

89.043

Message
concernant la modification du code pénal suisse
(Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance
en matière d'opérations financières)

du 12 juin 1989

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons le projet de modification du code pénal concernant le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, les assurances de notre haute considération.

12 juin 1989

Au nom du Conseil fédéral suisse:
Le président de la Confédération, Delamuraz
Le chancelier de la Confédération, Buser

Condensé

Le blanchissage d'argent est un phénomène étroitement lié au crime organisé. Des organisations criminelles se servent de places financières dynamiques pour réinvestir leur capital aussi rapidement que discrètement et en dissimuler ainsi l'origine délictueuse. Bon gré mal gré, la place financière suisse a dû admettre que sa tradition de libre circulation des capitaux, la protection qu'elle offre aux relations de confiance entre banques et clients, le haut degré de performance de ses services, ainsi que sa profonde stabilité sur les plans politique, économique et juridique l'exposent également aux abus de la criminalité internationale. Les scandales mis à jour sous les noms de «Pizza connection» et de «Lebanon connection» en laissent des marques tenaces dans l'opinion publique. Le présent message, qui propose de nouvelles normes pénales sévères sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières, traduit la volonté du Conseil fédéral de tenir notre pays à l'écart des mouvements de capitaux douteux.

La disposition sur le blanchissage d'argent (art. 305^{bis} du projet) réprime les actes propres à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales d'origine criminelle. L'auteur doit savoir, ou du moins présumer, que ces valeurs patrimoniales proviennent d'un crime. La peine est l'emprisonnement pour trois ans au plus ou l'amende. Cette sanction est la même que celle de l'entrave à l'action pénale en faveur de personnes (art. 305 CP). Dans les cas graves, la disposition prévoit la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement. La peine est cumulée avec une amende pouvant atteindre 1 million de francs.

La disposition relative au blanchissage d'argent doit s'accompagner d'une nouvelle norme pénale autonome. Se rend punissable au sens de l'article 305^{ter} du projet celui qui, lors d'opérations qu'il effectue à titre professionnel sur des valeurs patrimoniales, omet de vérifier l'identité de l'ayant droit économique, autrement dit de son véritable client. Une telle omission est punie de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende. Aménagée en tant que délit abstrait de mise en danger, cette infraction n'exige pas la preuve que, dans le cas d'espèce, les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou ont une origine délictueuse quelconque. La seule violation du devoir d'identification en tant que tel constitue un délit.

La révision des prescriptions sur la confiscation (art. 58 et 58^{bis} CP), qui sont étroitement liées à la norme sur le blanchissage d'argent, doit être elle aussi accélérée et présentée à la fin de cette année, en même temps que la révision des dispositions concernant les infractions contre le patrimoine. En revanche, les problèmes relatifs à la responsabilité pénale de l'entreprise demeurent du ressort de la commission d'experts chargée de la révision de la Partie générale du code pénal. Les questions relevant de ce domaine doivent être examinées en relation avec notre droit pénal fondé sur la culpabilité.

Le Conseil fédéral est convaincu que les nouvelles prescriptions sur le blanchissage d'argent (art. 305^{bis} du projet) et sur le défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{ter} du projet) sont aptes à combattre efficacement le recyclage de l'argent sale et, par voie de conséquence, le trafic des stupéfiants qui, à cet égard, constitue la principale forme d'infraction antérieure.

Message

1 Partie générale

11 Problématique du blanchissage d'argent

111 Le blanchissage d'argent et le crime organisé

Ce n'est que récemment, avec le développement de la criminalité organisée à l'échelle internationale, que l'opinion publique a réellement pris conscience du phénomène du recyclage de l'argent sale. L'expansion du trafic de drogue y a largement contribué. Les professionnels du crime ont certes depuis toujours dû chercher des débouchés pour écouler le produit de leurs forfaits; avec le blanchissage d'argent toutefois, l'exploitation des profits illicites a pris une dimension totalement nouvelle. Alors que dans la grande criminalité traditionnelle, la règle voulait que les auteurs se partagent le butin et – pour éviter sa découverte – le remettent peu à peu en circulation durant une certaine période et chacun de son côté, les activités du crime organisé sont conçues pour durer¹⁾*). Les prodigieux bénéfices que les réseaux de trafiquants de drogue²⁾, par exemple, réussissent à réaliser en un temps record présupposent l'engagement de moyens financiers considérables. Seule une organisation capable de réunir les capitaux nécessaires et d'assurer sa cohésion à long terme est en mesure de financer l'acquisition, le transport et l'écoulement de la marchandise, ainsi que de verser des pots-de-vin et autres dessous de table pour garantir la sécurité de ses activités. La nécessité de travailler quotidiennement avec l'argent est beaucoup plus impérieuse que pour la criminalité traditionnelle. Envisagées sous cet angle, les conditions de travail et les difficultés qu'affronte le crime organisé ressemblent étrangement à celles des grandes entreprises de l'économie légale. Ne serait-ce qu'en raison de l'ampleur des montants, les transactions risquent d'attirer sur elles l'attention du marché, très sensible, des capitaux, ce qui explique pourquoi les opérations de camouflage des mouvements de capitaux sont entretemps devenues, pour la criminalité organisée, au moins aussi importantes que l'activité délictueuse elle-même.

Du point de vue de la politique criminelle, cette situation permet de tirer deux conclusions: un système de camouflage qui fonctionne parfaitement constitue une sérieuse incitation à l'activité délictueuse³⁾. En effet, les capitaux qu'il permet d'accumuler le rendent d'autant plus dangereux que l'Etat (ou la communauté des Etats) est confronté non plus à des malfaiteurs isolés, mais à une véritable organisation dont les acteurs sont plus ou moins interchangeables. Dans maints pays, le crime organisé réussit même à corrompre les autorités.

Mais cette forme d'activité a elle aussi ses points faibles: d'une part, le séquestre ou la confiscation des «fonds de roulement» et des «bénéfices» de l'organisation peut porter à celle-ci un coup bien plus rude que n'importe quelle arrestation d'un membre du milieu. D'autre part, l'organisation criminelle se rend vulnérable par sa nécessité permanente de réunir des fonds et d'entretenir des relations avec les canaux officiels de l'économie. C'est précisément sur ce «talon d'Achille»⁴⁾ que

*) La note 1) ainsi que les autres notes se trouvent à la fin du message.

les organes de poursuite pénale fondent leurs espoirs de reconstituer le puzzle des transactions financières et de remonter ainsi plus facilement jusqu'aux véritables cerveaux des organisations⁵⁾.

112 Le blanchissage d'argent et la place financière suisse

Il est évident que, pour effacer l'origine de ses valeurs patrimoniales, le crime organisé jette de préférence son dévolu sur les places financières qui disposent de marchés financiers aussi libres qu'efficaces et observent la plus grande discrétion dans les relations avec la clientèle.

A première vue, les avantages qu'offre traditionnellement la place financière suisse semblent correspondre particulièrement bien à ce profil: depuis la Seconde guerre mondiale, rares sont les pays⁶⁾ qui se sentent engagés de façon aussi conséquente que la Suisse dans la libre circulation des capitaux. De plus, un secret bancaire rigoureux protège la relation de confiance entre banques et clients⁷⁾. On mesure l'importance que l'obligation de garder le secret revêt également pour l'intérêt public si l'on songe que la violation de ce devoir est non seulement sanctionnée par le droit pénal⁸⁾, mais aussi poursuivie d'office⁹⁾. Les hommes d'affaires, qu'ils soient intègres ou véreux, apprécient d'égal manière les avantages de la place financière suisse, au nombre desquels figurent la haute qualité des services ainsi que la stabilité politique et juridique¹⁰⁾.

Le secret bancaire helvétique ne laisse cependant pas le champ libre sur le plan juridique: les banques sont en tout cas assujetties à l'obligation de témoigner en justice et de renseigner les autorités de poursuite pénale¹¹⁾. En outre, le développement de l'entraide judiciaire¹²⁾ a indirectement favorisé, au cours de la dernière décennie, l'extension considérable de l'obligation de renseigner. Certes, la Suisse continue de n'accorder l'entraide judiciaire que dans des procédures relatives à des «délits de droit commun» également punissables dans notre pays. Les infractions à des prescriptions étrangères en matière politique (monétaire, commerciale et économique), fiscale et de devises en sont dès lors exclues. Ces derniers temps toutefois, ce principe a quelque peu perdu de sa rigidité puisqu'il est désormais possible d'accorder également l'entraide judiciaire lorsque la procédure concerne une escroquerie en matière fiscale, conformément à l'article 3, 3^e alinéa, EIMP. Dans les relations bilatérales avec les Etats-Unis, la fraude fiscale peut même entraîner la levée du secret bancaire lorsqu'il existe un lien avec des délits de l'«organized crime»¹³⁾.

Afin d'éviter que la levée du secret bancaire ne le trahisse, le recycleur d'argent sale cherchera à s'entourer de précautions supplémentaires. L'idéal pour lui serait évidemment de pouvoir taire entièrement son identité à un institut financier suisse. Il n'aurait ainsi plus rien à craindre de l'obligation de renseigner qui incombe tant au banquier qu'au fiduciaire¹⁴⁾. A défaut d'une telle possibilité, il pourrait être tenté de brouiller les pistes en se servant d'intermédiaires, tels que gérants de fortune, conseillers en placements ou autres experts financiers non bancaires, ou encore en camouflant son activité derrière une forme de société complexe et souvent internationale. Les autorités de poursuite pénale se heurtent à des obstacles juridiques supplémentaires lorsque le recycleur d'argent sale

parvient à établir une relation avec un institut financier en se cachant derrière une personne soumise au secret professionnel et fondée à refuser de témoigner en justice (avocat ou notaire).

En l'occurrence, il ne s'agit ni d'associer le blanchissage d'argent à certaines catégories professionnelles, ni de remettre en question les principes fondamentaux de la place financière suisse¹⁵). En considération des intérêts, souvent légitimes, au maintien du secret et de l'éventail des possibilités – légales – de camouflage¹⁶), il convient cependant de s'interroger sérieusement sur la façon d'empêcher l'utilisation abusive de la place financière par des organisations criminelles.

113 Formes typiques et définition du blanchissage d'argent

L'image, généralement répandue dans le public, du courrier arrivant en Suisse avec des valises remplies de billets de banque contient effectivement une part de vérité¹⁷). Mais, comme le soulignent si justement les procureurs zurichois de district Baumgartner et Triet¹⁸), il s'agit là de «la forme de blanchissage la plus archaïque». Certes, la conversion en monnaie scripturale des espèces recueillies lors de la vente au détail constitue, pour le trafic de drogue, une étape particulièrement critique, que Bernasconi définit comme du «blanchissage au premier degré»¹⁹). Certaines législations étrangères accordent d'ailleurs également de l'importance au contrôle des transactions en espèces²⁰). Néanmoins, le recyclage des valeurs patrimoniales ne concerne pas forcément de l'argent liquide. Ces fonds peuvent avoir déjà fait l'objet d'un «prélavage» sur l'une des places financières offshore connues pour leurs «banking facilities» (en général, il s'agit des banques installées dans les paradis fiscaux des Caraïbes), ou bien se présenter dès le départ sous une autre forme. Le législateur, qui souhaite ne pas simplement favoriser un déplacement technique du problème vers d'autres transactions, doit être conscient que pratiquement toutes les formes légales d'opérations financières peuvent servir de couverture à des activités de blanchissage d'argent. Il n'y a pas davantage de limites à la fantaisie en ce qui concerne les opérations de «rapatriement» des valeurs blanchies. Actuellement, elles sont fréquemment transférées sous le couvert de restitutions de bénéfices légaux d'exploitation ou de prêts (technique dite du «loan back»). Même s'il arrive aussi que les valeurs délictueuses soient investies sous forme de placements stables ou à long terme, le recycleur d'argent sale s'intéresse davantage à un déroulement rapide des opérations de blanchissage. C'est là que le haut degré d'organisation de la place financière suisse s'avère particulièrement utile. De récentes procédures d'entraide judiciaire ont révélé l'influence décisive qu'exerce la rapidité (mesurée en heures et en jours) d'une transaction sur le montant de la commission.

La définition criminologique du blanchissage d'argent devrait contenir les éléments suivants: des valeurs patrimoniales (fonds d'origine délictueuse ou autres «fonds de roulement») d'une organisation criminelle sont systématiquement maquillées au moyen d'opérations financières (pas d'ensevelissement pur et simple du butin), afin de les soustraire à la perspicacité des organes de poursuite pénale et d'en conserver la valeur économique.

Le problème est ainsi esquissé; mais une définition pénale, conforme au principe «pas de peine sans loi» exige un examen particulier (ch. 2).

114 La nécessité d'une intervention

La série d'affaires qui, à l'intérieur comme à l'extérieur du pays, ont défrayé la chronique montre tout d'abord que des établissements financiers suisses ont bel et bien accueilli d'importantes quantités de valeurs patrimoniales d'origine délicate. A titre d'exemple, nous nous bornerons à mentionner quelques cas parmi les plus célèbres:

Il n'est en soi pas surprenant qu'une place financière de rang mondial soit également le théâtre de comportements répréhensibles. Jusqu'en 1977, les affaires révélées à intervalles irréguliers ne semblent guère avoir porté ombrage à la réputation de la branche²¹⁾. Les événements de 1977, notamment le scandale Texon/Crédit suisse de Chiasso, ont en revanche provoqué de grands remous. La même année, la banque Weisscredit occupait elle aussi la justice tessinoise²²⁾.

Par ailleurs, il a toujours été reproché aux instituts financiers suisses de servir de refuge à des fonds d'origine douteuse. Mais c'est depuis les scandales du «Banco Ambrosiano» et de la «Pizza connection» que l'opinion internationale associe presque instinctivement le blanchissage d'argent à la place financière suisse²³⁾. Les récents événements liés à la «Lebanon connection»²⁴⁾ n'ont fait que confirmer ce jugement.

Il 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 bancaire²⁵⁾.

En outre, une série d'affaires de blanchissage d'argent sont parvenues à la connaissance des autorités de poursuite pénale des principales places financières de Suisse (Zurich, Lugano, Genève et Bâle). Ceci est d'autant plus important que les informations recueillies ne sont pas le fruit d'investigations spécifiquement entreprises à cet effet, mais qu'elles proviennent d'enquêtes menées à d'autres fins ou en relation avec des demandes d'entraide judiciaire. L'on ne peut se faire qu'une très vague idée de l'étendue du blanchissage d'argent. La Suisse ne dispose actuellement d'aucune statistique dans ce domaine précis, du fait que les autorités pénales, en l'absence d'une définition spécifique du blanchissage d'argent, n'ont jusqu'ici guère été en mesure d'engager des poursuites à ce titre²⁶⁾.

Il devient dès lors superflu de s'attacher à démontrer plus avant la nécessité d'une intervention dans ce domaine.

12 Le droit en vigueur et ses lacunes

121 La surveillance du marché financier

Depuis que le «scandale de Chiasso» a révélé, en 1977, la nécessité d'une réglementation, les structures de la surveillance du marché financier ont évolué. Une surveillance intégrale du secteur financier n'existe cependant pas dans notre pays. Conformément à la LB, ce sont essentiellement les établissements financiers

faisant appel au public pour obtenir des fonds en dépôt (art. 1^{er} LB) qui sont soumis à autorisation et à la surveillance de la Commission fédérale des banques (CFB).

121.1 Le secteur bancaire

121.11 La surveillance exercée par la Commission fédérale des banques

La protection des créanciers a longtemps été l'objectif principal de la surveillance bancaire, dont fait partie le contrôle de la «garantie d'une activité irréprochable» au sens de l'article 3, 2^e alinéa, lettre c, LB²⁷⁾. Depuis le milieu des années septante²⁸⁾ la CFB s'efforce d'élargir la portée de sa pratique relative à l'article 3, 2^e alinéa, lettre c, LB, de manière à consolider les bases de la confiance dont le secteur bancaire en tant que tel doit se montrer digne. A cet égard, elle a trouvé le soutien du Tribunal fédéral dans l'ATF *III* Ib 127. Dans les ATF *106* Ib 145 ss et *108* Ib 186 ss déjà, le Tribunal fédéral avait eu l'occasion d'approuver les règles établies par la CFB, à savoir que la banque a 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»²⁹⁾. La gestion des affaires peut ainsi également faire l'objet du contrôle de l'organe de révision indépendant, dont les conclusions servent, pour l'essentiel, de base à l'activité de la CFB. Dès lors, la pratique de la CFB, confirmée par l'ATF *III* Ib 127, ne laisse planer aucun doute quant à l'obligation imposée aux banques de s'abstenir de toute participation à des opérations immorales ou illicites de leurs clients. En matière de surveillance, et même en l'absence d'une disposition sur le blanchissage d'argent dans le CP ou dans la CDB, ce principe interdit d'accepter des fonds d'origine criminelle, que ce soit intentionnellement ou par négligence³⁰⁾. La CFB n'a cependant pas encore défini de façon exhaustive les devoirs de diligence qui, au-delà de la CDB, doivent faire obstacle au blanchissage d'argent³¹⁾. Une liste complète des règles de comportement n'est toutefois pas non plus souhaitable dans ce secteur. Une telle réglementation risquerait en effet de limiter la marge d'appréciation dont dispose actuellement la CFB, dans la mesure où elle aboutirait à considérer comme permis tout ce qui n'est pas expressément interdit³²⁾.

Ce faible degré de concrétisation tient en outre au fait que l'article 3, 2^e alinéa, lettre c, LB s'adresse – en tant que condition personnelle de l'entreprise commerciale – aux organes dirigeants de la banque. Enfin, le droit matériel de surveillance englobe également la «Convention relative à l'obligation de diligence des banques lors de l'acceptation de fonds et à l'usage du secret bancaire» (9 déc. 1977 à 30 sept. 1987), négociée à l'origine par la Banque nationale suisse et l'Association suisse des banquiers. Les règles beaucoup plus concrètes édictées en la matière par cette convention s'adressent aux employés de banque.

121.12 La Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB) du 1^{er} octobre 1987

Pour les recycleurs d'argent sale, l'attrait de la place financière suisse repose principalement sur l'espoir d'y demeurer anonymes et sur la perspective de pouvoir mêler les fonds d'origine criminelle à l'argent «gris» toléré et aux avoirs acquis en toute légalité. Telles sont précisément les espérances que la CDB cherche à détruire. Elle s'efforce, par toute une série de mesures techniques, d'imposer l'identification du client de la banque (lors de toutes les opérations bancaires, y compris les opérations de caisse portant sur un montant supérieur à 100 000 fr.). De plus, elle prescrit l'obligation d'identifier, outre le cocontractant, l'«ayant droit économique» lorsqu'il y a lieu de douter qu'il s'agisse de la même personne. Des dispositions spéciales permettent de remonter jusqu'à l'ayant droit économique même s'il s'agit de sociétés de domicile (dites «sociétés-boîte aux lettres»). Des problèmes d'un genre particulier se posent lorsqu'une personne soumise au secret professionnel établit une relation d'affaires avec une banque pour le compte d'un mandant dont elle refuse de divulguer l'identité³³). En outre, la CDB pénalise l'assistance active prêtée lors de fuites de capitaux, de fraude fiscale ou d'opérations analogues.

Instrument permettant une intervention rapide en situation de crise, la CDB a rendu de fiers services. Elle a non seulement contribué à améliorer le renom de la place financière, mais elle a également suscité un très vif intérêt sur le plan international en raison de l'originalité des solutions qu'elle propose³⁴). En tant que forme de réglementation matérielle de la surveillance, elle est néanmoins demeurée précaire. Sa nature juridique a longtemps fait l'objet de controverses³⁵). La convention a bien été reconduite en 1982, après quelques modifications; en 1987 cependant, suite au retrait de la Banque nationale, le secteur bancaire s'est semble-t-il occupé lui-même de définir sa ligne de conduite sous la forme d'une «obligation de diligence». La CFB a pourtant exercé une influence déterminante sur la teneur de l'actuelle convention³⁶). Mais la nouvelle formulation du préambule laisse deviner le glissement de son caractère originel de quasi-droit de surveillance vers une orientation de droit corporatif. Alors que, abstraction faite de la sauvegarde de la réputation de la place financière suisse, les signataires de la convention de 1977 songeaient également à la lutte contre la criminalité économique, les règles de la profession établies en 1987 se bornent à garantir l'image de marque, ainsi que le respect du secret bancaire et de l'obligation de renseigner les autorités. En 1982 déjà, les signataires de la convention s'étaient quelque peu distancés des obligations imposées en matière de surveillance: ils avaient biffé, sans la remplacer, l'interdiction (prévue dans la version originale de 1977) d'accepter des fonds dont l'origine criminelle est reconnaissable. La CDB contribue notablement à faciliter les enquêtes pénales éventuelles et à prévenir les abus du secret bancaire³⁷). Depuis longtemps toutefois, il est question d'intégrer la convention dans la législation ordinaire³⁸).

En ce qui concerne la lutte contre le recyclage de l'argent sale, un certain nombre de problèmes n'ont pas encore trouvé de solution:

Le devoir d'identification, tout d'abord, présente des lacunes malgré sa réglementation détaillée: dans la nouvelle version, par exemple, l'on renonce à exiger

la légalisation de la signature lorsqu'un compte est ouvert par correspondance; de plus, les instituts financiers cosignataires de la CDB, qui ne sont pas tous assujettis à la surveillance de la CFB, peuvent nouer des relations d'affaires avec d'autres banques, pour le compte de clients qu'ils n'ont pas besoin de nommer³⁹⁾.

Par ailleurs, l'organe de surveillance, institué par le droit corporatif, ne peut exiger l'assistance administrative des autorités; il doit donc se satisfaire des indications fournies par les organes de révision des banques et, le cas échéant, des dénonciations émanant du public. L'optique de ses vérifications s'inspire d'intérêts professionnels. Enfin, le public n'a pas de contrôle sur l'adoption des règles matérielles ni sur l'organisation de la procédure. Compte tenu des affaires les plus récentes, ainsi que du nombre des «cas de routine» révélés par les autorités de poursuite pénale, force est de constater que la surveillance du secteur bancaire – si grands soient ses mérites – n'est pas à même de remplacer une réglementation pénale du blanchissage d'argent. La CDB n'en constitue pas moins une tentative extrêmement précieuse de formuler des règles concrètes de vigilance à l'intention des personnes exerçant une activité dans le secteur financier; ces règles pourraient servir de base à une norme pénale.

121.2 Le secteur non bancaire

Les considérations qui précèdent sont encore renforcées par l'absence presque totale de règles et de mesures de surveillance dans le secteur non bancaire. Alors que les sociétés fiduciaires et de révision s'efforcent d'établir, à l'intention de leurs membres, une réglementation parallèle à la CDB, de larges domaines dits «parabancaires» demeurent en marge des contrôles. Enfin, les institutions de surveillance sur les avocats et les notaires ne sont pas organisées en vue du contrôle des activités dans le secteur financier.

122 Répression pénale du blanchissage d'argent dans le droit en vigueur⁴⁰⁾

122.1 Le blanchissage d'argent: acte préparatoire ou acte de participation?

Considéré sous l'angle de la criminologie, le blanchissage d'argent constitue, certes, un acte typique de participation au crime organisé; mais si l'on envisage les activités de l'«organized crime» en tant que circuit d'activités délictueuses et de réactivation du produit de ces dernières, le blanchissage d'argent peut aussi représenter un acte préparatoire de nouveaux délits. Les dispositions pénales sur la préparation et la participation, actuellement en vigueur, ne devraient toutefois guère être applicables au blanchissage d'argent que dans des cas très rares et relevant davantage du hasard⁴¹⁾.

Cela tient tout d'abord au fait qu'il est pratiquement exclu de découvrir la totalité du circuit – qui représente ici une hypothèse de travail –; l'importance de leur contribution à l'infraction dans son ensemble devrait même échapper totalement à la plupart des participants⁴²⁾.

Mais si l'on n'envisage qu'une portion du circuit, la punissabilité au titre de coauteur ou de complice se heurte immédiatement au principe selon lequel une approbation donnée après coup à un acte ne saurait constituer une intention⁴³⁾, et une participation à un acte déjà accompli n'est ainsi plus possible.

Les cas dans lesquels un acte préparatoire est déjà punissable sont énoncés séparément dans la loi. De plus, il ne devrait être que rarement possible de prouver la corrélation entre des opérations de blanchissage d'argent et des dispositions concrètes, d'ordre technique ou d'organisation, prises conformément à un plan pour exécuter, par exemple, une prise d'otage (cf. art. 260^{bis} CP).

Les prescriptions de la *loi fédérale sur les stupéfiants* (LStup), qui répriment des actes préparatoires et de participation même éloignés (notamment l'art. 19, ch. 1, 4^e à 6^e al.), appréhendent au moins les cas dans lesquels un lien avec le trafic de drogue lui-même peut être prouvé⁴⁴⁾. Le champ d'application de la disposition relative au financement, direct ou indirect, d'un trafic illicite de stupéfiants (7^e al.) se rapproche encore davantage du blanchissage d'argent. Certes, la question de savoir si le dépôt, le transport et le change, purement subséquents, de fonds provenant d'un trafic de drogue tombent sous le coup du 7^e alinéa a-t-elle été laissée ouverte par le Tribunal fédéral⁴⁵⁾. Cette norme devrait néanmoins englober le cas du réinvestissement des fonds. Pour le surplus, il s'agit encore de clarifier toute une série de questions d'interprétation⁴⁶⁾.

122.2 Recel (art. 144 CP)

Au cas où l'on chercherait à étendre au blanchissage d'argent la portée des éléments constitutifs du recel, la sélection des cas punissables relèverait principalement du hasard; ou alors il conviendrait d'adapter ces éléments constitutifs de manière à ce qu'ils correspondent aux besoins spécifiques de la répression du blanchissage d'argent, ce qui reviendrait à dépouiller le recel des caractéristiques que lui impose traditionnellement l'Etat de droit.

Le recel est sanctionné au titre de la perpétuation du déplacement illicite d'objets patrimoniaux et de l'entrave à leur restitution. Le recel implique une infraction préalable constitutive d'un délit contre le patrimoine⁴⁷⁾. Conformément à la volonté de la Commission d'experts chargée de la révision des dispositions du CP concernant les infractions contre le patrimoine, ce principe, développé par la doctrine et la jurisprudence, doit être repris dans le nouveau texte de loi. De ce fait, le recel ne peut s'exercer que sur des biens matériels et non sur des créances⁴⁸⁾. Un établissement financier, par exemple, ne se rendrait coupable de recel que s'il acceptait le dépôt en nature du butin d'une infraction contre le patrimoine. Le recel n'est donc possible qu'en relation avec des objets représentant le produit direct, et non dérivé, d'une infraction antérieure: le recel dit «de substitution» ou «de réalisation» n'est pas punissable selon le droit en vigueur⁴⁹⁾, exception faite des opérations de change pures. Dans certaines limites qui restent à préciser⁵⁰⁾, le recel peut non seulement porter sur les billets de banque volés ou extorqués en tant que tels, mais également sur l'argent provenant de leur change. Plus le processus du blanchissage se complique, et plus la punissabilité au titre du recel devient aléatoire.

122.3 Entrave à l'action pénale (art. 305 CP)

Au-delà de l'intérêt strict à la restitution en cas d'infraction contre le patrimoine, la disposition concernant l'entrave à l'action pénale entend protéger l'application du droit. Certes, la justice pénale a généralement pour objectif principal l'examen de la culpabilité et des sanctions applicables, ainsi que l'exécution des mesures ordonnées à l'égard de personnes; mais l'intérêt de la justice est également d'examiner l'opportunité de la confiscation et, éventuellement, de l'ordonner et de la faire exécuter. La confiscation revêt un caractère à la fois dissuasif et répressif en matière de lutte contre la criminalité en général. De ce fait, elle répond mieux que le recel à l'objectif poursuivi, à savoir retirer au crime organisé ses fonds de roulement et ses bénéfices.

L'article 305 CP s'avère cependant inadéquat dans la mesure où il ne concerne que la favorisation des personnes. Il peut certes arriver que l'entrave à la confiscation des fonds du blanchissage d'argent empêche indirectement de mettre la main sur une personne. Dans ce cas, la répression pénale dépendrait de coïncidences. De plus, l'article 305 implique que l'entrave à l'action pénale en faveur d'une *personne* soit intentionnelle. Une norme analogue à la disposition allemande sur l'entrave à l'action pénale en faveur de choses (§ 257 DStGB⁵¹) n'existe pas dans le droit suisse.

Suite à cette analyse, force est d'admettre que la répression du blanchissage d'argent nécessite la création d'une norme pénale autonome.

13 Evolution sur le plan international

131 Recommandations et accords internationaux

Des efforts sont entrepris à l'échelle tant mondiale que régionale afin de coordonner la lutte contre le crime organisé et, en particulier, contre le blanchissage d'argent.

131.1 ONU

Dans la mesure où la Convention unique de l'ONU sur les *stupéfiants*, conclue en 1961 et ratifiée par la Suisse en 1970, concerne le financement du trafic de drogue⁵², le droit helvétique peut satisfaire aux obligations internationales grâce à l'article 19, chiffre 1, 7^e alinéa, LStup.

Le 20 décembre 1988, la Conférence des Nations Unies chargée d'élaborer une convention contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes a présenté, à Vienne, un nouveau texte qui, en matière de blanchissage d'argent et de confiscation précisément, va beaucoup plus loin que les accords précédents⁵³. Le Conseil fédéral approuve la démarche de la convention, qu'il considère comme un instrument adéquat pour la coopération internationale en matière de lutte contre le trafic illicite des stupéfiants. En principe, le droit suisse en vigueur permettrait de respecter les obligations qu'elle impose.

Le Conseil fédéral se propose de signer la convention cette année encore et de la soumettre aux Chambres fédérales pour ratification, le moment venu⁵⁴).

La Convention de Vienne fait partie de la stratégie coordonnée des Nations Unies pour combattre le crime organisé; la Suisse participe activement à son développement⁵⁵).

131.2 Conseil de l'Europe

La 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) est d'une nature juridique différente et concerne une autre matière. La Recommandation invite en effet les Etats membres à prévoir, dans leur système bancaire, l'identification du client et d'autres 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 numérotés en cas d'enlèvement). Les règles-types s'inspirent nettement de la CDB. De par sa matière, la Recommandation a d'abord pour objet une réglementation de droit bancaire, mais la protection pénale du devoir d'identification semble cependant en être le prolongement logique.

131.3 Banque des règlements internationaux (BRI)

C'est également aux organes nationaux de surveillance des banques et aux banques elles-mêmes que s'adressaient les Gouverneurs des banques centrales du Groupe des Dix, le 12 décembre 1988, lorsqu'ils ont adopté la déclaration de principe élaborée par le comité de la Banque des règlements internationaux pour les dispositions et la surveillance bancaires, et qu'ils ont engagé les banques à se doter d'une procédure efficace pour contrôler la véritable identité de leurs clients. La Suisse se montre également active au sein de cette organisation, où elle est représentée par la Banque nationale suisse (BNS) et la CFB.

132 Réglementations étrangères

La rapidité du développement international de la législation sur le blanchissage d'argent a démenti les craintes, exprimées lors de la procédure de consultation, de voir la Suisse jouer les pionniers en la matière (cf. ch. 143). Selon les indications d'INTERPOL, plusieurs nations se sont dotées de réglementations dans ce domaine; avec le présent projet, la Suisse se situe en première ligne. Cette tendance est encore confirmée par le fait que près de 60 Etats ont déjà signé la Convention de Vienne du 20 décembre 1988.

L'on ne voit guère le sens de procéder, en l'état actuel des choses, à une étude comparative systématique des différentes législations; elle serait d'ailleurs irréalisable compte tenu de la diversité des systèmes juridiques et du manque de place disponible à cet effet. Il est néanmoins possible de décrire brièvement la situation du projet suisse dans le contexte international.

132.1 Survol

Il convient en premier lieu de rappeler que les nouvelles lois ou projets éventuels constituent des compléments du droit jusqu'alors en vigueur. Or, dans certains pays les normes ont déjà par tradition une portée plus large qu'en Suisse. En Autriche, par exemple, le recel du produit de substitution est aujourd'hui déjà punissable conformément à la jurisprudence relative au paragraphe 164 du Code pénal autrichien⁵⁶). En RFA, la «favorisation réelle» fait l'objet d'une disposition séparée.

Sur le plan international, il faut distinguer trois catégories de pays: la première comprend des Etats qui ne connaissent guère le problème du blanchissage d'argent car les structures de leur place financière (en particulier les dispositions restrictives en matière d'importation et d'exportation de devises, l'étendue des dispositions fiscales ou encore l'instabilité de la monnaie nationale) les rendent de toute manière inintéressants en tant que centres de recyclage de l'argent sale. Les Etats de la deuxième catégorie en revanche – il s'agit essentiellement de petits pays qui, pour une large part, vivent des recettes de leur place financière – se verront contraints, en raison de la pression internationale croissante, d'adopter des lois sévères contre le blanchissage d'argent⁵⁷). Enfin, les pays industrialisés traditionnels, qui forment la troisième catégorie, complètent leur droit de manière sectorielle et généralement limitée à la législation sur les stupéfiants⁵⁸). Les efforts entrepris tant par la Grande-Bretagne que par la République fédérale d'Allemagne⁵⁹) annoncent les effets de la Convention de Vienne du 20 décembre 1988. D'autres pays conçoivent la question plus largement, même s'ils définissent expressément les délits auxquels se rapporte leur norme sur le blanchissage d'argent⁶⁰).

Les Etats-Unis et l'Italie, qui depuis longtemps déjà tentent de juguler les effets de la criminalité organisée, occupent une position particulière. L'Italie dispose de l'arsenal technique et juridique le plus ancien, mais aussi le mieux développé – avec celui des Etats-Unis – contre le blanchissage d'argent; il s'oriente cependant vers la prévention et non vers la répression. La législation italienne s'attaque aussi bien au chantage qu'aux enlèvements et aux actes de terrorisme. Un projet de loi prévoit la punissabilité du blanchissage des fonds provenant de la drogue⁶¹).

Le blanchissage d'argent commis par négligence n'est mentionné dans aucune des réglementations actuellement connues.

132.2 Le cas particulier des Etats-Unis

La situation des Etats-Unis justifie une analyse particulière, non seulement en raison de son importance pratique considérable pour la Suisse⁶²), mais aussi à cause de la singularité de sa réglementation sur le blanchissage d'argent.

Arzt parle de trois générations dans la législation nord-américaine sur le blanchissage d'argent⁶³).

- (1) La jurisprudence américaine connaît depuis longtemps la sanction pénale du recyclage des fonds provenant de la drogue, infraction punie au titre de

«conspiracy» (19 USC § 371, complot en vue de commettre une infraction ou une escroquerie au détriment des Etats-Unis)⁶⁴.

(2) Par ailleurs, en réponse à l'augmentation constante des bénéficiaires tirés du trafic de drogue, d'anciennes règles de droit bancaire sur les déclarations obligatoires ont été réactivées et complétées par toute une série de prescriptions analogues: désormais les déclarations deviennent obligatoires non seulement pour l'ensemble des particuliers qui importent ou exportent de l'argent liquide ou des titres au porteur dans le pays, mais aussi pour tous les hommes d'affaires qui, à l'intérieur des frontières, acceptent en paiement de marchandises ou de services des sommes d'argent liquide dont le montant dépasse un certain seuil (généralement 10 000 dollars)⁶⁵. Cette réglementation sert à développer un réseau d'informations, dont le recoupement permet, à l'aide du traitement électronique des données, de détecter des situations insolites⁶⁶. Le blanchissage d'argent en tant que tel n'est pas la préoccupation première des normes qui punissent la violation des obligations de déclaration; elles entendent d'abord empêcher que l'on puisse se soustraire au contrôle du réseau et déjouer ainsi le «pistage du papier» («paper trail»). Actuellement cependant, c'est sur ce type de réglementation que s'appuie la majeure partie de la jurisprudence en matière de blanchissage d'argent. Aux Etats-Unis, où les paiements sans numéraire sont très répandus, il est possible – voire nécessaire si l'on songe aux problèmes liés à la drogue – de concentrer l'attention sur les afflux de liquidités dans le système bancaire.

(3) La «troisième génération» de règles concerne le blanchissage d'argent intentionnel; en vigueur depuis 1986, elles ont été modifiées en 1988. Certaines de ces normes présentent incontestablement des similitudes avec le projet d'article 305^{bis} CP présenté dans ce message. Mais, pour des raisons inhérentes à la technique de législation anglo-saxonne, cette réglementation est fortement liée aux cas d'espèce, ce qui la rend extrêmement confuse. Pour l'essentiel, une transaction financière opérée à l'intérieur du pays avec le produit de l'une des infractions définies dans le catalogue, et en connaissance de l'origine criminelle quelconque des fonds, est punie conformément au 18 USC §§ 1956 et 1957⁶⁷. Si l'auteur connaît le mobile de la violation des obligations relatives à la déclaration ou le but de la dissimulation, ou encore s'il a l'intention d'encourager l'une des infractions du catalogue ou de contrevenir à la législation fiscale (élément de «conspiracy»), il s'expose à une amende maximum de 500 000 dollars et/ou à une peine privative de liberté de 20 ans au plus. Des dispositions similaires répriment déjà l'importation ou l'exportation illicite de telles valeurs patrimoniales. Le § 1957 entraîne principalement une réduction des exigences liées aux éléments constitutifs subjectifs (connaissance d'une origine délictueuse quelconque) qui, selon le point de vue anglo-saxon, ne doivent pas nécessairement être la réplique exacte des éléments constitutifs objectifs. La peine privative de liberté, cumulée avec l'amende, peut ainsi aller jusqu'à dix ans.

Centralisée auprès du Ministère de la justice, la pratique des mises en accusation liées aux §§ 1956 s. se résume jusqu'à présent à deux procédures importantes.

Le modèle américain présente de l'intérêt pour la procédure législative suisse car il démontre tout d'abord qu'une norme ne doit pas forcément punir le blanchissement d'argent par négligence pour être efficace. Un parallélisme existe incontestablement entre la norme sur le «défaut de vigilance en matière d'opérations financières», proposée dans le présent message (cf. ch. 234), et les règles abstraites sur la déclaration obligatoire adoptées par les Etats-Unis. Au sein de leur système respectif, elles remplissent une fonction similaire. Les règles américaines offrent aux Etats-Unis des possibilités d'investigation plus étendues (p. ex. couverture des recherches de police).

La deuxième génération de normes américaines revêt en outre de l'importance sur un plan purement pratique: l'«Omnibus Drug Bill»⁶⁸⁾ de 1988 prescrit au Gouvernement américain de conclure les traités internationaux nécessaires pour que les banques étrangères soient tenues, à l'étranger également, de se documenter sur toutes les transactions en dollars portant sur un montant supérieur à 10 000 dollars et de fournir sur demande des informations aux autorités chargées de la répression⁶⁹⁾. Le Secrétaire au Trésor doit entamer des négociations avec les gouvernements et les organes de surveillance des banques de tous les pays qui, d'une part, sont susceptibles d'abriter des recycleurs d'argent sale et, d'autre part, n'ont pas encore conclu d'accord avec les Etats-Unis afin de favoriser les échanges d'informations concernant les transactions internationales sur les devises. Les pays qui refusent de coopérer risquent d'être exclus des systèmes de compensation des créances en dollars et de transfert électronique des devises. L'opportunité politique du recours à une telle mesure est cependant laissée à l'appréciation du Président.

Il n'est actuellement pas encore possible de dire si cette nouvelle législation aura des répercussions sur les relations entre la Suisse et les Etats-Unis. Il convient cependant de souligner qu'en Suisse les banques vérifient l'identité de leurs clients et que, si le présent projet est accepté, la violation du devoir d'identification sera sanctionnée pénalement. Dans la mesure où les conditions de l'entraide judiciaire sont remplies, la réglementation du traité d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis peut, en outre, être considérée comme un modèle du genre. Néanmoins, le droit suisse ne prévoit pas la déclaration obligatoire concernant les transactions financières, hormis les cas visés par le droit de l'entraide judiciaire. Ce genre de déclaration peut d'ailleurs entrer en conflit avec le secret bancaire.

14 Historique de la législation

141 Genèse

En 1983, à l'époque où la Commission d'experts pour la révision des dispositions sur les infractions contre le patrimoine a remis son projet, le financement des activités délictueuses liées à la drogue était certes connu en tant que thème particulier de la législation sur les stupéfiants; pourtant, ni les milieux spécialisés ni le public en général ne ressentaient le besoin d'une réglementation pénale de la dissimulation de valeurs patrimoniales d'origine criminelle. Le recel, déjà limité dans le texte légal aux infractions contre le patrimoine, a finalement été conçu de façon plus restrictive, conformément à l'esprit de la jurisprudence et aux nécessités signalées par la doctrine.

Mais cette lacune a été mise en évidence lors de la procédure de consultation relative à la révision des infractions contre le patrimoine, organisée entre mi-août 1985 et fin mai 1986. A cette occasion, il fut proposé de réviser la loi sur les stupéfiants ou de consacrer une norme générale au blanchissage d'argent dans le code pénal. Le 3 février 1988, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation. Selon la proposition faite en son temps par le Département fédéral de justice et police (DFJP), le projet du Conseil fédéral devait être élaboré d'ici fin 1989 et contenir également une disposition sur le blanchissage d'argent.

Indépendamment de la procédure de consultation sur les infractions contre le patrimoine, l'ancien procureur général du Sottoceneri (TI), M^e Paolo Bernasconi, avait déjà souligné l'absence d'une norme pénale sur le blanchissage d'argent lors de la Journée suisse des juristes à Bâle, en 1985⁷⁰). Le 21 juillet 1986, le chef du DFJP a chargé Paolo Bernasconi de préparer un projet de disposition pénale dans ce secteur.

142 Le projet d'expert

Le 15 septembre 1986, l'expert a remis son rapport accompagné de trois propositions de norme⁷¹). Ayant analysé de manière approfondie le droit en vigueur et les perspectives d'évolution sur le plan international, il s'est déclaré partisan d'une intégration de la norme sur le blanchissage d'argent dans les délits contre l'administration de la justice.

Selon Bernasconi, il convient de punir de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement celui qui aura entravé l'identification de l'origine ou la confiscation de sommes d'argent ou d'autres valeurs patrimoniales, dont il savait ou devait présumer

- qu'elles sont le produit d'un crime,
- qu'elles ont été l'objet d'un crime ou ont servi à le commettre, ou
- qu'elles sont destinées à commettre un crime.

Le blanchissage d'argent est envisagé comme une sorte de «favorisation réelle» («Sachbegünstigung»), par analogie avec la «favorisation personnelle» («Personenbegünstigung») de l'article 305 CP. Dans les cas graves (p. ex. réalisation d'un chiffre d'affaires ou d'un gain importants, affiliation à une bande formée pour se livrer au blanchissage d'argent, ou encore blanchissage d'argent par métier), il convient de prévoir une peine de réclusion jusqu'à dix ans au plus ou d'emprisonnement pour une année au moins, ainsi que l'amende. L'avant-projet préconise enfin une peine d'emprisonnement, les arrêts ou l'amende lorsque l'infraction est commise par négligence grave.

143 La procédure de consultation

L'avant-projet a été soumis le 23 février 1987 aux milieux intéressés. Les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, ainsi que les organisations intéressées ont été invités à se prononcer jusqu'au 31 mai 1987. 24 cantons, six partis politiques et quinze organisations et associations (dont onze sur invitation

et quatre de leur propre initiative) ont pris part à la procédure de consultation entre février et juin 1987. Le DFJP a publié les résultats de cette consultation en mars 1988⁷²⁾.

En règle générale, les participants à la procédure de consultation ont reconnu la nécessité d'une approche pénale des problèmes inhérents au recyclage de l'argent sale. Certains milieux ont cependant émis la crainte de voir la Suisse jouer à cet égard un rôle de pionnier sur le plan international⁷³⁾. D'autres ont estimé que le droit en vigueur pouvait offrir des garanties suffisantes⁷⁴⁾. Il a également été objecté que la Suisse allait une fois de plus se doter d'une «lex americana»⁷⁵⁾.

Quelques participants ont critiqué la formulation des normes proposées dans l'avant-projet qui, à leur avis, manque de précision. Ils ont, en particulier, relevé que l'extension du comportement punissable aux valeurs patrimoniales simplement «destinées à commettre un crime» constitue un élargissement atypique de la répression des actes préparatoires énoncés à l'article 260^{bis} CP⁷⁶⁾. Dans l'ensemble, cependant, la proposition Bernasconi concernant l'infraction commise intentionnellement a reçu un accueil positif.

L'incrimination de la négligence grave a par contre soulevé une certaine opposition. Abstraction faite des objections de nature dogmatique (il serait contraire à la systématique de punir la négligence dans le cas du blanchissage d'argent alors qu'elle n'est nullement prévue pour les autres infractions contre l'administration de la justice; la négligence grave est une notion étrangère au droit pénal), l'on a exprimé la crainte que la nouvelle réglementation ne permette d'attribuer au secteur financier des fonctions inacceptables d'auxiliaire de police. D'aucuns, enfin, se sont élevés contre la sévérité des exigences imposées en matière de diligence dans l'exercice de la profession, dans la mesure où elle pourrait entraver la bonne marche des affaires⁷⁷⁾.

144 Les conséquences de la «Lebanon connection» sur la procédure législative

144.1 La décision du Conseil fédéral du 28 novembre 1988

Le 28 novembre 1988, suite à la divulgation de l'affaire dite de la «Lebanon connection», le Conseil fédéral a, sur proposition du DFJP, chargé l'Office fédéral de la justice d'élaborer d'ici le printemps 1989 un projet de norme sur le blanchissage d'argent, indépendamment de la révision des dispositions pénales relatives aux infractions contre le patrimoine. La teneur de l'arrêt du Conseil fédéral était la suivante:

L'Office fédéral de la justice est chargé d'élaborer, en collaboration avec des experts extérieurs à l'administration, un message et un projet de norme pénale sur le blanchissage d'argent, qu'il soumettra au Conseil fédéral au printemps 1989. Dans ce contexte, l'Office fédéral de la justice est également chargé de vérifier l'efficacité de la confiscation telle qu'énoncée à l'article 58 du code pénal et, le cas échéant, de proposer des modifications au Conseil fédéral.

Une commission d'étude a immédiatement été instituée à cet effet.

144.2 Les travaux de la commission d'étude

Outre les spécialistes de l'administration fédérale (en matière de législation et d'entraide judiciaire), la commission d'étude comprenait l'auteur de l'avant-projet, des représentants des ministères publics (de la Confédération et des cantons), de la BNS, de la CFB, des banques et de la science juridique⁷⁸). Entre le 6 décembre 1988 et le 3 mars 1989, la commission s'est réunie cinq fois en séances plénières d'une journée et quatre fois en séances de sous-commissions. Elle a également recueilli des informations sur l'évolution du droit aux Etats-Unis⁷⁹). La commission a examiné aussi bien les questions fondamentales, tels le bien juridique à protéger, le type de construction et la place de la norme dans la législation, que les points de détail dogmatiques. Les variantes élaborées par la commission d'étude constituent la base du projet du Conseil fédéral présenté ci-après. Au cours de ses travaux, la commission a bien eu l'occasion de constater l'étroite corrélation qui existe entre les dispositions relatives à la confiscation (art. 58 et 58^{bis} CP) et la nouvelle norme sur le blanchissage d'argent – corrélation à laquelle l'avant-projet Bernasconi se réfère d'ailleurs expressément. Il était cependant impensable de procéder sérieusement au remaniement des articles 58 et 58^{bis} dans le cadre de cette législation anticipée. Les règles de la confiscation ne sauraient être modifiées exclusivement en fonction des besoins spécifiques de la disposition sur le blanchissage d'argent; elles doivent au contraire répondre aux exigences du droit pénal dans son ensemble⁸⁰). Le Département fédéral de justice et police instituera une commission particulière à cet effet. Le Conseil fédéral a donc décidé, par arrêté du 10 mai 1989, que les articles 58 et 58^{bis} CP seraient examinés indépendamment de la révision de la Partie générale du CP et soumis au Parlement à fin 1989, en même temps que la révision des dispositions concernant les infractions contre le patrimoine.

144.3 Les débats parlementaires

Dans le contexte de cette procédure de législation inhabituelle, les débats des Chambres, et notamment la séance du Conseil national du 15 décembre 1988, méritent une mention particulière, car depuis la divulgation de la «Lebanon connection» et les remous qu'elle a provoqués dans son sillage, le ton des discours a évolué par rapport à la procédure de consultation. Si, lors de cette dernière, certains groupements et corporations s'interrogeaient encore sur l'opportunité d'une réforme légale, sous la pression des événements, tous les milieux intéressés se sont entre-temps accordés sur la nécessité de (nouvelles) normes pénales⁸¹).

La soif d'action politique se mesure déjà au nombre impressionnant des interventions parlementaires qui, depuis novembre 1988, réclament des éclaircissements et des actes de la part du Conseil fédéral, dans les secteurs de la surveillance des banques, de la législation sur les stupéfiants et de l'argent sale⁸²). Bien que, matériellement, elles soient appelées à faire l'objet d'un traitement distinct, ces interventions parlementaires devraient, pour la plupart, trouver une réponse dans le présent message.

La question de la punissabilité des personnes morales, déjà soulevée lors de la procédure de consultation⁸³), puis reprise dans les débats du Conseil national⁸⁴),

dépasse nettement le cadre des travaux relatifs au blanchissage d'argent. L'analyse fondamentale que nécessite le principe, très controversé, de la responsabilité des personnes morales va bien au-delà des problèmes liés au recyclage de l'argent sale. L'examen d'un domaine aussi vaste conduirait non seulement à surcharger le message, mais également à le retarder⁸⁵). De surcroît, la commission d'experts pour la révision totale de la Partie générale du code pénal est chargée d'étudier la responsabilité pénale de l'entreprise et, le cas échéant, de soumettre des propositions.

2 Partie spéciale: Commentaire des dispositions

21 Texte (art. 305^{bis} et 305^{ter} du projet)

Article 305^{bis} Blanchissage d'argent

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales, dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.
2. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement. La peine privative de liberté sera cumulée avec une amende d'un million de francs au plus.

Le cas est grave, notamment lorsque l'auteur:

- a. Agit comme membre d'une organisation criminelle;
 - b. Agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchissage d'argent;
 - c. Réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en se livrant au blanchissage d'argent par métier.
3. L'auteur sera également puni lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et qu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été perpétrée.

Article 305^{ter} Défaut de vigilance en matière d'opérations financières

Celui qui, professionnellement, aura accepté, conservé, aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales d'un tiers et qui aura omis de vérifier, conformément à la vigilance requise par les circonstances, l'identité de l'ayant droit économique, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende.

22 Questions fondamentales

221 Faut-il limiter l'acte antérieur à certains types d'infractions?

L'activité du recyclage de l'argent sale trouve, il est vrai, son origine dans l'expansion mondiale du trafic des stupéfiants. Certains pays ont même limité la punissabilité du blanchissage d'argent aux fonds provenant de la drogue (ch. 132.1 *supra*). Cependant, dans l'optique helvétique et compte tenu de la diversité des

secteurs dans lesquels sévit le crime organisé, une telle restriction ne semble guère judicieuse. Il n'est bien entendu pas question d'assimiler n'importe quelle peccadille à une infraction première (ch. 231.1).

222 Bien juridique et type de l'infraction

Les travaux préparatoires ont montré qu'il existe trois possibilités d'asseoir la nouvelle norme pénale; elle pourrait s'apparenter aux éléments constitutifs

- du recel,
- du soutien à une organisation criminelle, ou
- de l'entrave à l'action pénale.

a. Il a déjà été souligné (ch. 122.2) que, dans sa forme actuelle (art. 144 CP), la définition du recel est beaucoup trop restrictive pour permettre de réprimer le blanchissage d'argent sous tous ses aspects. La disposition sur le recel n'est applicable qu'aux délits contre le patrimoine; de plus, cette infraction n'est possible qu'à l'égard du produit originel d'un acte illicite, pour autant qu'il s'agisse d'objets et non de créances. Cette structure est adéquate dans une norme pénale ayant pour objet l'entrave à la restitution de valeurs patrimoniales acquises de manière illicite. L'extension des éléments constitutifs du recel au blanchissage d'argent ne serait guère compatible avec les exigences de précision inhérentes au droit pénal. Par ailleurs, l'intérêt à la répression du blanchissage d'argent va nettement au-delà de la simple réparation d'une atteinte portée à l'état d'un patrimoine. Il n'est pas non plus question de la restitution de valeurs patrimoniales dans l'esprit de la législation sur les stupéfiants, mais bien plutôt de l'intérêt de l'Etat à s'emparer des bénéfiques (*producta sceleris*) et des «fonds de roulement» (*instrumenta sceleris*) d'organisations criminelles. La répression de l'accumulation des capitaux illicites⁸⁶⁾ – si elle est exercée de façon conséquente – n'a pas seulement un effet dissuasif, mais empêche concrètement le développement et le fonctionnement des organisations criminelles d'envergure internationale; car c'est précisément en raison de leur puissance financière qu'elles sont aussi dangereuses. L'intérêt de la poursuite du «paper trail» (ch. 132.2), essentiellement motivée par des considérations de tactique criminelle visant à remonter jusqu'aux cerveaux du crime organisé, n'a pas davantage de points communs avec l'intérêt à la restitution inhérent au recel.

b. Compte tenu des préoccupations particulières de la législation sur le blanchissage d'argent, l'on serait presque tenté de chercher à punir l'organisation criminelle elle-même, voire son soutien, du moins lorsque celui-ci revêt la forme spécifique d'une gestion financière en faveur d'entreprises illicites. Cette solution, que les Etats-Unis par exemple ont utilisée pour les infractions de la «première génération» (ch. 132.2), se heurte dans le contexte helvétique à de sérieuses difficultés. Il est certes question de l'«organized crime» en matière de criminalistique⁸⁷⁾ et de criminologie⁸⁸⁾. L'on est même plus ou moins d'accord sur le sens qu'il convient de donner à cette notion. Elle demeure cependant beaucoup trop vague pour réaliser une condition de punissabilité qui doit répondre à des critères de précision bien différents. Bien que cette notion ne soit pas totalement étrangère au droit suisse (cf. art. 275^{ter} – groupements illicites)⁸⁹⁾ et que certaines législations étrangères en fassent usage⁹⁰⁾, son introduction dans le droit en

vigueur ne manquerait pas d'entraîner de profonds bouleversements (en matière de jurisprudence surtout). Il serait en particulier insolite de négliger dans la norme le critère de l'origine criminelle des fonds – objet classique du blanchissage d'argent – pour retenir avant tout leur appartenance au patrimoine d'une association de malfaiteurs, si précise en soit la définition, au risque d'incriminer également des transactions opérées au moyen de fonds parfaitement propres. Cette solution apparaît d'autant moins réalisable que la punissabilité de l'association de malfaiteurs, proposée lors de la révision des dispositions sur les actes de violence criminelle, a rencontré une résistance telle, au cours de la procédure de consultation, que le Conseil fédéral avait préféré renoncer à la présenter dans son message du 10 décembre 1979⁹¹⁾.

c. Le choix du type de réglementation est relativement aisé car l'insertion de la norme dans les infractions contre l'*administration de la justice*, telle que la préconise l'avant-projet Bernasconi, offre une solution appropriée sous l'angle dogmatique et relativement proche de ce qui existe déjà. En outre, elle a déjà passé le cap de la procédure de consultation. Celui qui cherche à empêcher l'identification de valeurs patrimoniales d'origine criminelle et à faire croire qu'elles ont été acquises en toute légalité, veut, notamment, favoriser l'auteur de l'infraction antérieure et surtout entraver la mesure pénale dirigée contre le produit de celle-ci, c'est-à-dire la confiscation.

Il est vrai qu'une lutte efficace contre le blanchissage d'argent ne saurait être envisagée uniquement sous l'angle de l'entrave à la confiscation. D'une part, parce que la réglementation actuelle de la confiscation ne s'étend précisément pas aux objets de substitution⁹²⁾ (et qu'il n'est pas possible d'élaborer une version plus générale de l'article 58 CP dans le cadre de cette législation anticipée). D'autre part, parce que le deuxième objectif, le «pistage du papier» n'y est pas suffisamment pris en considération. De ce fait, grâce à l'adjonction d'une alternative («celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine» ou «la découverte de valeurs patrimoniales . . .»), la réglementation proposée par le Conseil fédéral tient compte, tout comme l'avant-projet Bernasconi, non seulement de l'intérêt à la confiscation mais aussi de celui des investigations en tant que telles. Le principal objectif du «pistage du papier» est certes l'identification de l'auteur et la nouvelle norme comporte elle aussi un élément de favorisation personnelle au sens de l'article 305 CP. La disposition proposée va cependant plus loin dans la mesure où, en matière de blanchissage d'argent, elle recouvre beaucoup plus largement les infractions antérieures commises à l'étranger.

23 Commentaire

231 Les éléments constitutifs du blanchissage d'argent (art. 305^{bis}, ch. 1, du projet)

231.1 Éléments constitutifs objectifs

a. L'objet de l'infraction («valeurs patrimoniales qui proviennent d'un crime»)

aa. *«Valeurs patrimoniales»*: Le blanchissage d'argent se distingue notamment par le fait qu'il recourt à n'importe quelle transaction économique et à tous les avantages pécuniaires imaginables. Il convient dès lors d'adopter pour l'objet de

l'infraction une définition aussi large que possible. Outre les devises et l'argent sous n'importe quelle forme, elle doit, en s'appuyant sur l'article 58 CP, englober également les titres, les droits de créance en général, les métaux et les pierres précieuses, toutes les autres sortes de biens meubles et même les immeubles et les droits qui leur sont attachés.

bb. *«Un crime»*: Bien que la nouvelle norme entende protéger l'administration de la justice à l'étranger aussi bien que dans le pays, elle implique que l'infraction dont proviennent les valeurs patrimoniales constitue un crime au sens du droit suisse (art. 9, 1^{er} al., CP, en relation avec les infractions du CP et du droit pénal spécial). Cette construction permet, d'une part, d'exclure les cas sans gravité et, d'autre part, de décrire l'infraction antérieure de manière aussi simple que possible. Au niveau des preuves également, elle suscite moins de difficultés que les catalogues d'infractions, souvent fastidieux, établis par certaines réglementations étrangères. De plus, il ne serait guère opportun de limiter la portée de la norme aux infractions les plus graves, car dans le domaine du crime organisé même des infractions de gravité moyenne peuvent se transformer en sérieux problème (p. ex. falsification de papiers-valeur ou vol de chèques commis en bande). Les cas graves du blanchissage d'argent sont eux-mêmes susceptibles de constituer une infraction antérieure (ch. 232).

cc. *«Proviennent de»*: Bien que l'avant-projet Bernasconi se soit inspiré du texte de la disposition sur la confiscation, la formulation retenue ici diverge de celle de l'article 58 CP qui, outre le fait qu'elle ne convient guère au blanchissage d'argent⁹³, alourdit inutilement la norme. La description de l'objet du blanchissage d'argent se réfère en fait à la confiscation «en vue de supprimer un avantage illicite», telle qu'elle ressort de l'article 58, 1^{er} alinéa, lettre a, CP (notamment lorsque cet avantage est le «produit» ou le «résultat» d'une infraction). C'est à dessein que la formule «destiné à commettre une infraction», source de malentendus, a été écartée. Originellement, elle se réfère à des instruments (p. ex. des armes), apportés mais non utilisés pour commettre une infraction. Ce passage, déjà controversé à l'article 58⁹⁴, aurait une portée beaucoup trop large en matière de blanchissage d'argent, ainsi que l'ont relevé à juste titre certains participants à la procédure de consultation⁹⁵). La norme engloberait ainsi des actes préparatoires qui ne sont en principe pas punissables (art. 21 CP) et elle ne s'appliquerait qu'à des cas exceptionnels expressément mentionnés à l'article 260^{bis} CP. Une disposition contenant un tel passage dans la définition de l'infraction serait incompatible avec la précision requise en droit pénal⁹⁶).

L'expression «proviennent de» soulève deux problèmes dont l'importance est déterminante pour la punissabilité du blanchissage d'argent.

1. Il convient tout d'abord de se demander quel degré de proximité doivent avoir les valeurs patrimoniales avec l'infraction pour qu'elles en «proviennent» encore. D'une part, il s'agit d'éviter qu'une simple opération de «préblanchissage» ne fasse déjà obstacle à l'action pénale; d'autre part, cependant, une interprétation trop large de la norme conduirait à brève échéance à jeter la suspicion sur bon nombre d'activités licites de notre économie: imaginons, par exemple, que le cartel de Medellín accapare une fabrique de machines avec des fonds provenant d'un trafic de drogue; il serait indubitablement excessif de considérer l'acquisition de pièces de machines comme du blanchissage d'argent, même si le processus de production

a été partiellement financé par des fonds d'origine délictueuse. Par ailleurs, une interprétation extensive de la notion de «provenance» ne manquerait pas d'entrer en conflit avec la garantie constitutionnelle de la propriété. Celui qui, de bonne foi, acquiert des valeurs patrimoniales souillées risquerait d'en perdre la propriété et de se rendre punissable en exerçant ses droits de propriétaire si, par exemple, il apprenait après coup l'origine délictueuse des valeurs et cherchait à entraver activement leur découverte. Une délimitation acceptable sur le plan dogmatique ne peut que s'inspirer du champ d'application de la confiscation. La révision des prescriptions sur la confiscation aura aussi des incidences sur la portée de la norme relative au blanchissage d'argent.

2. Le problème des preuves doit lui aussi être soulevé. Toute condamnation au titre du blanchissage d'argent implique la preuve que les valeurs patrimoniales proviennent effectivement d'un crime. Si l'infraction a été commise à l'étranger, le juge suisse devra se convaincre de l'origine criminelle des fonds sur la base des prescriptions helvétiques en matière de preuves. Il est évident que la question des preuves sera singulièrement compliquée par la pratique courante des envois groupés et le voisinage des fonds du marché gris ou noir avec les valeurs d'origine criminelle. Tel est néanmoins le tribut que le droit pénal doit payer à la légalité⁹⁷.

b. Le comportement délictueux («celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales . . . »).

aa. «*Un acte*»: Lors de la procédure de consultation, la question de savoir si le blanchissage d'argent pouvait aussi être commis par omission a été soulevée à plusieurs reprises. Conformément aux principes généraux, un délit «d'omission par commission» implique que l'auteur soit assujéti à un «devoir de garant»⁹⁸.

bb. «*Propre à entraver*»: Il serait excessif d'exiger dans chaque cas d'espèce la preuve d'une entrave effective à l'identification de l'origine, à la découverte ou à la confiscation de valeurs. Il est dès lors préférable de concevoir l'infraction en tant que délit de mise en danger: l'aptitude abstraite suffit déjà.

C'est à la jurisprudence qu'il incombera cependant de développer des catégories d'actes typiques d'entrave. A cet égard, il peut être utile de souligner que le simple versement de fonds sur un (propre) compte, s'il rend généralement la confiscation plus aisée, ne fait pas moins partie de ces transactions, parfaitement ordinaires, qui servent régulièrement à «blanchir» l'origine délictueuse des valeurs patrimoniales. De plus, la transformation d'espèces en monnaie scripturale ouvre la voie du transfert international, devenu extrêmement rapide grâce aux moyens électroniques de transmission. On mesure mieux l'importance du simple versement si l'on songe que les professionnels du blanchissage d'argent retransfèrent les valeurs patrimoniales le plus souvent après quelques jours seulement⁹⁹.

cc. «*L'identification de l'origine*», «*la découverte*»: Indépendamment de la confiscabilité des valeurs, ces deux formes d'entrave doivent servir les intérêts de l'enquête dans la lutte contre le crime organisé. Elles sont conçues en tant que mesure destinée à contrecarrer la dissimulation ou le camouflage des fonds, dont la valeur économique est à la base du blanchissage d'argent¹⁰⁰. Sa position dans la systématique de la loi indique déjà qu'il s'agit de ne protéger que les enquêtes officielles des autorités. Compte tenu de la sévérité de la peine prévue, il convient

en outre de limiter la notion d'enquête aux investigations des autorités (cantonales et fédérales) de poursuite pénale. Les enquêtes administratives des autorités fiscales ou de la Commission des banques, de même que les injonctions relevant de procédures civiles ne sont pas visées par cette norme.

dd. «*La confiscation*» se réfère en revanche à l'article 58. Au cas où son champ d'application serait élargi, la protection pénale serait automatiquement adaptée en conséquence. La norme n'exige pas l'ouverture d'une procédure de confiscation concrète; la punissabilité de l'entrave se fonde sur la confiscabilité abstraite, telle qu'établie par l'article 58 en relation avec l'article 305^{bis} CP.

231.2 Eléments constitutifs subjectifs

a. «*Savait ou devait présumer*»

Cet élément de texte est emprunté à la formulation de l'article 144 CP (recel), mais on le trouve également à l'article 226 CP ou à l'article 19, chiffre 2, de la loi sur les stupéfiants (LStup). Cette formule a été adoptée pour la norme sur le blanchissage d'argent en dépit des malentendus auxquels elle a déjà donné lieu¹⁰¹). Elle n'entraîne ni responsabilité du fait de la négligence, ni renversement du fardeau de la preuve au détriment de l'inculpé¹⁰²). Elle ne fait que répéter et souligner clairement que le blanchissage d'argent commis intentionnellement peut aussi revêtir la forme du *dol éventuel*. Cette formulation convient à la norme sur le blanchissage d'argent en raison de sa valeur déclaratoire: le caractère intentionnel ne saurait être écarté sous n'importe quel prétexte. De plus, elle se réfère à des notions éprouvées depuis longtemps.

b. *A quoi l'intention se rapporte-t-elle?*

En règle générale, l'intention se rapporte à l'ensemble des éléments constitutifs objectifs de l'infraction. Ainsi, quelle que soit la forme de l'infraction, l'auteur doit (1) connaître l'origine criminelle des valeurs patrimoniales et (2) avoir conscience du lien objectif de connexité avec l'entrave qui lui est imputée. En d'autres termes, il doit être en mesure d'imaginer que son acte est propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation des valeurs patrimoniales.

Même si l'inculpé ne se fait pas une idée précise de l'origine des valeurs patrimoniales, il y a *dol éventuel* dans la mesure où il a envisagé leur origine criminelle, tout au moins comme une variante possible, et qu'il a malgré tout commis l'infraction.

L'entrave à la confiscation n'implique pas la connaissance du droit mais une notion parallèle de ce qui est juste dans l'esprit d'un profane. De même, en ce qui concerne l'origine criminelle des valeurs patrimoniales, l'auteur n'a pas à connaître la notion juridique exacte dont elle est déduite. Il suffit qu'il connaisse dans les grandes lignes les faits qui confèrent à l'acte antérieur le caractère d'une infraction et qu'il les considère comme plus graves qu'un simple méfait.

Le dessein d'enrichissement n'est pas nécessaire.

231.3 La sanction

Il convient de modifier la sanction prévue dans l'avant-projet Bernasconi en fonction de la place attribuée à la nouvelle norme dans la systématique de la loi. D'une part, maintes infractions antérieures sont réprimées moins sévèrement que le recyclage d'argent sale. D'autre part, il s'agit de garder des proportions compatibles avec les infractions proches du blanchissage d'argent – favoritisme personnelle (art. 305 CP) et soustraction d'objets mis sous main de l'autorité (art. 289 CP) – qui sont toutes deux punies de l'emprisonnement en tant que peine maximale. La sanction des éléments constitutifs de blanchissage d'argent est ainsi l'emprisonnement ou l'amende.

232 Cas graves (art. 305^{bis}, ch. 2, du projet)

232.1 Le principe et les sanctions

Dans les cas graves, la peine est la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement. La peine privative de liberté est (obligatoirement) cumulée avec une amende d'un million de francs au plus. Le juge trouvera au chiffre 2, 2^e alinéa, une série d'illustrations de la règle qui, à l'exception de la lettre a, font partie des qualifications ancrées dans le droit pénal. La liste de ces cas n'est bien entendu pas exhaustive.

232.2 Les illustrations de la règle

a. *(Lorsque l'auteur) «agit comme membre d'une organisation criminelle»*

Bien que les éléments constitutifs de l'infraction de base se réfèrent au modèle de l'infraction contre l'administration de la justice, la majorité de la commission d'étude estime nécessaire de tenir spécialement compte de l'aspect du crime organisé, tout au moins au niveau des qualifications. Le caractère particulièrement dangereux de cette forme d'infraction provient du fait que le recycleur d'argent sale travaille en coulisse avec une organisation criminelle et qu'il peut se fier à la puissance financière autant qu'à l'absence de scrupules de cette dernière. Il met ses qualités de spécialiste local au service d'une organisation opérant généralement à l'étranger. Composée de trois membres au minimum, l'organisation se distingue de la bande formée pour se livrer au blanchissage d'argent, dans la mesure où elle est constituée en vue de commettre des crimes. Encore faut-il que, d'une part, l'organisation se soit constituée pour une certaine période ou un temps indéterminé¹⁰³⁾ et que, d'autre part, son activité comprenne également les infractions les plus graves, en particulier des actes de violence criminelle¹⁰⁴⁾.

b. *«Agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchissage d'argent»*

La notion de bande fait partie des qualifications existantes. Selon le Tribunal fédéral, il y a affiliation à une bande «lorsque deux ou plusieurs auteurs s'unissent avec la volonté expressément ou tacitement exprimée de commettre dorénavant

ensemble plusieurs infractions autonomes, dont ils n'ont éventuellement pas encore défini la nature»¹⁰⁵). Le projet précise également que la notion d'affiliation à une bande, applicable en l'espèce, est celle du CP et non la forme atypique de la LStup¹⁰⁶; elle implique de ce fait (à l'instar des art. 137, ch. 2, 2^e al., et 139, ch. 2, 2^e al., CP) que la bande soit formée en vue de pratiquer le blanchissage d'argent de façon continue.

L'affiliation à une bande est certes proche de la qualité de membre d'une organisation. Cependant la lettre a ne s'étend pas forcément à la bande formée dans le seul but de recycler de l'argent sale et qui offre ses services à des auteurs principaux agissant seuls ou en groupes. Son caractère spécialement dangereux réside moins dans son aptitude à la grande criminalité que dans la capacité de dissimulation particulièrement élevée que présente un groupe de spécialistes opérant par le biais du partage des tâches.

c. *«Réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en se livrant au blanchissage d'argent par métier»*

Cette qualification correspond à celle de l'article 19, chiffre 2, lettre c, LStup¹⁰⁷).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, fait métier d'une infraction «celui qui la commet à plusieurs reprises dans le dessein d'en tirer des revenus et tout en étant prêt à agir à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes»¹⁰⁸). Il convient encore de souligner que la notion de métier ne se déduit pas simplement de l'exercice d'une profession en elle-même. Le fait d'être prêt à agir à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes doit se rapporter à l'acte illicite.

Il se justifie de mentionner spécialement l'importance du chiffre d'affaires outre celle du gain car, même en cas de marge bénéficiaire ou de commission minimes, l'importation ou la dissimulation de grandes sommes d'argent sale représentent une incitation considérable à l'activité criminelle.

233 L'infraction principale commise à l'étranger (art. 305^{bis}, ch. 3, du projet)

La formulation usuelle pour l'infraction commise à l'étranger a été reprise dans l'article 305^{bis}, chiffre 3. Sa fonction est cependant un peu différente de celle que l'on trouve à l'article 19, chiffre 4, LStup: il ne s'agit pas de fonder l'applicabilité du droit pénal suisse aux infractions commises à l'étranger. Dans le cas du blanchissage d'argent, la portée du droit pénal suisse doit se déduire des règles habituelles des articles 3 ss CP. Cependant, dans la mesure où le blanchissage d'argent est conçu en tant qu'infraction contre l'administration de la justice, il est nécessaire de prévoir une règle particulière afin d'en garantir également la punition lorsque, comme cela est fréquemment le cas, l'infraction antérieure a été commise à l'étranger et le blanchissage d'argent en Suisse. A défaut d'une telle adjonction, seule l'administration de la justice helvétique est protégée par le droit pénal suisse¹⁰⁹).

Il a déjà été souligné que le juge suisse doit examiner à la lumière du droit helvétique les faits qui se sont produits à l'étranger. Si l'acte est considéré en Suisse comme un crime, c'est également comme tel que le juge suisse appréciera l'infraction antérieure au blanchissage d'argent commis en Suisse.

234 Défaut de vigilance en matière d'opérations financières

234.1 Négligence ou inobservation intentionnelle des devoirs de diligence?

L'avant-projet Bernasconi et l'ensemble des variantes de la Commission d'étude reconnaissent de façon unanime que la répression pénale du blanchissage d'argent ne saurait se limiter à l'infraction intentionnelle. En fait, il existe plusieurs possibilités de punir le défaut de vigilance. Ou bien l'on crée une infraction par négligence permettant de réprimer de manière générale la violation du devoir de diligence qui a entraîné le résultat indésirable (en l'espèce l'entrave à l'identification de l'origine, à la découverte ou à la confiscation des valeurs), ou bien l'on définit des obligations concrètes, dont la violation est punissable indépendamment de ses conséquences (tout comme est sanctionnée, par exemple, l'inobservation d'une ligne de sécurité dans le trafic routier, qu'elle ait ou non provoqué des dégâts).

La première solution – infraction par négligence – retenue par l'avant-projet Bernasconi¹¹⁰⁾ suscite dans le débat politique autant d'enthousiasme¹¹¹⁾ que de réprobation¹¹²⁾. C'est essentiellement pour des considérations de politique criminelle et de dogmatique pénale que le Conseil fédéral a porté son choix sur la seconde variante – délit abstrait de mise en danger –: une norme pénale qui souhaite garantir le respect des devoirs de diligence dans le secteur financier doit, d'une part, être claire et d'application facile pour les autorités et, d'autre part, permettre à la branche concernée de s'y conformer sans compromettre pour autant le cours de ses activités licites. La seconde forme de réglementation répond nettement mieux à ces exigences:

- Outre le fait que la notion de «négligence grave» appartient non pas au droit pénal mais au droit civil de la responsabilité, il serait illogique de punir l'acte subséquent accompli par négligence, alors que l'acte antérieur ne peut généralement qu'être commis intentionnellement (p. ex.: le vol). A cet égard, peu importe que la LStup sanctionne également la commission par négligence des infractions mentionnées à l'article 19, chiffre 1; en effet, cette prescription n'est guère appliquée dans la pratique¹¹³⁾ et devra de toute manière faire l'objet d'un réexamen lors d'une prochaine révision.
- De plus, l'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la CFB relative à l'article 3, 2^e alinéa, lettre c, LB¹¹⁴⁾ révèle que le comportement d'une banque peut, dans un cas particulier, parfaitement être apprécié a posteriori, mais qu'il n'existe aucun règlement fixant d'avance et de façon exhaustive des obligations concrètes («règles de l'art» ou «liste de contrôle»). Une telle situation peut se concevoir en matière de droit administratif; elle est en revanche inadmissible en droit pénal, dont le principe «pas de peine sans une base légale expresse» exige une précision beaucoup plus grande.
- La comparaison du droit international a par ailleurs montré qu'il n'existe apparemment dans le monde aucune législation punissant le blanchissage d'argent ou la favorisation matérielle commis par négligence. Les Etats-Unis sanctionnent tout au plus la violation par négligence des obligations de déclaration qui, selon nos critères, représente un délit abstrait de mise en danger¹¹⁵⁾.
- Enfin, et surtout, l'infraction par négligence implique au niveau des preuves des exigences aussi sévères que l'infraction intentionnelle: il faudrait dans chaque cas apporter la preuve que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime. La seconde solution – que l'on pourrait appeler «quasi-négligence» – ne requiert

en revanche que la preuve de la violation d'une obligation. Force est dès lors d'admettre que cette réglementation constitue bel et bien la norme la plus efficace.

234.2 Défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{ter} du projet)

234.21 Eléments constitutifs objectifs

L'article 305^{ter} impose aux personnes qui exercent une profession dans le secteur financier l'obligation de vérifier l'identité de leurs clients effectifs.

a. *L'auteur*: «celui qui, professionnellement, aura accepté, conservé, aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales d'un tiers».

Est exercée à titre professionnel l'activité qui procure une source de revenus réguliers; elle ne peut donc revêtir un caractère occasionnel. Il n'est pas nécessaire que celui qui exerce l'activité cherche à assurer son entretien par cette seule source de revenus. Mais elle ne doit pas non plus se résumer à une source insignifiante de gains accessoires.

La définition de l'auteur est étroitement liée à la description de son activité. Elle cherche à englober en tant que branche les personnes qui ont une activité dans le *secteur financier*. Outre les banques et les instituts financiers, elle désigne également les fiduciaires, les conseillers en placements, les administrateurs financiers, les agents de change («money changers»), les marchands de métaux précieux et les avocats d'affaires. Il incombera à la jurisprudence de compléter la description du champ d'activité de l'auteur¹¹⁶).

- Il est essentiel que la norme n'englobe pas n'importe quel commerçant. Il se peut que l'hôtelier, le garagiste ou l'agent de voyage, par exemple, souhaite connaître l'identité de son client pour des motifs divers. L'article 305^{ter} ne lui impose aucune obligation à cet égard, et certainement pas celle d'identifier l'ayant droit économique qui se cache éventuellement derrière son client. Il se peut, certes, que des trafiquants de drogue choisissent de placer des capitaux dans une automobile de luxe, par exemple. Mais l'article 305^{ter} entend se limiter à une branche plus spécialement exposée aux abus et s'adresser à des professionnels, dont un certain nombre considère aujourd'hui déjà l'identification du client comme une règle de conduite inhérente à leur profession¹¹⁷). En principe, la nouvelle norme n'exclut pas les échanges qui portent sur des marchandises ou des services (p. ex. le commerce de l'or et des pierres précieuses, le conseil en placements), mais ce sont plus particulièrement les opérations relatives aux liquidités ou aux valeurs facilement convertibles en espèces qui sont sujettes aux abus. Bien que cotée sur le marché, l'automobile n'en fait pas partie.
- Les avocats et les joailliers posent un problème de délimitation aussi épineux qu'incontournable. Dans la mesure où il s'en tient à des activités qui font traditionnellement partie de sa profession, l'avocat n'aura pas à se préoccuper davantage qu'aujourd'hui de l'identité de l'ayant droit économique des fonds qui servent à régler ses honoraires. Quant au joaillier, la ligne de démarcation devrait se situer entre le commerce des objets dont le caractère artistique et artisanal est prépondérant, d'une part, et le commerce des pierres et des métaux précieux, d'autre part.

La description de l'activité (accepte, conserve, etc.) revêt en soi une importance moindre; elle sert surtout à préciser les contours de la branche concernée. A cet

égard, elle devrait englober l'ensemble des transactions qui relèvent typiquement du secteur financier.

b. *Le comportement punissable*: «aura omis de vérifier, conformément à la vigilance requise par les circonstances, l'identité de l'ayant droit économique».

Le défaut de vigilance dans les mouvements de fonds a été conçu comme un délit d'omission intentionnel. Les éléments constitutifs objectifs sont déjà remplis par l'*omission de l'identification*; conformément à cette construction, peu importe que les fonds concernés proviennent ou non d'une infraction. Indirectement cependant, cette norme a pour objet la réunion d'informations susceptibles de faciliter les enquêtes pénales éventuelles sur l'origine des valeurs, ou encore de déceler l'intention au sens de l'article 305^{bis} chez le destinataire de ces dernières.

Le texte de la norme ne laisse planer aucun doute sur le fait que la vérification ne doit pas porter uniquement sur l'identité du cocontractant direct, mais également sur celle de l'*«ayant droit économique»*¹¹⁸, c'est-à-dire celle du client effectif, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une seule et même personne. Les termes d'*«ayant droit économique»* et de *«cocontractant effectif»* n'appartiennent ni l'un ni l'autre au droit civil. Ils doivent au contraire permettre de découvrir, au-delà des simples pouvoirs de dispositions apparents et formels, la réelle appartenance économique des fonds. La notion d'*«ayant droit économique»* émane de la CDB (art. 3 CDB 1987)¹¹⁹. Son interprétation doit par conséquent s'inspirer de la CDB et de la pratique de la commission de surveillance. Le processus d'identification exige un minimum de règles écrites. Il est nécessaire de déterminer les conditions posées à la vérification de l'identité dans une réglementation détaillée, qui doit également tenir compte de la situation spécifique des divers groupes de professions. La CDB peut servir de modèle aux banques et aux instituts financiers. Elle contient notamment de précieuses règles de comportement à l'égard des sociétés de domicile et des personnes tenues à un secret professionnel (art. 4 et 5 CDB 1987). Il est clair que le secret professionnel de l'avocat ne doit pas servir à entraver l'identification des clients de la banque et créer une sorte de *«super-secret bancaire»*.

La réserve exprimée dans le passage *«conformément à la vigilance requise par les circonstances»* n'entend pas seulement tenir compte des particularités de certaines professions. Elle invite de façon générale à respecter le principe de la proportionnalité dans l'interprétation du devoir d'identification. Elle indique où se situent les limites de la vérification. De cette manière elle laisse également la place pour une règle telle que celle du chiffre marginal 42 de la CDB, qui dispense les cosignataires de la CDB de la déclaration obligatoire pour les mouvements interbancaires.

La réglementation légale souhaite favoriser l'élaboration de règles internes pour les catégories professionnelles de la branche financière, également dans le secteur non bancaire. Compte tenu du caractère pratique de la norme, la jurisprudence n'aura, par ailleurs, aucune peine à développer les principes correspondants.

Indépendamment des obligations proposées ici pour le secteur financier, un groupe de travail interdépartemental est chargé d'examiner s'il serait judicieux que les autorités endossent elles aussi certaines responsabilités supplémentaires (p. ex. obligations de déclaration/d'identification à la frontière, critères plus sévères pour la délivrance des visas).

234.22 Eléments constitutifs subjectifs

En tant qu'infraction intentionnelle, la norme exige la connaissance des conditions effectives imposées au devoir d'identification et les possibilités d'action. En règle générale cependant, la norme pénale vise également celui qui néglige consciemment ses obligations en refusant de voir. Peu importe à cet égard que l'auteur considère les valeurs patrimoniales comme acquises de façon légale ou illégale. L'obligation est absolue et abstraite. Cependant, dès que la connaissance du client direct ou de l'ayant droit économique permet de présumer que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle, celui qui opère dans le secteur financier doit alors s'abstenir de toute transaction, faute de quoi il se rend coupable de blanchissage d'argent intentionnel (ch. 231.2, let. a).

234.23 Sanction

La sanction est l'emprisonnement pour une année au plus, les arrêts ou l'amende. La peine d'emprisonnement d'une année au maximum entend, d'une part, souligner le moindre degré de gravité que revêt le délit abstrait de mise en danger par rapport au caractère beaucoup plus direct de l'atteinte portée au bien juridique protégé dans l'article 305^{bis}. D'autre part cependant, c'est à dessein qu'elle dépasse les sanctions relativement légères des articles 46 et 47 LB.

235 Concours des articles 305^{bis} et 305^{ter}?

Celui qui correspond à la qualification de l'article 305^{ter} concernant la profession, et qui précisément ne respecte pas son obligation d'identification et de documentation parce qu'il présume que les valeurs patrimoniales prises en charge sont d'origine criminelle, remplit aussi bien les éléments constitutifs de l'article 305^{bis} que ceux de l'article 305^{ter}. Il convient de se demander si les deux normes sont alors simultanément applicables ou si la violation de l'article 305^{ter} est prise en compte par une sanction prononcée au titre de l'article 305^{bis}. Comme expliqué précédemment, l'article 305^{ter} fait office de «relais», lorsque le blanchissage d'argent intentionnel (y compris la variante du dol éventuel) ne peut être prouvé. Lorsque les deux états de faits sont remplis, il faut ainsi trancher, au sens du concours imparfait, en faveur de l'article 305^{bis}.

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel pour la Confédération et les cantons

Il faut s'attendre à des dépenses supplémentaires en fonction de l'accroissement des tâches des autorités de poursuite pénale (notamment dans les divisions économiques), des tribunaux et, le cas échéant, des autorités chargées de l'exécution. Elles sont nécessairement liées à l'application du droit pénal, mais il convient de ne pas les minimiser, compte tenu des états de faits souvent complexes.

4 Programme de la législation

Ce projet ne figure pas au programme de la législation 1987-1991. Cependant, compte tenu de l'actualité et de l'urgence de la question, il y a lieu de le présenter maintenant.

5 Rapport avec le droit européen

L'on se référera à cet égard aux explications qui figurent au chiffre 13 du présent message (notamment au ch. 131.2).

6 Constitutionnalité

Conformément à l'article 64^{bis} de la constitution, la Confédération est habilitée à légiférer en matière de droit pénal.

32996

- 1) Paolo Bernasconi, *Finanzunterwelt*, Zurich 1988, p. 27.
- 2) Le trafic de drogue ne constitue, à cet égard, que l'un des nombreux secteurs d'activité du crime organisé: il convient de songer également au racket, à l'exploitation de la prostitution, à la traite des femmes et des enfants, aux mises de fonds dans des jeux et des paris illicites, à la contrebande de marchandises et de devises, à l'«industrie de l'enlèvement», au commerce illicite des armes, à l'escroquerie organisée, etc.; ce type d'activités est aisément transférable d'un secteur à l'autre; le trait commun à toutes ces formes de criminalité réside dans une répartition des tâches et une action concertée qui permettent d'augmenter considérablement les bénéfices réalisés de manière illicite.
- 3) Cf. p. ex. Sénat américain, «Report – The Money Laundering Crimes Act of 1986», p. 2 ss.
- 4) Paolo Bernasconi (note 1), ainsi que son exposé lors de l'assemblée annuelle de la Société suisse des juristes à Bâle, 1985, ZSR NF 104, 1985, 2^e sem., p. 345 ss.
- 5) Sur le plan international, l'on note une modification des stratégies de lutte contre le trafic de drogue en particulier. Durant la dernière décennie, l'on s'efforçait principalement d'enrayer la fabrication des produits de base dans les régions de production, parfois au prix de sacrifices financiers considérables; aujourd'hui, grâce à l'analyse des flux de capitaux, on tente de découvrir également ce qui se cache derrière le trafic.
- 6) Cf. notamment Christian v. Weizsäcker, dans: «Beiträge zum schweizerischen Bankrecht», publié sous la direction de Rudolf von Graffenried, Berne 1987, p. 5; Philippe Braillard, *La place financière suisse*, Genève 1987, p. 19.
- 7) Cf. Maurice Aubert, Jean-Philippe Kernen, Herbert Schönle, *Le secret bancaire*, 2^e éd., Berne 1982; Beat Kleiner, dans: Bodmer, Kleiner, Lutz, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, 3^e suppl. 1986.
- 8) Cf. Jörg Schwarz, Walter von Wyl, dans: Rudolf von Graffenried (note 6), p. 56 ss.
- 9) A propos de l'importance de l'intérêt public à la sauvegarde du secret bancaire, cf. Günter Stratenwerth, dans Rudolf von Graffenried (note 6), p. 233.
- 10) Au sujet de la comparaison internationale de la sécurité juridique des places financières: Jörg Schwarz, Walter von Wyl (note 8), p. 48 ss.
- 11) Article 47, chiffre 4, de la LF du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0), en relation avec les lois cantonales et fédérales de procédure; le droit de l'exécution forcée connaît la même obligation de témoigner et de renseigner (cf. art. 91 et 222 LP).
- 12) Cf. notamment la LF du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1), l'ordonnance du 24 février 1982 sur l'entraide pénale internationale (OEIMP; RS 351.11), ainsi que le développement du droit de l'entraide judiciaire bi- et multinationale (p. ex. les conventions européennes assez anciennes d'entraide judiciaire et d'extradition [RS 0.351.1 et 0.353.1 avec protocoles additionnels .11 et .12], et l'extension des réglementations d'entraide judiciaire bilatérale).
- 13) L'article 7, chiffre 1, du Traité du 25 mai 1973 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.933.6) renonce, pour une série de mesures de contrainte, à exiger la punissabilité dans les deux Etats lorsqu'il s'agit d'infractions liées au crime organisé, conformément à la définition de l'article 6.
- 14) Peter Klausner, «Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken, Grundzüge und Handhabung, Cahier trimestriel de la BNS, n° 5/1983, p. 51.
- 15) Les avantages et les inconvénients de la réglementation en vigueur ont fait l'objet d'une analyse beaucoup plus fouillée en relation avec l'«Initiative sur les banques» du 8 octobre 1979 (FF 1982 II 1237).
- 16) Le recycleur d'argent sale dispose lui aussi de la vaste panoplie des opérations de camouflage de valeurs patrimoniales, utilisées à l'égard des autorités fiscales étrangères. Il ne s'agit en l'occurrence pas d'un secret: cf. p. ex. Wolfgang Froriep, «Sitzgesellschaften in

der Vermögensverwaltung», dans: Schuster, Widmer, Mati, «Bankrevision II», 2^e éd., Saint-Gall 1986, p. 120 ss.

- 17) L'on a appris lors de l'enquête sur l'affaire des frères Magharian que la police de l'aéroport de Los Angeles, ayant découvert, le 27 novembre 1986, trois valises destinées aux Magharian, avait fait exploser celles-ci par crainte d'un attentat et avait découvert 2 millions de dollars à l'intérieur (cf. à ce propos la conférence de presse donnée le 11 avril 1989 par la CFB, exposé de M^e Daniel Zuberbühler, directeur-suppléant du secrétariat, p. 11).
- 18) NZZ des 25/26 février 1989, p. 25.
- 19) Bernasconi (note 1), p. 29 s.
- 20) Cf. ch. 132.2
- 21) Cf. la liste des procédures importantes qui se sont déroulées dans le seul canton du Tessin entre 1967 et 1977, dans Bernasconi, «Lehren aus den Strafverfahren in den Fällen Texon, Weisscredit und ähnlichen», ZStrR 1981, p. 380.
- 22) Ibid.
- 23) A propos de l'affaire du «Banco Ambrosiano», cf. ATF 112 Ib 610 s., ainsi que Bernasconi (note 1), p. 29. Les faits de l'affaire de la «Pizza connection» sont également exposés par Bernasconi (note 1), p. 27 s., 30 s., 37. Actuellement l'affaire est toujours pendante devant le Tribunal fédéral.
- 24) Un premier résumé officiel des événements liés à la «Lebanon connection» se trouve dans le rapport annuel de la CFB, 1988, p. 22 s., ainsi que dans l'exposé de Zuberbühler lors de la conférence de presse du 11 avril 1989.
- 25) La mauvaise image qu'a la place financière suisse à l'étranger ressort de plusieurs articles de presse parus, notamment dans l'«Observer» du 4 décembre 1988, p. 26, «Le Monde» des 26/27 mars 1989, p. 1 et 6, «The Herald Tribune» du 5 avril 1989, p. 1 et 8, «The Ottawa Citizen» du 15 mai 1989, ainsi que dans le «Wall Street Journal» du 2 décembre 1988.
- 26) Il existe néanmoins des indications relatives à des affaires connues; cf. Bernasconi «Rapport 1986», p. 20, n^o 7; le même «Le recyclage de l'argent d'origine criminelle», RICPT 1981, p. 404; ainsi que Messerli «Die Geldwäscherei *de lege lata et ferenda*», ZStrR 1988, p. 418 ss. A propos du même sujet, cf. également l'Ip Salvioni du 8 octobre 1986 (86.928), BO N 1987 427. L'affirmation de l'administration américaine, insinuant que les instituts financiers suisses blanchiraient les fonds de la drogue dans le quart des affaires découvertes aux Etats-Unis, ne repose sur aucun indice sérieux.
- 27) A propos du changement dans la pratique de la CFB, cf. le rapport annuel de la CFB ainsi que Daniel Zuberbühler «Das Verhältnis zwischen der Bankenaufsicht, insbesondere der Überwachung der einwandfreien Geschäftstätigkeiten, und der neuen Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken», dans Wirtschaft und Recht 1987, p. 169, et Charles-André Junod, dans v. Graffenried (note 6), p. 96 ss.
- 28) Bien avant 1977 déjà, la CFB considérait les actes réprouvés par la CDB (cf. ch. 121.12) comme des abus du secret bancaire; à ce propos, cf. Bernhard Müller «Die Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission», dans le recueil commémoratif «50 ans de surveillance fédérale des banques», Zurich 1985, p. 305.
- 29) Cf. le principe observé à cet égard dans la pratique de la CFB, Bulletin de la CFB n^o 11, p. 15.
- 30) Zuberbühler (note 27), p. 181. Bien que la CFB considère déjà que les règles professionnelles bancaires (ch. 121.12) ont pratiquement valeur de droit public contraignant, elle entend conserver les mains libres pour développer le droit. C'est pourquoi elle s'est prononcée contre l'inscription des devoirs de diligence dans la législation sur les banques (Rapport annuel de la CFB, 1988, p. 24).
- 31) La CFB se propose d'édicter, sous forme de circulaires, des instructions et des directives concernant le commerce professionnel des billets dans les banques, afin de préciser l'étendue des devoirs de diligence dans ce domaine particulièrement exposé aux opérations de blanchissage (cf. conférence de presse de la CFB du 11 avril 1989, exposé du président,

- M. Hermann Bodenmann, p. 3). Cf. critique à l'égard de la formulation ouverte, Junod (note 27), p. 115 ss; à propos de la pratique, cf. Bernhard Müller (note 28), p. 305.
- ³² Réponse du Conseil fédéral du 12 décembre 1988 à l'interpellation Salvioni du 29 novembre 1988 (N 88.810) et la motion du groupe socialiste du 28 novembre 1988 (N 88.804).
- ³³ Les possibilités offertes aux avocats et aux notaires – qui, notamment, ont le droit de refuser leur témoignage en justice – de traiter des affaires pour le compte de clients dont ils taisent l'identité à la banque constituent traditionnellement un problème lorsqu'il s'agit du blanchissage d'argent. Pour y remédier, la CDB exige que les avocats et les notaires, notamment, certifient dans une déclaration qu'ils connaissent l'identité de l'ayant droit économique des valeurs concernées, que, en faisant preuve de la diligence appropriée, ils n'ont connaissance d'aucun fait qui pourrait indiquer que le client recourt abusivement au secret bancaire et que l'objet de leur mandat se rapporte au champ des activités traditionnelles d'un avocat ou d'un notaire (et non principalement à la gestion de fortune).
- ³⁴ Ses effets se font sentir jusque dans la Recommandation R (80) 10 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980, ainsi que dans les déclarations du Cooke-Committee de la Banque des règlements internationaux (BRI).
- ³⁵ L'arrêt que le Tribunal fédéral a rendu en la cause de l'Union des fiduciaires, l'assimile à du droit privé (ATF 109 Ib 146 ss); cette opinion reste controversée dans la doctrine. Cf. Peter Klausner, Bulletin BNS 5/1983, p. 49 ss, Georg Müller, RSJ 1984, p. 349 ss, Werner de Capitani, *ibid.* p. 352 ss, Nobel «Jubiläumsschrift 1985», p. 223 s.
- ³⁶ Cf. rapports annuels de la CFB 1986, p. 22 s. et 1987, p. 25 ss, ainsi que la prise de position de la CFB du 2 octobre 1986 à l'égard de la Fédération suisse des avocats.
- ³⁷ Cf. aussi Bernasconi (note 1), p. 40.
- ³⁸ A propos des limites de la réglementation autonome et privée, cf. Nobel «Kolloquium schweizerisches Kapitalmarktrecht», Genève 1987, p. 457 et 462 s. La CDB de 1987 devra encore faire ses preuves en ce qui concerne l'identification des clients de la banque représentés par d'autres catégories professionnelles (avocats et fiduciaires). Si elle ne parvenait pas à réaliser les objectifs qu'elle s'est elle-même fixés à cet égard, il serait alors nécessaire de réviser la loi et l'ordonnance sur les banques, à moins que la CFB n'édicte une circulaire appropriée. Le Tribunal fédéral a confirmé que la CDB n'empêche nullement la CFB d'imposer, si nécessaire, des exigences plus sévères en se fondant sur l'article 3, 2^e alinéa, lettre c, LB (ATF 109 Ib 153 et 111 Ib 128).
- ³⁹ Cf. p. ex. Markus Lusser «Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken – Rückblick und Ausblick», dans *Mélanges Robert Patry*, 1987, p. 148 et 150.
- ⁴⁰ Cf. Bernasconi, «Rapport 1986», p. 42 ss; Messerli (note 26), p. 426 ss.
- ⁴¹ Pour ce qui est de la situation actuelle du droit, cf. également Gunther Arzt «Grob-fahrlässige Geldwäscherei – ein bankrechtliches Kuckucksei im Nest des Strafrechts?», dans la *NZZ* des 29/30 avril 1989 et, du même «Das schweizerische Geldwäschereiverbot im Lichte amerikanischer Erfahrungen», *ZStr* 1989, p. 160, 199.
- ⁴² Les expériences montrent que les recycleurs d'argent sale ne se préoccupent généralement pas de la nature de l'infraction antérieure.
- ⁴³ Stratenwerth «Schweizerisches Strafrecht», Partie générale I, Berne 1982, p. 169 et 323 s.
- ⁴⁴ Dans les cas d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis, le Tribunal fédéral subordonne l'infraction américaine du complot («conspiracy») à des fins de trafic de stupéfiants à la règle suisse de l'art. 19, ch. 1, 6^e al., LStup («prend des mesures à cette fin»): ATF 108 Ib 525 ss, ainsi que l'arrêt en la cause Cuevas du 7 mai 1986, p. 17.
- ⁴⁵ Dans le cas Cuevas, p. 18; dans l'ATF 111 IV 30, le Tribunal fédéral s'est néanmoins prononcé en faveur d'une interprétation extensive de la notion de financement.
- ⁴⁶ Cf. Bernasconi, «Rapport 1986», p. 48 s.; Messerli (note 26), p. 428.
- ⁴⁷ ATF 101 IV 405; Stratenwerth «Schweizerisches Strafrecht», Partie spéciale I, 3^e éd., Berne 1983, p. 286; Walder «Die Hehlerei gemäss StGB Art. 144, Kasuistik und Lehren», *ZStr* 1986, p. 247 ss.

- 48) Walder (note 47), p. 236 ss.
- 49) Stratenwerth (note 47), p. 287.
- 50) Sur la problématique, cf. ATF 95 IV 9, ainsi que Walder (note 47), p. 245 s.; cf. également Trechsel, «Der Tatbestand der Hehlerei», ZStrR 1975, p. 393 ss.
- 51) 1^{er} alinéa: «Wer einem anderen in der Absicht Hilfe leistet, ihm die Vorteile der Tat zu sichern, . . .».
- 52) Article 36 de la Convention unique de 1961 sur les stupéfiants (RS 0.812.121.0).
- 53) Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes du 20 décembre 1988, article 3, paragraphe 1, lettre b et article 5.
- 54) Cf. la réponse du Conseil fédéral à la Qo Leuenberger du 16 mars 1989 (89.1028).
- 55) Cf. Septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Milan, du 26 août au 6 septembre 1985, rapport p. 64 s., ainsi que les travaux préparatoires du Huitième Congrès de 1990 (notamment les conférences préparatoires régionales de 1989).
- 56) Comme en Suisse et en RFA, le champ d'application de la norme se limite cependant aux actes de dissimulation et d'exploitation du profit en relation avec des infractions contre le patrimoine.
- 57) Bahamas, Costa Rica, République Dominicaine, Guyane, Hong Kong, Jamaïque, Malaysia, Maurice, Panama, Saint Kitts.
- 58) P. ex.: la France (d'abord la loi n° 87-1157 du 31 déc. 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal; adjonction d'un 3^e al. à l'art. L. 627 du code de la santé publique; voir également le nouvel art. 415 du code des douanes); le droit de la Grande-Bretagne se limite aussi aux stupéfiants.
- 59) Pour la Grande-Bretagne: cf. Section 24 du «Drug Trafficking Offences Act» de 1986 («Offence of assisting drug traffickers»); pour la RFA: projet en vue de compléter la loi allemande sur les stupéfiants.
- 60) P. ex.: l'Australie, le Canada, l'Italie et les Etats-Unis.
- 61) L'article 648^{bis} du «Codice penale» (ajouté le 21 mars 1978) destiné à lutter contre le blanchissage d'argent en cas de vol, de chantage et de prise d'otage; le «decreto-legge» n° 625 du 15 décembre 1979 qui prévoit l'obligation d'enregistrer toutes les transactions financières opérées par l'administration, les banques et la poste lorsque leur montant dépasse 20 millions de lires; la loi anti-mafia du 13 septembre 1982 (n° 646), ainsi que le «decreto-legge» n° 272 du 10 juillet 1987, qui étendent principalement les droits des organes de poursuite lorsqu'il y a présomption de criminalité organisée. D'autres projets de loi sont en préparation (disegno di legge n° 1509, 1547, 1604, 3325).
- 62) Notamment dans le cadre des demandes d'entraide judiciaire
- 63) Gunther Arzt offre un aperçu extrêmement intéressant de la situation complexe du droit américain dans son exposé (note 41) auquel il est fait référence ici (p. 11 ss).
- 64) Cf. Irma Weiss «Die Einziehung in der Schweiz liegender Vermögen aus ausländischem Drogenhandel», ZStrR 1985, p. 193 et 203 s.
- 65) Dans son Titre premier, le «Bank Records and Foreign Transactions Act» de 1970 (appelé aussi «Bank Secrecy Act»), plusieurs fois remanié, prescrit ainsi aux instituts financiers l'obligation d'annoncer dans les 15 jours aux autorités fiscales («Internal Revenue Service») les transactions dont le montant dépasse 10 000 dollars, au moyen du «Currency Transaction Report» (CTR). Les transactions internationales doivent être annoncées aux autorités douanières au moyen d'un «Currency and Monetary Instruments Report» (CMIR) [Titre deuxième de l'«Act» de 1970, appelé aussi «Currency and Foreign Transactions Reporting Act»].
- 66) Cf. Arzt (note 41), p. 13.
- 67) Ibid., p. 5 s.
- 68) Qui a débouché sur le «Anti-Drug Abuse Act 1988» (Public Law 100-690) et, de plus, contient essentiellement des normes de la «troisième génération».

- 69) Omnibus Drug Legislation (p. 4702: Restrictions on Laundering of United States Currency). Cf. également: Sénat américain, Subcommittee on Narcotics, Terrorism and International Operations, 13 avril 1989, p. 320 s.
- 70) Cf. également Irma Weiss (note 64), p. 193 ss.
- 71) Le blanchissage d'argent en droit pénal suisse, rapport explicatif avec proposition de révision législative (nouvel art. 305^{bis} CP) de M^e Paolo Bernasconi, Lugano, publié en janvier 1987, avec un bref commentaire, par le Département fédéral de justice et police.
- 72) Version intégrale: Département fédéral de justice et police, Résultats de la procédure de consultation concernant l'avant-projet sur une législation relative au blanchissage de l'argent sale, Berne, mars 1988; version abrégée: Département fédéral de justice et police, Résumé des résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de disposition pénale sur le blanchissage d'argent, Berne, mars 1988.
- 73) Canton GR, UDC, PL et Vorort.
- 74) Canton GE, PRD (sous réserve de l'issue de la procédure relative à la «Pizza connection»).
- 75) Groupement des Banquiers Privés Genevois.
- 76) Ordre des avocats de Genève, Student Association of Swiss and Liechtenstein Law, Vorort.
- 77) Cantons ZG, GR, TI; PDC, UDC, PL; Union suisse des arts et métiers, Vorort, Société suisse de droit pénal, Association suisse des banquiers, Groupement des Banquiers Privés Genevois, Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte, Groupement des Etablissements de Crédit de la Place de Genève.
- 78) La commission d'étude était composée de la manière suivante: Krauskopf Lutz, prof. d' en droit, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice (président); Bernasconi Paolo, avocat et notaire; Corboz Bernard, avocat et procureur général; Frey Beat, avocat, chef de l'office central de l'entraide judiciaire avec les Etats-Unis d'Amérique, Office fédéral de la police; Gautschi Olivier, avocat, conseiller scientifique, service juridique du Ministère public de la Confédération; Klausner Peter, d' en droit, directeur de la Banque nationale suisse; Kleiner Beat, prof. d' en droit, délégué de l'Association suisse des banquiers; Stratenwerth Günter, prof. d' en droit, professeur ordinaire de droit pénal à l'Université de Bâle; Zuberbühler Daniel, avocat, directeur-suppléant du Secrétariat de la Commission fédérale des Banques.
- 79) Audition de M. Gunther Arzt, prof. d' en droit, professeur ordinaire de droit pénal à l'Université de Berne.
- 80) Cf. l'intervention du conseiller fédéral Koller lors des débats du 15 décembre 1988 au Conseil national, BO N 1988 1876.
- 81) BO N 1988 1871 ss, ainsi que les articles de presse dans: Finanz und Wirtschaft du 17 décembre 1988, Gazette de Lausanne du 19 décembre 1988, p. 1, La Suisse du 16 décembre 1988, p. 15, Neue Zürcher Zeitung du 16 décembre 1988, p. 21 et 26. Cf. également les prises de position fondamentales de la BNS dans la Weltwoche du 23 février 1989, p. 19, de la CFB dans la Weltwoche du 17 novembre 1988, ainsi que le rapport annuel de la CFB 1988, p. 22 s., la conférence de presse de la CFB du 11 avril 1989, les prises de position de divers instituts bancaires – p. ex. le Crédit Suisse dans la NZZ du 13 février 1989 – les communiqués de presse de la Banque cantonale de Zurich du 17 février 1989 et de l'Association suisse des banquiers du 22 mars 1989, mais aussi de l'Aktion Finanzplatz Schweiz – Dritte Welt dans la Berner Tagwacht du 21 décembre 1988.
- 82) Cf. notamment les interventions parlementaires suivantes:
 Sur le thème du *blanchissage d'argent*:
 N 88.807: Mo Grendelmeier du 28 novembre 1988; N 88.809: Ip du Groupe des Verts du 29 novembre 1988; N 88.810: Ip Salvioni du 29 novembre 1988; N 88.811: Mo Cavadini du 29 novembre 1988; N 88.812: Ip du Groupe socialiste du 29 novembre 1988; N 88.815: Ip Grendelmeier du 30 novembre 1988; N 88.877: Po Cavadini du 15 décembre 1988; N 88.1074: Qo Leuenberger du 15 décembre 1988; N 88.1075: Qo Leuenberger du 15 décembre 1988; N 89.327: Ip Carobbio du 27 février 1989; N 89.367: Mo Jaeger du 8 mars 1989;

Sur le thème du *trafic des stupéfiants*:

N 88.810: Ip Salvioni du 29 novembre 1988; N 88.811: Mo Cavadini du 29 novembre 1988; N 88.871: Ip Spälti du 15 décembre 1988; N 88.877: Po Cavadini du 15 décembre 1988; N 88.880: Mo Ziegler du 15 décembre 1988; N 88.1078: Qo Weder du 16 décembre 1988; E 89.333: Po Huber du 27 février 1989; N 89.1028: Qo Leuenberger du 16 mars 1989;

Sur le thème de la *surveillance des banques*:

N 88.1074: Qo Leuenberger du 15 décembre 1988; N 88.1075: Qo Leuenberger du 15 décembre 1988.

⁸³⁾ Procédure de consultation (note 72), p. 187 (GE).

⁸⁴⁾ Cf. l'interpellation urgente du groupe socialiste (88.812) et les débats qu'elle a suscités au Conseil national: BO N 1988, p. 1871, 1876, 1878 et 1893.

⁸⁵⁾ Cf. *ibid.* p. 1876.

⁸⁶⁾ Bernasconi (note 1), p. 27.

⁸⁷⁾ Science d'application des techniques permettant d'élucider un crime.

⁸⁸⁾ Science de la criminalité (étude des causes et des manifestations du phénomène de la délinquance) cherchant à expliquer un crime.

⁸⁹⁾ Une autre définition de cette notion, trop floue cependant dans le contexte du droit national, se trouve dans le Traité sur l'entraide judiciaire avec les Etats-Unis (RS 0.351.933.6), à l'article 6, chiffre 3 («groupe de criminels organisés»).

⁹⁰⁾ F: articles 265 et 266 CP, RFA: §§ 129 et 129a StGB; A: § 278 StGB; I: articles 416 et 416^{bis} CP; de même que les dispositions sur la «conspiracy» dans les pays anglo-saxons.

⁹¹⁾ FF 1980 I 1216; cf. récemment sur ce sujet également: Hans Schultz, dans ZStrR 1989, p. 15 s.

⁹²⁾ Analogie au recel (cf. ch. 122.2).

⁹³⁾ A propos de la coexistence de la confiscation à titre préventif et de la confiscation d'avantages patrimoniaux obtenus indûment, cf. Stratenwerth, «Schweizerisches Strafrecht», Partie générale II peines et mesures, Berne 1989, § 14, chiffre marginal 47.

⁹⁴⁾ Stratenwerth (note 93), § 14, chiffre marginal 24, avec de nombreuses références.

⁹⁵⁾ Cf. ch. 143.

⁹⁶⁾ Critique en relation avec le droit international, cf. également Beat Messerli (note 26), p. 430.

⁹⁷⁾ Au sujet de ce problème et d'autres questions similaires, cf. Arzt (note 41), p. 28; à propos des problèmes liés à la preuve dans le droit international, cf. Messerli (note 26), p. 429.

⁹⁸⁾ Il y a unanimité à ce propos en ce qui concerne le recel. Cf. Georg Naegeli, «Hehlerei», Zurich 1984, p. 79, avec d'autres références.

⁹⁹⁾ En ce qui concerne le comportement délictueux, cf. également Arzt (note 41), p. 30 et 32, ainsi que Messerli (note 26), p. 431 *in fine*.

¹⁰⁰⁾ Des exemples d'opérations destinées à brouiller les pistes sont mentionnés dans l'avant-projet Bernasconi (note 71), p. 33 s.

¹⁰¹⁾ Hans Walder (note 47) a relevé ce problème (p. 266 s.). C'est d'ailleurs pour le même motif qu'il convient de supprimer cette formulation dans la norme sur le recel à l'occasion de la révision des infractions contre le patrimoine (cf. art. 160 du projet CP). Voir également les commentaires recueillis à ce propos, lors de la procédure de consultation sur l'avant-projet Bernasconi (note 72), p. 118 s.

¹⁰²⁾ Peu clair sur ce point, cf. l'avant-projet Bernasconi (note 71), p. 40; critique (en ce qui concerne le recel), cf. Georg Naegeli (note 98), p. 76 s.

¹⁰³⁾ Cf. la formulation, par ailleurs peu précise, de l'article 6, chiffre 3, du Traité sur l'entraide judiciaire avec les Etats-Unis (RS 0.351.933.6).

- ¹⁰⁴⁾ Cf. la tentative (avortée) de délimiter plus précisément la notion d'«association de malfaiteurs» à l'aide d'une liste des infractions les plus graves, FF 1980 I 1223 s.
- ¹⁰⁵⁾ ATF 100 IV 220; cf. également ATF 105 IV 181.
- ¹⁰⁶⁾ Cf. à propos de l'article 19, chiffre 2, lettre b, LStup: Irma Weiss, RPS 1978, p. 209 *in fine*.
- ¹⁰⁷⁾ Cf. à ce sujet, Irma Weiss (note 106), p. 210 s.
- ¹⁰⁸⁾ ATF 88 IV 19, 99 IV 88, 107 IV 82.
- ¹⁰⁹⁾ Cf. ATF 104 IV 238, ainsi que l'extension qui, en vertu de ce jugement, est faite de l'article 305 CP (I^{bis} e contrario); cf. FF 1980 I 1237 s.
- ¹¹⁰⁾ Avant-projet Bernasconi (note 71), p. 41.
- ¹¹¹⁾ Rapport annuel de la CFB 1988, p. 25.
- ¹¹²⁾ Procédure de consultation (note 72), p. 131 s.
- ¹¹³⁾ Arzt, NZZ des 29/30 avril 1989, p. 34.
- ¹¹⁴⁾ Cf. ch. 121.1, ainsi que Zuberbühler (note 27), p. 170 et 173 s., Bernhard Müller (note 28), p. 305, ainsi que les procès-verbaux de la commission d'experts IV/27 s.
- ¹¹⁵⁾ Ch. 132.2.
- ¹¹⁶⁾ Il ne fait aucun doute que les maisons de jeu seraient également assujetties au devoir d'identification, au sens de l'article 305^{ter}, si elles étaient autorisées en Suisse. Aux Etats-Unis, les casinos jouent un rôle considérable en matière de blanchissage d'argent.
- ¹¹⁷⁾ Cf. les signataires de la CDB; en ce qui concerne l'assujettissement volontaire des établissements du secteur non bancaire à la CDB, cf. CF Koller lors des débats au Conseil national, le 15 décembre 1989, BO N 1988 1877.
- ¹¹⁸⁾ Cette expression s'efforce de concilier une notion européenne continentale avec celle du «beneficial owner» anglo-saxon.
- ¹¹⁹⁾ Dans le contexte international, cf. la déclaration du Cooke-Committee du 12 décembre 1988 (adoptée par les Gouverneurs des banques centrales du Groupe des Dix, élaborée à Bâle par le comité de la Banque des règlements internationaux (BRI) pour les dispositions et la surveillance bancaires). Ces recommandations ne vont pas au-delà de la CDB; elles s'inspirent au contraire notablement de cette dernière.

(Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières)

Modification du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 12 juin 1989¹⁾,
arrête:

I

Le code pénal suisse²⁾ est modifié comme il suit:

Art. 305^{bis} (nouveau)

Blanchissage
d'argent

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales, dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime,

sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

2. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement. La peine privative de liberté sera cumulée avec une amende d'un million de francs au plus.

Le cas est grave, notamment lorsque l'auteur:

- a. Agit comme membre d'une organisation criminelle;
- b. Agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchissage d'argent;
- c. Réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en se livrant au blanchissage d'argent par métier.

3. L'auteur sera également puni lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et qu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été perpétrée.

¹⁾ FF 1989 II 961

²⁾ RS 311.0

Art. 305^{ter} (nouveau)

Défaut de
vigilance
en matière
d'opérations
financières

Celui qui, professionnellement, aura accepté, conservé, aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales d'un tiers et qui aura omis de vérifier, conformément à la vigilance requise par les circonstances, l'identité de l'ayant droit économique, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende.

II

Référendum et entrée en vigueur

¹ La présente loi est sujette au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de son entrée en vigueur.

32996

Message concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières) du 12 juin 1989

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1989
Année	
Anno	
Band	2
Volume	
Volume	
Heft	28
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	89.043
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	18.07.1989
Date	
Data	
Seite	961-1000
Page	
Pagina	
Ref. No	10 105 852

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.