligation en invoquant le secret bancaire. L'art. 4 par. 2 CBI 1990 mentionne en outre des techniques spéciales d'investigation que les Parties doivent envisager d'adopter dans le but de faciliter la recherche «du produit ainsi que la réunion des preuves y afférentes. Parmi ces techniques, on peut citer les ordonnances de surveillance de comptes bancaires, l'observation, l'interception de télécommunications, l'accès à des systèmes informatiques et les ordonnances de production de documents déterminés».

En vertu de l'art. 5 CBI 1990, les personnes affectées par les mesures de confiscation et de saisie doivent disposer «de recours juridiques effectifs pour préserver leurs droits»; une violation des droits de tiers est, en outre, un motif de refus de la reconnaissance d'une décision étrangère (art. 22 par. 2 let. a CBI 1990).

e. *La Convention de Varsovie (CBIIFT 2005)*

Les possibilités de limiter le champ d'application de la confiscation à certaines infractions sont restreintes à l'art. 3 CBIIFT 2005. L'«opting out» demeure possible, mais ne saurait viser l'infraction de blanchiment, ni une série d'infractions énumérées à l'annexe de la convention, qui correspond au Glossaire des recommandations GAFI 2003⁴⁷².

Dans ces limites, les Etats peuvent restreindre la confiscation à une liste d'infractions spécifiques et/ou aux infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an (art. 3 par. 2 CBIIFT 2005). Dans cette dernière hypothèse, ils peuvent «formuler une déclaration concernant cette disposition pour ce qui concerne la confiscation des produits d'infractions fiscales, à la seule fin de leur permettre de procéder à la confiscation de tels produits sur le plan tant national que dans le cadre de la coopération internationale, sur la base d'instruments de droit national et international en matière de recouvrement de créances fiscales» (art. 3 par. 2 let. a 2^e phrase CBIIFT 2005).

L'art. 3 par. 4 CBIIFT 2005 prévoit que chaque «Partie adopte les mesures législatives ou autres qui se révèlent nécessaires pour exiger, en cas d'une ou plusieurs infractions graves telles que définies par son droit interne, que l'auteur établisse l'origine de ses biens, suspectés d'être des produits ou d'autres biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation». Toutefois, le renversement du fardeau de la preuve n'est exigible que dans la mesure où il est compatible avec les principes du droit interne de l'Etat.

Pour ce qui est de l'objet sur lequel portent la confiscation, la saisie et le gel, l'art. 5 CBIIFT 2005 introduit des dispositions complexes, applicables en cas de

472 Cf. *supra* D.I.1.e, p. 306 ss.

transformation, de conversion et de mélange du produit de l'infraction avec d'autres biens, qui rappellent celles du droit du Royaume-Uni. En vertu de l'art. 6 CBIIFT 2005, les Parties doivent assurer une gestion adéquate des avoirs gelés ou saisis.

Les mesures d'investigation (art. 7 par. 2 et par. 3 CBIIFT 2005) ne sont pas foncièrement nouvelles, même si les dispositions sont beaucoup plus détaillées que celles de la CBI 1990. Toutefois, l'art. 7 par. 2 let. d CBIIFT 2005 précise que les Parties doivent faire en sorte que les banques ne révèlent pas à leur client ou à tout tiers le fait que des informations ont été recherchées.

f. Les standards du GAFI

Le GAFI se réfère aux mesures découlant de la Convention de Vienne (R. 8 de 1990, R. 7 de 1996 et R. 3 de 2003) et de la Convention de Palerme (R. 3 de 2003), en vue de la confiscation, de l'identification, du gel et du blocage.

En vertu de la R.S. III, les mesures de saisie et de confiscation sont étendues aux biens «qui sont utilisés pour, ou destinés ou alloués à être utilisés pour le financement du terrorisme, des actes terroristes ou des organisations terroristes, ou qui en constituent le produit». Par ailleurs, des mesures doivent être prises pour procéder sans délai au gel des avoirs de personnes liées au terrorisme, conformément aux résolutions des Nations Unies relatives à la prévention et la répression du financement des actes terroristes.

La R. 3 de 2003 étend la notion de confiscation aux instruments destinés à être utilisés pour commettre des infractions et aux biens d'une valeur équivalente. La possibilité de permettre la confiscation sans condamnation pénale préalable est évoquée, de même que celle de mettre à la charge de l'auteur présumé de l'infraction la preuve de l'origine licite des biens, dans la mesure où une telle obligation est conforme aux principes découlant du droit interne. La R. 7 de 1996 mentionne pour la première fois la protection «des droits des tiers de bonne foi», réservée aussi par la R. 3 de 2003.

2. Le droit suisse

Le droit de la confiscation, ainsi que les dispositions procédurales et d'entraide internationale qui le mettent en œuvre, constituent une des forces du système juridique suisse⁴⁷³.

Lorsque le Conseil fédéral a proposé en 1993 la ratification de la CBI 1990, il estimait que le droit suisse répondait déjà aux exigences qui en découlaient, mais que l'adoption du deuxième train de mesures contre le crime organisé lui permettrait de s'en approcher encore plus⁴⁷⁴. Les art. 58 à 60 CP adoptés en 1994 ont effectivement introduit certaines innovations découlant de la CBI

473 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), ch. 168.

474 Message (note 116), FF 1992 VI 8, p. 12.

1990, tout en apportant des améliorations au regard de la systématique et de la clarté des concepts. Ces dispositions n'ont subi que des modifications mineures à l'occasion de la révision de la partie générale de 2002, se résumant pour l'essentiel à une subdivision de l'art. 59 CP 1994 en trois articles distincts (art. 70 à 72 CP).

a. *La confiscation, la créance compensatrice et la confiscation des avoirs des organisations criminelles*

L'extension de la confiscation au-delà du produit découlant directement de l'infraction était déjà connue avant la révision de 1994; cependant, celle-ci a permis de clarifier les notions de *confiscation* au sens étroit (art. 59 ch. 1 CP 1994/art. 70 CP 2002) et de *créance compensatrice* (art. 59 ch. 2 CP 1994/art. 71 CP 2002), deux mesures que les conventions internationales considèrent comme relevant de la confiscation du «produit» et du «bien de valeur équivalente». La distinction entre ces deux mesures détermine la voie de l'exécution des prétentions de l'Etat, puisque la première aboutit à une décision pénale attribuant à l'Etat le pouvoir de disposer du bien, alors que la seconde aboutit au prononcé d'une créance qui doit être exécutée par la voie de la poursuite pour dettes (art. 71 al. 3, 2^e phrase CP). La ligne de partage s'oriente selon le bien soumis à la mesure, soit *le résultat* de l'infraction pour la première et *tout autre élément patrimonial de valeur équivalente* pour la seconde, ce qui soulève la question de savoir si les valeurs de remplacement du produit direct de l'infraction peuvent encore être considérées comme un résultat soumis à confiscation ou si une créance compensatrice doit être prononcée⁴⁷⁵. Cette question est d'une importance cruciale pour la définition de l'infraction de blanchiment d'argent comme acte propre à entraver la confiscation, raison pour laquelle nous l'avons examinée dans l'analyse consacrée à cette infraction⁴⁷⁶.

La révision législative de 1994 est allée à bien des égards au-delà de ce qui était nécessaire au regard de la CBI 1990. Cette dernière n'exigeait pas l'introduction de la possibilité de confisquer les avoirs qui sont dans le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle, que le législateur suisse a assortie d'un renversement du fardeau de la preuve au détriment de celui qui a participé ou soutenu une organisation criminelle (art. 59 ch. 3 CP 1994/art. 72 CP 2002). Le législateur suisse n'est cependant pas allé jusqu'à prévoir un renversement général du fardeau de la preuve de l'origine illicite des avoirs, comme le prévoient les conventions internationales, mais à titre facultatif seulement⁴⁷⁷.

475 Dans un cas comme dans l'autre, le juge peut procéder à une estimation (art. 70 al. 5 CP).

476 Cf. *supra* D.I.2.b, p. 318 ss.

477 PIETH propose d'instaurer une présomption de provenance criminelle d'avoirs appartenant à un «régime criminel», notion pour le moins problématique; MARK PIETH, Die Herausgabe illegal erworbener Vermögenswerte an sog. «Failing States», in: M.A. Niggli (etc.), *Festschrift F. Riklin*, Zurich 2007, pp. 497 ss, p. 505.

Le point le plus important sur lequel le droit suisse était et reste en avance sur les standards internationaux réside dans le fait qu'elle n'a jamais limité la confiscation à certaines catégories d'infractions. Alors que la faculté d'«*opting out*» prévue à l'art. 2 CBI 1990a été utilisée par beaucoup d'Etats en matière de confiscation, la Suisse a d'emblée opté pour une approche générale, permettant la confiscation du produit des crimes, des délits et même des contraventions, et cela dans le Code pénal de 1937 déjà.

Dès lors, c'est à raison que les Messages publiés en vue de la ratification des Conventions de Vienne⁴⁷⁸, de Palerme⁴⁷⁹ et de Mérida⁴⁸⁰ estiment que le droit suisse satisfait pleinement aux exigences internationales en matière de saisie et de confiscation. Ce constat s'imposerait aussi pour ce qui concerne la Convention de Varsovie, si la Suisse devait décider de la ratifier.

b. La confiscation en mains de tiers et la protection de leurs droits

Le droit suisse prévoit la confiscation et le prononcé d'une créance compensatrice en mains de tiers. En cela, il va plus loin que les conventions internationales, qui ne se prononcent pas expressément sur le sujet mais se contentent d'affirmer, à l'instar de l'art. 12 par. 8 Convention de Palerme, que «[l']interprétation des dispositions du présent article ne doit en aucun cas porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi».

En Suisse, les tiers sont protégés contre la confiscation et le prononcé d'une créance compensatrice, en vertu des art. 70 al. 2 CP et 71 al. 1 CP, à la double condition (i) d'avoir acquis l'objet ou la valeur dans l'ignorance des faits qui auraient justifié la mesure et (ii) d'avoir fourni une contre-prestation adéquate ou si la mesure se révélerait d'une rigueur excessive. Il n'y a pas de renversement du fardeau de la preuve à cet égard.

En vertu de l'art. 70 al. 3 CP, la décision de confiscation fait l'objet d'un avis officiel. Les lésés ou les tiers peuvent faire valoir leurs prétentions dans les cinq ans qui suivent cet avis.

c. La protection des droits du lésé

Le droit suisse protège les droits du lésé, souvent oubliés dans les instruments internationaux, en prévoyant non seulement la priorité de la restitution au lésé sur la confiscation lorsque les droits de celui-ci ne sont pas contestés (art. 70

478 Message (note 54), FF 1996 557, p. 570 s.

479 Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6303 à 6306.

480 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6972 s.; recommandation de la Commission Crime organisé et criminalité économique de la Conférence des Chefs de Départements cantonaux de Justice et Police du 30 mars 1999 concernant la gestion de valeurs patrimoniales faisant l'objet d'une mesure de blocage.

al. 1 CP)⁴⁸¹, mais aussi l'allocation au lésé du produit de la confiscation en couverture du dommage dû à l'infraction (art. 73 CP).

Le Tribunal fédéral a confirmé, par ailleurs, que la saisie et la confiscation étaient des mesures destinées à protéger non seulement l'intérêt collectif, mais aussi l'intérêt de la personne lésée par l'infraction, lorsque celle-ci porte atteinte à ses droits patrimoniaux. Ainsi, l'entrave à la confiscation peut donner lieu à des prétentions en dommages-intérêts de la victime, l'art. 305^{bis} CP réprimant le blanchiment d'argent étant considéré comme une norme de protection au sens de l'art. 41 CO⁴⁸².

d. Les mesures d'investigation, de saisie et de blocage, y compris la surveillance des comptes

i. Le séquestre

A l'heure actuelle encore et en attendant l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse adopté le 5 octobre 2007⁴⁸³, la procédure relève de la compétence cantonale, sauf en matière de juridiction fédérale. Les mesures de perquisition bancaire, de saisie probatoire de documents et de saisie conservatoire de valeurs patrimoniales étaient parfaitement connues des procédures cantonales dès avant la ratification de la CBI 1990. L'introduction dans toute la Suisse du séquestre d'éléments patrimoniaux en vue de l'exécution d'une créance compensatrice (art. 59 ch. 2 al. 3 CP 1994/art. 71 al. 3 CP 2002) découle, en revanche, de la CBI 1990⁴⁸⁴.

Le Code de procédure pénale suisse de 2007 (CPP) règle le séquestre aux art. 263 à 268. L'art. 263 al. 1 CPP prévoit notamment le séquestre des objets et valeurs dont il est probable qu'ils devront être restitués au lésé (let. c) ou confisqués (let. d). Les art. 376 et 377 CPP régissent la procédure de confiscation indépendante et le séquestre préparatoire de cette mesure. Le texte de la loi, à l'instar du Message⁴⁸⁵ qui accompagnait le projet, ne mentionne pas la créance compensatrice, mais semble englober cette dernière notion dans celle de confiscation.

ii. L'administration des biens sous séquestre

Les règles observées par les autorités pénales et les banques dans l'administration des biens bloqués sur ordre de justice, prévues au par. 3 de l'art. 31

481 ATF 128 I 129, p. 133; ATF 129 II 453, p. 462; SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 66 ss.

482 ATF 129 IV 322, p. 326; confirmé par l'ATF 133 III 323, p. 330. Ce dernier arrêt, rendu en matière civile, précise que la responsabilité civile du blanchisseur fondée sur l'art. 41 CO suppose que l'auteur ait agi en envisageant et en acceptant la provenance criminelle des avoirs, la négligence n'étant pas suffisante (ATF 133 III 323, p. 334).

483 FF 2007 6583.

484 Message (note 116), FF 1992 VI 8, p. 15.

485 Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1227.

CNUCC, font l'objet en Suisse de *directives du groupe de travail criminalité économique de la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police*, ainsi que d'une *circulaire de l'Association suisse des banquiers*⁴⁸⁶. Ces normes, qui n'ont pas force obligatoire, seront supplantées par la réglementation que le Conseil fédéral édictera sur la base de l'art. 265 al. 6 CPP dès son entrée en vigueur⁴⁸⁷.

iii. La surveillance de comptes bancaires

Parmi les mesures d'investigation, seule l'obligation de permettre la surveillance de comptes bancaires (art. 4 par. 2 CBI 1990) paraissait problématique au moment de la ratification de la CBI 1990⁴⁸⁸. A l'heure actuelle encore, la mesure n'est pas prévue dans les lois de procédure pénale cantonales et fédérale, même si l'observation temporaire d'un compte est considérée comme admissible dans certaines limites⁴⁸⁹ et qu'il est naturellement imaginable d'intervenir à intervalles réguliers et rapprochés auprès d'une banque pour atteindre le même objectif. Ici encore, en l'absence de bases juridiques précises, une *recommandation émanant de la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police*, ainsi qu'une *circulaire de l'Association suisse des banquiers*, régissent la question⁴⁹⁰.

L'unification de la procédure pénale suisse a fourni l'occasion de régler la question de manière plus claire, puisque le Code de procédure pénale suisse de 2007 consacre deux articles à la surveillance des relations bancaires (art. 284 et

486 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6972, citant la Recommandation de la Commission Crime organisé et criminalité économique de la Conférence des Chefs de Départements cantonaux de Justice et Police du 30 mars 1999 concernant la gestion de valeurs patrimoniales faisant l'objet d'une mesure de blocage; Message (note 486), FF 2006 1057, p. 1228, citant les Directives du groupe de travail criminalité économique de la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police (CCDJP) du 24 mars 1999 relatives à l'administration de valeurs patrimoniales mises sous séquestre ainsi que la Circulaire n° 1429 de l'Association suisse des banquiers du 26 mars 1999.

487 «Le Conseil fédéral règle le placement des valeurs patrimoniales séquestrées»; Message (note 486), FF 2006 1228.

488 Message (note 116), FF 1992 VI 8, p. 17; Message (note 486) FF 2006 1057, p. 1236.

489 PAOLO BERNASCONI, Les conventions internationales relatives au blanchiment et à la confiscation du produit du crime, in: Maurice Aubert et al. (éd.), Le secret bancaire suisse, Berne 1995, 3^e éd., p. 514 ss, p. 517; CHRISTIANE LENTJES MEILI, Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung, thèse, Zurich 1996, p. 271 ss; SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 145 considère que la possibilité de la surveillance bancaire est douteuse *de lege lata* et qu'il n'y a pas de base légale pour l'ordonner, ni pour interdire à la banque d'en informer son client; également CHRISTOPH HOHLER et NIKLAUS SCHMID, Die Stellung der Banken und ihrer Mitarbeiter unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100^{quater} f., PJA 5/2005, p. 515 ss, p. 517.

490 Recommandation de la Commission criminalité économique de la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police aux autorités pénales cantonales concernant le blocage de comptes et l'obligation de discrétion des banques du 7 avril 1997 et Circulaire n° 1286 de l'Association suisse des banquiers du 8 avril 1997; FF 2006 1057, p. 1236 ss.

285 CPP)⁴⁹¹. Cette dernière doit être ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte à la demande du ministère public (art. 284 CPP). Les Chambres fédérales ont introduit un al. 2 à l'art. 285 CPP, protégeant les banques ou établissements similaires contre l'auto-incrimination (principe «*nemo tenetur se ipsum accusare*») et leur permettant de refuser des informations et documents «si le fait d'opérer un dépôt est susceptible de les mettre en cause au point qu'eux-mêmes (a) pourraient être rendus pénalement responsables; (b) pourraient être rendus civilement responsables et que l'intérêt à assurer leur protection l'emporte sur l'intérêt de la procédure pénale». Le Conseil national a adhéré à cet ajout du Conseil des Etats⁴⁹² sans aucune discussion⁴⁹³. Si on comprend aisément que les entreprises, dont la responsabilité pénale découle de l'art. 102 CP, bénéficient des garanties découlant de l'art. 6 CEDH, comme le semble le confirmer l'art. 102 a al. 2 CP⁴⁹⁴, puissent refuser de fournir des renseignements et éléments de preuve lorsqu'elles peuvent être rendues pénalement responsables, il est plus difficile d'admettre que le risque d'une responsabilité civile éventuelle puisse entraîner la même conséquence.

La mesure de surveillance peut rester secrète; plus précisément, aux termes de l'art. 285 al. 1 CPP, le tribunal des mesures de contrainte donne à l'établissement bancaire des directives écrites sur les mesures visant à maintenir les secrets qu'il doit observer. La loi n'énonce pas de limite temporelle de l'observation. Les personnes ayant le droit de disposer du compte soumis à surveillance en sont informées ultérieurement (art. 285 al. 3 CPP), dans les limites évoquées à l'art. 279 CPP. La communication est donc prévue, en principe, au plus tard à la clôture de la procédure préliminaire (al. 1), mais elle peut être différée ou omise, avec l'accord du tribunal des mesures de contrainte (al. 2), si les informations recueillies ne sont pas utilisées à des fins probatoires et si cela est indispensable pour protéger des intérêts publics ou privés prépondérants.

Le caractère secret des demandes de renseignement adressées par la justice pénale aux établissements bancaires semble de plus en plus faire partie des instruments de la lutte contre le blanchiment. La CBIFT 2005 y consacre un art. 7 par. 2 let. d, qui précise que les Parties doivent faire en sorte que les banques ne révèlent pas à leur client ou à tout tiers le fait que des informations ont été re-

491 Message (note 486), FF 2006 1057, p. 1236.

492 Décision du 11 décembre 2006, BOCE 2006; délibérations sur ces dispositions le 7 décembre 2006, BOCE 2006 p. 1036. Cf. aussi, à propos de la même clause à l'art. 264 P-CPP, BOCE 2006 p. 1033.

493 Délibérations du 19 juin 2007, BOCN 2007 p. 993; la clause n'a pas été débattue non plus à propos de l'art. 264 P-CPP, BOCN 2007 p. 990.

494 La question de l'application de la protection contre l'incrimination de soi-même aux personnes morales est controversée en doctrine, mais majoritairement affirmée; CARLO ANTONIO BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Berne 2003, p. 148; MARIO POSTIZZI, Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts, Bâle 2006, p. 77; WOLHERS (note 312), p. 76s; apparemment aussi CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, Zurich etc. 2006, N 321.

cherchées. Même si la Suisse n'a pas signé cette convention, la pratique tend d'ores et déjà à recourir à des interdictions d'informer, signifiées dans l'ordonnance de perquisition et de saisie notifiée à la banque sous la menace de l'art. 292 CP. Le Tribunal fédéral admet la validité de cette injonction, nonobstant l'absence de base légale formelle dans les procédures pénales en vigueur, à condition que la proportionnalité soit respectée, ce qui exige une limitation adéquate de la durée de l'interdiction⁴⁹⁵.

A défaut de la fixation d'une limite temporelle dans le CPP, il faut exiger que les nouvelles dispositions légales soient appliquées de manière à tenir compte du principe de la proportionnalité.

III. La responsabilité de la personne morale

1. Le cadre normatif supranational

Ni la Convention de Vienne, ni la CBI 1990 n'énoncent des exigences en matière de responsabilité de la personne morale. Ce nonobstant, celle-ci est prévue dans plusieurs conventions dans le domaine de la criminalité économique visant aussi le blanchiment, de même que dans les recommandations du GAFI et la CBIIFT 2005, de sorte qu'elle apparaît à l'heure actuelle comme un des éléments essentiels du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent.

a. La Convention sur la corruption de l'OCDE

La responsabilité pénale ou non pénale de la personne morale est prévue déjà dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, du 17 décembre 1997 (art. 2 et 3). Cette convention ne se prononce pas sur la question de savoir si le reproche qui s'adresse à la personne morale doit se fonder sur la faute commise par un représentant (modèle vicarial) ou sur un défaut d'organisation inhérent à la personne morale (modèle direct)⁴⁹⁶.

b. La CRFT

La CRFT exige des Etats parties qu'ils instaurent la responsabilité pénale, civile ou administrative des personnes morales, dans les limites des principes découlant de leur droit interne (art. 5). Il suffit que la responsabilité soit engagée

495 ATF 131 I 425, p. 435 s. Dans le même sens, MARCEL BUTTLIGER, Schweigepflicht der Bank im Strafverfahren, RSJ 1994 p. 377 ss, p. 378 s.; LENTJES MEILI (note 489), p. 219 et 250. Pour une analyse critique de l'arrêt, cf. BENJAMIN BORSODI et VINCENT JEANNERET, L'interdiction faite à la banque de communiquer à son client l'existence de mesures de contrainte visant la relation bancaire, PJA 3/2006, p. 280 ss (*in toto*).

496 Cf. Pour la définition des modèles en matière de responsabilité de la personne morale, cf. ROBERT ROTH, Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion, RPS 115 (1997) 4, p. 345 ss.

«lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de cette personne morale a, en cette qualité, commis une infraction» de financement du terrorisme (art. 5 par. 1).

c. *Les Conventions de Palerme et de Mérida*

L'art. 10 de la Convention de Palerme engage les Parties à établir la responsabilité des personnes morales. L'obligation est formulée de manière souple et réserve les principes juridiques de l'Etat Partie (art. 10 par. 1). Au regard de l'art. 10 par. 2, la responsabilité peut être de nature pénale, civile ou administrative; toutefois, les sanctions doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives (par. 4). Contrairement à la CRFT, la Convention de Palerme ne se prononce pas sur le modèle de responsabilité, vicarial ou direct. Cependant, en vertu du par. 3, «[c]ette responsabilité est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions», ce dont il faut déduire qu'elle doit pouvoir être invoquée de *manière parallèle et cumulée*.

L'art. 26 CNUCC reprend les exigences de l'art. 10 de la Convention de Palerme.

d. *La Convention pénale sur la corruption et la Convention de Varsovie*

Les conventions récentes du Conseil de l'Europe empruntent une formulation que l'on trouve déjà à l'art. 3 du Deuxième Protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes de 1997⁴⁹⁷, selon laquelle la personne morale répond à côté de la personne physique des infractions commises par un organe, que ce soit par action ou par inaction, en violation d'un devoir de surveillance. La responsabilité de la personne morale est donc parallèle à celle des personnes physiques et vicariale, à raison d'un acte ou d'un défaut de surveillance imputable à une personne qui occupe l'une des positions dirigeantes énumérées au sein de la personne morale.

L'art. 18 de la Convention pénale sur la corruption a la teneur suivante:

Article 18 – Responsabilité des personnes morales

1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour s'assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions de corruption active, de trafic d'influence et de blanchiment de capitaux établies en vertu de la présente Convention, lorsqu'elles sont commises pour leur compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes:

- un pouvoir de représentation de la personne morale; ou
- une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale; ou
- une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale;

497 L'art. 39 de la Directive contre le blanchiment des capitaux de 2005 reprend les mêmes principes.

ainsi que de la participation d'une telle personne physique en qualité de complice ou d'instigatrice à la commission des infractions mentionnées ci-dessus.

2 Abstraction faite des cas déjà prévus au par. 1, chaque Partie prend les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque l'absence de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne physique visée au par. 1 a rendu possible la commission des infractions mentionnées au par. 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique soumise à son autorité.

3 La responsabilité de la personne morale en vertu des par. 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices des infractions mentionnées au par. 1.

En vertu de l'art. 19 par. 2, les personnes morales doivent être «passibles de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénale, y compris des sanctions pécuniaires».

L'art. 10 CBIFT 2005 reprend à quelques nuances près la formulation de l'art. 18 Convention pénale sur la corruption. Trois conditions doivent donc être réunies pour que la responsabilité de l'entreprise soit donnée: «Une infraction de blanchiment ou de financement du terrorisme doit d'abord avoir été commise. L'infraction doit ensuite avoir été commise pour compte de la personne morale. La troisième condition, enfin, qui sert à limiter la portée de cette forme de responsabilité, exige l'implication d'une personne exerçant un pouvoir de direction. Ce pouvoir présumé dans les trois situations décrites – un pouvoir de représentation ou une autorité pour prendre des décisions ou pour exercer un contrôle – montre que cette personne physique doit être légalement capable d'engager la responsabilité de la personne morale»⁴⁹⁸. En vertu de l'art. 10 par. 2, la responsabilité de la personne morale est aussi engagée lorsque l'absence de surveillance ou de contrôle par une personne physique exerçant un pouvoir de direction a rendu possible la commission de l'infraction par une personne soumise à son autorité. Enfin, la responsabilité de la personne morale n'exclut pas la poursuite pénale de la personne physique (art. 10 par. 3 CBIFT 2005).

Ainsi, la nouvelle convention adhère, elle aussi, au *modèle vicarial et parallèle*, basé sur les actions ou omissions imputables à un organe.

e. Les standards du GAFI

Dès les recommandations de 1990, les Etats étaient encouragés à mettre en cause, «dans la mesure du possible, la responsabilité pénale des sociétés elles-mêmes, et non pas seulement celle de leurs salariés» en matière de blanchiment de capitaux (R. 7 1990). Les recommandations 2003 restent souples sur ce point, en appelant à l'instauration d'une responsabilité pénale, si possible, ou civile ou administrative, qui ne devrait pas porter atteinte à la responsabilité pénale des personnes physiques (R. 2 let. b 2003).

498 Rapport explicatif (note 160), ch. 105.

2. *La responsabilité de l'entreprise en vertu du droit suisse: un essai non transformé*

Il ne fait guère de doute que le contexte international a été déterminant pour vaincre les réticences exprimées par les milieux économiques⁴⁹⁹ à l'encontre de la responsabilité pénale de l'entreprise. Cependant, il n'est pas certain que les dispositions mises en vigueur dans le but de pouvoir ratifier la CRFT et retirer la réserve à la Convention de l'OCDE, suffisent réellement aux exigences internationales, tant il est vrai que l'art. 102 CP est, pour reprendre la formule de Günter Stratenwerth résumant une opinion largement partagée en doctrine, «praktisch weitgehend unbrauchbar»⁵⁰⁰.

L'art. 102 CP ne vise pas la personne morale mais l'entreprise. Définie à l'art. 102 al. 4 CP, cette notion est plus large que celle de personne morale, dans le sens qu'elle s'étend aux sociétés de personnes et même aux raisons individuelles. A l'inverse, elle paraît plus restreinte du fait qu'elle suppose une entité ayant une activité commerciale, ce qui paraît exclure notamment les sociétés de domicile ayant pour seul but de détenir un patrimoine⁵⁰¹.

L'art. 102 CP définit deux types de responsabilités pénales de l'entreprise. Le régime ordinaire est celui décrit à l'art. 102 al. 1 CP, qui déclare l'entreprise responsable lorsqu'une infraction a été commise en son sein et dans l'exercice de son activité commerciale, par une personne physique qui ne peut être identifiée en raison d'un manque d'organisation de l'entreprise. Il s'agit d'une responsabilité *subsidiare* qui n'est *ni directe ni vicariale*. Il suffit que la personne physique qui a commis l'infraction au sein de l'entreprise soit identifiable, pour que l'entreprise échappe à sa responsabilité, raison pour laquelle la doctrine a critiqué l'«effet Winkelried» inhérent à ce modèle⁵⁰². Ce régime ordinaire ne suffit pas aux exigences découlant des conventions analysées, puisque celles-ci supposent au moins que la responsabilité de la personne morale soit engagée à côté de celle de la personne physique.

499 MARK PIETH, Internationale Anstösse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz, RPS 119 (2001) 1 ss, p. 3.

500 GÜNTER STRATENWERTH, Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda, RPS 126 (2008) 1 ss, p. 1.

501 CASSANI (note 144), p. 671 ss, p. 679 s.; ALAIN MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise: Commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP, Genève etc. 2004, p. 97 s., N 546 à 548; NIKLAUS SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, in: Hans Caspar von der Crone, Rolf H. Weber, Roger Zäch et Dieter Zobl (éd.), Neure Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich etc. 2003, p. 761 ss, p. 769.

502 ROBERT ROTH, L'entreprise, nouvel acteur pénal, in: Frédéric Berthoud (éd.), Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui, Lausanne 2002, p. 77 ss, p. 95; dans le même sens, en évoquant le risque de désignation d'un «Sitzdirektor», MARCEL ALEXANDER NIGGLI et DIEGO R. GFELLER, in: Marcel Alexander Niggli et Hans Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2^e éd., Bâle 2007, Art. 102 StGB, N 200 (résumant la doctrine sur ce point); MARK PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, RPS 121 (2003) 353 ss, p. 357; WOLFGANG WOHLERS, Die Strafbarkeit des Unternehmens, RSJ 2000 p. 381 ss, p. 384.

Cependant, la plupart des infractions découlant de ces conventions sont soumises à un régime de responsabilité plus vigoureux, décrit à l'art. 102 al. 2 CP. Ce second régime s'applique aux infractions énumérées, soit le financement du terrorisme (art. 260^{quinq}ies CP), le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), l'appartenance à ou le soutien de l'organisation criminelle (art. 260^{ter} CP) et la corruption active d'agents publics et privés (art. 322^{ter}, art. 322^{quinq}ies, art. 322^{septies} al. 1 CP et art. 4a al. 1 let. a LCD⁵⁰³). Il s'agit d'une *responsabilité directe* de l'entreprise, qui répond *parallèlement* à la personne physique, s'il «doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher» qu'une telle infraction soit commise en son sein, dans l'exercice de son activité commerciale⁵⁰⁴. Le législateur suisse a ainsi consacré le *modèle direct*, auquel les conventions internationales tendent à préférer la responsabilité de la personne morale pour les actes et omissions de ses organes, selon *le modèle vicarial*.

Ce nonobstant, ce deuxième régime paraît plus incisif pour l'entreprise que celui décrit à l'art. 102 al. 1 CP, puisque celle-ci ne peut exploiter la subsidiarité par rapport à la responsabilité de la personne physique⁵⁰⁵. Le Conseil fédéral en déduit que le droit suisse satisfait aux exigences découlant de la Convention de Palerme, même s'il «ne semble pas correspondre tout à fait aux intentions de la convention»⁵⁰⁶. De même, à propos de la CNUCC, le Conseil fédéral relève que le droit suisse instaure une responsabilité primaire et parallèle de la personne morale pour les «actes constituant le noyau dur de la convention»⁵⁰⁷. S'il est exact que les principales infractions visées par ces conventions (crime organisé, corruption, blanchiment d'argent) sont soumises à l'art. 102 al. 2 CP, il en va différemment de l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP) visée par la Convention de Palerme ou encore des infractions en vertu des art. 17, 24 et 25 CNUCC, équivalant en droit suisse à la gestion déloyale des intérêts publics, au recel et à l'entrave à l'action pénale. Ces infractions sont soumises à la responsabilité subsidiaire de l'entreprise en vertu de l'art. 102 al. 1 CP, ce qui ne paraît conforme ni à l'art. 10 par. 3 Convention de Palerme ni à l'art. 26 par. 3 CNUCC. Le Conseil fédéral invoque la souplesse de ces deux conventions et la soupape de la réserve en faveur de principes juridiques du droit national⁵⁰⁸.

Si les conventions onusiennes ménagent la marge de manœuvre du législateur national, cela ne semble pas être le cas de la Convention pénale sur la cor-

503 L'art. 4a al. 1 let. a LCD, visant la corruption privée active, a été ajouté par l'arrêté fédéral (note 271), RO 2006 2371 2374; FF 2004 6607.

504 NIGGLI/GFELLER (note 502), Art. 102 StGB, N 24; ROTH 2002 (note 502), p. 96 s.

505 Dans le même sens, CASSANI (note 144), p. 676; PIETH, RPS 2003 (note 502), p. 358; *contra*: Gunther Arzt, Unternehmensstrafbarkeit – Fernwirkungen im materiellen Strafrecht (Fahrlässigkeit, Begünstigung, Urkundendelikte, Geschäftsbesorgung), recht 2004, p. 213 ss, p. 214.

506 Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6302.

507 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6968.

508 Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6302; Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6969.

ruption du Conseil de l'Europe, dont l'art. 18 est formulé de manière stricte et l'art. 37 ne permet pas de réserves sur ce point. La même observation peut être faite à propos des art. 10 et 53 CBIFT 2005. Or, ni le régime subsidiaire en vertu de l'art. 102 al. 1 CP, ni celui découlant de l'art. 102 al. 2 CP ne paraissent entièrement conformes à l'exigence d'une responsabilité de type vicarial de la personne morale découlant de ces instruments. Ces derniers fondent la responsabilité sur l'imputation des infractions commises par un organe. Le droit suisse est plus large, dans le sens que toute personne ayant agi au sein de l'entreprise peut commettre l'infraction imputée à l'entreprise, sans que la qualité d'organe ne soit exigible⁵⁰⁹. A l'inverse, l'exigence de la preuve d'un défaut d'organisation de l'entreprise et de son rôle causal pour la commission de l'infraction semble irrémédiablement compromettre la conformité du droit suisse à ces conventions internationales⁵¹⁰.

En effet, même lorsque le *régime direct et parallèle* de l'art. 102 al. 2 CP s'applique, l'entreprise *échappe* à toute sanction s'il ne peut être établi que la commission de l'infraction est imputable causalement à l'omission de *mesures d'organisation raisonnables et nécessaires qui auraient été propres à empêcher celle-ci*⁵¹¹. Le Message du Conseil fédéral à propos de la Convention pénale sur la corruption s'applique à démontrer que la divergence entre le droit suisse et le modèle préconisé par la convention est négligeable et que toutes les variantes visées par cette dernière sont couvertes. Le fait qu'une personne dirigeante puisse commettre une infraction ou permettre par son manque de contrôle à un subordonné d'en commettre une, serait toujours l'illustration d'un manque d'organisation, tout autre cas de figure étant «à peine envisageable»⁵¹².

La référence au manque d'organisation, voire à l'omission de mesures d'organisation raisonnables et nécessaires qui auraient été propres à empêcher l'infraction, correspond à la manière dont le droit suisse construit la «faute sociale», qui vient remplacer la faute des organes dans le modèle vicarial⁵¹³. C'est à l'accusation qu'incombe non seulement la tâche de prouver l'infraction commise par la personne physique au sein de l'entreprise, mais aussi celle de démontrer quelle mesure – raisonnablement exigible – aurait été propre à empêcher cette infraction⁵¹⁴. Il en découle une limitation qui n'a pas échappé aux experts de l'OCDE, dont le rapport sur la législation suisse dans le cadre de la deuxième phase d'examens en vertu de la Convention contre la corruption d'agents publics étrangers met en doute la capacité du droit suisse d'assurer

509 NIGGLI/GFELLER (note 502), Art. 102 StGB N 65; PIETH, RPS 2003 (note 502), p. 359 s.

510 CASSANI (note 144), p. 677.

511 MACALUSO (note 501), p. 155, N 891 ss; NIGGLI/GFELLER (note 502), Art. 102 StGB, N 65, 237.

512 Message (note 270), FF 2004 6549, p. 6588.

513 PIETH, RPS 2003 (note 502), p. 363.

514 CASSANI (note 144), p. 683.

l'imposition de «sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives»⁵¹⁵. Les experts du GAFI ont, pour leur part, constaté dans leur rapport de 2005 l'absence de toute application jurisprudentielle permettant d'apprécier la portée de la responsabilité pénale de la personne morale, qu'ils ont mis sur le compte de l'entrée en vigueur récente de la loi⁵¹⁶.

Seule la pratique des tribunaux pourrait permettre de vérifier le bien-fondé des doutes exprimés par les experts de l'OCDE. Or, la pratique reste extrêmement éparse, voire quasiment inexistante, plus de quatre ans après l'entrée en vigueur des dispositions légales suisses. Ce fait semble en soi propre à fournir une indication sur l'adéquation de l'œuvre du législateur aux besoins de la pratique.

IV. Les mesures préventives contre le blanchiment d'argent, en particulier les devoirs imposées au secteur financier et à d'autres secteurs «sensibles»

1. Le cadre normatif supranational

Alors que la répression du blanchiment s'est imposée tout d'abord, sur le plan international, par la Convention de Vienne, c'est le GAFI qui a tenu le rôle clé dans la mise en place du volet préventif.

a. Les standards du GAFI

Sous le titre «*Renforcement du rôle du système financier*», les recommandations du GAFI en 1990 énonçaient des mesures propres à empêcher l'«entrée d'espèces dans le système financier», considérée comme étant «d'une importance cruciale dans le processus de blanchiment des capitaux»⁵¹⁷. Les révisions de 1996 et 2003 ont rendu ce dispositif plus exigeant et d'application plus large. L'analyse ci-dessus se limite aux recommandations actuellement en vigueur, soit aux 40 recommandations révisées en 2003 et aux 9 recommandations spéciales sur le financement du terrorisme.

i. Les recommandations GAFI 2003

- a) La portée des recommandations quant aux activités soumises:
«institutions financières et entreprises et professions non financières»

En premier lieu, ce sont les «institutions financières» qui sont visées; le Glossaire décrit les activités qui sont englobées dans le terme, tout en admettant cer-

515 OCDE, Rapport cité note 276, par. 22, 105 à 113; voir particulièrement le commentaire sous par. 113.

516 3^e Rapport GAFI, Suisse (note 282), par. 112.

517 GAFI, Recommandations 1990, rapport annuel du GAFI 1990, p. 22.

taines exceptions pour les activités occasionnelles ou très limitées, ou pour certaines activités, lorsque le risque de blanchiment de capitaux est faible.

Cependant, les devoirs de vigilance s'étendent à d'autres activités, qui se voient ainsi englobées dans les mesures de lutte anti-blanchiment, au motif qu'elles sont considérées comme particulièrement vulnérables⁵¹⁸ ou du fait qu'elles exercent une fonction de «gatekeepers» (ouvreurs de portes), qui les expose aux risques d'abus⁵¹⁹. La R. 12 étend le devoir de vigilance relatif à la clientèle et de conservation des documents (découlant des R. 5, 6, 8 à 11) aux:

- a) casinos, pour autant que les clients effectuent des transactions financières atteignant un certain seuil, désigné dans les notes interprétatives⁵²⁰;
- b) agents immobiliers, «lorsqu'ils effectuent des transactions pour leurs clients concernant l'achat et la vente de biens immobiliers»,
- c) négociants en métaux précieux ou en pierres précieuses, en cas de transactions en espèces atteignant la valeur seuil applicable;
- d) «[a]vocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables – lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour leurs clients dans le cadre des activités suivantes:
 - achat et vente de biens immobiliers;
 - gestion des capitaux, des titres ou autres actifs du client;
 - gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de titres;
 - organisation des apports pour la création, l'exploitation ou la gestion de sociétés;
 - création, exploitation ou gestion de personnes morales ou de constructions juridiques, et achat et vente d'entités commerciales»;
- e) «[p]restataires de services aux sociétés et trusts – lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour un client dans le cadre des activités visées par les définitions figurant dans le Glossaire». Ce dernier énumère toute une palette d'activités, qui doivent être fournies à titre commercial à des tiers, allant de l'intervention comme agent dans la constitution d'une personne morale, à l'administration, en passant par la fourniture d'une adresse commerciale ou de locaux.

En vertu de la R. 16, les obligations en matière de déclaration d'opérations suspectes (R. 13 et 14), de programme de lutte contre le blanchiment (R. 15) et d'attention particulière à l'égard des personnes établies dans des pays qui n'appliquent pas suffisamment les standards du GAFI (R. 21) s'appliquent également à ces *professions non financières*.

518 GILMORE (note 44), p. 119.

519 GAFI Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, 2003–2004, p. 28.

520 Notes interprétatives des R. 5, 12 et 16.

L'application de la R. 13, visant le devoir de communication, soulève des questions particulièrement délicates pour ce qui est des professions soumises à une obligation de discrétion. Le principe consacré par la R. 16 est que «[l]es avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables devraient être tenus de déclarer les opérations suspectes lorsque, pour le compte de ou pour un client, ils effectuent une transaction financière dans le cadre des activités visées par la [r]ecommandation 12 [let. d]. Les pays sont fortement encouragés à étendre l'obligation de déclaration à toutes les autres activités professionnelles des comptables, notamment l'activité de vérification des comptes».

Ce principe affirmé, la même R. 16 précise que «[l]es avocats, les notaires, les autres professions juridiques indépendantes et les comptables agissant en qualité de juristes indépendants ne sont pas tenus de déclarer les opérations suspectes si les informations qu'ils détiennent ont été obtenues dans des circonstances relevant du secret professionnel ou d'un privilège professionnel légal» (voir les notes interprétatives de la R. 16 et des R. 5, 12 et 16).

Enfin, la R. 20 encourage les pays à *envisager l'application des 40 recommandations à d'autres entreprises et professions non financières*, si elles présentent des risques au regard du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

b) Le devoir de vigilance («due diligence») relatif à la clientèle

Les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle s'étendent à l'obtention d'«informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires» (R. 5 let. c) et à l'exercice d'«une vigilance constante à l'égard de la relation d'affaires» (R. 5 let. d). Il ne suffit pas que le bénéficiaire effectif soit identifié, encore faut-il que l'institution financière prenne «des mesures raisonnables pour vérifier cette identité» (R. 5 let. b). Si le respect de toutes ces obligations s'avère impossible, l'institution financière doit renoncer à nouer une relation ou à effectuer une transaction ou y mettre fin, tout en effectuant une «déclaration d'opérations suspectes concernant ce client» (R. 5).

Pour la première fois, les recommandations préconisent l'approche fondée sur le risque. Des mesures de vigilance supplémentaires sont requises s'agissant de *personnes politiquement exposées* (R. 6), et des *relations de correspondant bancaire* (R. 7). Par ailleurs, les institutions financières devraient porter une attention particulière aux menaces de blanchiment liées aux technologies nouvelles et mettre en place, entre autres, des dispositifs de gestion de risques liés aux relations d'affaires ou aux transactions qui n'impliquent pas la présence physique des parties (R. 8). En vertu de la R. 11, une attention particulière doit être accordée non seulement à toutes les opérations complexes, mais aussi à celles «d'un montant anormalement élevé et à tous les types inhabituels de transactions, lorsqu'elles n'ont pas d'objet économique ou licite apparent»;

«les résultats de cet examen devraient être établis par écrit, et être mis à disposition des autorités compétentes et des commissaires aux comptes»⁵²¹.

c) Déclaration d'opérations suspectes

La déclaration d'opérations suspectes est devenue une obligation à la révision des 40 recommandations de 1996 (R. 15 de 1996). En 2003, le devoir est étendu au soupçon d'un lien avec le *financement du terrorisme* et formulé en des termes plus stricts. Les institutions visées «devraient être tenues, directement en vertu d'une loi ou d'une réglementation, de faire sans délai une déclaration d'opérations suspectes auprès de la cellule de renseignements financiers (CRF)» (R. 13). La communication doit être faite si l'institution financière soupçonne ou a des raisons suffisantes de soupçonner que des fonds proviennent d'une activité criminelle ou sont liés au financement du terrorisme.

Les personnes qui déclarent de *bonne foi* leurs soupçons à la CRF doivent être protégées contre toute responsabilité, pénale ou civile, en vertu de la R. 14. En outre, la «no-tipping off rule» doit faire l'objet d'une interdiction légale visant la divulgation du fait «qu'une déclaration d'opérations suspectes ou une information qui la concerne est communiquée à une CRF» (R. 14).

d) Autres mesures de dissuasion concernant le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

Ces mesures visent, notamment, à l'instauration des sanctions civiles, pénales ou administratives applicables à ceux qui violent les recommandations (R. 17), à l'interdiction des banques fictives et la renonciation à tous liens avec elles (R. 18) et à ce que les Etats envisagent un système qui permettrait la déclaration des transactions en espèces supérieures à un certain montant (R. 19⁵²²).

Par ailleurs, les institutions financières devraient prêter une attention particulière à leurs relations et transactions avec des personnes résidant dans des pays qui n'appliquent pas suffisamment les recommandations du GAFI (R. 21) et faire en sorte que leurs succursales et filiales situées à l'étranger appliquent les principes qui en découlent (R. 22).

e) Réglementation et surveillance

Les pays devraient s'assurer que les institutions financières sont soumises à une réglementation et une surveillance adaptées et qu'elles mettent effectivement en œuvre les recommandations. Par ailleurs, ils sont encouragés à prendre les mesures législatives ou règlementaires nécessaires pour éviter que des criminels ne prennent le contrôle d'institutions financières, en soient les bénéficiaires ef-

521 La durée de conservation des pièces est de 5 ans au minimum, dès la fin de la relation d'affaires (R. 10).

522 Modifiée le 22 octobre 2004.

flectifs ou y acquièrent une participation significative ou de contrôle, ou y occupent un poste de direction (R. 23).

Les entreprises et les professions non financières désignées devraient également faire l'objet d'une réglementation et surveillance, et d'un dispositif efficace de suivi et de contrôle, pris en fonction de la sensibilité aux risques et qui peut relever de l'autorégulation (R. 24b).

f) Transparence des personnes morales et constructions juridiques

Craignant que les personnes morales et constructions juridiques telles que les trusts soient utilisées pour blanchir de l'argent, le GAFI recommande aux pays de s'assurer de la transparence de celles-ci, en particulier du fait que les autorités puissent obtenir des informations adéquates, pertinentes et à jour sur leurs bénéficiaires effectifs, les personnes qui les contrôlent et les actionnaires, plus particulièrement les actionnaires au porteur (R. 33). De même, pour les constructions juridiques telles que les trusts exprès, les informations doivent être disponibles concernant le settlor, les administrateurs et les bénéficiaires (R. 34). Dans les deux cas, les pays sont encouragés à faciliter l'accès à ces informations aux institutions financières, dans le but de leur faciliter l'identification de la clientèle.

ii. Les recommandations spéciales du GAFI sur le financement du terrorisme

L'émotion qui a suivi les attentats de 2001 ont permis de faire passer des mesures qui restent en vigueur même après la révision des 40 recommandations auxquelles elles n'ont pas été intégrées:

- La R.S. VI entend soumettre les personnes physiques ou morales qui fournissent des *services de transmission de fonds ou de valeurs* à toutes les recommandations qui s'appliquent aux banques et aux institutions financières non bancaires.
- L'obligation de déclarer les transactions suspectes est étendue aux fonds qui «sont liés, associés ou destinés à être utilisés pour le financement du terrorisme, des actes terroristes ou des organisations terroristes» (R.S. IV).
- En vertu de la R.S. VII, les institutions financières devraient être obligées à «*inclure des renseignements exacts et utiles relatifs au donneur d'ordre*» dans *les virements électroniques* et à mettre «en œuvre une surveillance approfondie et un suivi aux fins de détection des activités suspectes des transferts de fonds non accompagnés de renseignements complets sur le donneur d'ordre».
- La R.S. VIII invite les pays à examiner l'adéquation de leur législation concernant les «entités qui peuvent être utilisées afin de financer le terrorisme», en particulier les *organismes à but non lucratif*.
- Les *passeurs de fonds* («*cash couriers*») sont visés par la R.S. IX ajoutée en 2004, selon laquelle les pays devraient avoir des mesures de détection des transports physiques transfrontières d'espèces et des instruments au porteur,

des mesures de blocage ou de rétention et de confiscation des espèces et instruments au porteurs, ainsi que des sanctions efficaces en cas de déclaration inexacte.

b. *La CRFT*

Les conventions internationales, dans la mesure où elles définissent des règles préventives, n'atteignent pas la densité des normes élaborées par le GAFI; cependant, le fait que ces règles soient insérées dans des textes obligatoires leur confère un poids particulier.

L'art. 18 CRFT énumère des mesures préventives, notamment «des mesures faisant obligation aux institutions financières et aux autres professions intervenant dans les opérations financières d'utiliser les moyens disponibles les plus efficaces pour identifier leurs clients habituels ou occasionnels, ainsi que les clients dans l'intérêt desquels un compte est ouvert, d'accorder une attention particulière aux opérations inhabituelles ou suspectes et de signaler les opérations présumées découler d'activités criminelles» (par. 1 let. b). Parmi les mesures que les Etats parties doivent envisager à ce titre, on trouve:

- l'obligation d'identification des clients et des «vérifiables détenteurs de ces opérations»;
- l'obligation de vérifier l'existence et la structure juridiques du client, lorsque celui-ci est une personne morale;
- l'obligation de «signaler promptement aux autorités compétentes toutes les opérations complexes, inhabituelles, importantes, et tous les types inhabituels d'opérations, lorsqu'elles n'ont pas de cause économique ou licite apparente, sans crainte de voir leur responsabilité pénale ou civile engagées pour violation des règles de confidentialité, si elles rapportent de bonne foi leurs soupçons»;
- l'obligation de conserver les pièces nécessaires se rapportant aux opérations tant internes qu'internationales.

Par ailleurs, aux termes de l'art. 18 par. 2 CRFT, les Etats parties doivent envisager la supervision des organismes de transfert monétaire, ainsi que «des mesures réaliste qui permettent de détecter ou de surveiller le transport physique transfrontière d'espèces et d'effets au porteur négociables, sous réserve qu'elles soient assujetties à des garanties strictes visant à assurer que l'information est utilisée à bon escient et qu'elles n'entravent en aucune façon la libre circulation des capitaux».

c. *La Convention de Palerme*

En vertu de l'art. 7 par. 1 let. a Convention de Palerme, chaque Partie institue «un régime interne complet de réglementation et de contrôle des banques et institutions financières non bancaires, ainsi que, le cas échéant, des autres en-

tités particulièrement exposées au blanchiment d'argent, dans les limites de sa compétence, afin de prévenir et de détecter toutes formes de blanchiment d'argent, lequel régime met l'accent sur les exigences en matière d'identification des clients, d'enregistrement des opérations et de déclaration des opérations suspectes». En vertu de l'art. 7 par. 1 let. b, les Parties sont tenues de s'assurer de ce que les autorités chargées de la lutte contre le blanchiment «sont en mesure de coopérer et d'échanger des informations aux niveaux national et international, dans les conditions définies par [leur] droit interne et, à cette fin, envisage[nt] la création d'un service de renseignement financier qui fera office de centre national de collecte, d'analyse et de diffusion d'informations concernant d'éventuelles opérations de blanchiment d'argent».

L'art. 7 par. 2 invite les Parties, de manière plus souple, à envisager de mettre en œuvre des mesures de détection et de surveillance des mouvements trans-frontières d'espèces.

Pour le surplus, concernant l'aménagement d'un régime préventif du blanchiment, «les Etats parties sont invités à prendre pour lignes directrices les initiatives pertinentes prises par les organisations régionales, interrégionales et multilatérales pour lutter contre le blanchiment d'argent» (art. 7 par. 3). Selon le Message du Conseil fédéral en vue de la ratification de la convention, «[d]ans le cadre des travaux préparatoires, il avait été précisé que cette disposition se rapportait plus particulièrement aux recommandations du GAFI»⁵²³. Ainsi, la convention ne définit pas elle-même les principaux éléments du dispositif de prévention que les Etats parties sont censés mettre en œuvre, mais renvoie, à titre de «*ligne directrice*», aux normes établies par les organismes supranationaux qui se consacrent à la lutte contre le blanchiment. Comme le relève Gilmore, «il aurait été sans aucun doute beaucoup plus utile pour garantir un niveau adéquat d'harmonisation entre les Etats participants d'identifier les éléments au cœur de l'approche préventive et de les traiter plus en détail dans le texte»⁵²⁴. En contrepartie, ce renvoi à la *soft law* élaborée par des experts de la lutte anti-blanchiment, invoquée à titre de «*ligne directrice*», a permis aux négociateurs d'inclure l'obligation de principe visant à créer un volet préventif, tout en préservant le caractère souple et dynamique des mesures à envisager.

Ce renvoi à un corps de règles qui reste dynamique n'est pas pour autant sans susciter des interrogations fondamentales au regard de la légitimité démocratique des normes qui sont ainsi introduites dans des conventions internationales et qui deviennent partie intégrante de l'ordre juridique national au moment de leur ratification, en tout cas dans les pays de tradition moniste. En effet, au moment où a été négociée la Convention de Palerme, les recommandations du GAFI auxquelles on pouvait se référer étaient celles de 1996, qui ont subi des modifications importantes à la révision de 2003. S'il faut supposer

523 Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6299; dans le même sens, GILMORE (note 44), p. 73.

524 GILMORE (note 44), p. 73.

que les Parties ont voulu se référer à des standards dont elles ont connu la vocation évolutive, il est néanmoins difficile de considérer qu'elles se sont accordées sur des règles qu'elles ne connaissaient pas encore.

d. *La Convention de Mérida*

La CNUCC décrit des mesures visant à prévenir le blanchiment d'argent dans le chapitre II consacré aux mesures préventives (art. 14 CNUCC). Par ailleurs, d'autres mesures destinées à «empêcher que les avoirs acquis grâce à la corruption ne trouvent accès au système financier international» et faisant dès lors partie du dispositif préventif en matière de blanchiment, sont énoncées à l'art. 52 CNUCC, rangé dans le chapitre V, consacré au recouvrement d'avoirs.

L'art. 14 CNUCC (*«Mesures visant à prévenir le blanchiment d'argent»*) est basé sur l'art. 7 de la Convention de Palerme. Les innovations, qui trahissent l'influence des recommandations actuelles du GAFI, résident dans le fait que les mesures de prévention s'appliquent aussi aux «personnes physiques ou morales qui fournissent des services formels ou informels de transmission de fonds ou de valeurs» et que le par. 3 oblige les Etats à envisager de «mettre en œuvre des mesures appropriées et réalisables» pour assurer que des informations exactes et complètes sur le donneur d'ordre soient données dans les messages concernant les transferts électroniques de fonds, que ces informations soient conservées et qu'une surveillance accrue soit exercée sur les transferts de fonds en l'absence d'informations complètes. Pour le surplus, le par. 4 renvoie, comme la Convention de Palerme, aux initiatives pertinentes prises par les organisations régionales, interrégionales et multilatérales pour lutter contre le blanchiment d'argent, dont les Etats sont invités à «s'inspirer».

L'art. 52 CNUCC (*«Prévention et détection des transferts du produit du crime»*), instaure un régime préventif qui s'inspire également des recommandations du GAFI révisées en 2003 et opte pour une approche basée sur le risque (*«risk-based approach»*), dans laquelle la surveillance des relations avec les «*Politically exposed persons*» prend tout naturellement, du fait du but de la convention, une importance particulière. Ainsi, le par. 1 incite les Parties à veiller à l'identification des clients et à la mise en place de «mesures raisonnables pour déterminer l'identité des ayants droit économiques des fonds déposés sur de gros comptes» et à «soumettre à une surveillance accrue les comptes que des personnes qui exercent, ou ont exercé, des fonctions publiques importantes et des membres de leur famille et de leur proche entourage cherchent à ouvrir ou détiennent directement» ou par un intermédiaire.

Pour faciliter l'application de ces mesures, le par. 2 invite chaque Etat Partie à publier des lignes directrices sur les personnes dont les comptes doivent faire l'objet d'une surveillance accrue et de leur notifier l'identité des autres personnes dont les comptes doivent être plus particulièrement surveillés.

Le par. 4 traite des banques correspondantes et de celles qui n'ont pas de présence physique et ne sont pas affiliées à un groupe financier réglementé.

Quant au par. 5, il consacre une exigence d'une toute autre nature, puisqu'il incite chaque Etat Partie à établir, conformément à son droit interne, «des systèmes efficaces de divulgation de l'information financière» à la charge des agents publics «appropriés» et de prévoir des sanctions en cas de non-respect de cette obligation.

e. *La Convention de Varsovie*

L'art. 12 CBIFT 2005 oblige chaque Partie à mettre en place une cellule de renseignement financier. L'art. 12 par. 2, qui reprend la définition du groupe Egmont⁵²⁵, exige que la cellule de renseignement financier ait «un accès, direct ou indirect et en temps voulu, aux informations financières, administratives et en provenance des autorités de poursuite pénale pour exercer correctement ses fonctions et notamment analyser les déclarations d'opérations suspectes».

En vertu de l'art. 13 par. 1 CBIFT 2005, «un régime interne complet de réglementation et de suivi ou de contrôle pour prévenir le blanchiment» doit être mis en place. Ce faisant, «[c]haque Partie doit tenir compte tout particulièrement des normes internationales applicables dans ce domaine, y compris plus particulièrement les recommandations adoptées par le Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI)». Le Rapport explicatif précise que les auteurs de la convention ont souhaité faire une référence explicite «aux recommandations révisées du GAFI, qui sont intégrées dans l'acquis du Conseil de l'Europe par le biais du mandat de MONEYVAL»⁵²⁶. Nonobstant le renvoi à cette réglementation, les éléments essentiels sont énoncés au par. 2: il s'agit des devoirs d'identification, de déclaration de soupçons, de documentation, de la «no-tipping off rule», ainsi que de l'existence d'un contrôle adéquat. Par ailleurs, le par. 3 exige des Parties qu'elles prennent les mesures nécessaires pour «détecter les transports transfrontaliers significatifs d'espèces et d'instruments au porteur appropriés». Enfin, l'art. 14 CBIFT 2005 exprime, en des termes maladroits, que les Parties doivent prévoir un mécanisme de blocage, permettant à l'autorité compétente, lorsqu'il existe un soupçon de blanchiment, «d'agir en urgence pour suspendre ou reporter la conclusion d'une transaction en cours», la durée maximale du report de la transaction étant fixée par la législation nationale.

f. *Le dispositif préventif anti-blanchiment selon les directives européennes*

Les directives européennes énoncent les mesures propres à éviter l'abus du système financier et d'autres professions soumises dans le but de blanchir des capitaux et, dès la Directive contre le blanchiment de 2005, de financer le terro-

525 Rapport explicatif (note 160), ch. 115.

526 Rapport explicatif (note 160), ch. 117.

risme. Elles imposent des devoirs de diligence et des mesures de contrôle que nous n'analyserons pas dans le détail. Nous nous contenterons de deux aspects, particulièrement révélateurs de l'extension progressive du dispositif.

i. Les entités et professions soumises

Les entités soumises aux devoirs de la Directive 1991 sont les établissements de crédits et les institutions financières, au sens de l'art. 1^{er}, 1^{er} et 2^e tiret⁵²⁷. A ces entités, la Directive 2001 ajoute différentes personnes morales ou physiques, lorsque celles-ci agissent dans le cadre de leur profession: les commissaires aux comptes, experts comptables externes et conseillers fiscaux; les agents immobiliers; les notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes lorsqu'ils assistent ou agissent pour le compte de leur client et au nom de celui-ci dans des transactions de nature financière ou immobilière; les marchands d'articles de grande valeur (tels que les métaux ou pierres précieux), les marchands d'œuvres d'art et les commissaires-priseurs, lorsque le paiement est effectué en espèces pour un montant supérieur ou égal à EUR 15 000; les casinos (art. 2 bis point 3 à 7).

La Directive 2005 n'a que peu élargi le cercle des entités visées par rapport à la Directive 2001; elle s'adresse aux établissements de crédit, aux établissements financiers et aux professions énumérées à l'art. 2 bis de la Directive 2001 (art. 2 par. 1 point 3 Directive 2005). Y sont ajoutés les *prestataires de services aux sociétés et fiducies*. De plus, la catégorie touchant les marchands d'articles de grande valeur été *élargie à toutes les personnes physiques et morales négociant des biens*, lorsque le paiement est effectué en espèces pour un montant supérieur ou égal à EUR 15 000 (art. 2 par. 1 point 3 let. e Directive 2005).

On observe ainsi une extension du dispositif au-delà du secteur financier initialement visé⁵²⁸ vers d'autres professions dont l'activité est considérée comme particulièrement sensible au risque de blanchiment, ou qui occupent une position de «gatekeeper» du système financier. Pour la première fois, la Directive 2005 tente de réduire quelque peu le champ d'application du dispositif en introduisant une clause de «bagatelle» (art. 2 par. 2)⁵²⁹.

527 La notion est définie de manière large, cf. HINTERSEER (note 173), p. 219.

528 Reste à noter que l'art. 12 de la Directive 1991, quasiment inchangé dans la Directive 2001 et repris à l'art. 4 par. 1 de la Directive 2005, engage les Etats membres «à étendre tout ou partie des dispositions de la présente directive [à d'autres professions et catégories d'entreprises que celles énumérées dans la directive], qui exercent des activités particulièrement susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux» ou à des fins de financement du terrorisme (art. 4 par. 1 Directive 2005).

529 Cette disposition a été précisée par l'art. 4 de la Directive 2006 de la Commission européenne.

ii. L'obligation de déclaration

Dès la Directive 1991, c'est une *obligation* et non un simple droit de déclarer des soupçons qui est ancrée à l'art. 6. Les entités soumises à la directive doivent informer l'autorité nationale responsable de la lutte anti-blanchiment de «tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux». Cette formulation sera modifiée dans la Directive 2005 qui, à son art. 22, oblige les établissements et personnes soumis à faire une annonce à la CRF «lorsqu'ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'une opération ou une tentative de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme est en cours ou a eu lieu».

Les Directives traitent aussi des obligations classiques qui accompagnent celle de déclarer, soit l'abstention d'exécuter des transactions⁵³⁰ et la «no-tipping off rule»⁵³¹. Elles prévoient également l'exclusion de toute responsabilité pour une divulgation faite de bonne foi⁵³². Une règle de protection du «whistleblower» est introduite dans la Directive 2005 (art. 27).

Dès 2001, le devoir d'annonce s'étend aux professions nouvellement incluses, avec certains aménagements découlant de l'art. 6 par. 3, dont le plus important consiste à permettre aux Etats d'exempter les notaires, les membres des professions juridiques indépendantes, les commissaires aux comptes, les experts-comptables externes et les conseillers fiscaux de l'obligation de déclaration pour des «informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure». L'art. 23 de la Directive 2005 est similaire à l'art. 6 par. 3 de la Directive 2001.

La solution européenne offre une protection moins solide du secret des professions juridiques que ce n'est le cas en droit suisse, puisqu'elle inclut la participation à certaines transactions ne relevant pas de l'intermédiation financière selon les conceptions suisses et que l'exemption du devoir de communiquer paraît plus étroitement taillée.

L'inclusion des professions juridiques, en particulier des avocats et des notaires, dans le dispositif européen et l'aménagement de la protection de leur secret professionnel au regard de leur devoir d'annonce dans la Directive 2001 a été non seulement largement débattue pendant les travaux préparatoires⁵³³, mais portée par la suite devant la Cour de justice européenne dans le cadre de sa

530 Art. 7 Directive 1991, art. 7 Directive 2001, art. 24 Directive 2005.

531 Art. 8 Directive 1991, art. 8 Directive 2001, art. 28 Directive 2005.

532 Art. 9 Directive 1991, art. 9 Directive 2001, art. 26 Directive 2005.

533 MITSILEGAS/GILMORE (note 173), p. 123.

transposition dans le droit national par le législateur belge⁵³⁴. Requise par des ordres de barreaux d'avocats d'annuler certains articles de cette loi, la Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle) a saisi la Cour de justice des Communautés européennes d'une demande de décision préjudiciable sur la question de savoir si l'extension aux avocats des obligations d'information et de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux en vertu de la directive modifiée viole le droit à un procès équitable garanti au regard de l'art. 6 CEDH.

Dans son arrêt du 26 juin 2007⁵³⁵, la Cour de justice européenne considère que tel n'est pas le cas, les notaires et membres des professions juridiques indépendantes n'étant soumis à l'obligation d'informer les autorités et de coopérer avec elles, en vertu de l'art. 2 bis point 5 de la Directive 2001, que pour des transactions qui, «[e]n règle générale [...], en raison de leur nature même, se situent dans un contexte qui n'a pas de lien avec une procédure judiciaire et, partant, en dehors du champ d'application du droit à un procès équitable»⁵³⁶. Par ailleurs, souligne la Cour, l'avocat est exonéré des obligations d'informer et de coopérer dès le moment où il est sollicité pour l'exercice d'une mission de défense ou de représentation en justice ou pour l'obtention de conseils sur la manière d'engager ou d'éviter une procédure⁵³⁷. La Cour de justice européenne laisse néanmoins subsister une marge de manœuvre pour la Cour constitutionnelle belge qui l'avait saisie, puisqu'elle souligne expressément que son examen se limite à la seule question qui lui a été soumise, soit celle de la conformité des dispositions pertinentes de la directive modifiée à la garantie d'un procès équitable (art. 6 CEDH). Ainsi, l'arrêt ne tranche pas la question de la conformité de ces mêmes dispositions à l'art. 8 CEDH, garantissant le droit au respect de la vie privée⁵³⁸.

2. *Le dispositif préventif en vertu du droit suisse à l'aune des standards internationaux: principaux points de friction*

Le dispositif préventif du droit suisse se concentre sur le secteur financier. La LBA énonce les mesures que les intermédiaires financiers sont tenus de mettre en place pour lutter contre le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP et

534 Loi du 12 janvier 2004, modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, et la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires financiers et conseillers en placements (Moniteur belge du 23 janvier 2004, p. 4352).

535 Arrêt de la Cour de justice européenne (grande chambre) du 26 juin 2007 (affaire C-305/05), Ordre des barreaux francophones et germanophone (etc.)/Conseil des ministres. Pour un examen critique, cf. JEAN-PIERRE GROSS, Revue de l'avocat 9/2007, pp. 392 ss.

536 Arrêt du 26 juin 2007, par. 33.

537 Arrêt du 26 juin 2007, par. 34.

538 Arrêt du 26 juin 2007, par. 19.

définit la vigilance requise en matière d'opérations financières (art. 1 LBA). Il s'agit de mesures destinées à prévenir l'utilisation du système financier pour des opérations de blanchiment et à faciliter la détection de telles opérations. Selon le projet de révision de 2007, la lutte contre le financement du terrorisme sera expressément mentionnée dans le titre de la loi et dans l'art. 1^{er} qui en fixe le but.

La LBA définit la notion d'intermédiaire financier (art. 2 LBA), ainsi que les obligations de diligence (art. 3 à 8 LBA) et devoirs en cas de soupçon de blanchiment d'argent (art. 9 à 11 LBA).

Pour concrétiser davantage encore ces devoirs et en contrôler l'application, elle met en œuvre un *dispositif institutionnel* qui allie la surveillance administrative par les autorités instituées par les lois spéciales (art. 12 LBA) et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 13 al. 1 let. b LBA), bientôt réunies dans la FINMA⁵³⁹, à l'autorégulation déléguée aux organismes d'autorégulation créés par les intermédiaires financiers et reconnus par l'autorité administrative (art. 13 al. 1 let. a LBA). Dans le domaine bancaire, l'autorégulation n'est pas exercée par un organisme sujet à l'agrément par l'autorité administrative, mais l'Association suisse des banquiers exerce également un contrôle et prononce des sanctions en cas de violation de la CDB.

Ce canevas institutionnel, auquel s'ajoute la justice pénale lorsqu'elle est mise en œuvre, aboutit à un cumul de compétences et de possibilités de sanctions qui peut nuire à l'efficacité de l'ensemble. Ce conflit est particulièrement critique, lorsqu'au devoir de collaboration de l'administré s'opposent les droits dont bénéficie l'accusé au pénal, en particulier la présomption d'innocence et la protection contre l'incrimination de soi-même en vertu du principe «*nemo tenetur se ipsum accusare*» découlant de l'art. 6 CEDH et des constitutions et codes de procédure pénale⁵⁴⁰.

La *production normative* est multifocale, tout en étant fortement canalisée par le cadre légal découlant de la LBA. Elle mêle des normes de nature étatique, privée ou à caractère mixte, qui interagissent pour former un tissu normatif complexe. Les autorités de surveillance ont pris des ordonnances pour concrétiser les normes de comportement à l'intention des intermédiaires financiers qui leur sont directement ou indirectement soumis. Des normes essentielles au regard des standards internationaux les plus actuels sont traduites dans l'OBA-CFB, qui est plus exigeante que la LBA, entre autres pour ce qui concerne les obligations au contact des «*Politically exposed persons*» et la traduction de

539 Cf. *supra* C.XI, p. 292 ss.

540 Dans ce sens, Commission fédérale des banques, EBK-Sanktionenbericht (note 312), avril 2003, p. 30. Il convient de noter que l'adoption de la LFINMA n'a fait que de perpétuer la tension existant entre le devoir de coopération de l'administré et sa protection contre la *self-incrimination* en cas de perspective d'une sanction pénale; cf. WOHLERS (note 312), p. 68 à 77. ZULAUF (note 310, p. 187) considère que les difficultés sont surmontables en pratique.

l'approche basée sur les risques liés à certaines relations et opérations⁵⁴¹. Les organismes d'autorégulation ont élaboré des règlements à l'intention de leurs adhérents, censés plus proches des spécificités de l'activité de leurs membres, mais leur production normative a subi l'influence décisive d'un règlement-type élaboré d'entrée de cause par l'Autorité de contrôle⁵⁴². Les banquiers ont fixé certaines règles de comportement en matière d'identification de la clientèle bien avant l'élaboration de dispositions pénales et de la LBA, dans une convention de nature privée qui ne devait lier que les signataires. Cependant, ces règles sont élaborées en concertation avec la CFB, qui les a déclarées obligatoires pour tous les intermédiaires financiers soumis à l'OBA-CFB (art. 14 OBA-CFB)⁵⁴³. La CDB «devient ainsi directement du droit étatique»⁵⁴⁴, quand bien même le Tribunal fédéral juge qu'il s'agit d'une simple aide à l'interprétation de l'art. 305^{ter} (ATF 125 IV 139).

La pièce maîtresse qui établit le lien entre le volet répressif et préventif de la lutte contre le blanchiment d'argent est le *Bureau fédéral de communication en matière de blanchiment* (MROS, Money Laundering Reporting Office of Switzerland) instauré par l'art. 23 LBA. Il s'agit là de la cellule de renseignement financier (Financial Information Unit) suisse, dont le rôle est à la fois celui de *courroie de transmission et de filtre dans la coopération entre les intermédiaires financiers* et la justice pénale. C'est au MROS qu'incombe la tâche de vérifier les informations communiquées par les intermédiaires financiers en cas de soupçon de blanchiment et de les transmettre aux autorités de poursuite.

a. *Les principales critiques des experts du GAFI*

Dans le domaine préventif, les conventions internationales ratifiées par la Suisse, en particulier la Convention de Palerme et celle de Mérida (CNUCC), n'introduisent que peu d'exigences supplémentaires par rapport aux recommandations du GAFI, de sorte que notre analyse se limitera à ces dernières. Comme

541 Voir notamment les art. 7, 8, 17, 21 et 22 OBA-CFB.

542 Il s'agit donc d'une autorégulation surveillée (NICOLAS QUELOZ, BORIS BOLLER et FABRICE HAAG, *Dispositifs de contrôle du blanchiment d'argent*, Rapport scientifique final au FNRS, 2006, p. 100). Le texte du règlement-type n'est plus disponible sur internet, mais sa version allemande est publiée dans CHRISTOPH GRABER, *GwG: Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen*, 2^e éd., Zurich etc. 2003, Annexe 8, Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kontrollstelle): *Wegleitung für ein Reglement der Selbstregulierungsorganisationen* (SRO), p. 228.

543 Ainsi, l'Association suisse de banquiers établit des règles qui s'appliquent à tous les intermédiaires financiers visés à l'art. 2 OBA-CFB. Pour tenir compte des critiques formulées à cet égard par une participante à la procédure d'audition sur la révision de l'OBA-CFB de 2007 (ASG), l'art. 14 OBA-CFB 2007 précise que la CFB peut autoriser les autres intermédiaires financiers à appliquer en lieu et place de la CDB 2008 d'autres normes d'autorégulation reconnues (Rapport d'audition [note 216], p. 10).

544 JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, (Dé-, re, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière, Société suisse des juristes, Rapports et communications 2004, pp. 479 ss, p. 592.

déjà relevé, l'art. 7 Convention de Palerme renvoie aux standards du GAFI; si la CNUCC, à ses art. 14 et 52 CNUCC, va plus loin, le Message du Conseil fédéral en vue de sa ratification juge que les mesures préventives exigées sont d'ores et déjà «intégralement couvertes» par le droit suisse⁵⁴⁵.

Il ne saurait être question de traiter ici dans les détails toute la complexité du dispositif de prévention du blanchiment d'argent mis en œuvre par le droit suisse et de le comparer point par point aux standards internationaux, en particulier à ceux du GAFI. Cela reviendrait à dupliquer le travail fait avec beaucoup d'acribie par les experts dans leur rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse en 2005. Plus modestement, nous tenterons de mettre en évidence les principaux points de friction relevés dans ce rapport, ainsi que la manière dont le projet de mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI propose d'y répondre.

Les experts du GAFI ont pointé trois lacunes dans le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent justifiant à leurs yeux la note «non conforme». Ces lacunes portent sur:

- la R. 7, relative aux relations de correspondant bancaire, le reproche étant que le droit suisse n'a aucune disposition spécifique de vigilance applicable à ces relations⁵⁴⁶;
- la R. 33, relative à la transparence des personnes morales et à l'identification des bénéficiaires effectifs; le reproche formulé concerne le fait que les autorités n'ont pas accès au registre des actionnaires pour ce qui est des actions nominatives, l'absence de transparence de l'actionnariat des sociétés ayant émis des actions au porteur, ainsi que les fondations de famille gérées par des personnes n'agissant pas à titre professionnel⁵⁴⁷;
- la R.S. IX, relative aux passeurs de fonds, pour laquelle les mécanismes de mise en œuvre sont considérés comme insuffisants et incomplets.

Parmi les autres points qui ont suscité les critiques des experts du GAFI et justifient à leurs yeux la note «partiellement conforme», on relèvera:

545 Message concernant la Convention de Mérida (note 131), FF 2007 6931, p. 6987 s. (ad art. 52 CNUCC) et p. 6956 (ad art. 14 CNUCC). On notera tout de même que la Suisse ignore – fort heureusement – un système efficace de divulgation de l'information financière imposé aux agents publics, dont on peut d'ailleurs se demander s'il est compatible avec les droits fondamentaux, en particulier la garantie de la vie privée et la garantie d'un procès équitable, y compris celle de la présomption d'innocence. Il est vrai, cependant, que cette exigence est formulée de manière très souple («envisage d'établir») à l'art. 52 par. 5 CNUCC.

546 Les autorités suisses considèrent qu'une telle disposition n'est pas «nécessaire en raison du fait, d'une part, que les dispositions de l'ordonnance de la CFB s'appliquent également aux relations avec les clients qui sont des banques (art. 6 al. 1 OBA-CFB), et d'autre part, que les grandes banques suisses qui représentent une part très majoritaire du marché des relations de correspondance bancaire, ont adhéré aux «*Wolfsberg AML Principles for Correspondent Banking*»». 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), par. 526, p. 114.

547 Les autorités suisses contestent l'évaluation de la législation suisse sur ce point. 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), Tableau III, p. 252.

- la législation suisse en matière du devoir de vigilance relatif à la clientèle (R. 5), en particulier, pour ce qui est des livrets d'épargne au porteur⁵⁴⁸;
- les mesures existantes pour tenir compte des risques liés aux technologies nouvelles et aux relations d'affaires à distance (R. 8)⁵⁴⁹;
- l'attention insuffisante accordée à la question de l'assujettissement des entreprises et professions non financières désignées en vertu des R. 12 et 16;
- le système de déclaration des soupçons (R. 13), qui poserait «de très sérieux problèmes d'effectivité», révélés par le nombre trop faible de communications; aux yeux des experts, il serait souhaitable de dissocier la déclaration d'opérations suspectes du blocage des fonds⁵⁵⁰;
- la mise en œuvre de la résolution 1373 du Conseil de Sécurité de l'ONU (R.S. I), la Suisse ayant omis de créer une «procédure spécifique lui permettant de désigner des personnes dans le cadre de la S/RES/1373 (2001)»⁵⁵¹ (R.S. III, PC);
- les règles applicables à l'identification du donneur d'ordre pour les virements électroniques, jugées lacunaires (R.S. VII, PC).

Concernant la régulation et le contrôle des institutions financières (R. 23), la note attribuée est «largement conforme», les critiques portant essentiellement sur le secteur des assurances, pour lequel les experts estiment, d'une part, qu'une surveillance effective des entreprises affiliées à l'OA-ASA⁵⁵² n'est pas garantie et, d'autre part, que les mesures propres à empêcher une prise de contrôle par des criminels sont insuffisantes.

b. Le champ d'application de la LBA au regard des activités soumises

i. Les lacunes du droit suisse de lege lata

L'application du dispositif découlant de la LBA se limite aux intermédiaires financiers, tels que définis à son art. 2. Il s'agit, en vertu de l'art. 2 al. 2 LBA, des banques (let. a), des directions de fonds et sociétés de placements collectifs à certaines conditions (let. b et b^{bis}), des assurances-vie ou assurances proposant ou distribuant des parts de placements collectifs (let. c), des négociants en valeurs mobilières (let. d), ainsi que des casinos (let. e). L'art. 2 al. 3 LBA y ajoute d'autres personnes considérées comme des intermédiaires financiers du fait

548 3^e Rapport GAFI (Suisse), Synthèse (note 281), par. 15. La Suisse a fait valoir que ces manquements constatés sont avant tout formels.

549 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), Tableau III, p. 252. La Suisse estime que cette notation résulte d'une appréciation «excessivement formelle».

550 La Suisse conteste cette critique qui est, selon les autorités suisses, uniquement basée sur le nombre faible de déclarations faites, sans recherches plus fouillées; 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), Tableau III, p. 252.

551 3^e Rapport GAFI (Suisse), Synthèse (note 281), Notations de la Conformité avec les recommandations du GAFI, R.S. III, p. 23.

552 Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances

qu'elles acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, et cela à titre professionnel. Les activités soumises à ce titre font l'objet d'une liste non exhaustive d'exemples (let. a–e), qui laisse subsister de nombreuses zones d'ombre que l'Autorité de contrôle a éclairées par la publication de sa pratique en matière d'assujettissement⁵⁵³. L'art. 2 al. 3 LBA ne définit pas des statuts professionnels mais des activités. Dès lors, il suffit qu'une personne exerce, à titre professionnel⁵⁵⁴, une des activités énumérées, pour qu'elle tombe sous le coup de la loi.

Parmi les activités visées par le GAFI, certaines ne sont pas considérées par le droit suisse comme relevant de l'intermédiation financière. Il en va ainsi des agents immobiliers effectuant des transactions pour leurs clients concernant l'achat et la vente de biens immobiliers. Pour les négociants en métaux précieux ou en pierres précieuses, visés en cas de transactions en espèces atteignant la valeur seuil applicable, la définition internationale est aussi plus large, puisqu'elle semble inclure les bijoutiers⁵⁵⁵.

Les avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables sont soumis à la LBA lorsqu'ils fournissent à leurs clients des services relevant de la gestion patrimoniale, lorsqu'ils sont organes d'une société de domicile, procèdent à des virements ou encassements pour eux, etc., mais non – comme le voudraient les recommandations du GAFI (R. 12 et 16) – de manière générale lorsqu'ils préparent ou effectuent pour eux des transactions dans les domaines de *l'achat et de la vente de biens immobiliers, de l'organisation des apports pour la création, l'exploitation ou la gestion de sociétés, ou encore de la création, l'exploitation ou la gestion de personnes morales ou de constructions juridiques, ou de l'achat et de la vente d'entités commerciales*. De même, les *prestataires de services aux sociétés et trusts*, visés par le GAFI lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour un client dans le cadre d'activités très largement définies dans le Glossaire, ne relèvent pas tous de la LBA.

Enfin, le droit suisse ne soumet pas d'autres activités, de nature commerciale, à la LBA, comme le voudrait la R. 20, qui encourage les pays à *envisager* l'application des 40 recommandations à d'autres entreprises et professions non financières, si elles présentent des risques au regard du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

553 Compilation assujettissement AdC (CA AdC), Le champ d'application personnel et territorial de la loi sur le blanchiment dans le secteur non bancaire, texte de DINA BETI, Cheffe de l'Autorité de contrôle.

554 L'Autorité de contrôle a précisé cette notion dans son «ordonnance bagatelle»: Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 20 août 2002 concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel (OAP-LBA), RS 955.20.

555 Rapport explicatif APRO-GAFI (note 280), p. 10.

ii. L'avant-projet de janvier 2005 (APRO-GAFI)

L'avant-projet prévoyait des modifications substantielles du champ d'application matériel de la LBA. S'agissant de la *notion d'«intermédiaire financier»*, il était proposé de retoucher la définition découlant de l'art. 2 al. 3 LBA, de manière à tenir compte des clarifications apportées par la pratique de l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment et d'introduire certaines précisions, voire de mentionner explicitement certaines activités d'ores et déjà considérées comme soumises, par exemple le change, le transport d'argent et de valeurs⁵⁵⁶, ou l'activité à titre d'organe d'une société de domicile. Par ailleurs, la définition devait être élargie par une clause visant les *personnes qui acceptent ou gèrent des fonds dans le cadre de la création d'une société* (art. 2 al. 3 let. j AP 2005-LBA). Il s'agissait là d'un pas en direction de ce qui est recommandé par le GAFI, que les auteurs de l'avant-projet ont voulu réservier aux personnes qui entrent concrètement en contact avec le capital de fondation.

Enfin, le champ d'application de la LBA devait être étendu à des activités en dehors du secteur financier, soit aux personnes faisant le «commerce d'œuvres des beaux-arts, de métaux précieux, de pierres précieuses, ou d'immeubles» et recevant des sommes importantes d'argent au comptant (art. 2 al. 1 let. b AP 2005-LBA). Pour le seuil quantitatif, le rapport explicatif se référat aux recommandations du GAFI (USD/EU 15 000)⁵⁵⁷, dont l'approche rejoint celle du droit européen.

Pour ces activités commerciales, l'art. 2a AP 2005-LBA prévoyait un régime «allégé» par rapport aux devoirs de diligence et au système de contrôle imposé aux intermédiaires financiers. Ce régime devait comprendre les obligations d'identification, de documentation et de communication, mais non les devoirs de clarification et de formation, ni celui de se soumettre à la surveillance de l'Autorité de contrôle ou de s'affilier à un organisme d'autorégulation. En lieu et place du canevas institutionnel qui assure la mise en œuvre des obligations de diligence dans le secteur financier, il était proposé d'ériger la violation intentionnelle des règles de comportement en contravention passible d'une amende de 100 000 francs (art. 36a AP 2005-LBA). En d'autres termes, la proposition législative consistait à renoncer à tout contrôle préventif et à y substituer la répression pénale.

iii. Le projet de 2007 soumis au Parlement

Aucune des modifications et précisions concernant les activités soumises à la LBA ne se retrouve dans le projet de loi proposé aux Chambres fédérales, dont les auteurs renoncent ainsi à introduire dans le texte légal les clarifications

556 Cf., cependant, la pratique plus restrictive exposée par l'Autorité de contrôle sur ce point dans le Rapport annuel 2007 (publié le 14 mars 2008), p. 10s.

557 Rapport explicatif APRO-GAFI (note 280), p. 10.

pourtant essentielles apportées par l'Autorité de contrôle dans la définition des activités relevant de l'intermédiation financière. Est également abandonnée la clause visant les personnes qui acceptent ou gèrent des fonds dans le cadre de la création d'une société, qui était la seule concession réelle faite aux recommandations du GAFI dans la définition de l'intermédiaire financier. La renonciation aux modifications proposées à cet égard en 2005 ne fait l'objet d'aucun commentaire précis dans le Message, pas plus que le fait qu'il en résulte une divergence notable par rapport aux standards du GAFI (R 12d)⁵⁵⁸, de même d'ailleurs que par rapport au droit européen.

Enfin, l'extension partielle du dispositif de la LBA à des personnes qui se livrent à certaines activités commerciales et reçoivent à cet effet des sommes importantes d'argent au comptant, autre concession aux recommandations du GAFI prévue dans l'avant-projet, fait également les frais de la cure d'amaigrissement subie par celui-ci. Ici encore, le Message⁵⁵⁹ ne fournit pas de justification de ce choix de politique législative. Pourtant, les arguments en faveur de l'abandon de ce volet de la révision ne manquaient pas: d'une part, le GAFI lui-même ne semble pas affirmer de manière générale que ces activités commerciales sont spécialement exposées au risque de blanchiment, mais inviter les pays à envisager l'application des 40 recommandations à ces autres activités non financières, *si elles présentent des risques d'abus* (R. 20), laissant une marge d'appréciation importante en faveur des autorités nationales qui connaissent les conditions dans lesquelles ces professions sont exercées. Or, la pertinence du choix des quatre activités spécialement désignées dans l'avant-projet restait douteuse; d'autres commerces acceptant des montants importants en espèces, par exemple les vendeurs de voitures, de bateaux ou d'avions, étaient exemptés sans que la différence de traitement n'ait été motivée⁵⁶⁰. D'autre part, la désignation de certaines activités commerciales aurait suscité des problèmes de délimitation délicats, par exemple s'agissant de la soumission du commerce des œuvres d'art mais non d'autres biens culturels. Enfin, l'extension du système anti-blanchiment à de nouvelles activités peut être contre-productive, si elle ne s'accompagne pas d'un contrôle efficace. Or, si le danger n'est pas suffisant pour que l'instauration d'un régime permettant d'imposer le respect des nouveaux devoirs paraisse proportionnée, mieux vaut y renoncer, afin de ne pas créer une législation purement symbolique et respectée uniquement par les commerçants scrupuleux.

558 Dans le même sens, KUHN (note 400), p. 60.

559 Message (note 299), FF 2007 5919.

560 Dans le même sens, KUHN (note 400), p. 59 s.

c. *Les obligations de diligence des intermédiaires financiers (art. 3 à 8 LBA)*

i. Les lacunes du droit suisse de lege lata

Les obligations de diligence imposées aux intermédiaires suisses sont décrites aux art. 3 à 8 LBA. Il s'agit des devoirs classiques de vérification de l'identité du cocontractant (art. 3 et 5 LBA), d'identification de l'ayant droit économique (art. 4 et 5 LBA), de clarification de l'arrière-plan économique et du but d'une transaction ou d'une relation d'affaires (art. 6 LBA), de documentation (art. 7 LBA) et d'organisation et de formation, afin de prévenir le blanchiment d'argent (art. 8 LBA).

Une attention particulière est accordée au devoir d'identification du client et de l'ayant droit économique qui fait l'objet d'un tissu normatif particulièrement dense, ne se limitant pas aux art. 3 à 5 LBA. Le fait d'accepter, de gérer, etc. des valeurs patrimoniales d'un tiers sans avoir identifié l'ayant droit économique avec la vigilance requise par les circonstances est réprimé comme délit pénal au regard de l'art. 305^{ter} al. 1 CP. Par ailleurs, la procédure précise selon laquelle la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique doivent être effectuées est décrite, pour ce qui est du secteur bancaire, dans la CDB 03, dont les art. 2 à 6 règlent la matière de manière extrêmement détaillée, en prenant en compte des situations fort diverses (client personne physique ou morale; domicile ou siège en Suisse ou à l'étranger; sociétés avec une activité commerciale ou de domicile; relations nouées entre présents ou à distance; comptes globaux; clients banques ou intermédiaire financiers; délégation de l'identification, etc.). La CDB 08 contient quelques modifications et retouches, parmi lesquelles on peut signaler la création d'un nouveau formulaire «T», qui viendra s'ajouter aux formulaires «A» et «R» et permettra de constater l'existence d'un patrimoine sans ayant droit économique déterminé, en particulier en cas de trust discrétionnaire⁵⁶¹.

Pour les intermédiaires financiers qui sont directement soumis à l'Autorité de contrôle, ce sont les art. 6 ss OBA AdC⁵⁶² qui décrivent les exigences et la procédure d'identification; pour les intermédiaires financiers non directement soumis, les règlements des organismes d'autorégulation instaurent des exigences comparables.

S'agissant de l'ayant droit économique, l'art. 305^{ter} al. 1 CP semble exiger la «vérification de l'identité», alors que l'art. 4 LBA, comme l'art. 3 CDB, se contentent de l'obtention d'une déclaration écrite du cocontractant indiquant qui est l'ayant droit économique. La CDB 03 (ch. 27), suivie en cela par la CDB 08, prévoit, pour les personnes physiques, que les nom, prénom, adresse et pays de domicile, date de naissance et nationalité de l'ayant droit éco-

561 CDB 08 ch. 43.

562 Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 10 octobre 2003 concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis; RS 955.16.

nomique soient déclarés sur un «formulaire A» signé par le cocontractant. La R. 5 let. b GAFI 2003 évoque le devoir d'identifier le bénéficiaire effectif et *de prendre des mesures raisonnables pour vérifier cette identité*, sans que la portée exacte de cette exigence, notamment quant à la vérification de documents d'identité, ne soit précisée. Les experts du GAFI ne critiquent pas le système suisse sur ce point, confirmant par là que les exigences internationales ne sont pas très élevées. Cette impression est confirmée par le fait que l'art. 52 par. 1 CNUCC reste également vague sur la portée des «mesures raisonnables pour déterminer l'identité des ayants droit économiques des fonds déposés sur de gros comptes».

Si les normes suisses en matière d'identification de la clientèle sont néanmoins considérées comme seulement partiellement conformes aux standards internationaux par les experts du GAFI, cela tient à d'autres éléments. Sont pointés, en particulier, le problème des livrets d'épargne au porteur⁵⁶³, ainsi que l'insuffisance des mesures existantes pour tenir compte des risques liés aux technologies nouvelles et aux relations d'affaires à distance (R. 8)⁵⁶⁴.

ii. Le projet de loi soumis aux Chambres fédérales et les modifications apportées par le Parlement

Outre le fait que les indices de financement du terrorisme déclenchent les mêmes devoirs que les indices de provenance criminelle d'avoirs, deux autres retouches sont proposées dans le domaine des devoirs de diligence, sans qu'il ne s'agisse de véritables innovations par rapport à la pratique déjà bien établie.

D'une part, il est proposé d'ajouter à l'art. 3 al. 1 LBA une clause selon laquelle l'intermédiaire financier doit vérifier les pouvoirs et l'identité des personnes établissant la relation d'affaires pour une personne morale. D'autre part, un nouvel art. 6 al. 1 P-LBA précise que l'intermédiaire financier est tenu, de manière générale, d'identifier l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée par le cocontractant, que celle-ci paraisse inhabituelle ou non, l'étendue des informations à collecter étant toutefois fonction du risque que représente le cocontractant. Les termes sont mal choisis: il ne s'agit pas d'une «identification», et on peut se demander en quoi réside la différence entre l'«objets» et le «but» (*«Art und Zweck»*) d'une relation d'affaires. La R. 5 du GAFI se réfère à l'obtention d'«informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires»; toutefois, rien n'interdirait au législateur suisse de reprendre la notion d'«arrière-plan économique» contenue déjà à l'art. 6 LBA dans sa version actuelle.

Le Conseil des Etats a adhéré à la formulation du Conseil fédéral sans aucune modification lors de sa séance du 5 mars 2008. Sur interpellation d'un

563 3^e Rapport GAFI (Suisse), Synthèse (note 281), par. 15.

564 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), Tableau III, p. 252.

parlementaire, le représentant du Conseil fédéral a précisé que l'obtention d'une demande écrite d'ouverture de compte suffisait en général comme mesure de vérification pour les relations contractuelles simples⁵⁶⁵. Lors de sa séance du 11 juin 2008, le Conseil national a également accepté cette modification, après avoir obtenu l'assurance qu'il n'en résultait aucune exigence supplémentaire pour les intermédiaires financiers en pratique.

Par ailleurs, le projet contient, à l'art. 7a P-LBA, une «clause bagatelle» pour les *relations d'affaires suivies impliquant des valeurs patrimoniales de peu d'importance*. Selon la formule proposée, «l'intermédiaire financier peut renoncer au respect des obligations de diligence (art. 3 à 7) si la relation d'affaires porte uniquement sur des valeurs patrimoniales de faible valeur et que sa légalité est manifeste». Sont visés, par exemple, les comptes électroniques pour le paiement de prestations sur Internet. Selon sa teneur actuelle, l'art. 3 al. 2 LBA permet d'ores et déjà d'omettre les mesures d'identification et de clarification pour les opérations de caisse qui n'atteignent pas une somme importante, à condition qu'il n'y ait pas d'indices de blanchiment ni, *de lege ferenda*, de financement du terrorisme. Les termes employés à l'art. 7a P-LBA suggèrent que le seuil de l'obligation de vérification serait plus bas pour les relations d'affaires suivies que pour les opérations de caisse, car une opération qui n'atteint pas une somme importante ne porte pas forcément sur une valeur patrimoniale de faible importance. Le Message du Conseil fédéral ne permet pas de comprendre la raison d'être et la portée de cette différence, qui ne paraît guère pertinente. Le Conseil des Etats n'a pas débattu de ce point, ni proposé de modification.

Les Conseillers aux Etats ont, en revanche, substitué à la notion de «légalité manifeste» l'exigence qu'il n'y ait pas d'indices de blanchiment ou de financement du terrorisme. Le motif invoqué à l'appui de cette modification est que la formulation proposée par le Conseil fédéral est trop large, dans ce sens qu'elle inclut aussi les irrégularités formelles, et que seule une autorité est habilitée à dire ce qui est légal ou illégal⁵⁶⁶. Si le dernier argument paraît très peu pertinent, l'on ne saurait nier que la condition positive de la légalité manifeste paraît difficile à manier. A l'inverse, la formulation adoptée par le Conseil aux Etats permet aussi de renoncer au respect des obligations de diligence lorsqu'il est manifeste que la relation d'affaires porte sur des avoirs provenant d'un délit. Cette conséquence est à notre avis critiquable, mais elle ne diffère pas de ce qui est déjà admis pour les opérations de caisse (art. 3 al. 2 et 4 LBA). Le Conseil national a entériné la formulation proposée par le Conseil des Etats, sans en débattre.

565 BOCE 2008 43 s.

566 BOCE 2008 44.

iii. Les autres adaptations de la réglementation dans le domaine des devoirs de vigilance de l'intermédiaire financier

- *Les livrets d'épargne au porteur.* Les experts du GAFI ont critiqué le fait qu'il existe toujours en Suisse des livrets d'épargne au porteur, contraires selon eux à la R. 5 (interdiction de comptes anonymes), et déploré qu'aucune mesure ne soit «actuellement envisagée afin de procéder à l'identification systématique des possesseurs de livrets au porteur»⁵⁶⁷. L'émission de nouveaux livrets au porteur est prohibée par le ch. 5 CDB 03, qui oblige aussi les banques à vérifier l'identité de la personne qui effectue des dépôts ou des retraits supérieurs à 25 000 francs, ce qui laisse subsister certaines possibilités d'abus. Une modification plus contraignante de la situation juridique n'est envisagée ni dans le cadre de la transposition des nouvelles recommandations du GAFI, ni dans la révision de l'OBA-CFB. Cependant, le rapport de la CFB de mai 2007, présentant la «modification de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent»⁵⁶⁸, invite les banques «à refuser l'ouverture de livrets d'épargne au porteur et à prendre des mesures pour accélérer la suppression des livrets en circulation» et leur fixe un délai au 30 juin 2008 pour rendre compte des efforts accomplis. La révision de la CDB, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2008, a fourni l'occasion de régler le problème: le ch. 5 CDB 08 interdit non seulement l'ouverture de nouveaux livrets au porteur, mais aussi les dépôts sur ceux déjà existants et oblige les banques à résilier les livrets au porteur à leur première présentation physique et à identifier les personnes qui effectuent des retraits sans égard au montant.
- *Les obligations de diligence des succursales étrangères.* L'art. 3 al. 1 OBA-CFB 2002 imposait déjà à l'intermédiaire financier le devoir de veiller à ce que ses succursales à l'étranger ainsi que les sociétés étrangères de son groupe se conforment aux principes fondamentaux de l'ordonnance. L'art. 3 al. 1 OBA-CFB 2007 spécifie les exigences qui doivent être considérées comme reflétant des principes fondamentaux: il s'agit de l'interdiction d'accepter des valeurs patrimoniales provenant de crimes ou servant au financement du terrorisme, de financer le terrorisme et d'entretenir des relations avec des organisations criminelles, du devoir de vérifier l'identité du co-contractant et d'identifier l'ayant droit économique, du recours à une approche fondée sur les risques et des devoirs de clarification spéciaux en cas de risques accrus.
- *Les comptes de correspondance.* La R. 7 du GAFI déclare que les institutions financières devraient prévoir, en sus des mesures de vigilance normales, l'obtention de l'autorisation de la haute direction avant de nouer de nouvelles relations de correspondance bancaire, démontrant par là que ces

567 3^e Rapport GAFI (Suisse), Synthèse (note 281), par. 15.

568 Rapport (note 215), p. 21.

relations sont considérées comme présentant des risques particuliers. La révision de l’OBA-CFB (2007) en tient compte, par l’introduction d’un art. 7 al. 3, selon lequel les relations d’affaires avec des intermédiaires financiers étrangers pour lesquels un compte de correspondance est tenu en Suisse, à l’instar de celles avec les personnes politiquement exposées, doivent être considérées dans tous les cas comme comportant des risques accrus⁵⁶⁹, de sorte que l’accord d’une personne ou d’un organe supérieur est nécessaire pour nouer la relation (art. 21 OBA-CFB). La qualification comme risque accru entraîne aussi le devoir de procéder à des clarifications complémentaires en vertu de l’art. 17 OBA-CFB 2007, visant à établir «quels sont les contrôles relatifs à la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme que la partie cocontractante effectue» (al. 2 let. i). En vertu de l’art. 17 al. 3 OBA-CFB 2007, il y a lieu de vérifier, pour les comptes de correspondance ouverts par des intermédiaires financiers étrangers, si ceux-ci sont soumis à une surveillance et à une réglementation adéquates. Selon l’interprétation de la CFB, l’intermédiaire financier est en droit de procéder à des clarifications complémentaires simplifiées, ou d’y renoncer, lorsque le régime de surveillance est «généralement qualifié de bon»⁵⁷⁰.

- *L’interdiction des banques fictives.* L’art. 5^{bis} OBA-CFB 2007 interdit spécifiquement les relations d’affaires avec les banques fictives.
- *La gestion des risques relatifs aux nouvelles technologies.* L’art. 11^{bis} OBA-CFB 2007 oblige les intermédiaires financiers à prévoir une gestion des risques adéquate permettant l’identification, la limitation et le contrôle des risques liés à l’utilisation des nouvelles technologies. Selon le rapport d’audition établi par la CFB, seuls «les risques résultant du fait que des transactions sont exécutées sans contact personnel avec le cocontractant» sont pris en compte⁵⁷¹. Cependant, le texte de l’art. 11^{bis} est moins limitatif, puisqu’il mentionne «notamment» («insbesondere») les opérations effectuées sans contact personnel avec le cocontractant.
- *L’exigence d’un choix rigoureux du personnel.* La R. 15 du GAFI exprime, entre autres, le souci que les institutions financières mettent en place des politiques, des procédures et des contrôles internes rigoureux pour leur personnel. L’art. 11 OBA-CFB 2007 exige un personnel intégré, sélectionné avec soin et formé de manière adéquate.
- *L’indication des donneurs d’ordre pour les virements électroniques.* L’indication du cocontractant donneur d’ordre lors de virements électroniques de

569 Le projet de révision présenté par la CFB en mai 2007 ne considérait pas ces relations comme représentant des risques accrus dans tous les cas mais laissait aux banques le soin de déterminer si une relation présentait un risque accru; suite aux auditions, la CFB en est venue à considérer que seule une règle absolue était conforme aux exigences du GAFI (Rapport d’audition [note 216], p. 9 s.).

570 Rapport d’audition (note 216), p. 10.

571 Rapport d’audition (note 216), p. 10.

fonds est une exigence qui découle de la R.S. VII du GAFI. Destinée à assurer un meilleur suivi du «money trail», elle pourrait avoir pour effet pervers d'encourager les clients à avoir recours à des sociétés écran, afin de ne pas apparaître nommément dans les ordres de virement. L'art. 15 OBA-CFB 2002 a été précisé sur plusieurs points et étendu aux virements nationaux. La possibilité de renoncer à donner les indications requises pour des motifs légitimes est supprimée; en lieu et place, on trouve une exemption générale pour les virements inférieurs à 1500 francs, qui est compatible avec les standards internationaux⁵⁷². Enfin, l'art. 15 al. 3 OBA-CFB 2007 invite l'intermédiaire financier à renseigner ses clients de manière adéquate sur la transmission des données relatives au donneur d'ordre.

d. *La communication de soupçons de blanchiment (art. 9 à 11 LBA)*

i. Le droit suisse de *lege lata*

Le *devoir* de communication de l'intermédiaire financier a été introduit par la LBA en 1998. L'art. 9 LBA énonce une obligation à la charge de l'intermédiaire financier, dont la violation constitue une contravention pénale passible de l'amende jusqu'à 200 000 francs (art. 37 LBA). Conformément aux principes découlant de l'art. 333 al. 7 CP, la négligence est réprimée⁵⁷³, même si ce point est resté passablement confus lors des travaux préparatoires⁵⁷⁴. La révision de la LBA dans le cadre de la création de la FINMA⁵⁷⁵ a permis de clarifier ce point, en énonçant des peines différentes pour l'infraction commise intentionnellement (500 000 francs) et par négligence (150 000 francs).

Il ressort du Message du Conseil fédéral que l'intermédiaire financier est libéré de l'obligation si, lors du premier contact avec le client potentiel, il renonce à engager une relation d'affaires⁵⁷⁶. L'art. 24 OBA-CFB (2002) oblige toutefois les personnes qui y sont soumises à communiquer également leurs «soupçons fondés manifestes» lorsqu'elles rompent des négociations contractuelles tendant à l'ouverture d'une relation d'affaires. En l'état actuel du droit suisse, la violation de ce devoir n'est pas sujette à la sanction pénale prévue à l'art. 37 LBA. Or, les experts du GAFI ont critiqué le fait que la LBA n'oblige pas tous les intermédiaires financiers à communiquer leurs soupçons même lorsqu'ils refusent la relation d'affaires ou la transaction⁵⁷⁷.

572 Note interprétative révisée à la R.S. VII: virements électroniques, ch. 4.

573 WERNER DE CAPITANI, in: Niklaus Schmid (éd.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, vol. II, 2^e éd., Zurich 2007, Art. 37 GWG N 6 ss, 22 ss; 26; GRABER (note 542), Art. 37 GWG N 2; DANIEL THELESKLAFF, RALPH WYSS et DAVE ZOLLINGER, GwG, Geldwäschereigesetz: Kommentar, Zurich 2003, Art. 37 GWG N 10.

574 BOCH 1997 p. 328; BOCE 1997 p. 602 ss; BOCH 1997 p. 1769, p. 2328; BOCE 1997 p. 1024.

575 Cf. *supra* C.XI.6, p. 297 s.

576 Message (note 250), FF 1996 III 1057, p. 1086.

577 3e Rapport GAFI (Suisse, note 282), par. 641 à 643.

A côté du devoir de communiquer, le droit suisse consacre, à l'art. 305^{ter} al. 2 CP, un droit valant fait justificatif et permettant au professionnel du secteur financier de communiquer ses soupçons aux autorités, sans pour autant se rendre coupable d'une violation d'un devoir de discrétion, notamment du secret bancaire (art. 47 LB). Sous l'angle des éléments dont a connaissance l'intermédiaire financier, la gradation entre l'art. 305^{ter} al. 2 CP et l'art. 9 LBA est subtile. Lorsque le financier est en présence d'*éléments fondés de suspicion* qu'une valeur patrimoniale provient d'un crime, il a le droit de les communiquer (art. 305^{ter} al. 2 CP); lorsqu'il *sait ou présume, sur la base de soupçons fondés*, que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime, sont en rapport avec une infraction de blanchiment ou se trouvent dans le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle, la communication devient un *devoir* (art. 9 LBA). L'art. 9 LBA ne suppose pas, pour autant, que l'intermédiaire financier ait des soupçons confinant à la certitude; il suffit qu'il existe «*un signe concret ou plusieurs indices qui font craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales*»⁵⁷⁸, formule qui est extrêmement proche de la notion «*d'éléments fondés de suspicion*» qui est déterminante aux fins de l'application de l'art. 305^{ter} al. 2 CP⁵⁷⁹.

Sous l'angle de l'autorité à laquelle s'adresse la communication, l'art. 305^{ter} al. 2 CP est plus large que l'art. 9 LBA, puisque le fait justificatif permet non seulement la communication au MROS (qui est une instance fédérale désignée par la loi) mais aussi aux autorités suisses chargées de la poursuite pénale. Le fait d'avoir annoncé ses soupçons à l'autorité pénale sur la base de l'art. 305^{ter} al. 2 CP ne libère pas l'intermédiaire financier du devoir de communiquer ses soupçons également au MROS sur la base de l'art. 9 LBA, dès que le niveau de suspicion fait naître le devoir.

Le MROS publie chaque année des données statistiques sur les communications reçues et la suite qui leur est réservée. Par la nature des choses, seules les communications qui lui sont adressées se reflètent dans ces statistiques. Le 10^e Rapport annuel, concernant l'année 2007, fait état de 795 communications reçues, portant sur 921 248 716 francs⁵⁸⁰. Dans 78,5% des cas, l'affaire a été

578 Message (note 250), FF 1996 III 1057, p. 1086. Une partie de la doctrine considère que le soupçon est fondé lorsqu'il repose sur des vérifications faites avec soin (DE CAPITANI (note 573), Art. 9 GWG n 37; THELESKLAFF/WYSS/ZOLLINGER (note 573), Art. 9 GWG n 9. VEST précise à raison qu'un soupçon initial concret doit être suffisant, même si aucune vérification n'est faite (HANS VEST, Melderecht und Meldepflicht des Finanzintermediärs im Rahmen der Selbstregulierung, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Zurich 2007, p. 219 ss, p. 227).

579 Message (note 238), FF 1993 III 269, p. 317.

580 Rapport 2007. Rapport annuel du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, avril 2008. En 2006, il y a eu 619 communications reçues, portant sur 815 246 462 francs, dont 81,9% renvoyées au système de justice pénale. En 2005, il y a eu 729 communications portant sur 680 974 179 francs, dont 69,4% renvoyées au système de justice pénale. Pour comparaison, le Tracfin (F) a reçu 12 047 déclarations de soupçon en 2006 (11 553 en 2005), dont 411 (405 en 2005) ont été transmises à la justice pénale.

renvoyée au système de justice pénale. Les experts du GAFI, examinant les données statistiques pour les années 1998 à 2004, ont estimé que le nombre des communications était faible «eu égard à l'importance de la place financière suisse» et que «l'efficacité globale du système [apparaissait] insuffisante», mais concédé que le taux de renvoi important au système de justice pénale (75 % environ des communications sur la période examinée) pouvait amener à conclure «que la qualité est privilégiée à la quantité»⁵⁸¹.

Plus généralement, les experts du GAFI déplorent l'inefficacité du système suisse, en critiquant plus particulièrement l'existence en parallèle d'un droit de communication et d'un devoir, mettant en jeu des autorités différentes⁵⁸². Une des recommandations adressées à la Suisse est donc la «fusion de la conception de l'obligation de déclaration et de celle du droit de communication»⁵⁸³.

Les experts du GAFI estiment, en outre, que l'obligation de bloquer automatiquement les avoirs, simultanément à la déclaration, est «clairement dissuasive», dans le sens que seuls les cas manifestes sont déclarés, et qu'elle a, «dans les faits, des effets contreproductifs»⁵⁸⁴. En application de l'art. 10 LBA, l'intermédiaire financier doit, en effet, bloquer les avoirs qui lui sont confiés s'ils ont un lien avec les informations communiquées et maintenir ce blocage pendant cinq jours ouvrables à compter de la communication, dans l'attente d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente statuant sur la saisie conservatoire. Tant que dure le blocage, le financier ne doit informer ni les personnes concernées (en particulier le client et l'ayant droit économique), ni des tiers, de la communication qu'il a faite (art. 10 al. 3 LBA).

L'art. 11 LBA protège l'intermédiaire financier, en déclarant que celui-ci ne peut être poursuivi en vertu des art. 162 et 320 CP ou 47 LB, s'il a procédé à la communication au sens des art. 9 LBA ou 305^{ter} al. 2 CP en faisant preuve de la diligence requise par les circonstances. Sont également exclues les prétentions en dommages-intérêts, tant en raison de la communication que du blocage subséquent des avoirs.

ii. Le projet de révision soumis aux Chambres fédérales et les délibérations parlementaires

C'est dans le domaine du devoir de communication que les modifications les plus importantes sont proposées, même s'il s'agit, pour une partie, d'ancrer dans la loi des principes dégagés par la pratique.

- La première proposition, concernant *le droit de communication en vertu de l'art. 305^{ter} al. 2 CP*, consiste à suivre la recommandation des experts du GAFI, en exigeant que les communications faites sur cette base soient obli-

581 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), par. 648.

582 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), par. 648 à 654.

583 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), par. 654.

584 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), par. 650.

gatoirement adressées au MROS, comme les communications en vertu de l'art. 9 LBA. Les Chambres fédérales ont adhéré à cette proposition sans en débattre.

Cette proposition méconnaît la fonction de simple fait justificatif qui est dévolue à l'art. 305^{ter} al. 2 CP. La limitation proposée de l'art. 305^{ter} al. 2 LBA n'obligerait pas les intermédiaires financiers à communiquer au MROS leurs soupçons n'atteignant pas encore le niveau de concrétisation fondant un devoir de communication en vertu de l'art. 9 LBA; en revanche, elle privera d'un fait justificatif clairement énoncé dans la loi le banquier qui, pour des motifs qui peuvent être parfaitement raisonnables au regard des impératifs de la lutte contre la criminalité, par exemple en cas d'urgence, souhaite informer directement la justice pénale d'éléments de suspicion dont il a connaissance, violant ainsi le secret bancaire. S'il est peut-être possible de pallier la suppression de cette base légale en se référant au droit ou devoir général du citoyen de dénoncer des infractions ou au fait justificatif extra-légal de la défense d'intérêts légitimes, ces constructions n'offrent ni la précision de la base légale actuelle, ni l'avantage de l'exclusion de la responsabilité pénale et civile de celui qui fait une déclaration de bonne foi en vertu de l'art. 11 al. 2 LBA⁵⁸⁵.

- Le projet propose également des modifications de l'art. 9 LBA. D'une part, cette disposition, dont la systématique interne est modifiée, déclare maintenant explicitement que les soupçons de financement du terrorisme font également naître un devoir de communication (art. 9 al. 1 let. a ch. 4 P-LBA). D'autre part, une nouvelle clause soumet à *l'obligation de communiquer l'intermédiaire financier qui interrompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés* (art. 9 al. 1 let. b P-LBA). Il s'agit d'une véritable innovation, même si l'OBA-CFB 2002 (art. 24) prévoit déjà l'obligation de communiquer en pareilles circonstances pour les intermédiaires financiers qui lui sont soumis, et pour autant que les soupçons fondés soient «manifestes». La modification proposée de la LBA, qui mettra tous les intermédiaires financiers sur un pied d'égalité, découle des recommandations du GAFI. Il est à noter que le projet de modification de l'OBA-CFB, qui a servi de base aux auditions conduites en été 2007, proposait de conserver l'art. 24 mais de supprimer l'exigence que les soupçons soient «manifestes». La version finalement adoptée le 20 décembre 2007, suite aux auditions des milieux intéressés⁵⁸⁶, supprime la clause dans son intégralité, afin de soumettre tous les intermédiaires financiers au même régime en vertu de la LBA. Il en découle que dans l'intervalle qui séparera l'entrée en

585 Pour une opinion favorable au projet de loi sur ce point, cf. KUHN (note 400), p. 62; critique: JÖRG SCHWARZ, Meldepflicht der Finanzintermediäre – Amtshilfe, aktive und passive Rechts-hilfe, in: Wolfgang Wohlers (éd.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationa- len Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2007, p. 187 ss, p. 193.

586 Rapport d'audition (note 216), p. 12.

vigueur de la nouvelle OBA-CFB le 1er juillet 2008 de celle de la LBA révisée, il n'y aura plus d'obligation de communiquer dans la phase précontractuelle. Le rapport d'audition de la CFB précise que «si le Parlement devait ne pas suivre la proposition du Conseil fédéral, la CFB reconsidererait la situation»⁵⁸⁷. Ces craintes se sont révélées infondées.

L'introduction du devoir de communication en cas d'interruption des négociations aura pour conséquence non seulement de mettre tous les intermédiaires financiers sur un pied d'égalité, mais aussi d'*ériger la violation intentionnelle ou par négligence de ce devoir en infraction pénale* (art. 37 LBA). Le Conseil national a, en revanche, introduit un nouvel al. 1^{bis} à l'art. 9 LBA, tendant à protéger l'anonymat de la personne physique ayant effectué la communication⁵⁸⁸.

- Le projet propose de consacrer un *nouvel art. 10a P-LBA, intitulé «interdiction d'informer»*, à la «no-tipping off rule» régie dans le texte actuel par l'art. 10 al. 3 LBA. Le principe de l'interdiction de divulguer le fait de la communication au client et à tout tiers est maintenu (art. 10 al. 1 P-LBA), mais le projet énonce des cas de *partage nécessaire* et donc licite. Il s'agit, d'une part, de l'intermédiaire financier – par exemple le *gérant externe* – qui n'est pas en mesure de procéder lui-même au blocage des avoirs et est donc autorisé à informer l'intermédiaire financier qui est en mesure de le faire (art. 10 al. 2 P-LBA). D'autre part, le projet vise les intermédiaires financiers qui collaborent sur une base contractuelle pour fournir à un client des *services communs* en relation avec la gestion des avoirs (art. 10 al. 3 let. a P-LBA) ou appartenant au même *groupe de sociétés* (art. 10 al. 3 let. b P-LBA). L'interprétation correcte de la LBA actuelle, tenant compte du fait qu'entre deux devoirs apparemment contradictoires, soit celui de bloquer les avoirs et celui de se taire, c'est le plus important qui doit primer, nous paraît déjà aboutir au même résultat, mais l'existence d'une base légale explicite favorise la sécurité juridique. Aucune sanction spécifique n'est prévue en cas de violation de l'interdiction d'informer. Le Conseil des Etats a adhéré aux propositions du Conseil fédéral, tout en amendant la clause permettant à l'intermédiaire financier qui n'est pas lui-même en mesure de procéder au blocage des avoirs d'informer l'intermédiaire financier qui peut le faire (art. 10a al. 2 P-LBA), de manière à indiquer que le premier est en droit d'informer le second «du fait qu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9». Le motif invoqué à l'appui de cette adjonction est qu'il convient de limiter l'information à la communication et d'éviter ainsi toute violation du

587 Rapport d'audition (note 216), p. 12.

588 BO-CN du 11 juin 2008 (version provisoire), proposition de la minorité de la commission. Le Conseil national a également prévu d'exiger la protection des données concernant la personne qui communique à l'art. 32 LBA. Devant le Conseil des Etats, une proposition semblable d'amendement de l'art. 9 LBA avait été retirée (BOCE 2008 45).

devoir de discrétion portant sur d'autres faits⁵⁸⁹. Cependant, la formule paraît inadéquate du fait qu'elle semble interdire à l'intermédiaire financier de se concerter avec son homologue afin de communiquer et bloquer simultanément. Les Chambres fédérales ont suivi le Conseil fédéral.

- Enfin, les Chambres fédérales ont également accepté une retouche à l'art. 11 LBA, qui protège l'intermédiaire financier ayant fait une communication contre une éventuelle responsabilité sur le plan civil ou pénal. Le texte légal actuel exige de l'intermédiaire financier qu'il ait fait preuve de la «diligence requise par les circonstances»; le projet le protège s'il a agi de «*bonne foi*», notion moins restrictive recommandée par le GAFI.
- Le législateur suisse *ne suit pas*, en revanche, la recommandation des experts du GAFI consistant à *renoncer au couplage automatique entre la communication des soupçons et le blocage des avoirs*. Ce choix de politique criminelle mérite d'être approuvé à notre avis. En effet, la volonté des experts du GAFI, consistant à abaisser de plus en plus le seuil de l'obligation de communication à des situations dans lesquelles les suspicions sont diffuses, pose des problèmes évidents au regard de la protection de la garantie de la vie privée (art. 8 CEDH) et du droit à un procès équitable (art. 6 CEDH). Contrairement à certains pays étrangers, par exemple le Royaume-Uni⁵⁹⁰, la Suisse n'a pas choisi de créer par le biais du devoir de communication une banque de données contenant des renseignements de piètre qualité, collectées à l'insu de la personne concernée et dont l'utilité hypothétique ne saurait justifier les atteintes aux droits individuels. Le devoir de communication en vertu de l'art. 9 LBA est un mécanisme qui charge l'intermédiaire financier d'un devoir de déclencher des enquêtes pénales concrètes justifiant un blocage des avoirs, et non de contribuer à une collecte générale de renseignements qui pourraient un jour se révéler utiles.

*e. Le contrôle des transports transfrontières d'espèces:
retouche de la législation douanière*

La R.S. IX du GAFI, prise dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, vise à l'instauration de mesures de contrôle du transport transfrontière d'espèces. Le projet opte pour le *système du renseignement donné par le voyageur sur demande du douanier à la frontière*. Pour ce faire, la seule modification proposée consiste à introduire une clause dans la Loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD)⁵⁹¹, en vertu de laquelle l'administration fédérale des douanes «soutient la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le cadre de ses tâches» (art. 95 al. 1^{bis} P-LD). Cette adaptation du droit suisse paraît non seulement très légère comme instrument de mise en

589 BOCE 2008 45.

590 CASSANI, RPS 2004 (note 432), p. 287 s., p. 319 ss.

591 RS 631.0.

œuvre du contrôle recommandé par le GAFI; elle est, en outre, diamétralement opposée à la solution choisie par nos voisins européens, qui ont opté pour le *système de la déclaration spontanée obligatoire*⁵⁹².

Cette solution a été adoptée par les Chambres fédérales sans aucun débat.

f. *La transparence des structures juridiques, en particulier le problème des actions au porteur*

L'exigence de transparence des structures juridiques, découlant des R. 33 et 34 du GAFI (2003), a valu à la Suisse une notation de non-conformité dans le rapport d'évaluation mutuelle de 2005. Ce reproche repose principalement sur les «déficiences perçues dans le domaine des sociétés ayant émis des actions au porteur», les autres critiques ayant peu de substance⁵⁹³. Le GAFI semble effectivement considérer que les actions au porteur présentent un risque particulier de blanchiment, raison pour laquelle les Etats membres sont invités à «prendre les mesures appropriées pour faire en sorte que ces personnes ne soient pas utilisées à mauvais escient pour blanchir des capitaux» (R. 33).

L'avant-projet de 2005 proposait, d'une part, d'instaurer l'obligation d'annoncer et d'identifier les titulaires d'actions au porteur contrôlant directement et indirectement au moins 10% de tous les droits de vote et participant à l'assemblée générale (art. 702a AP-CO). D'autre part, un art. 704a AP-CO devait faciliter la conversion d'actions au porteur en actions nominatives. L'efficacité probable de ces mesures restait sujette à caution, puisqu'il aurait suffi à un blanchisseur de ne pas assister à l'assemblée générale pour échapper à l'identification. En fait, seul un registre général identifiant les porteurs d'actions permettrait d'atteindre le but voulu par le GAFI, ce qui reviendrait en réalité à abandonner les actions au porteur⁵⁹⁴. Par ailleurs, l'identification des bénéficiaires effectifs de toutes les personnes morales, souhaitée par le GAFI dans la R. 33, semble également illusoire pour les actions nominatives⁵⁹⁵.

Depuis lors, la proposition de suppression des actions au porteur avait été glissée dans *l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme*⁵⁹⁶. Le

592 Règlement (CE) n° 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 (en vigueur le 15 juin 2007); met en œuvre la Recommandation spéciale IX du GAFI concernant le transport d'argent liquide (art. 3 § 1: «Toute personne physique entrant ou sortant de la Communauté avec au moins 10 000 euros en argent liquide déclare la somme transportée aux autorités compétentes de l'Etat membre par lequel elle entre ou sort de la Communauté». En vertu de l'art. 3 § 2, l'obligation inclut le devoir de décliner l'identité du déclarant, du propriétaire et du destinataire de l'argent liquide, la provenance et l'usage prévu, l'itinéraire et le moyen de transport. L'art. 5 prévoit l'enregistrement et le traitement des informations et l'art. 6 leur échange. Cf. Circulaire n° 7518 de l'Association suisse des banquiers du 8 juin 2007.

593 La Suisse a contesté la notation, 3^e Rapport GAFI (Suisse, note 282), Tableau III, p. 252.

594 Dans le même sens, NOBEL (note 315), n 41.

595 Dans le même sens, NOBEL (note 315), n 41.

596 Avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, envoyé en procédure de consultation le 2 décembre 2005 (art. 602 AP-CO).

principal argument, dans ce cadre, était que l'existence des actions au porteur avait été critiquée par le GAFI et l'OCDE et que les propositions faites dans l'APRO-GAFI avaient, elles aussi, été jugées insatisfaisantes par les experts du GAFI⁵⁹⁷. Suite aux critiques véhémentes essuyées par cette proposition lors de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a communiqué, le 14 février 2007, sa décision d'y renoncer.

La problématique n'a plus été reprise dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI. Ce choix, qui ne fait l'objet d'aucune explication dans le Message, conduit au maintien d'une divergence entre le droit suisse et la R. 33 du GAFI que les experts avaient sévèrement critiquée.

V. La compétence territoriale pour le jugement de l'auteur et la confiscation

La définition de la compétence territoriale du juge pénal national est un élément essentiel de la constitution d'un système international permettant de juger l'auteur et de confisquer les gains illicites, fondé sur la solidarité entre Etats et le souci d'éviter à la fois l'impunité et les poursuites ou confiscations multiples. De manière générale, on constate que les conventions dans le domaine du blanchiment restent relativement classiques dans leur approche, en particulier par le fait que le principe de l'universalité n'est affirmé que très timidement.

1. Le cadre normatif supranational

a. La Convention de Vienne

La compétence pour juger est régie par l'art. 4 de la Convention de Vienne, qui oblige les Etats parties à se reconnaître compétents en vertu du principe de la territorialité et du principe du pavillon. La convention leur permet, en outre, d'établir leur compétence en ce qui concerne les infractions commises par leurs ressortissants ou par des personnes résidant habituellement sur leur territoire (art. 4 par. 1 let. b (i)), ou commises à bord d'un navire contre lequel la Partie a été autorisée à prendre des mesures appropriées en vertu de l'art. 17 (art. 4 par. 1 let. b (ii)). En vertu de l'art. 4 par. 2, chaque Partie a l'obligation de juger les personnes qui se trouvent sur son territoire et ne sont pas extradées parce que l'Etat se considère comme compétent au regard du principe de la territorialité ou du pavillon, ou encore parce que l'auteur est un de ses ressortissants⁵⁹⁸.

597 Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, du 2 décembre 2005, ch. 2.3.5., citant le 3^e Rapport GAFI (Suisse), Synthèse (note 281), par. 20, 54 et Annexe, p. 20.

598 Cf. aussi l'art. 6 par. 9, en vertu duquel l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il a refusé l'extradition pour les motifs énoncés à l'art. 4 par. 2 let. a ou b.

Enfin, en vertu de l'art. 4 par. 2 let. b, les Etats peuvent aussi adopter le principe de l'*universalité* en établissant leur compétence sur la base du principe «*aut dedere aut judicare*». Cette compétence est facultative et suppose qu'une demande d'extradition ait été refusée⁵⁹⁹. Cependant, si l'Etat établit sa compétence selon l'art. 4 par. 2 let. b et qu'il n'extraite pas l'auteur de l'infraction, l'art. 6 par. 9 let. b lui impose le devoir de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, à moins que la Partie requérante ne demande qu'il en soit autrement afin de préserver sa compétence légitime. Pour le surplus, la Convention de Vienne «n'exclut l'exercice d'aucune compétence en matière pénale établie par une Partie conformément à son droit interne» (art. 4 par. 3).

Ainsi, la Convention de Vienne reste ambiguë, en considérant les infractions en matière de stupéfiants et le blanchiment de leur produit comme suffisamment graves pour justifier l'application du principe de l'*universalité*, sans pour autant ériger ce dernier en principe obligatoire.

b. La Convention de Palerme

Au regard de l'art. 15, chaque Etat Partie doit obligatoirement se reconnaître compétent lorsque l'infraction est commise sur son territoire ou à bord d'un navire ou aéronef soumis à sa souveraineté (art. 15 par. 1). La compétence est facultative en cas de crime commis contre un ressortissant (art. 15 par. 2 let. a) ou par un ressortissant ou apatriote résidant habituellement sur son territoire (art. 15 par. 2 let. b). Toutefois, le principe «*aut dedere aut prosequi*» s'applique, et l'exercice de la compétence devient obligatoire, lorsqu'une personne n'est pas extradée au motif qu'elle est une ressortissante du pays requis⁶⁰⁰. L'Etat partie peut également se considérer comme compétent en cas de participation depuis l'étranger à une infraction de blanchiment ou une infraction grave commise par l'organisation criminelle sur son territoire (art. 15 par. 2 let. c).

La Convention de Palerme reconnaît également le principe de l'*universalité*, mais l'exprime de façon plus prudente encore que la Convention de Vienne. L'art. 15 par. 4 évoque la simple faculté de l'appliquer, sans l'assortir d'une clause «*aut dedere aut prosequi*». Enfin, la convention n'interdit pas aux Etats l'exercice de compétences basées sur d'autres principes reconnus en droit interne (art. 15 par. 6) et instaure une obligation de consultation réciproque et de coordination en cas de conflit positif de compétence (art. 15 par. 5).

599 Commentary (note 52), p. 114 s., N 4.36 à 4.38; MARC HENZELIN, Le principe de l'*universalité* en droit pénal international: Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'*universalité*, Genève etc. 2000, p. 330, N 1040.

600 Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6306.

c. *La Convention de Mérida (CNUCC)*

L'art. 42 CNUCC, concernant la compétence territoriale, reprend à quelques nuances près l'art. 15 de la Convention de Palerme. D'une part, la compétence lors de la participation depuis l'étranger à une infraction grave n'est pas mentionnée dans la CNUCC (art. 15 par. 2 let. c (i) Convention de Palerme); d'autre part, l'Etat Partie peut également établir sa compétence «lorsque l'infraction est commise à son encontre» (art. 42 par. 2 let. d CNUCC). L'application du principe de l'universalité est facultative en vertu de l'art. 42 par. 4 CNUCC.

d. *La CBI 1990 et de la CBIIFT 2005*

La CBI 1990 oblige les Etats Parties à introduire l'infraction de blanchiment d'argent et de prévoir la confiscation, mais ne définit pas les cas dans lesquels ils doivent établir leur compétence. La seule clause qui se réfère à la compétence pour juger est l'art. 6 par. 2 let. a, en vertu duquel «le fait que l'infraction principale soit ou non de la compétence des juridictions pénales de la Partie n'entre pas en ligne de compte».

La CBIIFT 2005 adopte la même approche.

2. *La compétence territoriale du juge pénal suisse*

La compétence territoriale du juge pénal suisse est définie aux art. 3 à 8 CP, auxquels s'ajoutent des dispositions spéciales. Le droit suisse connaît les principes classiques tels que celui de la territorialité (art. 3 et 8 CP), le principe réel (art. 4 CP), celui de la personnalité active et passive (art. 7 al. 1 CP), la compétence universelle (art. 5, 6 et 7 al. 2 CP, art. 19 ch. 4 et 24 LStup) et le principe du pavillon⁶⁰¹.

a. *Le principe primordial: la territorialité*

En vertu du principe de la territorialité (art. 3 et 8 CP), le juge suisse est compétent, si l'infraction a été commise par un auteur agissant sur sol suisse ou si le résultat s'est produit sur sol suisse (art. 8 CP); peu importe, en revanche, que l'auteur se trouve sur territoire suisse au moment où il est jugé. Il suffit qu'une partie des éléments constitutifs aient été commis sur sol suisse⁶⁰² ou que le résultat soit survenu partiellement sur sol suisse.

Selon l'interprétation classique à laquelle nous adhérons, le lieu de commission est celui où l'auteur direct se trouve au moment où il commet l'infraction.

601 Art. 4 al. 2 Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse, RS 747.30; art. 97 al. 1 Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA), RS 748.0.

602 URСA CASSANI, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3–7 StGB), RPS 114 (1996) 3, p. 237 ss, p. 245; JOSE HURTADO POZO, Droit pénal: Partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève etc., p. 70, N 202.

tion⁶⁰³. Cependant, l'auteur direct peut être le simple instrument d'un auteur médiat agissant depuis l'étranger. Ainsi, un acte de blanchiment d'argent peut être commis par un auteur étranger utilisant à son insu un intermédiaire financier se trouvant en Suisse. Les coauteurs et auteurs médiats sont réputés agir à la fois au lieu où ils se trouvent et au lieu où se trouve l'auteur direct⁶⁰⁴, alors que la participation accessoire est rattachée territorialement à l'infraction de l'auteur principal⁶⁰⁵. L'art. 260^{ter} ch. 3 CP rattache au territoire suisse le soutien et la participation, depuis l'étranger, à une organisation criminelle qui doit exercer son activité criminelle en tout ou en partie en Suisse; à l'inverse, l'auteur qui agit en Suisse au bénéfice d'une organisation active à l'étranger répond également devant les tribunaux suisses.

Selon la formule du Tribunal fédéral, le lieu du résultat est celui où se produit «une modification du monde extérieur imputable à l'auteur et faisant partie des éléments constitutifs de l'infraction»⁶⁰⁶. Une partie importante de la doctrine, à laquelle nous adhérons, considère que cette interprétation doit être élargie de manière à inclure également le lieu où se réalise le dessein spécial de l'auteur, en particulier le lieu de l'enrichissement lorsque celui-ci est érigé en élément constitutif subjectif⁶⁰⁷.

La compétence pour juger l'entreprise (art. 102 CP) sur la base du principe de la territorialité est donnée, à notre sens, non seulement lorsque l'auteur (personne physique) a agi sur sol suisse ou utilisé un instrument sur sol suisse⁶⁰⁸ mais aussi lorsque le défaut d'organisation permettant d'imputer l'infraction à l'entreprise peut être rattaché au territoire suisse. Il s'agit du lieu où l'entreprise aurait dû prendre les mesures d'organisation nécessaires, c'est-à-dire en principe du lieu de son siège. Ainsi, les entreprises établies à l'étranger peuvent être jugées pour les actes de blanchiment commis en Suisse par une personne physique agissant en son sein, alors que les entreprises établies en Suisse peuvent être jugées à la fois pour les actes de blanchiment commis en Suisse et pour ceux, commis à l'étranger, que des mesures d'organisation sur sol Suisse auraient été propres à empêcher (art. 102 al. 2 CP)⁶⁰⁹. Dans les deux cas, il n'y a

603 ANDREAS DONATSCH et BRIGITTE TAG, *Strafrecht I: Verbrechenslehre*, Zurich etc. 2006, 8^e éd., p. 49; PETER POPP et PATRIZIA LEVANTE, in: Marcel Alexander Niggli et Hans Wiprächtiger (éd.), *Basler Kommentar Strafrecht I*, 2^e éd., Bâle 2007, Art. 8 StGB N 4.

604 DONATSCH/TAG (note 603), p. 51; POPP/LEVANTE (note 603), Art. 8 StGB N 13.

605 ATF 108 Ib 301, p. 304; 104 IV 77, p. 86; DONATSCH/TAG (note 603), p. 51.

606 ATF 105 IV 326, p. 329 s.

607 ROBERT ROTH, Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international, RPS 112 (1994) 1, p. 1 ss, p. 6 s.; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Kurzkommentar*, 2^e éd., Zurich 1997, Art. 7 StGB, N 3, 6; CASSANI RPS 1996 (note 602), p. 255 s.; ATF 109 IV 1, 3 s. (limité à l'escroquerie); *contra*: POPP/LEVANTE (note 603), At. 8 StGB N 11.

608 MACALUSO (note 501), p. 177 s., N 1027 ss.

609 Dans le même sens, avec des nuances quant au raisonnement, NIGGLI/GFELLER (note 502), Art. 102 StGB N 412; pour une limitation aux entreprises ayant leur siège en Suisse, NIKLAUS SCHMID, *Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite*, recht 6/2003, p. 201 ss, p. 210.

pas d'exigence de double incrimination, de sorte que la question de savoir si le droit étranger connaît la responsabilité de l'entreprise est sans pertinence.

b. La compétence fondée sur les principes de la personnalité active et de la personnalité passive (art. 7 al. 1 CP)

En vertu de l'art. 7 al. 1 CP, le juge suisse est compétent si l'auteur ou la victime de l'infraction est un ressortissant suisse, à condition qu'il s'agisse d'un délit extraditionnel⁶¹⁰ et que l'auteur se trouve en Suisse ou qu'il soit remis à la Suisse. Il faut, par ailleurs, que la condition de double incrimination soit réalisée, la punissabilité au lieu de commission n'étant pas exigée si l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale.

Pour le surplus, on relèvera que la victime de l'infraction préalable peut aussi être la victime de l'infraction de blanchiment⁶¹¹ et que, par conséquent, le juge suisse est compétent pour juger l'auteur étranger ayant blanchi de l'argent à l'étranger au préjudice d'une victime suisse.

Le principe de la personnalité active s'applique de manière générale aux entreprises responsables sur la base de l'art. 102 CP⁶¹²; quant au principe de la personnalité passive, il doit également profiter aux entreprises et personnes morales, sans qu'il n'y ait lieu d'assortir ce point de vue des cautèles formulées par le Tribunal fédéral dans l'ATF 121 IV 145. Une entreprise doit être considérée comme «suisse» si son siège est en Suisse, exigence qui pour la personnalité active découle déjà du fait que l'auteur doit se trouver en Suisse au moment de l'action pénale⁶¹³. Enfin, aux fins de l'application de la condition de la double incrimination, il convient à notre avis d'exiger, pour ce qui est de la compétence en vertu de la personnalité active établie à l'égard d'une entreprise, que le droit au lieu de commission reconnaîsse la responsabilité pénale de l'entreprise pour l'infraction qui lui est reprochée.

c. La compétence universelle (art. 5, 6 et 7 al. 2 CP)

Le principe de l'universalité est à la base des art. 5, 6 et 7 al. 2 CP, qui fondent la compétence du juge suisse pour les infractions particulièrement graves commises à l'étranger et que l'auteur doit se trouver en Suisse au moment de la poursuite. Ce principe n'a pas une grande importance en matière de blanchiment d'argent.

610 Art. 35 al. 1 let. a EIMP.

611 ATF 129 IV 322, p. 326 ss; 133 III 323, p. 330.

612 MACALUSO (note 501), p. 179 s., N 1041 ss; NIGGLI/GFELLER (note 502), Art. 102 StGB N 27 et 30; SCHMID (note 609), recht 6/2003, p. 210. Ce dernier auteur exprime toutefois des doutes quant au fait que l'art. 102 CP remplisse la condition de l'art. 7 par. 1 let. c CP (délit extraditionnel).

613 MACALUSO (note 501), p. 178 s., N 1036 ss; TRECHSEL (note 607), Art. 5 StGB N 4.

En particulier, l'universalité classique en vertu de l'art. 6 CP est limitée, selon la doctrine dominante, aux infractions que la Suisse s'est engagée à poursuivre en vertu d'un accord international *instaurant une obligation d'appliquer le principe de l'universalité*⁶¹⁴. Or, les conventions internationales évoquées ci-dessus envisagent le principe de l'universalité à titre facultatif seulement⁶¹⁵. Dans son Message en vue de la ratification de la Convention de Vienne, le Conseil fédéral affirme, à propos de l'art. 4 par. 2 let. b, que «la Suisse n'a pas de raison d'épuiser les possibilités offertes par la Convention en la matière»⁶¹⁶. Il convient de se rappeler néanmoins que l'art. 19 ch. 4 LStup retient déjà une solution qui combine la compétence fondée sur la représentation et la compétence universelle et que l'art. 24 LStup reconnaît la compétence du juge suisse pour confisquer les stupéfiants et les avoirs qui résultent de leur trafic sur la base de l'universalité. Le législateur suisse ne paraît pas avoir souhaité étendre cette compétence au blanchisseur des avoirs issus du trafic de drogue.

Quant à la compétence subsidiaire en vertu de l'art. 7 al. 2 CP, introduite par la révision législative totale de la partie générale en 2002, elle entre en considération lorsqu'une demande d'extradition est rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte ou en cas de crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale. La signification précise de ces notions est encore peu claire⁶¹⁷. La notion de «crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale» semble réservée aux crimes coutumiers de droit international, dont le blanchiment d'argent ne fait pas partie. Tout au plus peut-on imaginer qu'une demande d'extradition puisse être rejetée dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent pour un motif autre que la nature de l'acte et la nationalité suisse de l'auteur qui entraînerait l'application de l'art. 7 al. 1 CP. On peut songer au refus d'une demande d'extradition à la requête d'un Etat qui ne fournit pas les garanties élémentaires d'un procès équitable et du respect des droits humains⁶¹⁸.

d. La compétence territoriale en matière de confiscation

Dans son arrêt Al Kassar⁶¹⁹, le Tribunal fédéral a confirmé que les dispositions décrites ci-dessus s'appliquent aussi à la *compétence pour prononcer la confiscation*.

614 DONATSCH/TAG (note 603), p. 57; POPP/LEVANTE (note 603), Art. 6 StGB N 5.

615 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6982. Plus généralement, le Conseil fédéral estime que la Suisse satisfait entièrement aux exigences des art. 15 Convention de Palerme et 42 CNUCC; Message (note 4), FF 2005 6269, p. 6306; Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6981 s.

616 Message (note 54), FF 1996 I 557, p. 570.

617 POPP/LEVANTE (note 603), Art. 7 StGB N 16 s.

618 AUDRE BICOVSKY, L'application de la loi pénale dans l'espace, in: André Kuhn et al. (éd.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Berne 2006, p. 1 ss, p. 26 et note 92.

619 ATF 128 IV 145, p. 151; BAUMANN (note 318), Art. 70 N 19; URSULA CASSANI, Combattre le crime en confisquant les profits: nouvelles perspectives d'une justice transnationale, in: Stefan Bauhofer et al. (éd.), Criminalité économique, Coire/Zurich 1999, p. 273 ss., p. 259 s.; PIETH (note 477), p. 503; contra: SCHMID (note 277), Art. 70 N 28.

cation, faute de base légale spécifique. La confiscation de valeurs patrimoniales obtenues par des infractions en matière de stupéfiants est, par contre, soumise au principe de l'universalité au regard de l'art. 24 LStup. Un élargissement de la compétence territoriale en matière de confiscation à tous les avoirs se trouvant en Suisse, sans égard au lieu de commission des infractions dont ils sont issus, supposerait une modification législative, proposée par une initiative parlementaire déposée en 2007⁶²⁰. Il devrait s'agir d'une application du principe de l'universalité, pour lequel la double incrimination concrète devrait être exigée; en revanche, la présence des avoirs en Suisse remplacerait celle de l'auteur.

VI. La coopération internationale

La coopération internationale constitue un volet essentiel du régime international de lutte contre toute forme de criminalité, en particulier contre le blanchiment d'argent. Il ne saurait être question de dresser ici un tableau complet des conventions internationales et traités bilatéraux qui s'appliquent dans le domaine. Nous nous contenterons, plus modestement, d'esquisser les obligations de coopération particulières qui découlent des principales conventions en matière de blanchiment d'argent et de confiscation auxquelles la Suisse est partie, ainsi que la manière dont celles-ci sont mises en œuvre dans notre droit. Quelques brèves réflexions seront consacrées aussi aux dispositions en vertu de la Convention de Mérida (CNUCC), que la Suisse s'apprête à ratifier, et de la Convention de Varsovie (CBIFT 2005), que la Suisse n'a pas encore signée.

1. Le cadre normatif supranational

a. La Convention de Vienne

Une innovation essentielle de la Convention de Vienne réside dans la création d'obligations de coopération dans la confiscation et les mesures visant à préparer celle-ci. L'art. 5 par. 4 let. a instaure des obligations de coopération dans le prononcé et l'exécution de la confiscation, alors que l'art. 5 par. 4 let. b vise l'obligation de coopération en vue de l'identification, de la détection, du gel ou de la saisie des produits, biens et instruments.

La Convention de Vienne, comme celles qui la suivront, ménagent néanmoins une grande marge de manœuvre en faveur des législateurs nationaux, puisque l'art. 5 par. 4 let. a laisse à la Partie requise le choix entre deux voies, soit, (i) la transmission de la demande à ses autorités compétentes en vue de

620 Initiative parlementaire du Groupe socialiste au Conseil national (07.445), du 22 juin 2007, Renforcement des moyens de confiscation des valeurs patrimoniales des dictateurs ou potentats. Cf. également la proposition de MARK PIETH (note 477, p. 505), visant la confiscation universelle des valeurs patrimoniales d'un «régime criminel».

faire prononcer une décision de confiscation et, si cette décision intervient, l'exécution de celle-ci ou (ii) la transmission à ses autorités compétentes de la décision de confiscation prise par la Partie requérante, afin qu'elle soit exécutée. La première voie relève de la délégation de la compétence de confisquer et la seconde de l'exécution d'un jugement de confiscation étranger. La souplesse sur ce point vient s'ajouter à la latitude laissée aux Parties dans le choix entre la confiscation du produit et celle d'une valeur correspondante sans lien avec l'infraction. Comme le relève Gilmore⁶²¹, il peut en résulter des difficultés, en particulier lorsqu'une requête émane d'un pays ayant opté pour la première solution et qu'elle s'adresse à un Etat qui reconnaît la seconde.

Selon l'art. 5 par. 5, chaque Partie qui confisque des produits en dispose conformément à son droit interne, mais elle peut envisager de conclure des accords prévoyant de verser les valeurs patrimoniales confisquées «à des organismes intergouvernementaux spécialisés dans la lutte contre le trafic illicite et l'abus des stupéfiants et des substances psychotropes» ou de les «partager avec d'autres Parties, systématiquement ou au cas par cas».

b. *La CBI 1990*

Les art. 7 à 12 CBI 1990 obligent les Etats à coopérer «dans la mesure la plus large possible» dans les investigations pénales, que ce soit pour dépister les profits du crime ou pour les bloquer. L'art. 10 CBI 1990 innove, en prévoyant, à titre facultatif, *la transmission spontanée d'informations*, sans demande préalable.

Comme la Convention de Vienne avant elle, la CBI 1990 instaure l'*obligation de coopérer dans le prononcé et l'exécution de la confiscation*. L'art. 13 oblige chaque Partie à prévoir un mécanisme permettant de confisquer, à la demande d'un Etat étranger, les valeurs patrimoniales qui se trouvent sur son territoire. Ici encore, le Parties ont opté pour une solution souple, puisqu'en vertu de l'art. 13 CBI 1990, l'Etat requis a le choix entre deux voies: soit exécuter la décision de confiscation rendue à l'étranger (art. 13 par. 1 let. a CBI 1990), soit prononcer la confiscation par une procédure autonome (art. 13 par. 1 let. b CBI 1990)⁶²².

Pour satisfaire à ses obligations découlant de la convention, il suffit qu'un Etat aménage l'une des deux voies mentionnées⁶²³, celle de la délégation de la compétence pour juger ou celle de l'exécution du jugement étranger. C'est à la Partie requise qu'appartient le choix de la forme de la coopération⁶²⁴. Cependant, contrairement à la Convention de Vienne, la CBI 1990 dispose que quelle

621 GILMORE (note 44), p. 64 s.

622 Rapport explicatif (note 113), ch. 44; Message (note 116), FF 1992 VI 8, p. 24; NILSSON (note 48), p. 464.

623 GILMORE (note 44), p. 185; NILSSON (note 48), p. 473.

624 Rapport explicatif (note 113), ch. 44, Message (note 116), FF 1992 VI 8, p. 24.

que soit la voie choisie, l'Etat requis est lié par les constatations de fait de l'Etat requérant⁶²⁵.

En vertu de l'art. 15, la «Partie requise dispose selon son droit interne de tous les biens confisqués par elle, sauf s'il en est convenu autrement par les Parties concernées». Il s'ensuit que la valeur patrimoniale reste en principe acquise à l'Etat requis, mais que ce dernier peut conclure une convention de partage avec l'Etat requérant. Contrairement à la Convention de Vienne, la CBI 1990 ne prévoit donc aucune affectation des avoirs confisqués à un but d'utilité commune, permettant ainsi à l'Etat qui recueille sur son territoire des avoirs illicites de conserver entièrement les bénéfices de la confiscation. Il s'agit là d'une des grandes faiblesses de cette convention, à laquelle vient s'ajouter l'absence totale de prise en compte des droits de victimes éventuelles.

c. *La Convention de Palerme*

C'est sur la question de la *disposition des valeurs confisquées que l'on constate le principal progrès* par rapport à l'art. 5 de la Convention de Vienne, de même que l'art. 15 CBI 1990, puisque l'art. 14 par. 2 de la Convention de Palerme prévoit, certes en des termes très souples, que les Etats «doivent, dans la mesure où leur droit interne le leur permet et si la demande leur en est faite, envisager à titre prioritaire de restituer le produit du crime ou les biens confisqués à l'Etat Partie requérant, afin que ce dernier puisse indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ce produit du crime ou ces biens à leurs propriétaires légitimes». Par ailleurs, l'art. 14 par. 3 let. a Convention de Palerme contient la suggestion que les fonds confisqués soient versés en tout ou en partie à un compte établi en application de l'art. 30 par. 2 let. c, dans le but de fournir une assistance technique aux pays en développement et aux pays à économie en transition, ainsi qu'à des organismes intergouvernementaux spécialisés dans la lutte contre la criminalité organisée.

d. *La Convention de Mérida*

Les dispositions sur la coopération dans la confiscation sont regroupées dans un chapitre V consacré entièrement au «*recouvrement d'avoirs*». L'art. 51 CNUCC érige la «restitution des avoirs en application du présent chapitre [en] principe fondamental de la présente Convention».

Outre les mesures préventives découlant de l'art. 52 CNUCC, évoqué ci-dessus⁶²⁶, les art. 53 à 59 mettent en place une large coopération dans le recouvrement des avoirs dus à titre de *dommages-intérêts* ou *sujets à confiscation*. L'art. 57 par. 2 appelle chaque Etat Partie à adopter les mesures nécessaires

625 Art. 14 par. 2 Convention n° 141; Message, (note 116), FF 1992 VI 8, p. 25; GILMORE (note 44), p. 185.

626 Cf. *supra* D.IV.1.d, p. 354 s.

pour «permettre à ses autorités compétentes de restituer les biens confisqués, lorsqu'il agit à la demande d'un autre Etat Partie, conformément à la présente Convention, et compte tenu des droits des tiers de bonne foi». La restitution est obligatoire, sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'Etat requérant, dans les cas de soustraction de fonds publics ou de blanchiment de fonds publics soustraits (art. 57 par. 3 let. a CNUCC). Pour le produit des autres infractions visées par la CNUCC, la restitution n'est pas automatique mais devient néanmoins obligatoire lorsque certaines conditions sont réalisées, soit si l'Etat requérant fournit des «preuves raisonnables de son droit de propriété antérieur» ou lorsque la prétention peut se fonder sur l'existence d'un préjudice selon le droit de l'Etat requis (art. 57 par. 3 let. b CNUCC). Dans tous les autres cas, la Partie requise devra envisager en priorité de restituer les biens à l'Etat requérant, de les restituer à ses propriétaires légitimes préalables ou de dédommager les victimes (art. 57 par. 3 let. c CNUCC).

Ainsi, à la différence de la Convention de Palerme, qui laisse à l'Etat requis la liberté de décider de la manière dont il disposera de telles valeurs, la Convention contre la corruption consacre le *principe de la restitution obligatoire*. Pour la mise en œuvre de ce principe, en revanche, elle oblige les Etats parties à utiliser les canaux traditionnels de l'entraide internationale en matière pénale et à respecter le droit interne de l'Etat requis (art. 55 CNUCC)⁶²⁷.

e. La Convention de Varsovie

En vertu de l'art. 15 CBIIFT 2005, les Parties se donnent la coopération la plus large possible dans les investigations et les procédures visant à la confiscation. Cette obligation s'étend, dans certaines limites, aux renseignements sur les comptes et opérations bancaires, ainsi que le suivi des opérations bancaires (art. 17 à 19 CBIIFT 2005). Les Etats peuvent faire une réserve limitant l'application de ces mesures aux infractions citées à l'annexe⁶²⁸, correspondant à la liste des infractions sous-jacentes au blanchiment en vertu du Glossaire des recommandations du GAFI.

L'art. 28 CBIIFT 2005 énonce les motifs de refus que les Etats sont en droit d'opposer à une demande d'entraide. La possibilité d'instaurer la condition de la double incrimination est maintenue (par. 1 let. g). Il est précisé que «[l]orsque la double incrimination est exigée pour la coopération en vertu du présent chapitre, cette obligation est considérée comme remplie, que les deux Parties classent ou non l'infraction dans la même catégorie d'infraction ou qu'elles utilisent ou non la même terminologie pour la désigner, dès lors que les deux Parties incriminent l'acte qui est à la base de l'infraction». Cette clause, reprise de la R. 37 du GAFI 2003⁶²⁹, ne semble pas s'opposer à ce qu'un pays exige qu'il

627 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6939.

628 Cf. *supra* note 472.

629 Rapport explicatif (note 160), ch. 217.

y ait un crime en amont. Il convient de se souvenir, cependant, que l'art. 9 al. 6 CBIFT 2005 oblige les Parties à faire en sorte qu'il suffise de prouver que les avoirs blanchis proviennent d'une infraction principale, sans qu'il soit nécessaire de prouver de quelle infraction précise il s'agit.

Le système découlant de l'art. 13 CBI 1990, qui offre au pays requis le choix entre l'exécution d'une confiscation étrangère et le prononcé d'une confiscation autonome, est maintenu à l'art. 23 CBIFT 2005⁶³⁰. L'art. 23 par. 5 précise que l'obligation de coopérer existe aussi pour les mesures équivalentes à la confiscation ne constituant pas une sanction pénale. On peut songer notamment à la «civil forfeiture» des Etats-Unis et à la «civil recovery» du droit du Royaume-Uni ou de la République d'Irlande, mesures dont on relèvera cependant que les auteurs de la CBI 1990 estimaient déjà qu'elles étaient englobées dans la définition large de la confiscation retenue à l'art. 1 let. d CBI 1990⁶³¹, reprise à l'art. 1 let. d CBIFT 2005⁶³². Manifestement, la pratique a démontré qu'il n'allait pas de soi que des pays ne connaissant pas ce type de mesures civiles acceptent, par le biais de l'entraide, de faire bénéficier leurs partenaires d'instruments réservés à la justice pénale. Les commentateurs anglais de la «Proceeds of Crime Act 2002» eux-mêmes envisagent d'ailleurs plutôt la voie de l'entraide civile pour l'exécution de jugements de «civil recovery»⁶³³. Il est fort possible que les Etats ne connaissant pas ce type de jugement civil continuent à refuser de mettre à disposition les moyens de contrainte du juge pénal pour en assurer l'exécution. L'art. 23 CBIFT 2005 semble d'ailleurs envisager cette éventualité, en exigeant des Etats parties une coopération «la plus large possible en conformité avec leur droit interne».

Le principe selon lequel la Partie requise dispose des biens est maintenu (art. 25 par. 1 CBIFT 2005), cependant, la restitution des «biens confisqués à la Partie requérante, afin que cette dernière puisse indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ces biens à leur propriétaire légitime» est maintenant présentée comme un but prioritaire (art. 25 par. 2 CBIFT 2005).

L'art. 17 CBIFT 2005 exige que les Parties soient à même de répondre aux demandes de renseignements visant à déterminer si une personne faisant l'objet d'une enquête pénale détient ou contrôle un compte en banque. Le Rapport explicatif à la convention précise que cette disposition «n'oblige pas les Parties à créer un registre central des comptes bancaires, mais laisse à l'appréciation de chacune d'entre elles la façon de se conformer efficacement à cette disposition»⁶³⁴. En vertu du par. 2, cette obligation n'existe que dans la mesure où la

630 Rapport explicatif (note 160), ch. 167 s.

631 Rapport explicatif (note 160), ch. 164.

632 La définition est la suivante: ««confiscation» désigne une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, peine ou mesure aboutissant à la privation permanente du bien».

633 Art. 240 ss Proceeds of Crime Act 2002; cf. CASSANI (note 432), p. 303 ss, 344 s.

634 Rapport explicatif (note 160), ch. 136.

banque qui gère le compte possède ces informations; la convention n'entend donc pas fonder des devoirs nouveaux en matière d'établissement ou de conservation de documents⁶³⁵. Par ailleurs, dans le but de tenir compte du travail considérable que les requêtes peuvent impliquer⁶³⁶, le par. 3 tente d'empêcher les demandes de renseignement exploratoires («fishing expéditions»⁶³⁷). Cette clause exige, en effet, de la Partie requérante des explications concernant les motifs de sa demande, y compris sur les raisons qui l'amènent à supposer que des banques situées dans la Partie requise détiennent les comptes en question et quels pourraient être les banques et comptes concernés. Ici encore, les Parties ont la possibilité de restreindre le champ d'application de la disposition, qui peut être limitée aux infractions énumérées dans l'annexe⁶³⁸. Les art. 18 et 19 CBIFT 2005 visent les demandes d'information sur les opérations bancaires et le suivi de celles-ci, sans prévoir la possibilité de limiter ces mesures à certaines infractions.

L'art. 46 CBIFT 2005 décrit le mode de coopération entre les cellules de renseignement financier, qui doivent échanger, y compris sur un mode informel (par. 5), «de leur propre chef ou sur demande, [...] toute information accessible pouvant leur être utile pour procéder au traitement ou à l'analyse d'informations ou, le cas échéant, à des enquêtes relatives à des transactions financières liées au blanchiment» (par. 2). Cet échange large et présentant peu de garanties pour l'individu touché peut néanmoins être restreint en vertu du par. 6, notamment lorsque la divulgation des informations entraînerait «des effets clairement disproportionnés au regard des intérêts légitimes d'une personne» ou lorsque les principes fondamentaux du droit de la Partie requise s'y opposent. L'utilisation des informations se limite à l'analyse dans un but de lutte contre le blanchiment (par. 7) et peut être soumise au principe de la spécialité (par. 8).

La coopération internationale entre cellules de renseignement financier doit également être assurée en cas de suspension ou de report en urgence d'opérations suspectes (art. 47 CBIFT 2005), possibilité qui risque de dédoubler la voie de l'entraide judiciaire dans la saisie.

f. Les recommandations du GAFI

Dès les recommandations de 1990, les Etats sont encouragés à conclure des conventions d'entraide et des traités, afin d'améliorer l'entraide judiciaire dans la collecte des preuves, la saisie, le gel et la confiscation des produits des infractions et l'extradition (R. 3 et 30 à 40 1990). Les recommandations de 2003 invitent les pays à ratifier et à mettre en œuvre les conventions internationales et régionales en matière de blanchiment d'argent, de crime organisé et de financement

635 Rapport explicatif (note 160), ch. 137.

636 Rapport explicatif (note 160), ch. 138.

637 Rapport explicatif (note 160), ch. 125 et 139.

638 Cf. *supra* note 472.

du terrorisme et à offrir l'éventail le plus large possible de mesures d'entraide judiciaire pour les enquêtes, les poursuites et les procédures connexes ayant trait au blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme (R. 35 et 36).

Par ailleurs, la R. 37 préconise l'octroi de l'entraide même en l'absence de double incrimination.

2. *Le droit suisse*

La Suisse a une longue expérience de la coopération non seulement dans le cadre de l'extradition, mais aussi dans celui, particulièrement important pour la lutte contre le blanchiment d'argent, de la «petite entraide». En effet, dès avant l'entrée en vigueur de la CBI 1990, elle offrait son assistance, sur la base de la CEEJ, des traités bilatéraux ou sur celle de l'EIMP⁶³⁹, dans la recherche de moyens de preuve, la remise de documents, la perquisition et la saisie conservatoire d'objets et de valeurs nécessaires à la procédure à l'étranger ou permettant la restitution ou la confiscation du produit de l'infraction. La révision de l'EIMP, entrée en vigueur en 1997, a fourni au législateur suisse l'occasion d'introduire la transmission spontanée d'informations et de documents prévue à titre facultatif par l'art. 10 CBI 1990 (art. 67a EIMP).

Une limitation importante du droit suisse tient au fait que cette coopération est soumise au principe de la *double incrimination* et à celui de la *spécialité*. Les conventions internationales auxquelles la Suisse est actuellement Partie sont suffisamment souples pour permettre le maintien de ces principes, avec toutefois quelques nuances. Elles permettent en particulier l'application du principe de double incrimination⁶⁴⁰, qui exige que l'infraction pour laquelle l'entraide est requise constitue une infraction au sens du droit suisse. S'agissant de blanchiment d'argent, la principale question consiste à savoir si l'infraction préalable constitue un crime en droit suisse⁶⁴¹. Cela étant, le Tribunal fédéral a considérablement atténué la rigueur de ce principe en jugeant que la demande d'entraide était parfaitement recevable en l'absence de précisions sur le crime en amont, et cela même dans le cas où l'autorité étrangère elle-même ne connaît pas encore la nature exacte de l'infraction⁶⁴². Cet affaiblissement jurisprudentiel

639 Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981, RS 351.1, révisée par la LF du 4 oct. 1996, en vigueur depuis le 1er février 1997; RO 1997 I 114 ss; ATF 112 II 576, p. 598; ATF 115 II 517 (Pemex); MAURICE HARARI, Remise internationale d'objets et valeurs: réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, in: Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale, Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Chêne-Bourg 1997, p. 167 ss (*in toto*).

640 Il en va ainsi des art. 18 par. 1 let. f CBI 1990, 28 par. 1 let. g CBIFT 2005, 16 par. 1 et 18 par. 9 Convention de Palerme, ou encore les art. 44 par. 1 et 46 par. 9 let. b CNUCC. Le GAFI tente de dépasser ce principe (R. 37).

641 CASSANI (note 429), p. 25.

642 ATF 129 II 97, p. 99, consid. 3.2, confirmé par de nombreux arrêts cités dans l'arrêt du TF du 24 octobre 2005 (1A.188/2005), consid. 2.2.

de la double incrimination, qui présente des dangers d'abus manifestes mais semble être dans la ligne de l'assouplissement de la preuve préconisé à l'art. 9 al. 6 CBIFT 2005, a fait l'objet de critiques doctrinales sévères et fondées⁶⁴³.

Un arrêt de 2005 a fourni au Tribunal fédéral l'occasion de préciser que la jurisprudence précitée n'avait nullement pour but de limiter la portée du principe de la double incrimination, ni d'abandonner l'exigence d'une infraction en amont considérée en droit suisse comme un crime, mais de définir les exigences quant à la motivation de la requête d'entraide⁶⁴⁴. Or, souligne le Tribunal fédéral, à défaut de précisions sur le crime en amont, les requêtes présentées dans ces affaires faisaient sans exception état d'indices sérieux permettant d'admettre que les fonds provenaient de crimes⁶⁴⁵. Sont évoqués, à titre d'indices, les montants très importants des transactions, se chiffrant en millions ou en milliards de francs, l'existence d'une transaction effectuée par l'épouse d'un trafiquant de stupéfiants notoire, ou l'allégation d'un contexte de corruption ou de crime organisé, voire la provenance géographique d'un pays souffrant de l'emprise du crime organisée *ou connu pour le recours fréquent à des sociétés offshore*. Ces indices faisaient défaut dans l'affaire de 2005, qui avait trait à une demande d'entraide présentée par les autorités allemandes pour un transfert portant sur 57 500 euros, morcelés vraisemblablement dans le but d'échapper à l'identification obligatoire à partir de 15 000 euros selon le droit allemand, mais dont rien ne permettait de suspecter un contexte représentant un crime au regard du droit suisse⁶⁴⁶. Certes, la provenance d'un trafic de drogue ne pouvait être exclue, mais cette possibilité abstraite n'était pas considérée comme suffisante par le Tribunal fédéral, qui évoqua l'hypothèse de la provenance d'une infraction fiscale, pour laquelle l'entraide était exclue, faute de blanchiment au sens du droit suisse⁶⁴⁷.

Pour les motifs déjà examinés, l'exclusion des infractions fiscales revêt une importance particulière pour les rapports que la Suisse entretient avec ses partenaires étrangers⁶⁴⁸. Il convient néanmoins de rappeler que l'Accord sur la fraude, conclu avec l'Union européenne, prévoit la «petite entraide» en cas de blanchiment d'avoirs issus d'infractions commises dans le domaine de la fiscalité indirecte, lorsque celles-ci sont réprimées dans le droit des deux Parties contractantes d'une peine privative de liberté maximale supérieure à 6

643 Pour un résumé des critiques portant sur cet arrêt, voir MARC FORSTER, Internationale Rechts-hilfe bei Geldwäschereiverdacht, RPS 124 (2006) 3, p. 274 ss, p. 282 à 284; MAURICE HARARI, L'évolution récente en matière d'entraide pénale: Des interrogations demeurent, in: Raphaël Gani (éd.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, p. 103 ss, p. 123 s.

644 Arrêt du TF 1A.188/2005 (note 519), consid. 2.3.

645 Arrêt du TF 1A.188/2005 (note 519), consid. 2.4.

646 Arrêt du TF 1A.188/2005 (note 519), consid. 2.5.

647 Arrêt du TF 1A.188/2005 (note 519), consid. 2.5.

648 Cf. *supra* D.I.2.c.iii, p. 323 ss.

mois⁶⁴⁹. Ainsi, les autorités suisses seront, pour la première fois, amenées à offrir à leurs homologues étrangers l'usage de moyens coercitifs dont elles-mêmes ne disposeraient pas, faute de blanchiment punissable selon la définition «à usage interne».

Pour ce qui est du *principe de la spécialité*, les conventions internationales permettent à la Suisse de conditionner au consentement de ses autorités l'utilisation des informations ou éléments de preuve fournis par notre pays dans une procédure pénale visant une infraction autre que celle ayant fait l'objet de la requête⁶⁵⁰.

Concernant la coopération dans l'exécution de la confiscation, le Message du Conseil fédéral à propos de la CBI 1990 expose que la voie de la confiscation autonome (art. 13 par. 1 let. b) doit être empruntée lorsque l'infraction relève de la compétence territoriale des tribunaux suisses⁶⁵¹. Dans le cas contraire, le Message envisage la voie de l'exécution de la confiscation étrangère (art. 13 par. 1 let. a), en se basant sur les art. 94 et 105 ss EIMP⁶⁵². Ces dispositions ne visent expressément ni la confiscation ni la créance compensatrice, mais la jurisprudence en avait élargi la portée à ces mesures⁶⁵³. Curieusement, lors de la révision de l'EIMP en 1996, ces articles n'ont pas été modifiés de manière à mentionner expressément la confiscation et la créance compensatrice⁶⁵⁴.

Dans la pratique, c'est la voie de la remise à l'étranger des objets et valeurs bloqués en vue de leur confiscation ou de la restitution au lésé sur la base des art. 63 et 74a EIMP qui est le plus couramment pratiquée. En vertu de l'art. 74a al. 3 EIMP, la remise «peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant»⁶⁵⁵. Toutefois, contrairement à la pratique en matière d'exequatur (art. 94 et 105 ss EIMP), seules les valeurs patrimoniales provenant d'une infraction au sens de l'art. 70 CP ou celles qui sont dans le pouvoir de disposition d'une

649 Cf. *supra* D.I.2.c.iii. a), p. 324 ss.

650 Art 7 par. 3 Convention de Vienne; art. 18 par. 9 Convention de Palerme; art. 46 par. 19 CNUCC. La Suisse a en outre fait une réserve sur la base de l'art. 32 par. 2 CBI 1990. L'art. 42 al. 2 CBIFT 2005 autorise aussi une telle réserve.

651 Message (note 116), FF 1992 VI 8, p. 21 s.

652 Message (note 116), FF 1992 VI 8, p. 22.

653 ATF 115 Ib 517, p. 541 à 548 (Pemex); ATF 120 Ib 167, p. 173 s. (*ad* créance compensatrice); confirmation de l'application des art. 94 et 105 ss EIMP à l'ATF 133 IV 215, p. 220; pour une analyse critique, cf. CASSANI (note 619), p. 273 ss.

654 Le Message à l'appui de la révision de l'EIMP exclut l'exequatur des décisions étrangères de confiscation, sans s'interroger sur la portée de l'art. 13 CBI 1990 (FF 1995 III 1, p. 26).

655 La clause laisse une certaine marge de manœuvre, que les autorités suisses ont exploitée dans divers cas en remettant les fonds à l'étranger en l'absence d'un jugement définitif; ATF 123 II 134, p. 141 et 143; ATF 123 II 595, p. 601 ss (affaire Marcos), p. 610 s.; ATF 131 II 169, p. 175 (affaire Abacha); ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^e éd., Berne/Bruxelles 2004, p. 199 à 201, N 189; PAUL GULLY-HART, *International asset recovery of corruption-related assets: Switzerland*, in: Mark Pieth (éd.), *Recovering Stolen Assets*, Berne etc. 2008, p. 165 ss, p. 174 s.

organisation criminelle (art. 72 CP), peuvent être restituées par le biais de l'art. 74a EIMP⁶⁵⁶, à l'exclusion de valeurs destinées à couvrir une créance compensatrice (art. 71 CP), à tout le moins lorsque des créanciers en Suisse pourraient être lésés par la remise de ces valeurs et perdre ainsi la protection que leur offre l'art. 71 al. 3 2^e phrase CP⁶⁵⁷. Par conséquent, lorsque la demande d'entraide vise des valeurs destinées à assurer le paiement d'une créance compensatrice au sens de l'art. 71 CP, l'Etat requérant devra passer par la voie de l'exequatur (art. 94 et 105 ss EIMP)⁶⁵⁸.

Quant au *partage international et national des valeurs confisquées*, mentionné à l'art. 15 CBI 1990, la Suisse le pratiquait déjà dans ses rapports avec les Etats-Unis et le Canada. Longtemps entouré d'un flou juridique⁶⁵⁹, le partage des valeurs confisquées bénéficie maintenant d'une base légale claire, depuis l'entrée en vigueur de la Loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (LVPC)⁶⁶⁰. Cette dernière répond aux exigences internationales, en particulier de l'art. 57 par. 3 CNUCC⁶⁶¹.

Dès lors, la Suisse peut se prévaloir d'une tradition bien ancrée de la restitution internationale d'avoirs issus notamment de la corruption au sens large, que la communauté internationale érige pour la première fois en règle dans la Convention de Mérida. Le Conseil fédéral paraît s'attendre à ce que la Suisse tire bénéfice de son expérience dans le domaine: «Il se pourrait que les places financières soient soumises à certaines pressions de la part de ces pays en raison des attentes que suscite ce principe. Toutefois, la Suisse qui, en ce domaine, a une longue expérience et une longue pratique, ne devrait pas rencontrer de difficultés»⁶⁶².

E. Conclusion

L'examen de la genèse du dispositif de prévention et de répression du blanchiment d'argent en droit international et en droit suisse révèle les glissements significatifs sous l'angle de sa finalité et de ses contours. Conçu à l'origine comme un instrument de lutte contre le trafic organisé de la drogue, il s'est progressivement élargi à la protection secondaire d'autres biens juridiques. L'appel à la «*war on drugs*», fondant un droit pénal axé sur l'idéologie du contrôle ab-

656 ATF 129 II 453, p. 461; ATF 131 II 169, p. 183 s. (affaire Abacha).

657 ATF 133 IV 215, p. 220; GULLY-HART (note 655), p. 177 s.; *contra* ZIMMERMANN (note 655), p. 197, N 188. A ce sujet, lire aussi CASSANI (note 619), p. 279 s.

658 Cf. note 657 *supra*.

659 SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 234.

660 RS 312.4 (entrée en vigueur le 1^{er} août 2004); Message concernant la loi sur le partage des valeurs confisquées, FF 2002 423; SCHMID (note 277), Art. 70–72 CP N 234 ss.

661 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6989.

662 Message (note 130), FF 2007 6931, p. 6940.

solu et mondial de la criminalité, a permis d'établir rapidement un consensus planétaire sur la nécessité de la répression, par le biais de la Convention de Vienne de 1988. Dans ce combat, l'ennemi commun était le crime organisé; le fantasme partagé, celui de l'inexorable infiltration de l'économie légale par l'économie illégale. Dès lors, la lutte contre le blanchiment devenait, y compris sous la plume de juristes peu portés vers le catastrophisme, une mesure de défense nécessaire pour «éviter la *contamination progressive* – et irréversible – du système régulier par le système irrégulier»⁶⁶³.

Or, la menace émanant du crime organisé, «cheval de Troie de la surcriminalisation»⁶⁶⁴, était une figure argumentative destinée à faire passer des instruments dont la portée a été rapidement élargie aux infractions graves de toute nature. Dès 1990, le lien avec une organisation criminelle, de même d'ailleurs qu'avec le trafic de la drogue, est abandonné, que ce soit par l'incrimination de blanchiment d'argent créée en Suisse ou par la Convention de Strasbourg. Le dispositif s'est ensuite progressivement étendu et continuera probablement encore de s'étendre à des infractions dont le degré de dangerosité est sans rapport avec celui des crimes pour lesquels le système a été initialement conçu⁶⁶⁵.

Cette «émancipation» par rapport aux stupéfiants rend l'incrimination apte à l'usage «in typical areas of corporate crime, like corruption, fraud and tax evasion»⁶⁶⁶. Le résultat en est une pénalisation accrue de la vie économique⁶⁶⁷.

Aux arguments jouant sur la peur et les réflexes sécuritaires, la société civile a ajouté l'appel à la moralisation⁶⁶⁸ du secteur financier, exprimé en Suisse plus pragmatiquement par la référence à la protection de la réputation de la place financière. Les scandales qui ont touché cette dernière ont suscité des attentes auprès du public, allant vers l'imposition de standards éthiques et juridiques plus élevés. Les affaires de blanchiment de l'argent de la drogue des années 1980 ont présidé à la création des premières incriminations de blanchiment; l'affaire Abacha, qui s'est déroulée alors que l'on croyait les dispositifs de répression et de prévention déjà bien en place, a favorisé la définition de règles de comportement tenant compte du risque particulier que représentent les personnes politiquement exposées.

La dérive sécuritaire a atteint son paroxysme après les attentats du 11 septembre 2001, qui ont permis de faire passer bien des mesures liberticides, de manière générale en droit pénal, et aussi dans la lutte contre le blanchiment

663 Böckli (note 32), p. 221.

664 DELMAS-MARTY (note 7), p. 283.

665 MITSILEGAS (note 51), p. 202.

666 PIETH (note 41), p. 541.

667 JEAN CARTIER-BRESSON, Comptes et mécomptes de la mondialisation du crime, L'Economie politique 2002–3 (n°15), p. 22 ss, N 6; selon l'auteur, le phénomène s'accompagne d'une récupération du terme «criminalité organisée».

668 BÖCKLI (note 32), p. 221; GUNTHER ARZT, Neue Wirtschaftsethik, neues Wirtschaftsstrafrecht, neue Korruption, in: Festschrift Wiegand, Berne 2005, p. 739 ss, p. 755.

d'argent. La «*war on terror*», par une résurgence de la même rhétorique guerrière utilisée à la fin des années 1980 pour la drogue, a eu des répercussions qui ont touché principalement le volet préventif, en prescrivant de nouvelles obligations d'information et de contrôle. Or, des mesures telles que l'identification du donneur d'ordre ou le contrôle des mouvements transfrontières d'espèces n'ont qu'une incidence modeste sur la lutte contre le terrorisme, dont la désolante évidence est qu'il ne coûte presque rien et ne donne pas lieu à des transferts patrimoniaux importants. Elles permettent, en revanche, de détecter d'autres transferts et transports et de repérer notamment des tentatives de déplacement ou de rapatriement des avoirs soustraits au fisc.

La nouvelle offensive contre les «armes de destruction massive», lancée par le GAFI en 2007 et dirigée explicitement contre l'Iran⁶⁶⁹, s'appuie sur les mêmes mécanismes sécuritaires et participe de la même démarche de parasitage du système de lutte contre le blanchiment par des préoccupations qui lui sont étrangères. Pour l'instant, la production normative se limite à l'établissement de lignes directrices destinées à aider les pays à prendre des sanctions économiques ciblées⁶⁷⁰, mais il n'est pas exclu que ce nouveau terrain de jeu entraîne d'autres initiatives plus contraignantes et dont les retombées dépasseront également la cible explicitement désignée.

Pour nombre d'auteurs, le glissement du but du dispositif anti-blançhiment de la répression des actes qui sont liés au trafic de la drogue vers le contrôle préventif des transferts d'argent n'est pas fortuit. Le contrôle des flux financiers aurait été, dès le début, le but ultime poursuivi de manière occulte; c'est en cela que réside le «*hidden agenda*» dont Mark Pieth soupçonne l'existence⁶⁷¹. Selon l'analyse de ce témoin privilégié du processus, «part of the function of the efforts against money laundering has been to create preconditions for a worldwide instrument of global financial control»⁶⁷². L'incrimination du blanchiment permettrait de légitimer une surveillance préventive de l'économie⁶⁷³, dans laquelle l'Etat chargerait le secteur privé de constituer des banques de données importantes, dont le but ultime serait de conférer aux autorités un accès aux informations financières concernant les auteurs de soustraction fiscale et de manière générale l'activité économique non déclarée⁶⁷⁴.

L'identification des buts dissimulés d'un hypothétique législateur international est un exercice plus hasardeux encore que celui consistant à interpréter l'in-

669 GAFI, Résumé du Président de la réunion plénière; Paris, 10–12 octobre 2007.

670 «Guidance on implementing financial provisions of UNSC Resolutions to counter proliferation of weapons of mass destruction» des 4 juillet et 18 septembre 2007. Cf. aussi le Rapport annuel 2006–2007 du GAFI (20.12.2007), par. 42 s.

671 PIETH (note 41) p. 541; la même expression est utilisée par MITSILEGAS (note 51), p. 204.

672 PIETH (note 41), p. 532. Dans le même sens, ROWAN BOSWORTH-DAVIES, Money laundering – chapter five. The implications of global money laundering laws, *Journal of Money Laundering Control*, 10/2 2007 pp. 189 ss, p. 207.

673 ARZT (note 668) p. 755.

674 BOSWORTH-DAVIES (note 672), p. 207.

tention véritable du législateur national. Peu importe qu'un tel dessein ait ou non animé dès le début l'action de certains acteurs du processus: le fait est que l'élargissement du dispositif de lutte contre le blanchiment sous l'angle des infractions sous-jacentes et la multiplication des professions soumises aux devoirs de collecter des preuves sur les affaires de leurs clients, de constituer des dossiers tenus à la disposition du juge et même d'alimenter celui-ci spontanément en cas de soupçon de blanchiment, a eu pour effet de conférer au système de justice pénale la possibilité d'accéder à des informations qui étaient auparavant inatteignables pour lui, ne serait-ce que parce qu'elles n'étaient pas connues de l'intermédiaire financier lui-même ou ne faisaient pas l'objet d'une collecte systématique.

Le secteur financier fournit des prestations qui présentent des risques d'abus; il offre aux personnes qui œuvrent en son sein l'accès à des informations qu'elles seules peuvent recueillir. Les intermédiaires financiers, et surtout les banques, occupent une position d'observation unique qui en fait les «sentinelles de l'anti-blanchiment»⁶⁷⁵; en cela, leur enrôlement est légitime.

L'attribution de ces nouvelles tâches aux intermédiaires financiers relève d'une stratégie de responsabilisation qui opère un nouveau partage du contrôle social entre l'Etat et le secteur privé. Ce modèle de «governance-at-a-distance»⁶⁷⁶ ne doit pas, pour autant, permettre à l'Etat de se décharger sur le citoyen de sa mission de prévention et de contrôle de la criminalité⁶⁷⁷. Comme toute arme efficace, celle-ci doit être employée avec discernement. La stratégie de responsabilisation des intermédiaires financiers n'a pas seulement les coûts économiques mis en avant par les acteurs du secteur privé qui les supportent; elle a aussi des coûts en termes d'atteintes à la liberté des citoyens par la surveillance de leurs transactions⁶⁷⁸. En faisant de l'intermédiaire financier le pivot de la lutte anti-blanchiment, les 40 recommandations du GAFI de 1990 ont eu un impact indélébile sur la relation entre le banquier et son client, marquée dorénavant par l'obligation légale de douter. Tout particulièrement depuis que la communication des soupçons est devenue un devoir à l'occasion de la révision des 40 recommandations en 1996, les intermédiaires financiers «have to reduce the protection of the customers» privacy in order to co-operate with the state»⁶⁷⁹. Ce faisant, ils fournissent à la justice des informations dont l'obtention par l'Etat lui-même impliquerait des mesures de contrainte⁶⁸⁰, telles que la

675 THIERRY GODEFROY/PIERRE LASCOUMES, *Les banques, sentinelles de l'anti-blanchiment*, Centre d'études et de recherches internationales, Paris 2006.

676 NADJA CAPUS, *Selbstregulierung als neue Steuerungsmethode der schweizerischen Geldwäschebekämpfung*, ZStW 114 (2002) p. 710 ss; VEST (note 578), p. 221.

677 DELMAS MARTY (note 7), p. 281; MITSILEGAS (note 51), p. 200.

678 ARZT (note 668), p. 755; KARL-LUDWIG KUNZ, *Die Kriminalpolitik der Spätmoderne, Sociology of Crime and Law Enforcement*, online publications, http://socio.ch/cri/t_kunz3.htm3.1.

679 MITSILEGAS (note 51), p. 199 s.

680 MICHAEL REINLE, *Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz*, Zurich/St. Gall 2007, N 184 ss.

perquisition ou la surveillance de comptes, dont la mise en œuvre serait subordonnée à l'existence d'un soupçon concret et préexistant qu'une infraction a été commise, dont la durée serait limitée et l'application soumise à un contrôle judiciaire.

Les tentatives consistant à étendre de plus en plus les professions auxquelles s'appliquent les devoirs de diligence en matière de lutte contre le blanchiment, par l'offensive visant les «gate keepers», puis par l'inclusion d'activités commerciales non financières, empiètent de manière encore plus critique sur les libertés individuelles. L'inclusion large des avocats dans le dispositif européen n'est pas le seul exemple des atteintes aux libertés qui sont en jeu; celle des professions comptables semble un outil tout aussi redoutable dans la perspective du quadrillage complet de l'économie. Or, si l'on peut attendre du citoyen qu'il fasse preuve d'une attention raisonnable pour ne pas se rendre complice d'infractions pénales, cela ne signifie pas qu'il soit souhaitable ou même acceptable de faire des citoyens des hommes et des femmes de verre, ni d'ériger la délation en devoir général.

La transposition des standards internationaux ne décharge pas le législateur suisse de sa responsabilité de définir la politique criminelle. C'est à lui qu'incombe l'arbitrage entre les différents intérêts de liberté et de sécurité en présence et l'évaluation de la pertinence, de l'effectivité et de la légitimité des mesures proposées. Il ne saurait être question d'une simple adaptation à des normes techniques, comme vient de le suggérer le rapporteur de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, en motivant comme suit l'entrée en matière sur l'adaptation aux normes du GAFI: «Der Schweizer Finanzsektor soll gewissermaßen zertifiziert sein. Wer mit Schweizer Banken Geschäfte macht, soll davon ausgehen können, dass die Fragen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung geregelt sind».⁶⁸¹

Cependant, quels que soient les buts sur lesquels se fondent les choix législatifs, le contexte international reste une donnée essentielle. Une solution opposée aux options prises par les Etats avec lesquels la place financière suisse entretient des liens étroits peut induire des flux d'argent de provenance illicite vers la Suisse. Il en va ainsi des décalages entre le droit suisse et celui des pays voisins sous l'angle des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent. Dans le domaine des délits d'initié et de la manipulation des cours, le fait qu'il n'y a ni risque de condamnation pénale pour blanchiment ni devoir de communication peut favoriser la dissimulation des avoirs en Suisse, même si celle-ci accorde en principe l'entraide internationale en matière pénale pour ces affaires et qu'elle est sur le point de supprimer un obstacle important en biffant l'art. 161 ch. 3 CP. Par ailleurs, si la tendance d'inclure toutes les infractions fiscales d'une certaine importance dans les infractions préalables se confirme en Europe, il en résultera aussi un risque potentiel d'intensification des flux de fonds «défiscalisés» vers

681 BOCE du 5 mars 2008 (version provisoire), Janiak.

la Suisse. Or, dans le domaine de la fiscalité directe, la Suisse ne donne l’entraide qu’en cas d’escroquerie fiscale (art. 3 al. 3 EIMP). Dès lors, même si les recommandations du GAFI n’érigent pas les délits fiscaux en infractions sous-jacentes au blanchiment, mise à part la fraude douanière, la divergence entre le droit suisse et celui de ses voisins européens risque de relancer le débat en des termes nouveaux.

De manière générale, l’histoire législative démontre que des pièces importantes du dispositif anti-blanchiment suisse doivent leur mise en œuvre au fait que la pression internationale a permis de vaincre les résistances. Il en va ainsi du devoir de communication en cas de soupçons de blanchiment, qui a fait l’objet d’un refus exprimé avec véhémence par les milieux concernés, mais a été introduit en 1997, après que la révision des recommandations du GAFI en 1996 eut tranché clairement en faveur de la solution consacrée par le droit européen dès 1991. L’introduction de la responsabilité pénale de l’entreprise en est un autre exemple, même si les concessions aux exigences internationales ont été faites du bout des lèvres, par des dispositions légales qui risquent de rester des «tigres de papier» et ne paraissent pas satisfaire aux exigences internationales. Sur un plan plus anecdotique, il a fallu attendre les critiques du GAFI dans son rapport d’évaluation mutuelle de la Suisse, pour que la CDB 08 énonce, sous la pression de la Commission fédérale des banques, des mesures plus rigoureuses concernant les carnets d’épargne au porteur. Pourtant, depuis l’entrée en vigueur de l’art. 305^{ter} CP en 1990, l’existence de ces derniers était difficilement conciliable avec le droit pénal suisse.

Sur d’autres points, le législateur suisse s’apprête à ne pas suivre les recommandations du GAFI, par exemple en renonçant à inclure certaines activités commerciales dans le dispositif préventif du blanchiment, à l’instar des transactions immobilières, dont l’exposition aux risques d’abus est généralement soulignée par les praticiens de la lutte anti-blanchiment, ou encore en renonçant à interdire les actions au porteur. Si le principe même d’un départ par rapport aux recommandations internationales n’est pas condamnable, on aurait néanmoins souhaité que les éléments qui ont présidé à ces choix de politique criminelle soient clairement énoncés.