



Chapitre de livre

2001

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le blanchiment d'argent, un crime sans victime ?

Cassani, Ursula

How to cite

CASSANI, Ursula. Le blanchiment d'argent, un crime sans victime ? In: Wirtschaft und Strafrecht : Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag. Ackermann, Jürg-Beat, Donatsch, Andreas, Rehberg, Jörg (Hrsg.) (Ed.). Zürich : Schulthess, 2001. p. 393–415.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:11958>

Le blanchiment d'argent, un crime sans victime?

URSULA CASSANI¹

- I. Reconnaître les droits du lésé contre le blanchisseur: quels enjeux?
- II. Infractions contre les individus et infractions contre la collectivité, une ligne de partage perméable
- III. L'art. 305^{bis} CP, une norme à double vocation
 1. Buts de l'art. 305^{bis} CP: discours et réalité
 2. Les droits du lésé dans la confiscation et le blanchiment d'argent
 3. But de protection des autres normes anti-blanchiment
- IV. Les possibilités d'action du lésé contre le blanchisseur
 1. Conséquences sur le plan pénal
 - a. Compétence locale du juge pénal suisse
 - b. La constitution de partie civile contre le blanchisseur
 - c. Droits sur les gains illicites
 2. Conséquences sur le plan civil
 - a. L'action en responsabilité aquilienne (art. 41 CO)
 - b. Le séquestre (art. 271 LP)
- V. Conclusion

I. Reconnaître les droits du lésé contre le blanchisseur: quels enjeux?

Cette dernière décennie a vu l'apparition de deux nouveaux points de focalisation de la politique criminelle: la protection des droits de la victime et les stratégies de lutte contre le crime orientées vers les gains illicites. Par ses travaux explorant les droits du lésé dans la confiscation, le Professeur NIKLAUS SCHMID a su, mieux que tout autre, nouer le lien entre ces deux thèmes. Son commentaire sur les dispositions en matière de confiscation,

¹ L'auteur remercie Messieurs Stéphane Werly et Sébastien Ramu, assistants, de leur aide précieuse dans la relecture de ce manuscrit.

publié en 1998², fait une large place aux droits du lésé sur les avoirs qui proviennent de l'infraction, explorant de nombreux aspects situés jusque-là en *terra incognita*. L'impact de cet ouvrage sur la jurisprudence a été immédiat et perdurera sans doute encore longtemps.

En prolongement de ces réflexions, la présente contribution se propose d'examiner la question de savoir si le lésé d'une infraction patrimoniale, dont les avoirs échappent à la confiscation du fait de l'intervention du blanchisseur, doit être considéré comme victime de l'infraction à l'art. 305^{bis} CP.

Le concept de «*crimes without victims*» a été forgé par le sociologue et juriste EDWIN M. SCHUR³, pour désigner des infractions réprimant des échanges «immoraux» ne causant aucun préjudice, que ce soit à des individus ou à la collectivité (homosexualité, consommation de stupéfiants)⁴. A n'en point douter, le blanchiment d'argent ne tombe pas dans cette catégorie, tant il est vrai que cette infraction a l'aptitude de porter atteinte ou de mettre en danger des intérêts sociaux qui méritent protection. C'est la nature de ces intérêts - collective ou mixte, c'est-à-dire collective et parfois aussi individuelle - qui fait l'objet de la controverse.

Les enjeux de cette controverse relèvent à la fois du droit matériel et du droit procédural; de nature pénale, elle a des répercussions en droit civil. Pour le pénaliste, la définition du bien juridique protégé par la norme permet d'en fixer les contours par le biais de l'interprétation téléologique. L'identification des intérêts que la norme vise à protéger est, en outre, essentielle pour trancher la question de savoir si celui qui a été lésé dans ses droits patrimoniaux par l'infraction préalable peut se constituer partie civile dans le procès contre le blanchisseur du butin, autrement dit s'il est susceptible d'être la personne «*atteinte immédiatement et personnellement dans ses droits protégés par la loi, lors de la commission d'une infraction*»⁵. La réponse à cette question influence, à son tour, la préoccupation du civiliste, consistant à savoir si l'art. 305^{bis} CP peut être une norme de protection fondant la responsabilité aquilienne du blanchisseur d'argent (art. 41 CO).

² NIKLAUS SCHMID, Einziehung (StGB Art. 58 – 60), in: NIKLAUS SCHMID (édit.), *Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, vol. I, Zurich 1998. Ce commentaire a été précédé et suivi de plusieurs articles sur le même sujet qui seront cités dans les notes qui suivent (n. 5, 44 et 57).

³ EDWIN M. SCHUR, *Crimes without victims*, Englewood Cliffs, N.J 1965.

⁴ SCHUR (n. 3) 169 s.

⁵ GÉRARD PIQUEREZ, *Procédure pénale suisse*, Zurich 2000, N 1310; NIKLAUS SCHMID, *Strafprozessrecht*, 3^{ème} éd., Zurich 1997, N 502-509; BERNARD CORBOZ, Le pourvoi en nullité interjeté par le lésé auprès de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, SJ 117 (1995) 133 ss., 137 ss.; ATF 120 Ia 223; 119 Ia 344; 118 Ia 16; 117 Ia 137. Dans le même sens, pour la procédure zurichoise, ANDREAS DONATSCH/NIKLAUS SCHMID, *Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich*, Zurich 1996, § 395 N 8.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur ces points à ce jour, même s'il a eu l'occasion de s'exprimer dans le sens d'une interprétation large du bien juridique protégé par l'art. 305^{bis} CP, en soulignant que l'«*opinion d'après laquelle le seul bien pénalement protégé serait celui de l'administration de la justice est (...) loin d'être partagée partout*» (ATF 120 IV 327)⁶.

La Chambre d'accusation genevoise, quant à elle, a reconnu au lésé de l'infraction préalable, en l'espèce d'une escroquerie commise aux Etats-Unis, la faculté de se constituer partie civile dans la procédure pénale menée à Genève contre le blanchisseur⁷. De la même manière, la chambre civile de la Cour de justice a jugé que l'art. 305^{bis} CP constituait une norme objective d'illicéité dont la transgression pouvait fonder la responsabilité aquilienne d'un intermédiaire financier vis-à-vis de la victime de l'infraction préalable⁸.

L'Obergericht du canton de Zurich a soutenu le point de vue opposé dans un arrêt en matière de séquestre civil rendu en 1999, déniait à l'art. 305^{bis} CP la qualité de norme protectrice d'intérêts individuels au sens de l'art. 41 CO⁹. Ce point de vue semble être partagé par la doctrine de langue allemande, que l'on se réfère aux pénalistes¹⁰ ou aux civilistes¹¹, contraire-

⁶ TRECHSEL en déduit que le but effectif de la norme est de combattre le crime organisé et d'instaurer ainsi un deuxième ou troisième mur de protection de biens juridiques tels que la vie, la liberté et le patrimoine (STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2^{ème} éd., Zurich 1997, art. 305^{bis} N 1).

⁷ Ordonnance non publiée de la Chambre d'accusation du canton de Genève n°173, du 30 juin 1994; URSULA CASSANI, Commentaire du droit pénal suisse, vol 9: Crimes ou délits contre l'administration de la justice, Berne 1996, art. 305^{bis} N 5. Le pourvoi en nullité et le recours de droit public interjetés contre cette ordonnance ont été déclarés irrecevables par le Tribunal fédéral (ATF 6S.399/1994 du 3 août 1994 et ATF IP.450/1994 du 26 octobre 1994); cf. MARTINE HEYER/BRIGITTE MONTI, Procédure pénale genevoise, Chambre d'accusation, Exposé de la jurisprudence 1990-1998, SJ 121 (1999) II 161, 165.

⁸ Arrêt du 20 février 1998, JAM c. B. Bank Plc., SJ 120 (1998) 646; analysé in: BENOÎT CHAPPUIS, La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale, Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence, SJ 122 (2000) II 304; également JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Geldwäschereinormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten?, in: NIKLAUS SCHMID/JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zurich 1999, 35 ss., 48; LUC THÉVENOZ, Le droit bancaire privé suisse/Das schweizerische Bankprivatrecht, RSDA 71 (1999) 192 ss., 195.

⁹ Arrêt NN990019, du 26 février 1999, rapporté in: PETER BREITSCHMID, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG, PJA 8 (1999) 1022, n. 3.2.7; cf. Sect. IV, 1, b *infra*.

¹⁰ ACKERMANN (n. 8), 47 ss.; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Geldwäscherei (StGB Art. 305^{bis}), in: NIKLAUS SCHMID (édit.), Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, vol. I, Zurich 1998, N 264, 576.

¹¹ CHRISTIAN THALMANN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, RDS NF 113 (1994) II 115 ss., 158.

ment à la doctrine en langue française, qui considère que l'art. 305^{bis} CP vise à protéger les intérêts individuels du lésé, à côté de ceux de la collectivité¹².

En droit français, le blanchiment d'argent au sens de l'art. 324 N.C.P. peut se diriger contre des biens juridiques d'un individu, considéré comme victime, qui est recevable à se constituer partie civile à l'occasion des poursuites contre le blanchisseur¹³. En Allemagne, la doctrine dominante admet que les intérêts lésés par l'infraction préalable font également partie des biens juridiques protégés par la norme pénale en matière de blanchiment¹⁴, le législateur ayant toutefois opté pour une systématique légale différente du code pénal suisse, puisque le recel («*Hehlerei*», § 259 StGB), l'entrave à l'action pénale («*Strafvereitelung*», § 258 StGB) et la favoritisation réelle («*Begünstigung*», § 257 StGB) sont regroupés dans une même section du code pénal, dans laquelle a également été placé le § 261 StGB réprimant le blanchiment d'argent («*Geldwäsche, Verschleierung unrechtmässiger Vermögenswerte*»).

II. Infractions contre les individus et infractions contre la collectivité, une ligne de partage perméable

La matière couverte par la partie spéciale du code pénal suisse est ordonnée en fonction des biens juridiques protégés par les différentes incriminations, les infractions contre les intérêts individuels précédant dans la systématique légale celles contre les intérêts collectifs. La préséance des infractions contre les «particuliers» par rapport à celles contre «la communauté» et

¹² CASSANI (n. 7), art. 305^{bis} N 5; CHAPPUIS (n. 8), 306; THÉVENOZ (n. 8), 195; contra: BERNARD CORBOZ, Les principales infractions, vol. II, Berne 1999, 307 N 3.

¹³ MARCEL CULIOLI, Infraction générale de blanchiment, Juris-Classeur *Pénal*, Fascicule 30, 1997, § 78; la compétence territoriale des tribunaux français peut, par ailleurs, se fonder sur le fait que la victime est de nationalité française, CULIOLI, § 65.

¹⁴ Admis par la doctrine dominante, soit globalement, soit uniquement pour l'al. 2 du § 261 StGB, qui se caractérise comme un recel de créance («*Werthehlerei*»): KARL LACKNER, StGB, 22^{ème} éd., Munich 1997, § 261 N 1; WOLFGANG RUSS, Leipziger Kommentar, 11^{ème} éd., Berlin/New York 1994, § 261 N 4; StGB; SCHOENKE/SCHROEDER, Strafgesetzbuch, 25^{ème} éd., Munich 1997, § 261 N 1; WOLFGANG SPISKE, Pecunia olet?, Europäische Hochschulschriften, Série II, vol. 2362, Francfort (etc.) 1998, 95 (avec un tour d'horizon de la doctrine allemande); JOHANNES WESSELS/THOMAS HILLENKAMP, Strafrecht BT/2, 21^{ème} éd., Heidelberg 1999, N 894. GUNTHER ARZT/ULRICH WEBER, Strafrecht, BT, Bielefeld 2000, § 25 N 6, § 29 N 10 estiment que le but de la norme réside en premier lieu dans la protection de l'intérêt public à la poursuite pénale, réservant apparemment l'existence d'intérêts secondaires «diffus», y compris de nature privée. Contra: HARRO OTTO, Geldwäsche, § 261 StGB, Jura 1993, 331.

«l'état» dans la systématique légale était motivée par le fait qu'elles étaient considérées comme «les plus simples et les plus fréquentes»¹⁵.

Cette dichotomie n'est ni absolue, ni immuable. Même lorsqu'elle vise au premier chef à protéger des biens juridiques individuels, toute incrimination pénale protège, en dernière analyse, le bien commun¹⁶. A l'inverse, les infractions contre les intérêts collectifs se réfèrent, dans bien des cas, à des comportements qui mettent l'auteur en face d'individus dont les intérêts juridiques sont lésés en même temps que le sont ceux de la collectivité. Enfin, l'exemple de certaines dispositions issues de la révision législative des infractions contre les mœurs - devenues infractions contre l'intégrité sexuelle en 1992 - illustre parfaitement qu'un seul et même comportement peut être saisi sous l'angle de l'intérêt collectif ou individuel, le législateur ayant le choix de mettre l'accent sur l'un ou sur l'autre.

A regarder de plus près les infractions rangées parmi celles qui se dirigent contre des intérêts collectifs, on décèle une série d'incriminations qui ont manifestement un double but de protection, visant à la fois des biens juridiques collectifs et individuels.

- Il en va ainsi du faux dans les titres: l'art. 251 CP poursuit, certes, en premier lieu la protection de la foi publique, mais cela dans l'intérêt des individus qui doivent pouvoir se fier, dans leurs relations d'affaires, à la véracité de certains documents¹⁷. Il s'agit d'un délit de mise en danger abstrait; cependant, lorsque le danger se réalise et qu'un individu en subit une atteinte effective à ses biens juridiques, celui-ci est lésé par l'infraction et doit être admis comme partie civile¹⁸.
- Sont également susceptibles de léser directement des biens juridiques individuels, à côté des intérêts juridiques collectifs qu'ils ont pour vocation première de défendre, l'atteinte à la liberté de croyance et des cultes (art. 261 CP)¹⁹ et la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP)²⁰.

¹⁵ Code pénal suisse, Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908, EMIL ZÜRCHER, trad. ALFRED GAUTHIER, Berne 1914, 115 s.; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse, du 23 juillet 1918, FF 1918 IV 1 ss., 33 s.

¹⁶ GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, BT II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5^{ème} éd., Berne 2000, Einleitung, N 1.

¹⁷ ATF 120 IV 126; 119 Ia 346; 117 IV 36; 117 IV 166; BERNARD CORBOZ, Les principales infractions, Berne 1997, 305 N 2; PIERRE FERRARI, La constatation fautive - le mensonge écrit, RPS 112 (1994) 153; TRECHSEL (n. 5), art. 251 N 1.

¹⁸ ATF 119 Ia 346; PIQUEREZ (n. 5), N 131; SCHMID (n. 5), N 508; TRECHSEL (n. 5), art. 251 N 1.

¹⁹ ATF 120 Ia 224 ss.; PIQUEREZ (n. 5), N 1317; SCHMID (n. 5), N 508.

²⁰ Hypothèse qualifiée d'exceptionnelle dans l'ATF 125 IV 210 (à propos de la variante visant le négationnisme); admise sans hésitations par MARCEL A. NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und 171c MStG, Zurich 1996, N 295; SCHMID (n. 5), N 508; MARCEL A. NIGGLI/CHRISTOPH METTLER/DORRIT SCHLEIMINGER,

- Le domaine des infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels recèle également plusieurs dispositions qui ont un but de protection mixte, visant à la fois des intérêts collectifs et privés. Cela va de soi en ce qui concerne le secret professionnel protégé par l'art. 321 CP; il faut l'admettre aussi pour la violation du secret de fonction (320 CP)²¹, lorsque la sphère privée d'un individu est touchée par la révélation d'une information confidentielle détenue par un agent public, ainsi qu'en matière d'abus d'autorité (art. 312 CP) ou de concussion (art. 313 CP), s'agissant de l'individu qui subit l'abus²².
- Enfin, il n'est pas contesté que certaines infractions contre l'administration de la justice protègent non seulement l'intérêt commun au respect des règles visant à créer les conditions dans lesquelles la justice matérielle peut être réalisée²³, mais aussi l'intérêt du justiciable directement touché par la violation de ces règles. Il en va ainsi de la dénonciation calomnieuse (art. 303 CP) qui lèse l'honneur, voire la liberté et le patrimoine, de la personne injustement accusée²⁴ ou du faux témoignage (art. 307 CP) qui met en péril les intérêts de la partie qui prétend déduire des droits de la manifestation de la vérité²⁵.

La situation est la même en matière de blanchiment d'argent, lorsque la valeur patrimoniale blanchie provient d'une infraction contre le patrimoine, cas de figure dans lequel l'art. 305^{bis} CP remplit une fonction très proche du recel.

Zur Rechtsstellung des Geschädigten im Strafverfahren wegen Rassendiskriminierung, PJA 9 (1998) 1057 ss.

²¹ ATF 120 Ia 225; 107 Ia 309 s; CORBOZ (n. 12), 357 N 5; PIQUEREZ (n.5), N 1317; JÖRG REHBERG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2^{ème} éd., Zurich 1996, 419; SCHMID (n. 5), N 508; STRATENWERTH (n. 16), § 59 N 5 et 10; TRECHSEL (n. 5), art. 320 N 1.

²² Dans ce sens, TRECHSEL (n. 5), art. 312 N 1 et art. 313 N 1.

²³ Pour une analyse critique du concept de «bien juridique protégé» dans la définition de ces infractions, cf. GÜNTER STRATENWERTH, *Zum Begriff des «Rechtsgutes»*, in: *Festschrift für Theodor Lenckner*, Munich 1998, 377 ss., 385.

²⁴ ATF 115 IV 3; 89 IV 206; CASSANI (n. 7), art. 303 N 1; PIQUEREZ (n. 5), N 1317; TRECHSEL (n. 5), art. 303 N 1; SCHMID (n. 5), N 508; STRATENWERTH (n. 16), § 53 N 2.

²⁵ ATF 120 Ia 223; CORBOZ (n. 5), 138; CASSANI (n.7), art. 306 N 1 et art. 307 N 1; PIQUEREZ (n. 5), N 1317; TRECHSEL (n. 5), art. 306 N 1 et art. 307 N 1.

III. L'art. 305^{bis} CP, une norme à double vocation

1. Buts de l'art. 305^{bis} CP: discours et réalité

L'art. 305^{bis} CP illustre mieux que toute autre incrimination pénale récente le constat que si la justice est aveugle, le législateur est, lui, parfois atteint de strabisme.

A en croire les arguments avancés pendant les travaux préparatoires²⁶ à l'appui de l'incrimination du blanchiment de l'argent sale²⁷, le but de la norme et sa justification ultime résidaient dans la lutte contre le crime organisé, que l'on voulait frapper par des mesures centrées sur les profits illicites²⁸. L'invocation de la figure politiquement porteuse²⁹ du crime organisé s'est avérée payante dans l'optique d'une procédure législative menée tambours battants, sans opposition notable. Cependant, elle a marqué d'une empreinte très discrète la conception effective de cette disposition, qui n'exige aucun lien avec le crime organisé³⁰, mais un acte propre à entraver l'action pénale portant sur le produit d'un crime, sans égard à la nature de ce dernier³¹. Le législateur a ainsi défini le blanchiment d'argent non comme un acte d'assistance à une organisation criminelle, mais comme un délit de conséquence («Anschlussdelikt»), optant par là pour une construction proche du

²⁶ Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), du 12 juin 1989, FF 1989 II 961, 963.

²⁷ Appelé à l'époque «blanchissage d'argent», selon le choix terminologique initial fort judicieux abandonné en 1997, lorsque la note marginale en langue française de l'art. 305^{bis} CP fut modifiée en vertu de l'art. 43 de la loi du 10 oct. 1997 sur le blanchiment d'argent (RS 955.0).

²⁸ Pour une analyse critique de cette stratégie, cf. URSULA CASSANI, *Combattre le crime en confisquant les profits: nouvelles perspectives d'une justice transnationale*, in: *Criminalité économique*, Groupe Suisse de Travail de Criminologie, Collection Criminologie vol. 17, Coire et Zurich 1999, 257 ss., 258 s.

²⁹ GÜNTHER ARZT, *Kriminelle Organisation (StGB Art. 260^{ter})* in: NIKLAUS SCHMID (édit.), *Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, vol. I, Zurich 1998, N 79 ss.

³⁰ GÜNTHER STRATENWERTH, *Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung*, in: MARK PIETH (édit.), *Bekämpfung der Geldwäscherei - Modellfall Schweiz?*, Bâle 1992, 97 ss., 119; GÜNTHER STRATENWERTH, *Die Entwicklung der strafrechtlichen Normen zur Bekämpfung der Geldwäscherei*, in: WOLFGANG WIEGAND (édit.), *Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, 17 ss., 19; MARK FORSTER, *Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel*, RDS NF 114 (1995) II 140, 145 s.

³¹ Le Tribunal fédéral a confirmé l'absence de l'exigence d'un lien avec le crime organisé (ATF 119 IV 62).

recel (art. 160 CP / art. 144 CP 1937)³² et de l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP).

L'art. 305^{bis} CP était destiné à combler des lacunes de différents ordres³³: le droit suisse antérieur à 1990 ne permettait pas de saisir les actes de dissimulation du produit d'infractions non patrimoniales, notamment en matière de stupéfiants ou de corruption. Même dans le domaine des infractions patrimoniales, il était impossible de réprimer par le biais du recel la dissimulation de créances, puisque le texte clair de cette disposition se limitait aux choses corporelles; cette incrimination était également inapte à saisir les actes portant sur les produits de remploi de l'objet initialement obtenu par l'infraction patrimoniale («*Surrogathehlerei*»)³⁴. A l'inverse, on notera que le droit pénal français définit le recel comme une infraction de conséquence qui peut porter sur des produits de remplacement du butin obtenu par l'infraction originaire³⁵ et que la jurisprudence a admis, dès 1988, que le recel pût aussi s'exercer sur des créances³⁶. Le droit allemand connaissait, quant à lui, l'incrimination de favoritisation réelle («*Begünstigung*», § 257 StGB), visant l'assistance fournie à l'auteur d'une infraction, afin de lui permettre de conserver les avantages - y compris les créances - qu'il en retire; si certaines lacunes subsistaient néanmoins jusqu'à la création du § 261 StGB réprimant le blanchiment d'argent, elles étaient moins patentées qu'en droit suisse³⁷.

La création de l'art. 305^{bis} CP répondait ainsi à des besoins normatifs sans aucun rapport avec le crime organisé, que d'autres ordres juridiques avaient d'ores et déjà identifiés et satisfaits. Ces buts ont été en grande partie supplantés par un discours politique focalisé sur le crime organisé et sa source de revenus illicites principale, le trafic de la drogue. La problématique du recyclage des «narcodollars» dominait ainsi le débat³⁸, empêchant une

³² REHBERG (n. 21), 361.

³³ Message (n. 26), 981.

³⁴ ATF 90 IV 16; 81 IV 91, 73 IV 98, etc.

³⁵ V.Crim., 4 avril 1962, B. 163; 3 octobre 1972, B. 265; critique: JEAN LARGUIER/PHILIPPE CONTE, Droit pénal des affaires, 9^{ème} éd., Paris 1998, 221 s.; MARCEL CULIOLI, Recel et infractions assimilées ou voisines, Juris-Classeur *Pénal*, Fascicule 30, 1996, § 110.

³⁶ Cour de cassation (Chambre criminelle), arrêt du 18 janvier 1988, *Revue des sociétés* 106 (1988) 576 (recel de la créance acquise contre la victime de escroquerie), avec note critique de BERNARD BOULOC (584 s.); cf. également PIERRE GAUTHIER/BIANCA LAURET, Droit pénal des affaires, 6^{ème} éd., Paris 1996/97, 232; JEAN LARGUIER/PHILIPPE CONTE (n. 35), 221 N 242.

³⁷ ARZT/WEBER (n. 14), § 25 N 14.

³⁸ Message (n. 26), 979. Ce thème prédominait également sur le plan international, puisque la première convention visant spécifiquement le blanchiment d'argent était la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes du 20 décembre 1988 (non ratifiée par la Suisse à ce jour, pour des motifs sans rapport avec le blanchiment d'argent).

réflexion approfondie sur l'articulation entre le blanchiment d'argent et les droits du lésé dans la confiscation³⁹.

Si l'importance quantitative du blanchiment de l'argent de la drogue est indiscutable, la part des délits patrimoniaux est loin d'être négligeable parmi les infractions pourvoyeuses de fonds à blanchir. C'est ainsi qu'il apparaît, à la lecture du rapport d'activités du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) de juin 2000⁴⁰, que sur les 256 cas transmis aux autorités pénales par cet organisme pendant sa deuxième année de fonctionnement, 130 concernaient des avoirs en relation avec des infractions contre le patrimoine, alors que 55 concernaient le blanchiment d'argent, 12 le trafic des stupéfiants et 6 le crime organisé. Il est certes possible que les infractions contre le patrimoine soient sur-représentées dans les annonces faites au MROS, précisément en raison de l'existence d'un lésé individuel qui poursuit la trace de ses avoirs et fournit à l'intermédiaire financier les éléments qui fondent les soupçons qu'il communique⁴¹. L'on ne saurait, pour autant, nier l'importance des avoirs provenant de transferts illicites lésant les intérêts patrimoniaux de personnes physiques ou morales.

Lorsque le blanchisseur exerce son activité délictueuse sur des avoirs provenant d'une infraction contre le patrimoine, il perpétue un transfert d'avoirs illicite, à la manière d'un «*recol de créance*». Dans ce cas de figure, le lésé a, à l'évidence, un intérêt à la préservation du «*paper trail*» («*trace de papier*») qui pourrait lui permettre, grâce à la mise en œuvre de la justice pénale, de retrouver la valeur patrimoniale dont il a été dépouillé. En dissimulant cette trace, le blanchisseur d'argent lèse directement les intérêts de celui qui est victime de l'infraction dont proviennent les avoirs blanchis.

Le droit de la victime d'une infraction pénale de demander des comptes à celui qui aide l'auteur de l'infraction à en dissimuler le produit va de soi en matière de recel. La victime peut intervenir dans le procès pénal contre le receleur comme partie civile; elle peut également entamer des actions sur le plan civil, en revendiquant son bien, si elle est restée propriétaire ou en demandant des dommages et intérêts sur la base des art. 41 et 50 al. 3 CO.

³⁹ On notera que la Convention no 141 du Conseil de l'Europe ignore pratiquement l'existence d'un éventuel lésé; cf. CASSANI (n. 28), 287.

⁴⁰ Ce rapport, concernant la période d'avril 1999 à mars 2000, est disponible sur Internet, <http://www.admin.ch/bap>.

⁴¹ Le tableau répertoriant les motifs des communications contenu dans le rapport précité du MROS (p.43) ne permet pas d'identifier le nombre de cas dans lesquels l'intervention directe ou indirecte du lésé a attiré l'attention de l'intermédiaire financier sur la provenance criminelle de fonds. Le rapport (p. 40) avance l'hypothèse que la proportion relativement faible des délits en matière de stupéfiants dans les communications reçues serait imputable au fait que les intermédiaires financiers ont plus de facilité à reconnaître les risques d'abus dans le domaine financier que dans le domaine des stupéfiants.

On pourrait être tenté de fonder une différence d'appréciation entre la situation du lésé en cas de recel d'une part et de blanchiment d'argent de l'autre, sur le fait que le premier porterait atteinte à un droit absolu, soit la propriété, alors que le second ne touche qu'un droit relatif portant sur une valeur patrimoniale. Cela n'est toutefois pas exact, car la spécificité du recel par rapport au blanchiment d'argent réside dans l'exigence qu'il porte sur une chose corporelle obtenue par une infraction patrimoniale, non dans le fait que cette chose est la propriété d'autrui⁴². Le recel peut porter sur un objet corporel obtenu par n'importe quelle infraction patrimoniale; celui-ci peut donc n'avoir jamais été dans la propriété juridique de la victime, comme c'est le cas en matière d'abus de confiance ou de gestion déloyale commis par le propriétaire fiduciaire, pour certaines escroqueries, etc. En outre, la victime peut avoir perdu la propriété du fait de l'infraction - par exemple en cas de mélange de fongibles ou de vente d'une chose confiée -, de sorte que le recel n'est, ici encore, pas susceptible de porter atteinte à un droit, ce dernier ayant déjà péri. Abstraction faite de l'action en revendication qui peut être recevable dans certains cas de recel, sans que cela ne soit la règle, l'on ne voit pas, dès lors, en vertu de quels principes le lésé ne bénéficierait pas de moyens pénaux et civils identiques contre le receleur et contre le blanchisseur.

2. Les droits du lésé dans la confiscation et le blanchiment d'argent

La confiscation est la décision judiciaire par laquelle le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales provenant d'une infraction est attribué à l'Etat. Le but de cette mesure est de priver le criminel des gains qu'il tire de son activité coupable, mais non, bien entendu, de faire primer les intérêts fiscaux de l'Etat sur ceux du lésé. En prévoyant l'allocation au lésé de tout ou partie des valeurs patrimoniales confisquées, l'art. 60 al. 1 lit. b CP indique clairement que la confiscation est prononcée aussi dans l'intérêt de la victime. En dépit de ce que suggère la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴³, l'intérêt du lésé découlant de l'art. 60 CP doit cependant être qualifié d'indirect, ce qui s'exprime dans la subsidiarité de cette prétention par rapport aux autres possibilités d'indemnisation qui s'offrent à lui.

Le lésé a, en revanche, un intérêt direct à la restitution des avoirs avant confiscation, que réserve - à vrai dire de manière très allusive - l'art. 59 ch. 1

⁴² Ce fait semble être méconnu par THALMANN, qui estime que l'art. 50 al. 3 CO ne vise que la violation des droits du propriétaire au sens des droits réels (THALMANN [n. 11], 155).

⁴³ ATF 126 I 100; 117 Ia 429.

al. 1 *in fine* CP, en déclarant soumises à la confiscation les valeurs qui «*ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits*».

C'est NIKLAUS SCHMID qui eut le mérite de reconnaître et d'explorer la portée de ces mots et leur intérêt pratique évident pour celui dont les droits patrimoniaux ont été lésés par une infraction pénale et qui souhaite récupérer ce dont il a été injustement privé, sans passer par la voie compliquée et incertaine de l'allocation au lésé⁴⁴. La confiscation ne doit pas s'exercer sur les actifs qui proviennent clairement du patrimoine du lésé et qui doivent, dès lors, lui être restitués. Il s'ensuit, pour NIKLAUS SCHMID, que le droit fédéral impose au juge pénal la saisie de ces avoirs en vue de leur restitution au lésé⁴⁵. Cette obligation englobe toutes les valeurs patrimoniales – objets ou droits – dont le lésé a été privé directement par une infraction pénale susceptible de constituer une norme de protection au sens de l'art. 41 CO⁴⁶. La restitution doit être ordonnée d'office⁴⁷; un jugement civil ou une transaction reconnaissant les droits du lésé n'est pas exigé⁴⁸. Demeurent réservés, cependant, les cas dans lesquels les droits du lésé sur la valeur patrimoniale ne sont pas clairement établis, notamment parce que plusieurs personnes formulent des prétentions concurrentes sur les mêmes avoirs⁴⁹.

Le Tribunal fédéral fit siens les principes développés par SCHMID, dans un arrêt confirmant la restitution à deux victimes d'escroqueries des sommes dont il était établi qu'elles provenaient de leur patrimoine. Il rejeta ainsi les griefs d'une autre personne, lésée par d'autres actes délictueux, qui exigeait la confiscation de ces mêmes avoirs, suivie de leur partage dans le cadre de

⁴⁴ NIKLAUS SCHMID, *Strafrechtliche Beschlagnahme und die besonderen Möglichkeiten des Geschädigten nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 letzter Satzteil StGB sowie Art. 60 StGB*, in: NIKLAUS SCHMID/JÜRIG-BEAT ACKERMANN, *Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts*, Zurich 1999, 19 ss., 23 s.; SCHMID (n. 2), art. 59 N 66 ss.; NIKLAUS SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.*, RPS 113 (1995) 321 ss., 339 s.; ce point est traité de manière très superficielle dans le Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier), du 30 juin 1993, FF 1993 III 269 ss., 300.

⁴⁵ SCHMID (n. 44 1999) 23; SCHMID (n. 5) N 753; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 4^{ème} éd., Bâle (etc.) 1999, § 69 N 20. Ce point de vue est jugé excessif par ACKERMANN, qui estime que le juge a le devoir de saisir des avoirs en vue de la confiscation mais que ce devoir fait défaut, dès lors qu'il est clair que la valeur serait sujette à restitution (ACKERMANN [n. 8], 39 s.; ACKERMANN [n. 10], N 54, 257, 264).

⁴⁶ SCHMID (n. 44 1999), 26 s.; à défaut d'un rapport de connexité avec l'infraction, il s'agirait d'un séquestre déguisé; ATF 126 I 109; 117 Ia 429; 101 IV 371; PIQUERREZ (n. 5), N 2588; SCHMID (n. 5), N 753.

⁴⁷ SCHMID (n. 44 1999), 29; SCHMID (n. 2), art. 59 N 66.

⁴⁸ SCHMID (n. 44 1999), 29; SCHMID (n. 2), art. 59 N 72.

⁴⁹ SCHMID (n. 5), N 753 et N 750; SCHMID (n. 2), art. 59 N 67.

l'allocation sur la base de l'art. 60 CP (ATF 122 IV 365). Selon cet arrêt, la restitution directe de valeurs patrimoniales saisies à la personne à qui elles ont été soustraites de manière illicite ne lèse en tout cas pas le droit fédéral, lorsqu'il est possible d'en identifier clairement la provenance, ainsi que les mouvements dont ils ont fait l'objet (ATF 122 IV 374⁵⁰).

Certes, le blanchiment d'argent est défini à l'art. 305^{bis} CP comme un acte propre à entraver la confiscation, et les avoirs restitués au lésé ont pour particularité d'échapper à cette mesure. Il n'en reste pas moins que toutes les valeurs patrimoniales provenant d'un crime sont susceptibles d'être confisquées et donc de faire l'objet de blanchiment d'argent. Au moment où l'acte constitutif de ce délit est commis, il est impossible de déterminer quelle serait la voie suivie: restitution directe ou confiscation, avec ou sans attribution au lésé. L'auteur sait parfaitement, en revanche, que son acte est de nature à entraver la confiscation d'une valeur qui y est en principe soumise, même si la loi réserve expressément la «soupape de sécurité»⁵¹ de la restitution au lésé. C'est donc à raison que SCHMID fait le constat qui suit: *«Zunächst ist klarzustellen, dass der Einziehung nach StGB 59 grundsätzlich alle deliktisch erlangten Vermögenswerte ungeachtet der Art des Anlassdelikts und allfälliger Restitutionsansprüche von Geschädigten unterliegen; dementsprechend kann auch an allen Vermögenswerten Geldwäscherei i.S. v. StGB Art. 305^{bis} begangen werden»*⁵².

Cette interprétation est parfaitement compatible avec le texte légal de l'art. 305^{bis} CP qui vise l'acte «propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation» de valeurs patrimoniales provenant d'un crime. En premier lieu, en visant un acte «propre» à entraver la confiscation d'avoirs, la loi se contente d'une mise en danger abstrait et n'exige donc pas une entrave effective. En second lieu, la loi mentionne, à côté de la confiscation, «l'identification de l'origine» et «la découverte» des avoirs, hypothèses légales qui sont propres à englober la restitution au lésé en dehors de la confiscation. C'est l'interprétation proposée par ACKERMANN⁵³, dont on com-

⁵⁰ Également ATF non publié du 4 mai 1999, Z. c. PG GE et Banque X., 10. Les mêmes principes ont été appliqués par le parquet genevois en matière de restitution de titres émis de manière frauduleuse, en application des art. 58 et 59 ch. 1 al.1 *in fine* p.a. (cf. ATF 126 IV 107, portant sur l'exigence d'une voie de recours ordinaire contre cette décision).

⁵¹ ACKERMANN (n. 8), 39 et 52.

⁵² SCHMID (n. 2), art. 59 N 66; également ACKERMANN (n. 10), N 201. Pour REHBERG, il y a recel seulement lorsque l'auteur empêche la restitution au lésé et blanchiment d'argent, lorsqu'il entrave la confiscation (REHBERG [n. 21], 366). Ce point de vue ne tient pas compte, cependant, de la possibilité de restituer des avoirs qui ne sont pas des choses corporelles et qui ne sont donc pas susceptibles de recel. Pour les actes entravant la restitution de créances, seul le blanchiment d'argent entre en considération.

⁵³ ACKERMANN (n. 10), N 227, 576.

prend mal, dès lors, qu'il exclue par ailleurs les prétentions en restitution du lésé de l'infraction préalable parmi les intérêts protégés par la l'art. 305^{bis} CP⁵⁴.

Même si l'entrave à la restitution au lésé se rattache ainsi parfaitement au texte légal de l'art. 305^{bis} CP, cette hypothèse ne doit pas pour autant être considérée comme autonome par rapport à l'entrave à la confiscation. C'est ainsi qu'il y a blanchiment d'argent dans la mesure seulement où la confiscation de la valeur patrimoniale n'est pas prescrite; cette conclusion s'imposerait même si l'on admettait, avec SCHMID⁵⁵, que la restitution au lésé est imprescriptible.

En outre, la confiscation et l'attribution au lésé peuvent passer par la voie de l'entraide internationale en matière pénale⁵⁶; selon SCHMID, la restitution directe au lésé peut également être ordonnée lorsque les avoirs ont été saisis dans une procédure d'entraide, et cela même lorsque le droit de l'Etat requérant ne connaît pas cette voie⁵⁷.

3. But de protection des autres normes anti-blanchiment

Ce qui vaut pour l'art. 305^{bis} CP ne vaut pas pour les autres normes qui composent le dispositif pénal anti-blanchiment.

C'est ainsi que l'art. 305^{ter} CP sur le défaut de vigilance en matière d'opérations financières ne réprime pas un comportement qui porte directement atteinte aux droits d'un lésé individuel⁵⁸. Certes, en réprimant tout manquement au devoir d'identifier l'ayant droit économique, sans aucun égard à la provenance licite ou illicite des fonds, cette disposition vise à instaurer des conditions de transparence sur le marché financier, dans le but de favoriser l'activité de la justice pénale. Cette transparence est susceptible de profiter à toute victime d'une infraction privée de ses avoirs; ce nonobstant, le bien juridique protégé consiste exclusivement dans l'administration de la justice, sous la forme d'une mise en danger très abstrait, le rapport avec la confiscation étant lointain⁵⁹. Admettre que cette disposition ait pour but de protéger le

⁵⁴ ACKERMANN (n. 10), N 264; ACKERMANN (n. 8), 52.

⁵⁵ SCHMID (n. 44 1999), 25 N 15; SCHMID (n. 2), art. 59 N 76.

⁵⁶ Pour les différents mécanismes de coopération en matière de saisie et de confiscation, cf. CASSANI (n. 28), 269 ss.

⁵⁷ NIKLAUS SCHMID, Der Einfluss europäischer Übereinkommen und Empfehlungen auf die Rechte der durch Straftaten Geschädigten in der Schweiz, in: Festschrift für Roger Zäch, Zurich 1999, 807 ss., 819.

⁵⁸ Dans le même sens, ACKERMANN (n. 8), 52 s.; CHRISTINE EGGER TANNER, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Zurich 1999, 265; MARLÈNE KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, thèse Lausanne, Zurich 1994, 139.

⁵⁹ GUNTHER ARZT, Zur Rechtsnatur des Art. 305^{ter} StGB, RSJ 86 (1990) 189, 190.

véritable ayant droit des avoirs qui n'aurait pas été correctement identifié comme tel, conférerait une portée exagérée à cette disposition. D'une part, il n'y aurait aucune raison de limiter la protection aux infractions qualifiées de crimes, comme c'est le cas pour l'art. 305^{bis} CP, puisque les avoirs provenant de délits et même de contraventions sont, eux aussi, susceptibles de confiscation. D'autre part, l'on ne voit pas en vertu de quel argument l'on refuserait la même protection à d'autres individus s'estimant lésés du fait qu'ils ne sont pas identifiés comme ayant droit économique d'avoirs parfaitement licites mais disputés, par exemple entre héritiers ou parties contractuelles.

Quant aux dispositions pénales de la LBA, elles ont pour vocation de protéger la réputation de la place financière suisse et non des individus. La violation des obligations d'identification, de clarification, de documentation et d'organisation découlant des art. 3 à 8 LBA ne font d'ailleurs pas l'objet d'une sanction pénale spécifique en vertu de cette loi. Il en va différemment de l'obligation de communiquer découlant de l'art. 9 LBA, dont la violation est passible de l'amende (art. 37 LBA). Cependant, à strictement parler, ce n'est pas la violation du devoir de communication mais celle du devoir de blocage découlant de l'art. 10 LBA qui est susceptible de porter atteinte aux droits de la victime de l'infraction dont proviennent les fonds blanchis. Or, cette obligation de blocage n'est pas assortie d'une sanction pénale spécifique; lorsque l'intermédiaire financier permet un transfert ou un retrait des valeurs, alors même qu'il a des soupçons fondés concernant leur provenance d'un crime, il peut, en revanche, se rendre coupable de blanchiment d'argent par dol éventuel. Il s'ensuit que la LBA n'élargit pas la protection des droits individuels par rapport à ce qui découle de l'art. 305^{bis} CP⁶⁰.

IV. Les possibilités d'action du lésé contre le blanchisseur

1. Conséquences sur le plan pénal

a. Compétence locale du juge pénal suisse

L'incrimination de blanchiment d'argent permet au juge pénal suisse de se considérer comme localement compétent, dès lors que des actes propres à

⁶⁰ Pour le même résultat, sur la base d'un raisonnement différent, ACKERMANN (n. 8), 53.

entraver la confiscation⁶¹ ont été commis sur sol suisse. Pratiquement, il en découle un *for* pour tous les avoirs détenus et blanchis en Suisse. En effet, même dans l'hypothèse où le coupable agit entièrement sur sol étranger, en utilisant les services d'un intermédiaire financier suisse qui ignore la provenance criminelle des avoirs, il y aura un rattachement territorial suffisant du fait de l'action médiate exercée par un instrument agissant dans notre pays⁶².

Dans la mesure où il est admis que l'infraction de blanchiment d'argent peut être commise au préjudice d'un lésé individuel, le principe de la personnalité passive peut s'appliquer (art. 5 CP). Il existe donc un point de rattachement en Suisse pour les actes de blanchiment commis au préjudice d'un citoyen suisse, de même d'ailleurs que pour le blanchiment d'argent commis par les citoyens helvétiques à l'étranger (personnalité active, art. 6 CP).

La question de savoir si ces règles gouvernant la compétence locale des tribunaux pénaux s'appliquent également en matière de confiscation est controversée. Nous avons déjà eu l'occasion de préciser les motifs pour lesquels nous estimons, contrairement à NIKLAUS SCHMID⁶³, que tel est le cas⁶⁴. Compte tenu de l'opinion que nous défendons, le fait que le blanchiment d'argent protège également des droits individuels prend toute son importance. En effet, dans les cas où il existe un *for* en Suisse à raison de l'infraction de blanchiment, mais non pour l'infraction préalable, cette finalité permet au lésé d'exercer néanmoins tous ses droits de partie dans l'action pénale contre le blanchisseur. Contrairement au point de vue soutenu par ACKERMANN⁶⁵, dont l'auteur lui-même constate le caractère peu satisfaisant, il convient donc de reconnaître au lésé le droit d'agir en Suisse contre le blanchisseur, même lorsque l'auteur de l'acte préalable ne peut y être jugé, que ce soit en raison de l'absence de compétence locale, de son décès ou de la prescription de l'infraction préalable. S'il y a confiscation ou prononcé d'une créance com-

⁶¹ Peu importe, au regard de l'art. 305^{bis} ch. 3 CP, que la confiscation relève de la compétence de la justice étrangère ou suisse.

⁶² ATF non publié du 29 septembre 1997 dans l'affaire C. et F. c. PG GE; cf. CASSANI (n. 28), 365.

⁶³ SCHMID (n. 44 1995), 325, 332; SCHMID (n. 2), art. 58 N 30 ss., art. 59 N 28, 230; dans le même sens, MAURICE HARARI, Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?, RPS 116 (1998) 1, 11 s.; également Cour de cassation genevoise, SJ 121 (1999) I 91; *contra*: arrêt non publié du 23 octobre 2000 de la chambre pénale de la Cour de justice genevoise, X. Bank c. PG GE et K.

⁶⁴ CASSANI (n. 28), 260 – 266 et doctrine dominante citée dans cet article (n. 7); également ACKERMANN (n. 8), 37-39; SJ 116 (1994) 110 (TF); ATF 117 IV 233, 238; 115 Ib 517, 538, 553 (Pemex); 112 Ib 576; 109 IV 51, 55; question laissée ouverte dans l'ATF 122 IV 91; Message du Conseil fédéral concernant la ratification par la Suisse de la Convention no. 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation du produit du crime, FF 1992 VI 8, 22.

⁶⁵ ACKERMANN (n. 8), 39.

pensatrice du fait de l'art. 305^{bis} CP, la personne lésée par l'infraction préalable, considérée également comme lésée par le blanchiment, peut en demander l'allocation sur la base de l'art. 60 CP. Il convient de noter, par ailleurs, que les mesures prévues aux art. 58 à 60 CP peuvent être ordonnées dans une procédure autonome, sans jugement de l'auteur⁶⁶.

b. La constitution de partie civile contre le blanchisseur

Dans la mesure où la procédure cantonale le permet, le lésé peut se constituer partie civile dans l'action pénale contre le blanchisseur d'argent et exercer les différents droits procéduraux qui s'attachent à cette qualité.

Il a la faculté de demander des dommages et intérêts en présentant des conclusions civiles par la voie du procès d'adhésion ou par celle du procès civil séparé sur la base de la responsabilité aquilienne de l'auteur de l'infraction préalable ou du blanchisseur.

Enfin, aux termes de l'art. 271 lit. e ch. 1 PPF, la victime peut se pourvoir en nullité auprès du Tribunal fédéral, «si elle était déjà partie à la procédure et dans la mesure où la sentence touche ses prétentions civiles ou peut avoir des incidences sur le jugement de celles-ci»⁶⁷.

c. Droits sur les gains illicites

Le lésé peut exercer, contre le blanchisseur d'argent comme contre l'auteur de l'infraction préalable, les différents droits découlant des art. 58 à 60 CP.

Il peut requérir la saisie provisoire des valeurs patrimoniales, que ce soit pour permettre leur restitution sur la base de l'art. 59 ch. 1 al. 1 *in fine* CP⁶⁸, la confiscation suivie d'allocation, ou l'exécution de la créance compensatrice (art. 59 ch. 2 al. 3 CP). Il a la faculté de recourir contre le refus de saisir ou de confisquer des biens en vue de leur attribution au lésé⁶⁹.

Dans la mesure où les valeurs sont encore en mains du blanchisseur d'argent, elles sont sujettes à restitution ou à confiscation, étant entendu que le blanchisseur n'est pas un tiers, ni *a fortiori* un tiers de bonne foi au sens de l'art. 59 ch. 1 al. 2 CP. Constitue le résultat de l'infraction de blanchiment au sens de cette disposition, toute valeur sur laquelle s'est exercée l'assistance

⁶⁶ Art. 318 H - 318 J CPP (Genève).

⁶⁷ Texte selon la modification du 23 juin, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (RO 2000 2719, 2722); cf. également HANS WIPRÄCHTIGER, Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, in: THOMAS GEISER/PETER MÜNCH (édit.), Handbücher für die Anwaltspraxis, II, Prozesieren vor Bundesgericht, 2^{ème} éd., Bâle et Francfort 1998, 195 ss.

⁶⁸ SCHMID (n. 44 1999), 21-23; contra: ACKERMANN (n. 8), 39.

⁶⁹ ATF 126 I 100; 122 IV 365; 117 IV 108.

fournie par le blanchisseur; la confiscation et la restitution au lésé ne se limitent donc pas à l'enrichissement que celui-ci tire de son activité coupable. Si les valeurs blanchies ont déjà été transférées et qu'elles ne sont donc plus dans le patrimoine du blanchisseur, la créance compensatrice peut être prononcée non seulement contre l'auteur de l'infraction préalable, mais aussi contre le blanchisseur.

Le lésé qui fait valoir ses droits dans le cadre d'une procédure pénale bénéficie d'un avantage substantiel sur les autres créanciers de l'auteur, du moins lorsque les avoirs dont il a été dépouillé, ou leurs produits de remplacement pour lesquels un lien suffisant avec l'infraction préalable peut encore être établi, peuvent être retrouvés et saisis. Lorsque c'est le cas, il peut espérer la restitution directe des avoirs, avant confiscation, sur la base de l'art. 59 ch. 1 al. 1 CP. Lorsque les avoirs ont déjà été confisqués, il peut en bénéficier sur la base de l'art. 60 al. 1 lit. b CP, de nouveau sans être en concurrence avec les autres créanciers de l'auteur, car il bénéficie alors de l'art. 44 LP, aux termes duquel l'exécution de la confiscation échappe à la poursuite pour dettes⁷⁰. La situation est moins favorable au lésé, dès lors que ni les avoirs provenant directement de l'infraction, ni leur produit de remplacement ne se trouvent dans le patrimoine de l'auteur. Dans le meilleur des cas, l'auteur dispose d'autres actifs sur lesquels la créance compensatrice peut être exercée (art. 59 ch. 2 CP). Celle-ci est cependant exécutée par la voie ordinaire de la poursuite pour dettes; par conséquent, l'Etat, et avec lui le lésé, sont en concurrence avec les autres créanciers, sans bénéficier d'un quelconque privilège (art. 59 ch. 2 al. 3 *in fine* CP⁷¹).

Le mécanisme de la restitution directe, à l'instar de celui de l'allocation au lésé du produit de la confiscation, crée un *privilège* en faveur du lésé que ne connaît pas le droit de l'exécution forcée. Or, les avantages accordés au lésé par le droit pénal peuvent s'avérer très rigoureux pour les autres créanciers, surtout lorsqu'ils se sont fiés de bonne foi à l'apparente solvabilité du débiteur, sans se douter que les actifs de celui-ci risquaient de leur échapper par le mécanisme de la confiscation. Certains auteurs ont dès lors remis en question la légitimité de ce privilège de fait du lésé, au motif qu'il serait source d'incohérence axiologique entre droit pénal et droit de la poursuite⁷², voire même «*exorbitant*» et sans «*fondement d'intérêt public*»⁷³.

⁷⁰ ATF 126 I 109 s.; 120 IV 367 s.; 115 III 4; ATF non publié du 4 mai 1999, Z. c. PG GE et Banque X., 11.

⁷¹ ATF 126 I 108 ss.; ATF précité du 4 mai 1999, Z. c. PG GE et Banque X., 11.

⁷² FLORIAN BAUMANN, Konkurrenz zwischen Staat und Zivilgläubigern beim Zugriff auf strafrechtlich beschlagnahmtes Vermögen, RSDA 71 (1999) 113 ss., 119 N 48 et 122 N 62.

⁷³ DENIS PIOTET, Les effets civils de la confiscation pénale, Berne 1995, N 58, 67, 266.

Dans la majorité des cas, ces objections ne nous paraissent pas fondées: au contraire, l'équité consiste à privilégier le créancier qui a acquis cette qualité bien malgré lui, parce qu'il a été victime d'un acte jugé socialement suffisamment dangereux pour constituer une infraction pénale. Il est vrai, cependant, que l'application des règles pénales ne parvient pas toujours à assurer un partage équitable des avoirs qui peuvent encore être saisis, notamment lorsqu'il y a plusieurs victimes et que la provenance du patrimoine des unes peut être établie, alors que l'argent a déjà été dépensé ou transféré ailleurs pour les autres. La restitution ne profite qu'au seul lésé qui a été privé de l'actif sur laquelle elle porte; de la même manière, seules les victimes d'infractions dont les valeurs patrimoniales constituent le résultat se partagent les avoirs confisqués dans le cadre de l'allocation, les victimes d'autres infractions, dont le résultat ne peut plus être identifié et saisi, n'étant pas admises à participer (ATF 122 IV 375). Il y a donc une primauté des droits du lésé qui prétend à l'allocation du produit de la confiscation (art. 60 al. 1 lit. b CP) par rapport à celui qui veut obtenir l'allocation de la créance compensatrice (art. 60 al. 1 lit. c CP).

Ces inégalités entre personnes qui ont des prétentions de différentes natures à faire valoir sur les avoirs bloqués sont voulues par le législateur. Il convient néanmoins de ne pas les amplifier en exagérant la portée de la restitution au lésé et de la confiscation par rapport à la créance compensatrice, en y soumettant des avoirs dont la provenance de l'infraction ne peut plus être établie avec certitude. Le Tribunal fédéral a admis, à la suite de NIKLAUS SCHMID⁷⁴, que la confiscation pouvait s'exercer non seulement sur les objets et valeurs obtenues directement par l'infraction, mais aussi sur les valeurs de remplacement, et cela même lorsque le bien issu directement de l'infraction était un corps certain et qu'il a été remplacé par un bien d'une autre nature («*echte Surrogate*»; ATF 126 I 110). Dans le but de ne pas léser les intérêts des autres créanciers de l'auteur, il convient néanmoins de se montrer exigeant quant à la preuve que la valeur patrimoniale confisquée est effectivement le résultat de l'infraction. La valeur doit pouvoir être identifiée de manière précise dans le patrimoine de l'auteur, et la provenance de l'infraction doit être établie de manière univoque (ATF 126 I 110). Tel n'est pas le cas, en particulier, lorsqu'elle a déjà été affectée au paiement de dettes et ne se trouve donc plus parmi les actifs de l'auteur (ATF 126 I 110).

⁷⁴ SCHMID (n. 2), art. 59 N 52; SCHMID (n. 44 1999), 26. La restitution en vertu de l'art. 59 ch. 1 al. 1 *in fine* CP est, en revanche, exclue pour les «*echte Surrogate*», SCHMID (n. 2), art. 59 N 70; SCHMID (n. 44 1999), 27.

2. Conséquences sur le plan civil

a. L'action en responsabilité aquilienne (art. 41 CO)

Dès lors qu'il est admis que l'art. 305^{bis} CP a également pour vocation de protéger les intérêts patrimoniaux du lésé individuel, cette disposition devient une norme d'illicéité au sens de l'art. 41 CO.

Conformément à l'art. 53 CO, le juge civil bénéficie d'une indépendance complète dans *l'appréciation de la faute de l'auteur*. C'est de cette autonomie que la Cour de Justice genevoise s'est prévaluée dans l'arrêt précité (SJ 1998 p. 646), condamnant une banque au paiement de dommages et intérêts, alors même que l'acte reproché à ses organes relevait de la simple négligence et qu'une condamnation pénale était donc exclue.

De manière paradoxale, l'illicéité a ainsi été fondée sur une norme pénale exigeant expressément que l'auteur ait connaissance, au moins par dol éventuel, de la provenance criminelle des avoirs, alors même que le seul reproche qui pouvait être adressé au «blanchisseur» involontaire en l'espèce était un manquement à la diligence⁷⁵.

Cette interprétation paraît problématique, car le fait que l'auteur «*savait ou devait présumer*» que les valeurs patrimoniales qu'il a blanchies provenaient d'un crime constitue un élément clé pour la définition de l'infraction pénale. L'appréciation civiliste autonome de l'élément de la faute se présente ainsi comme «*un travestissement de la norme pénale dont on n'utilise qu'une partie sachant qu'elle ne peut avoir d'existence si elle n'est pas liée au reste de la norme dont elle est extraite*»⁷⁶. Pour ne pas priver la norme de l'élément subjectif qui est indissociable de son contenu objectif, il faut donc exiger que l'auteur ait eu connaissance, par dol éventuel au moins, de la provenance criminelle des avoirs⁷⁷.

⁷⁵ SJ 120 (1998) 647 s.; pour un examen critique approfondi de cette argumentation, cf. CHAPPUIS (n. 8), 309 ss.

⁷⁶ CHAPPUIS (n. 8), 310; également critiques sur ce point, ACKERMANN (n. 8), 48 s.; THÉVENOZ (n. 8), 195; pour une analyse critique de la théorie objective de l'illicéité, cf. VIKTOR AEPLI, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, RSJ 98 (1997) 405 ss. (*in toto*).

⁷⁷ Cf., outre les auteurs cités à la note précédente, THALMANN (n. 11), 155. La connaissance qu'a l'auteur de la provenance délictueuse de l'objet sur lequel porte l'infraction est décrite dans les mêmes termes à l'art. 160 CP réprimant le recel. A propos de la responsabilité civile du receleur découlant de l'art. 50 al. 3 CO, le commentateur BREHM préconise que l'élément subjectif soit interprété en droit civil de la même manière qu'en droit pénal. L'on ne saurait toutefois en tirer une quelconque conclusion pour les rapports théoriques entre sanction civile et pénale, car l'auteur base son point de vue sur la prémisse erronée que les termes «*savait ou devait présumer*» visent la négligence (ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Berne 1990, art. 50 N 68 CO).

Enfin, pour que la responsabilité aquilienne puisse être retenue, il faut un *lien de causalité adéquate* entre l'activité du blanchisseur et le dommage encouru par la victime, voire l'aggravation de ce dommage. En cas de recel, l'art. 50 al. 3 CO dispose que le receleur répond du dommage causé à la victime de l'infraction antérieure, mais il «*n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération*». Selon la jurisprudence, il faut entendre par là qu'il ne répond pas du dommage causé par l'infraction principale, mais uniquement des conséquences qui sont dans un rapport de causalité adéquate avec son comportement (ATF 101 II 107). Ce lien est admis, lorsque le receleur détruit la chose ou aide l'auteur à la dissimuler, en ce qui concerne la partie touchée par ces actes⁷⁸. Ces mêmes principes doivent s'appliquer en matière de blanchissage d'argent.

b. Le séquestre (art. 271 LP)

Sauf cas - improbable en matière de fonds de provenance illicite - dans lequel le créancier a en mains un jugement exécutoire ou une reconnaissance de dette, l'obtention d'un séquestre civil contre un débiteur domicilié à l'étranger est soumise à l'exigence d'un lien territorial suffisant avec la Suisse («*Binnenbeziehung*», art. 271 al. ch. 4 LP). Ce lien est admis, en cas d'acte illicite, lorsque le lieu de commission ou du résultat se trouve en Suisse. Le séquestre peut donc être prononcé contre le débiteur domicilié à l'étranger, à la demande du créancier qui est lui aussi à l'étranger, à condition que la créance invoquée à l'appui de la demande découle d'un délit localisé en Suisse en application des art. 129 al. 2 et 133 al. 2 LDIP⁷⁹.

Dans la mesure où il est admis que l'art. 305^{bis} CP vise à la protection d'intérêts à la fois publics et privés, le lien territorial suffisant peut se fonder sur le lieu de commission de cet acte illicite.

Ce point de vue n'est, cependant, pas partagé de manière unanime. Dans un arrêt de 1999, l'Obergericht du canton de Zurich a considéré que le lien territorial n'était pas réalisé en cas de transfert subséquent en Suisse d'avoirs provenant d'un crime dont le lieu de commission et de résultat se situait à l'étranger; il a, en outre, refusé d'admettre ce même lien sur la base

⁷⁸ BREHM (n. 77), art. 50 al. 3 N 66 et 70 CO; plus restrictif: THALMANN (n. 11), 155.

⁷⁹ PAOLO MICHELE PATOCCHI/SAVERIO LEMBO, Le lien suffisant avec la Suisse en tant que condition de recevabilité du séquestre selon la nouvelle teneur de l'art. 271 al. 1^{er} ch. 4 LP - Quelques observations, in: *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel*, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle/Genève/Munich 2000, 385 ss., 401 s. et doctrine citée.

de l'art. 305^{bis} CP, estimant que cette disposition n'avait pas pour but de protéger des droits individuels⁸⁰.

Cette jurisprudence vient d'être considérablement assouplie par un arrêt du 2 octobre 2000⁸¹. Sans revenir sur son point de vue à propos de l'aptitude de l'art. 305^{bis} CP à fonctionner comme norme d'illicéité au sens de l'art. 41 CO, l'Obergericht considère désormais qu'il se justifie d'admettre le lien suffisant avec la Suisse, dès lors que le débiteur domicilié à l'étranger y a transféré les valeurs patrimoniales obtenues de manière illicite, afin de les faire échapper à la mainmise du lésé, et qu'il ressort de l'état de faits qu'il y a une unité d'action entre la soustraction de la valeur patrimoniale et son transfert en Suisse («*ein einheitliches Geschehen*»)⁸². En l'occurrence, l'unité d'action a été retenue entre l'acte illicite, soit un abus de confiance d'une valeur patrimoniale entièrement consommé à l'étranger, et le transfert de la somme en Suisse, au moins deux semaines plus tard et après avoir transité par des comptes à l'étranger⁸³. Cette interprétation très extensive du rattachement territorial du délit, incluant des actes de dissimulation subséquents, revient en réalité à admettre que le blanchiment d'argent fonde un lien suffisant avec la Suisse.

V. Conclusion

Le but principal du droit pénal est le rétablissement de l'ordre social troublé par l'infraction. Dans cette perspective, la réparation du dommage subi par la victime est un élément essentiel, non seulement dans le domaine des infractions visées par la loi sur l'assistance aux victimes d'infractions (LAVI), qui

⁸⁰ Arrêt NN990019, du 26.2.1999, PJA 8 (1999) 1022; pour une appréciation critique de cette jurisprudence, cf. PATOCCHI/LEMBO (n. 79), 402. L'Obergericht zurichois avait déjà eu l'occasion de préciser que le séquestre ne pouvait pas, non plus, se fonder sur l'art. 271 al. 1 ch. 2 LP, lorsqu'il n'y avait pas de for de poursuite en Suisse; ZR 98 (1999) n° 70; PJA 8 (1999) 1015, 1017. Ce point de vue est jugé excessif par BREITSCHMID (n. 9), qui préconise l'octroi du séquestre à l'égard des «*fraudulöse Ausländer*» commettant des abus de droit, à condition que des précautions soient prises pour éviter les séquestres exploratoires.

⁸¹ NN000102/II.ZK, du 2 octobre 2000.

⁸² Arrêt précité du 2 octobre 2000, 9: «*(Es rechtfertigt sich), den genügenden Bezug einer Ersatzforderung zur Schweiz dann zu bejahen, wenn der im Ausland wohnhafte Arrestschuldner unrechtmässig entzogene Vermögenswerte in die Schweiz verschiebt und so dem Geschädigten den Zugriff darauf erschwert oder verunmöglicht; dies jedenfalls, sofern der Vermögensentzug und die Vermögensverschiebung wie in der klägerischen Sachdarstellung als einheitliches Geschehen erschienen*».

⁸³ Arrêt précité du 2 octobre 2000, 15.

touchent au plus près sa personnalité, mais aussi dans le domaine patrimonial.

Sauf exceptions, les victimes d'infractions patrimoniales ne déposent pas plainte dans le seul but que l'auteur soit puni, mais pour tenter de récupérer les avoirs dont elles ont été dépouillées⁸⁴. C'est tout particulièrement vrai lorsque l'auteur ne peut être identifié ou appréhendé, mais qu'il y a néanmoins des raisons de croire que des avoirs provenant de l'infraction ou lui appartenant pourraient être retrouvés. Or, à cet égard, le recours au juge pénal offre des avantages importants par rapport aux possibilités d'intervention du juge civil, du fait que le premier dispose de moyens de contrainte beaucoup plus efficaces que le second pour retrouver la trace d'avoirs provenant d'une infraction («*asset tracing*») et pour les saisir rapidement⁸⁵. Cela est vrai en dépit des nombreux obstacles qui se dressent encore sur le chemin d'une véritable coopération pénale transfrontière dans le domaine de l'identification des produits du crime, de leur saisie, de leur confiscation et de leur restitution ou allocation au lésé.

Les mesures civiles se révèlent, en effet, peu efficaces quand il s'agit de permettre à la victime de retrouver et d'obtenir le blocage des avoirs issus d'infractions pénales⁸⁶. C'est ainsi que le séquestre civil (art. 271 LP) est accordé à condition que le créancier rende vraisemblable non seulement la réalité de sa créance mais aussi le lieu où se trouvent des actifs appartenant au débiteur, en pointant le juge vers un établissement précis, exigences qui sont interprétées très étroitement par les magistrats de certains cantons⁸⁷. Cette réserve observée par les tribunaux civils en matière de séquestre des avoirs provenant d'infractions pénales commises à l'étranger porte en elle le risque que des plaintes pénales soient déposées dans des disputes à caractère essentiellement civil, afin d'obtenir du juge pénal l'assistance qui risque d'être refusée par le juge civil.

Le rôle dévolu à l'exécution forcée dans la lutte contre la présence de capitaux étrangers douteux a été évoqué lors des débats parlementaires en vue de la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite⁸⁸. Le souci d'éviter la création d'un «bazar» du séquestre, de perturber l'activité des banques et de nuire à la réputation de la place financière suisse⁸⁹ a amené les

⁸⁴ Dans ce sens SCHMID (n. 44 1999), 20.

⁸⁵ BEAT FREY, Die Wiedererlangung deliktischer Vermögenswerte in der Praxis der internationalen Rechtshilfe, in: NIKLAUS SCHMID/JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zurich 1999, 75 ss., 80.

⁸⁶ DIETER GERICKE, Der Geldwäscherei-Arrest, in: JÜRIG-BEAT ACKERMANN (édit.), Strafrecht als Herausforderung, Zurich 1999, 371 ss., 384 s.

⁸⁷ GERICKE, (n. 86), 385, à propos de la pratique des tribunaux zurichois.

⁸⁸ BO CN 1994 III 1420, Rechsteiner.

⁸⁹ BO CE 1994 II 733, Salvioni.

parlementaires à restreindre la portée du séquestre civil sur des avoirs appartenant à des débiteurs à l'étranger.

Devant cet effacement du droit de l'exécution forcée, le droit pénal n'a d'autre choix que d'offrir au lésé les moyens qui lui permettent de récupérer son bien. Cela en dépit du principe de la subsidiarité du droit pénal, qui commanderait, au contraire, que l'on se souvînt que le droit civil peut et doit, lui aussi, être «activé» pour soutenir le droit pénal dans sa mission protectrice de l'ordre social.