

## Blanchiment et fausse constatation du prix de vente dans un acte authentique: examen critique de jurisprudence et responsabilité du banquier

54



**SAVERIO LEMBO**  
lic. ès sciences commerciales et industrielles,  
avocat, Genève



**ANNE VALÉRIE JULEN BERTHOD**  
LL.M. (New York), avocate,  
Genève

### Plan

- A. Introduction
- B. L'infraction de blanchiment d'argent selon l'article 305<sup>bis</sup> CP
  - I. Un acte d'entrave
  - II. Les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime
    - 1. Le crime en amont
    - 2. Le lien de causalité entre le crime préalable et les valeurs patrimoniales qui en découlent
    - 3. Critique de la solution de l'ATPF BB.2008.81
- C. Conclusion
- D. Responsabilité du banquier
- E. Synthèse

### A. Introduction

La première Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral<sup>1</sup> a récemment eu à examiner le bien-fondé du séquestre d'un compte bancaire en Suisse, prononcé dans le cadre d'une enquête judiciaire fédérale pour blanchiment d'argent qualifié,

escroquerie aggravée et appartenance à une organisation criminelle<sup>2</sup>.

Dans ses grandes lignes, l'affaire à juger avait trait à la vente d'un domaine immobilier en France, dont le prix officiel, c'est-à-dire le prix mentionné dans l'acte de vente, ne correspondait pas au prix réel payé par l'acheteur. Sur les quelque € 14 700 000.- de dessous-de-table payés en sus par l'acheteur, € 11 379 000.- avaient été versés sur le compte bancaire suisse de A., l'un des deux vendeurs, ayant la qualité de plaignant dans le cadre de cette procédure. En vertu de l'article 65 alinéa 1 PPF<sup>3</sup>, le Ministère public de la Confédération<sup>4</sup> avait ordonné le séquestre de tous les avoirs déposés sur le compte de A. Le MPC motivait sa décision par le fait que «A. avait admis qu'une partie des montants versés sur son compte provenait d'une opération de dessous de table» liée à la vente du domaine immobilier et était donc d'origine criminelle. A., qui demandait la levée intégrale du séquestre sur son compte, reprochait en substance au MPC de ne pas avoir expliqué «en quoi les montants bloqués résulteraient d'une infraction». Dans son arrêt, le TPF a donné raison au MPC. Il a rappelé que «la constatation d'un prix de vente inexact dans un contrat de vente immobilière stipulé par un notaire» réalisait, en sus d'une infraction fiscale, les conditions de l'article 253 CP<sup>5</sup> (obtention frauduleuse d'une constatation fausse), qui était un crime en droit suisse<sup>6</sup>. Cette infraction était également punissable en droit français. Ce faisant, le TPF a jugé que les montants déposés en Suisse sur le compte de A. provenaient, selon toute vraisemblance, de cette infraction commise en France, qu'ils avaient transité par le compte séquestré et avaient par là-même été blanchis en Suisse. Le TPF a ainsi implicitement considéré que les fonds séquestrés se trouvaient dans un rapport de causalité adéquat avec les actes délictueux perpétrés en France. Partant, la plainte étant, à ses yeux, mal fondée, le TPF a ordonné le maintien du séquestre litigieux.

La présente contribution défend la thèse selon laquelle la seule valeur patrimoniale en rapport direct avec l'infraction punie à l'article 253 CP est l'impôt économisé auprès des autorités fiscales. L'obtention de cette économie d'impôt ne

Saverio Lembo, avocat, est associé de l'Etude Bär & Karrer SA à Genève. Anne Valérie Julen Berthod, LL.M., avocate, est collaboratrice au sein de l'Etude Bär & Karrer SA à Genève. Cet article a été réalisé avec la collaboration de Grégoire Chappuis, avocat-stagiaire au sein de l'Etude Bär & Karrer SA à Genève. Nous remercions également Christoph Olivier Schmid, Docteur en droit, avocat et collaborateur au sein de l'Etude Bär & Karrer SA à Zurich, pour sa relecture et ses conseils en lien avec les questions fiscales abordées dans le présent article.

<sup>1</sup> Ci-après «TPF».

<sup>2</sup> Arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 22 décembre 2008, BB.2008.81 (ci-après «ATPF BB.2008.81»).

<sup>3</sup> Loi fédérale sur la procédure pénale (RS 312.0).

<sup>4</sup> Ci-après «MPC».

<sup>5</sup> Code pénal suisse (RS 311.0).

<sup>6</sup> Le TPF confirme ainsi la jurisprudence établie dans l'Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 10 mai 2000, 6S.163/2000, consid. 3d.

constitue pas un crime en droit suisse<sup>7</sup>. En conséquence, le TPF n'était pas fondé à maintenir le séquestre sur le compte de A. au motif que les fonds déposés sur ce dernier avaient vraisemblablement été blanchis par A. En effet, en l'absence d'un crime préalable, selon la qualification du droit suisse, l'infraction de blanchiment d'argent prévue à l'article 305<sup>bis</sup> CP n'entraîne tout simplement pas en ligne de compte. En seconde partie d'analyse, cette contribution traitera également de la responsabilité pénale du banquier confronté à un état de fait similaire<sup>8</sup>: le fait pour ce dernier d'accepter des valeurs patrimoniales qu'il sait provenir de la partie non déclarée du produit d'une vente immobilière réalisée à l'étranger pourrait-il constituer un acte de blanchiment d'argent, avec toutes les conséquences qui en découlent au niveau des devoirs de clarification, voire de dénonciation de l'intermédiaire financier?

## B. L'infraction de blanchiment d'argent selon l'article 305<sup>bis</sup> CP

Selon la conception du droit suisse, l'infraction de blanchiment d'argent réprime une mise en danger abstraite de l'administration de la justice<sup>9</sup>. Le comportement incriminé consiste à volontairement entraver la découverte du lien entre le crime préalable et les valeurs patrimoniales<sup>10</sup> qui en découlent ainsi que leur confiscation.

<sup>7</sup> Cf. *infra* B. Les conséquences fiscales de la constatation d'un prix de vente inexact dans un contrat de vente immobilière stipulé par un notaire ne seront en revanche que brièvement évoquées.

<sup>8</sup> Cf. *infra* D.

<sup>9</sup> GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafrecht Handkommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2009, Art. 305<sup>bis</sup> CP n° 1; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht Praxiskommentar, Zurich/St-Gall 2008, Art. 305<sup>bis</sup> CP n° 6; CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, Convention de diligence, ordonnance de la CFB, Code pénal et LBA, Zurich 2006, n° 126; MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Zurich/Bâle/Genève 2005, 21, 54; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Niklaus Schmid (éd.), Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Kommentar, Bd. 1, Zurich 2002, Art. 305<sup>bis</sup> n° 54 s.; BERNARD CORBOZ, Les principales infractions, vol. 2, Berne 2002, Art. 305<sup>bis</sup> CP n° 3 et n° 21 s.; LAURENT MOREILLON, Le blanchiment d'argent, Fiches Juridiques Suisses 135 (2000), 10; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Geldwäscherei – Money Laundering, eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Zurich 1992, 202, 237; CHRISTOPH K. GRABER, Geldwäscherei, Berne 1990, 108; SJ 2001 I 234.

<sup>10</sup> Par valeur patrimoniale, on entend notamment les choses mobilières et immobilières, y compris les droits s'y rattachant, les valeurs corporelles et incorporelles, les créances ou autres droits, ainsi que l'argent liquide et les fonds déposés sur un compte bancaire, cf. TRECHSEL (n. 9), n° 9; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II,

A teneur de l'article 305<sup>bis</sup> alinéa 1 CP, «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». Selon l'alinéa 3 de cette même disposition, le délinquant est également punissable «lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise». Cet alinéa traduit le souci du législateur suisse de protéger l'intérêt des autorités de poursuite étrangères à la confiscation du produit des infractions commises sur leur territoire<sup>11</sup>.

Ce bref rappel met en évidence les deux éléments que le TPF aurait dû analyser de manière plus approfondie: l'état de fait du cas concret permet-il de conclure à l'existence d'un acte d'entrave<sup>12</sup>? Par ailleurs, consacre-t-il un rapport de causalité entre le crime préalable et les valeurs patrimoniales censées en découler<sup>13</sup>? Ce dernier élément, en particulier, est totalement absent de l'analyse du TPF.

### I. Un acte d'entrave

L'article 305<sup>bis</sup> CP incrimine avant tout un acte d'entrave à la mainmise des autorités de poursuite pénale sur le produit d'un crime<sup>14</sup>. A cet égard, il suffit que l'acte soit «propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales»; il n'est en revanche pas nécessaire qu'il cause effectivement une entrave<sup>15</sup>. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, l'hypothèse de l'entrave à la confiscation englobe les deux autres hypothèses<sup>16</sup>. Est donc véritablement déterminant le fait de mettre en échec la confiscation du produit d'un crime. Toutes les valeurs<sup>17</sup> qui peuvent faire l'objet d'une confiscation au sens de l'article 70 CP sont donc susceptibles de blan-

6<sup>ème</sup> éd., Berne 2008, 399 s.; MARK PIETH, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2007, Art. 305<sup>bis</sup> n° 5 s.; GIANNINI (n. 9), 62; CORBOZ (n. 9), n° 9; ACKERMANN (n. 9), n° 192 ss; GRABER (n. 9), 114 s.; Message, FF 1989 II 981 s.

<sup>11</sup> ACKERMANN (n. 9), n° 54.

<sup>12</sup> Cf. *infra* B.I.

<sup>13</sup> Cf. *infra* B.II.2.

<sup>14</sup> ATF 124 IV 274, consid. 2, JdT 1999 IV 81, 83, SJ 1999 I 195.

<sup>15</sup> TRECHSEL (n. 9), n° 17; LOMBARDINI (n. 9), n° 126; GIANNINI (n. 9), 74; CORBOZ (n. 9), n° 22; GRABER (n. 9), 133; ATF 124 IV 274 consid. 2, JdT 1999 IV 81, 83, SJ 1999 I 195.

<sup>16</sup> NICOLAS BÉGUIN/OLIVIER UNTERNAEHRER, La responsabilité civile du banquier en cas de blanchiment d'argent – questions d'illicéité, in: Jusletter 20 juillet 2009, 5; STRATENWERTH/WOHLERS (n. 9), n° 6; TRECHSEL (n. 9), n° 17; PIETH (n. 10), n° 29; GIANNINI (n. 9), 75; ACKERMANN (n. 9), n° 224 ss; ATF 129 IV 238, JdT 2005 IV 87, consid. 3.3 et les références citées.

<sup>17</sup> Pour autant que ces dernières résultent d'une infraction qualifiée de crime en droit suisse (cf. *infra* B.II.1.).

chiment<sup>18</sup>, ce qui implique que lorsque la confiscation n'est juridiquement plus ou pas possible, l'infraction de blanchiment ne saurait être réalisée<sup>19</sup>.

Constitue notamment un acte propre à entraver la confiscation du produit d'un crime le versement de celui-ci sur un compte bancaire ouvert au nom d'un titulaire qui n'en est pas l'ayant-droit économique<sup>20</sup>. Le virement des fonds à l'étranger doit également être considéré comme un acte d'entrave, étant donné la lenteur inhérente à toute procédure d'entraide internationale en matière pénale<sup>21</sup>. En revanche, il est reconnu que le transfert sur un autre compte du même ayant-droit économique en Suisse n'est en principe pas propre à entraver<sup>22</sup>.

En l'espèce, A. a reçu sur son compte bancaire en Suisse des fonds provenant du compte d'une Etude d'avocats en Suisse qui les avait elle-même reçus (du compte) d'une société sise à Hong-Kong. La vente immobilière s'était déroulée en France et l'infraction y avait aussi été commise. Cette situation pourrait réaliser les conditions de l'acte d'entrave. En effet, l'argent a d'abord été versé sur le compte d'un tiers qui n'est pas l'ayant-droit économique des fonds et ce virement a été effectué vers une autre juridiction. L'analyse du TPF ne semble donc pas prêter le flanc à la critique sur ce point.

## II. Les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime

Outre la réalisation d'un acte d'entrave, le blanchiment implique encore que les valeurs patrimoniales proviennent d'une infraction<sup>23</sup>, qualifiée de crime en droit suisse<sup>24</sup>.

### 1. Le crime en amont

Contrairement aux législateurs d'autres pays, à l'exemple des Etats-Unis, le législateur suisse a renoncé à établir une liste détaillée des infractions préalables au blanchiment d'argent et s'est inspiré de la méthode dite abstraite<sup>25</sup>: l'infraction préalable doit constituer un crime au sens de l'article 10 alinéa 2 CP, c'est-à-dire que la sanction imposée doit être une peine privative de liberté d'une durée de trois ans au moins<sup>26</sup>. Si l'infraction a été commise dans un Etat étranger, elle doit également y être punissable (article 305<sup>bis</sup> alinéa 3 CP), peu importe la qualification de cette infraction en droit étranger du moment qu'elle peut être qualifiée de crime en droit suisse<sup>27</sup>.

Si l'on s'en tient strictement à la définition énoncée précédemment, le faux dans les titres (article 251 CP), respectivement l'obtention frauduleuse d'une constatation fautive (article 253 CP)<sup>28</sup>, pourraient constituer des infractions préalables au blanchiment d'argent. Toutefois, comme nous le verrons<sup>29</sup>, le faux dans les titres, tout comme l'obtention frauduleuse d'une constatation fautive, sont des délits de mise en danger dont aucune valeur patrimoniale ne peut à proprement parler «découler».

S'agissant des infractions fiscales, dont l'état de fait du cas d'espèce justifie la prise en considération, on relèvera que

<sup>18</sup> Message, FF 1989 II 982 s.; ATF 129 IV 238, consid. 3.3, JdT 2005 IV 87.

<sup>19</sup> STRATENWERTH/BOMMER (n. 10), 403; LOMBARDINI (n. 9), n° 126 et n° 174; ATF 129 IV 238, consid. 3.3, JdT 2005 IV 87; ATF 126 IV 255, consid. 3b/bb, JdT 2001 IV 128, 133. La doctrine relève à cet égard que le fait de rendre plus difficile le recouvrement d'une créance compensatrice au sens de l'article 73 CP ne suffirait pas à réaliser un acte de blanchiment, cf. LOMBARDINI (n. 9), n° 138; GIANNINI (n. 9), 79.

<sup>20</sup> TRECHSEL (n. 9), n° 18; GIANNINI (n. 9), 75; URSULA CASSANI, in: Martin Schubarth (éd.), Commentaire du droit pénal suisse, vol. 9: Crimes ou délits contre l'administration de la justice, art. 303-311 CP, Berne 1996, Art. 305<sup>bis</sup> CP n° 38; ATF 119 IV 245.

<sup>21</sup> GIANNINI (n. 9), 79; CASSANI (n. 20), n° 41; ACKERMANN (n. 9), n° 315 ss; ATF 127 IV 20, consid. 2b/cc, SJ 2001 I 234. On notera cependant que la doctrine minoritaire défend l'opinion selon laquelle, si le virement a lieu dans un pays disposant d'un dispositif anti-blanchiment équivalent à celui de la Suisse, la confiscation n'est, en tous cas en théorie, pas rendue plus difficile, cf. LOMBARDINI (n. 9), n° 139.

<sup>22</sup> TRECHSEL (n. 9), n° 18; ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2004, 400 s.; CASSANI (n. 20), n° 41; Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 5 mai 2003, 6S.35/2003, consid. 2.1. Pour d'autres exemples d'actes propres à entraver la confiscation voir ATF 127 IV 20, consid. 2b/cc, SJ 2001 I 234; SJ 1998 79, 81.

<sup>23</sup> Cf. *infra* B.II.2.

<sup>24</sup> Cf. *infra* B.II.1.

<sup>25</sup> BÉGUIN/UNTERNAEHRER (n. 16), 4; STRATENWERTH/WOHLERS (n. 9), n° 4; URSULA CASSANI, L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent, ZSR/RDS 127 (2008) II, 320; TRECHSEL (n. 9), n° 10; PIETH (n. 10), n° 8 s.; STRATENWERTH/BOMMER (n. 10), n° 27; GRABER (n. 9), 115.

<sup>26</sup> CASSANI (n. 25), 314; LOMBARDINI (n. 9), n° 129 s.; ACKERMANN (n. 9), n° 173; CASSANI (n. 20), n° 15; ATF 126 IV 255, consid. 3b/aa, JdT 2001 IV 133.

<sup>27</sup> CASSANI (n. 25), 314; LOMBARDINI (n. 9), n° 134; GIANNINI (n. 9), 58; ACKERMANN (n. 9), n° 172 s.; CASSANI (n. 20), n° 15; GRABER (n. 9), 163; ATF 126 IV 255, consid. 3b/aa, JdT 2001 IV 128, 133; ATF 120 IV 323, 328, consid. 3d.

<sup>28</sup> Selon l'article 253 CP, «celui qui, en induisant en erreur un fonctionnaire ou un officier public, l'aura amené à constater faussement dans un titre authentique un fait ayant une portée juridique, notamment à certifier faussement l'authenticité d'une signature ou l'exactitude d'une copie, celui qui aura fait usage d'un titre ainsi obtenu pour tromper autrui sur le fait qui y est constaté, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire».

<sup>29</sup> Cf. *infra* B.II.2.

jusqu'à très récemment, ces dernières ne constituaient pas des infractions préalables au blanchiment d'argent<sup>30</sup>. Cette règle doit à présent être nuancée, car la fiscalité indirecte<sup>31</sup> a connu deux modifications législatives importantes.

- Premièrement, dans le cadre de l'AAF conclu entre la Suisse et les pays de la Communauté européenne<sup>32</sup>, le blanchiment des produits des activités illégales couvertes par l'Accord entre également, à certaines conditions<sup>33</sup>, dans son champ d'application. On mentionnera toutefois que les impôts directs sont exclus du champ d'application de l'AAF (article 2 ch. 4 AAF)<sup>34</sup>. De plus, les obligations découlant de l'AAF se limitent pour la Suisse à la coopération que cette dernière doit accorder aux Etats tiers dans le cadre de l'assistance administrative ou de l'entraide judiciaire en matière pénale<sup>35</sup>.
- Deuxièmement, dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI<sup>36</sup>, le législateur suisse a inclus la contrebande douanière «organisée» à l'article 14 alinéa 4 DPA<sup>37</sup>. Les sanctions prévues pour cette infraction la qualifient d'infraction préalable potentielle au blanchiment<sup>38</sup>.

La fiscalité directe, quant à elle, n'a pas connu en Suisse les mêmes développements que dans les pays de la Communauté

européenne qui nous entourent. Ces derniers ont en effet érigé la fraude fiscale grave en infraction préalable au blanchiment et certains pays, comme l'Angleterre et la France, vont encore plus loin, puisque toutes les infractions, y compris fiscales, peuvent être un préalable au blanchiment<sup>39</sup>.

On retiendra de ce qui précède qu'en l'état actuel de la législation suisse, les infractions commises en matière d'impôts directs, tels que les impôts sur la fortune en général et sur les ventes immobilières en particulier, demeurent des délits et ne constituent donc pas des préalables au blanchiment.

## 2. Le lien de causalité entre le crime préalable et les valeurs patrimoniales qui en découlent

La commission d'un crime préalable et la réalisation d'un acte d'entrave ne suffisent pas à réaliser les conditions du blanchiment d'argent. Encore faut-il que les valeurs patrimoniales «proviennent» du crime, c'est-à-dire qu'un lien de causalité existe entre les valeurs patrimoniales et le crime en amont et que ce lien soit suffisamment étroit pour que l'on puisse parler de provenance<sup>40</sup>.

La doctrine relève que la qualité de ce lien est «un des problèmes d'interprétation les plus épineux en matière de blanchiment d'argent»<sup>41</sup>. Il s'agit donc de porter maintenant l'examen sur ce qu'il faut concrètement entendre par «provenance criminelle».

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le critère déterminant est l'existence d'un lien de causalité directe<sup>42</sup>.

La question du lien de causalité a le plus souvent été traitée en rapport avec les valeurs de remplacement (*Surrogat*), sans pour autant être limitée à cette problématique<sup>43</sup>. En particulier, la doctrine majoritaire a exposé de manière convaincante que les délits de mise en danger ne peuvent procurer

<sup>30</sup> GIANNINI (n. 9), 24; ACKERMANN (n. 9), n° 138 et n° 164; URSULA CASSANI, Infractions fiscales et blanchiment d'argent, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (éd.), Journée 2004 de droit bancaire et financier, Genève/Zurich/Bâle 2005, 15 s. A ce sujet, CASSANI relève que la tendance de nos voisins à étendre le catalogue des infractions préalables au blanchiment d'argent aux infractions fiscales pourrait, à terme, susciter des pressions de leur part pour que la Suisse en fasse de même, cf. CASSANI (n. 25), 323, 328.

<sup>31</sup> «L'impôt direct frappe immédiatement le contribuable qui supporte également le poids de l'impôt (impôt sur le revenu et la fortune), tandis que les impôts indirects sont généralement transférés sur un tiers (impôt sur la consommation).» XAVIER OBERSON, Droit fiscal suisse, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2007, §1 n° 19.

<sup>32</sup> L'Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (RS 0.351.926.81) a été conclu le 26 octobre 2004 dans le cadre des Accords bilatéraux II et est entré en vigueur le 8 avril 2009. Cf. PIETH (n. 10), n° 13.

<sup>33</sup> Pour autant que l'infraction fiscale préalable soit punie d'une peine privative de liberté de plus de six mois dans les deux Etats parties (article 2 ch. 3 AAF).

<sup>34</sup> Message, FF 2004 5784, 5811.

<sup>35</sup> La définition de l'infraction de l'article 305<sup>bis</sup> CP demeure par conséquent inchangée en droit suisse et il n'en résulte aucun nouveau devoir de communication pour l'intermédiaire financier, Message, FF 2004 5811; CASSANI (n. 25), 324 s.

<sup>36</sup> Groupe d'action financière.

<sup>37</sup> Loi fédérale sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

<sup>38</sup> Message du Conseil fédéral sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI, du 15 juin 2007, FF 2007 5919, 5929; CASSANI (n. 25), 323 s.

<sup>39</sup> CASSANI (n. 25), 325 ss.

<sup>40</sup> CASSANI (n. 20), n° 8.

<sup>41</sup> CASSANI (n. 30), 15.

<sup>42</sup> Selon la SJ 2001 I 330, consid. 3a, «l'infraction doit être la cause essentielle et adéquate de l'obtention des valeurs patrimoniales et celles-ci doivent typiquement provenir de l'infraction en question. Il doit donc exister, entre l'infraction et l'obtention des valeurs patrimoniales, un lien de causalité tel que la seconde apparaît comme la conséquence directe et immédiate de la première. C'est en particulier le cas lorsque l'obtention des valeurs patrimoniales est un élément objectif ou subjectif de l'infraction ou lorsqu'elle constitue un avantage direct découlant de la commission de l'infraction».

<sup>43</sup> Les valeurs de remplacement sont les valeurs venues se substituer au produit direct de l'infraction. Se pose alors la question de savoir si ces valeurs de remplacement peuvent également être blanchies. Si le produit de l'infraction est un objet, seul celui-ci pourra être blanchi à l'exclusion d'une valeur de remplacement. En revanche, si le produit de l'infraction se présente sous la forme d'argent, de billets de banque, de versements sur un compte, etc., les valeurs de remplacement peuvent être blanchies tant que le *paper trail* est identifiable, cf. CASSANI (n. 20), n° 18 ss.

à leur auteur un avantage patrimonial direct<sup>44</sup>. S'agissant du faux dans les titres en particulier, cette infraction, dont l'obtention frauduleuse d'une constatation fautive (article 253 CP) n'est qu'un cas d'application, ne saurait constituer un crime préalable au blanchiment d'argent faute de lien de causalité suffisant<sup>45</sup>. En effet, si un comportement réalise une escroquerie au moyen d'un faux titre, l'infraction contre le patrimoine sera la seule infraction dont puissent découler les valeurs patrimoniales, le faux titre apparaissant à cet égard uniquement comme un «outil de travail» (*«Arbeitshilfsmittel»*)<sup>46</sup><sup>47</sup>.

Pour s'en convaincre, il n'est pas inutile de se pencher sur les arguments développés en matière de confiscation. S'agissant de la confiscation des dessous-de-table versés à l'occasion d'une vente immobilière, la doctrine<sup>48</sup> est d'avis qu'il n'y a pas de lien de causalité entre ces valeurs et l'obtention frauduleuse d'une constatation fautive par le notaire, le versement des dessous-de-table relevant au premier plan des dispositions pénales du droit fiscal: seul l'impôt économisé se trouverait ainsi dans un lien de causalité avec l'infraction<sup>49</sup>. Au contraire, ni le dessous-de-table et encore moins le prix de vente payé ne sont le produit d'une infraction.

Cela étant, la doctrine estime qu'un avantage patrimonial pourrait être obtenu au moyen d'un titre fallacieux si cet avantage résulte de la vente de ce titre<sup>50</sup> ou de l'utilisation d'un faux chèque<sup>51</sup> (*producta sceleris*). Par ailleurs, la rémunération de celui qui fait le faux titre (*praetium sceleris*) est un avantage patrimonial qui ne découle certes pas directement de l'infraction, mais dont la confiscation est expressément prévue par l'article 70 alinéa 1 CP et qui est donc susceptible de blanchiment<sup>52</sup>.

Quant au point de savoir si la confiscation de l'impôt économisé peut être ordonnée ou si seule une créance compensatrice peut être prononcée, le Tribunal fédéral a opté pour la première alternative<sup>53</sup>. Que l'on suive l'avis du Tribunal fédéral ou non<sup>54</sup> ne change rien au fait que des dessous-de-table ne sont pas susceptibles d'être blanchis en Suisse, faute de crime préalable.

### 3. Critique de la solution de l'ATPF BB.2008.81

Dans l'ATPF BB.2008.81, le TPF a retenu que le crime en amont était une violation de l'article 253 CP. Dès lors que la personne manipulée avait été amenée, dans l'ignorance de la situation réelle, à réaliser objectivement un titre faux et que cette personne était un officier public chargé de rédiger un acte authentique, l'article 253 CP s'appliquait en lieu et place de l'article 251 CP<sup>55</sup>. Le TPF a également retenu que ce crime était une infraction punissable en France<sup>56</sup>. Il a, par ailleurs, incidemment précisé que la constatation d'un prix de vente inexact dans un contrat de vente immobilière stipulé par un notaire avait également des conséquences fiscales<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 6 octobre 2005, 1S.9 et 1S.10/2005, consid. 7.

<sup>54</sup> Controversée en doctrine, la question peut se résumer ainsi: est-il possible de localiser l'économie d'impôt dans le patrimoine de l'auteur, comme dans le cas d'une rétrocession d'impôt obtenue illégalement? Dans l'affirmative, la confiscation pourrait être prononcée. Dans le cas inverse, par exemple dans le cas de l'évasion fiscale, l'autorité de poursuite devrait se contenter de prononcer une créance compensatrice, puisqu'on ne saurait déterminer à l'avance quelle part du patrimoine de l'auteur supporterait la créance d'impôt, cf. CASSANI (n. 30), 16 s.; LOMBARDINI (n. 9), n° 202: «[...] il est impossible d'attribuer l'économie réalisée en ne payant pas une dette à un actif déterminé qui de ce fait reste dans un patrimoine. L'économie obtenue illégalement ne produit pas comme résultat un actif précis».

<sup>55</sup> En l'espèce, l'acte répréhensible est saisi dans tous ses aspects par l'article 253 CP; il ne peut donc être simultanément réprimé en vertu de l'article 251 CP. La situation serait différente si un faux dans les titres, commis précédemment, avait été utilisé en vue d'induire un fonctionnaire en erreur selon l'article 253 CP, cf. CORBOZ (n. 9), Art. 253 CP n° 20; STRATENWERTH/BOMMER (n. 10), 183 n° 24 s.; ATF 107 IV 129, consid. 3b, JdT 1983 IV 15.

<sup>56</sup> ATPF BB.2008.81, consid. 2.2.2: «L'obtention frauduleuse d'une constatation fautive est également punissable en France, dans la mesure où l'art. 441-4 du code pénal français dispose que le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de EUR 150 000.- d'amende. L'usage d'un tel faux est puni des mêmes peines. A teneur de l'art. 1317 du code civil français, l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.»

<sup>57</sup> ATPF BB.2008.81, consid. 2.2.2: «Les actes des notaires et les actes portant transmission de propriété de biens immeubles doi-

<sup>44</sup> NIKLAUS SCHMID, in: Niklaus Schmid (éd.), Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Vol. 1, Zurich 2007, Art. 70-72 n° 35; ACKERMANN (n. 9), n° 144 et n° 161.

<sup>45</sup> TRECHSEL (n. 9), n° 10; SCHMID (n. 44), n° 35; CASSANI (n. 30), 18 s.; ACKERMANN (n. 9), n° 144 et n° 164; *contra*: CHRISTINE EGGER TANNER, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Zurich 1999, 75.

<sup>46</sup> EGGER TANNER (n. 45), 75 s.

<sup>47</sup> SCHMID (n. 44), n° 30 et n° 34 ss; CASSANI (n. 30), 19, citant entre autres SJ 2001 I 330, consid. 3a; ACKERMANN (n. 9), n° 164.

<sup>48</sup> SCHMID (n. 44), n° 36; ACKERMANN (n. 9), n° 164.

<sup>49</sup> CASSANI (n. 30), 19; ACKERMANN (n. 9), n° 164.

<sup>50</sup> La vente d'un faux titre, par exemple d'un faux passeport, ouvre la voie à la confiscation selon l'article 70 CP, un tel titre étant une chose illégale dont la vente est prohibée, cf. SCHMID (n. 44), n° 29 et n° 32; ACKERMANN (n. 9), n° 161.

<sup>51</sup> Dans le cas de l'encaissement d'un faux chèque auprès d'une banque, il y a lieu d'admettre «que les valeurs patrimoniales obtenues constituent un avantage direct découlant de l'usage du faux», cf. CASSANI (n. 30), 19; SJ 1999 I 418.

<sup>52</sup> TRECHSEL (n. 9), n° 13; ACKERMANN (n. 9), n° 208; CASSANI (n. 20), n° 21.

Le fait qu'une infraction à l'article 253 CP ait été commise est difficilement contestable en l'espèce. Cependant, conformément à la définition du blanchiment d'argent, le TPF se devait d'examiner si la partie du prix de vente non déclarée au notaire français pouvait constituer le produit d'un crime, dont l'acte de blanchiment visait justement à en entraver l'accès à l'autorité pénale française. Or, les considérants du TPF passent «comme chat sur braises» sur l'examen du lien de causalité entre le crime en amont et les valeurs patrimoniales prétendument obtenues de ce fait. Les juges du TPF se contentent d'affirmer péremptoirement que les montants versés sur le compte en Suisse proviennent d'un crime commis en France, soit de l'obtention frauduleuse d'une constatation fautive<sup>58</sup>.

Or, l'infraction prévue à l'article 253 CP est une infraction de mise en danger de laquelle un avantage patrimonial tel que le dessous-de-table ne saurait découler. De plus, une vente immobilière est un acte juridique légal dont le prix de vente, sur lequel les deux parties au contrat se sont entendues, n'est pas modifié par la commission de l'infraction à l'article 253 CP. Le prix de vente officiel et les dessous-de-table versés en sus de ce dernier ne se trouvent donc pas dans un rapport de connexité direct avec l'infraction. Partant, ils ne peuvent avoir été blanchis<sup>59</sup>. Au surplus, il ne ressort pas de l'ATPF BB.2008.81 que le TPF ait considéré qu'il s'agissait d'un *praetium sceleris* destiné à récompenser ou à décimer l'auteur du faux.

Enfin, à supposer que le TPF ait voulu étayer sa solution en prétendant que le montant de l'impôt économisé par le vendeur découlait d'une infraction, force est de constater que cette argumentation aurait été erronée. En effet, elle aurait fait abstraction de la condition du crime en amont de l'article 305<sup>bis</sup> CP, la fraude fiscale en matière d'impôt direct ne constituant qu'un délit en l'état actuel du droit<sup>60</sup>.

## C. Conclusion

Il découle de ce qui précède que le TPF n'était pas fondé à retenir la violation de l'article 253 CP comme crime préalable au blanchiment d'argent, puisque les dessous-de-table versés au vendeur ne «proviennent» pas de cette infraction. Une analyse complète des conditions de l'article 305<sup>bis</sup> CP ne

pouvait ainsi conduire le TPF à ordonner le maintien du séquestre sur le compte de A.

La seule valeur patrimoniale se trouvant dans un rapport de causalité directe avec le crime préalable serait l'impôt taxant les ventes immobilières économisé par le vendeur, soit une valeur patrimoniale provenant tout au plus d'une fraude fiscale. Celle-ci n'étant pas un crime en droit suisse, elle ne pouvait pas être retenue comme infraction préalable au blanchiment. En revanche, la saisie du compte à hauteur du montant de l'impôt économisé, en vue de sa confiscation, était envisageable, à l'exclusion de l'intégralité du compte<sup>61</sup>.

## D. Responsabilité du banquier

Il s'impose de tirer les conséquences des développements qui précèdent au regard de la responsabilité du banquier qui accepte de son client des fonds constituant un dessous-de-table. En conformité avec ses obligations de diligence – la banque, en tant qu'intermédiaire financier, étant soumise à l'obligation de clarification de l'arrière-plan économique et du but d'une transaction ou d'une relation d'affaires, notamment lorsque celles-là paraissent inhabituelles (article 6 LBA) – il cherchera à s'assurer de l'origine des fonds et découvrira vraisemblablement que le prix constaté par l'officier public ne correspond pas au prix réel de la transaction.

Comme examiné ci-dessus<sup>62</sup>, le dessous-de-table versé dans le cadre d'une vente immobilière ne peut pas être blanchi au regard du droit suisse si la seule infraction commise en amont est celle de l'article 253 CP. Partant, l'acceptation des fonds par le banquier ne tombe pas sous le coup du dispositif anti-blanchiment, en particulier de l'article 4 alinéa 1 OBA-FINMA<sup>63</sup>, qui proscribit formellement l'ac-

*vent être enregistrés, dans le délai d'un mois à compter de leur date (art. 634 du code général des impôts), auprès d'un service des impôts (art. 650 s.) ou du bureau des hypothèques en cas de formalité fusionnée (art. 657). L'enregistrement déploie des effets, outre fiscaux, de publicité foncière.»*

<sup>58</sup> ATPF BB.2008.81, consid. 2.4.

<sup>59</sup> PATRICK BLASER, «Dessous-de-table» lors d'une transaction immobilière, Quelles conséquences pénales?, Prestige Immobilier n° 18, juin-septembre 2009, 68, 70.

<sup>60</sup> Cf. *supra* B.II.1. et n. 30.

<sup>61</sup> Il est ici rappelé que la commission d'une infraction, quelle qu'elle soit, est suffisante pour justifier la confiscation. Cela étant dit, le maintien du séquestre aurait vraisemblablement pu être ordonné pour d'autres raisons encore liées au soupçon de commission d'infractions pénales préalables d'une autre nature. En effet, il semble que la vente immobilière litigieuse se soit inscrite dans un complexe de faits plus large que celui dont l'arrêt fait état, puisque les investigations fédérales ont également porté sur les préventions d'escroquerie aggravée et d'appartenance à une organisation criminelle. Dans la mesure où le TPF se prononçait avant tout sur le maintien du séquestre du compte de A. en vue de confiscation, ces éléments auraient pu suffire à fonder son raisonnement. Au lieu de cela, ces circonstances ne sont mentionnées que par surabondance de moyens, ATPF BB.2008.81, consid. E, F et 2.4.

<sup>62</sup> Cf. *supra* B.II.2.

<sup>63</sup> La Commission fédérale des banques (CFB) avait, en son temps, édicté une ordonnance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB) qui définissait, de manière détaillée, les obligations des professionnels de la banque et de la finance au regard du blanchiment d'argent. Le 1<sup>er</sup> janvier 2009, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a re-

ception intentionnelle de valeurs patrimoniales d'origine criminelle.

Cela ne signifie pas pour autant que le banquier qui accepte en connaissance de cause le dessous-de-table n'encourt aucun risque. Il devra au contraire rester attentif à l'origine du financement de l'opération immobilière. Comme l'état de fait de l'ATPF BB.2008.81 le laisse entendre, l'opération immobilière peut en effet dissimuler la commission d'autres infractions.

De surcroît, la banque ne doit pas activement favoriser l'évasion fiscale commise par son client. Il lui est, en particulier, interdit de fournir à son client des pièces inexactes, incomplètes ou de nature à induire l'autorité en erreur, car l'établissement de tels relevés n'est pas compatible avec la garantie d'une activité irréprochable au sens de l'article 3 alinéa 2 lettre c LB<sup>64</sup>, en l'espèce concrétisé par l'article 8 CDB 08<sup>65</sup>. En tout état, le banquier aura soin de se tenir régulièrement informé des évolutions attendues en matière de droit fiscal, qui pourraient également contribuer à l'élargissement de la définition de l'activité irréprochable des intermédiaires financiers suisses.

Enfin, on rappellera qu'une partie des fonds déposés sur le compte du client peut être saisie à des fins de confiscation ou d'exécution d'une créance compensatrice (ce à concurrence du montant de l'impôt économisé), pour être ensuite remise à l'autorité requérante lésée (articles 70 et 71 CP et 74a alinéa 1 EIMP<sup>66</sup>). En pareil cas, le banquier ou la banque pourrait être entendu à titre de témoin ou de tiers saisi<sup>67</sup>. Selon la médiatisation de l'affaire, ce risque pourrait également porter une atteinte dommageable à la réputation du banquier et à celle de la banque en tant qu'institution.

pris les fonctions et le rôle de la CFB et l'OBA-FINMA 1 (RS 955.022) a remplacé l'OBA-CFB.

<sup>64</sup> Loi sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0).

<sup>65</sup> La Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08) est un règlement édicté par l'Association suisse des banquiers (ASB) applicable aux banques, négociants en valeurs mobilières et gestionnaires de placements collectifs. La CDB 08 vise à concrétiser certaines obligations particulières de diligence prévues par la LBA (articles 3-5 LBA) ainsi que la notion de «vigilance que requièrent les circonstances» en matière d'acceptation de valeurs patrimoniales (article 305<sup>ter</sup> CP). La dernière version a été adoptée le 7 avril 2008 et est entrée en vigueur en juillet 2008. Aux termes de l'article 8 CDB 08, «les banques ne doivent pas fournir une aide à leurs clients dans des manœuvres visant à tromper les autorités suisses et étrangères, en particulier les autorités fiscales, au moyen d'attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière».

<sup>66</sup> Loi sur l'entraide pénale internationale (RS 351.1).

<sup>67</sup> CASSANI (n. 30), 23.

## E. Synthèse

Il ne saurait être déduit de l'ATPF BB.2008.81 que la partie non déclarée au notaire du produit d'une vente immobilière réalisée à l'étranger peut, sans autres, être considérée comme le produit de l'infraction retenue, à savoir l'obtention frauduleuse d'une constatation fausse (article 253 CP). Le TPF ne pouvait en effet péremptoirement admettre la provenance criminelle des dessous-de-table touchés par le vendeur sans examiner le lien de causalité entre le crime en amont et ces derniers. Cela aurait été d'autant plus justifié que la doctrine majoritaire a démontré, de manière convaincante, l'inexistence de la provenance criminelle de ces valeurs dans le cas d'un faux dans les titres.

En conséquence, le banquier ne commettra pas un acte de blanchiment au sens de l'article 305<sup>bis</sup> CP, en acceptant des fonds qu'il sait constituer un dessous-de-table, si aucune autre infraction, qualifiée de crime en droit suisse, n'a été commise en amont. Cela étant, le banquier se souviendra que, même sans participer activement à l'évasion fiscale du client, il pourrait avoir à subir les conséquences, notamment réputationnelles, des mesures probatoires et/ou conservatoires qui pourraient être prononcées par les autorités suisses. On relèvera enfin que les conséquences pénales et disciplinaires de l'acceptation de dessous-de-table par le banquier pourraient connaître de substantielles modifications dans les temps à venir, modifications auxquelles il conviendra de prêter une attention particulière.

In einem kürzlich ergangenen Entscheid (BB.2008.81) hat das Bundesstrafgericht eine im Hinblick auf eine Einziehung erfolgte Beschlagnahme eines in der Schweiz gelegenen Bankkontos, dessen Guthaben aus Schwarzgeldzahlungen im Zusammenhang mit dem Verkauf einer im Ausland gelegenen Immobilie stammte, als zulässig angesehen. Das Gericht ging dabei davon aus, dass die Schwarzgeldzahlung das Produkt einer strafbaren Vortat, nämlich des Erschleichens einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB) sei und ihre Überweisung in die Schweiz den Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305<sup>bis</sup> StGB) erfülle. Die Erwägungen des Bundesstrafgerichts übersehen, dass Schwarzgeldzahlungen nicht als direktes Produkt eines solchen Gefährungsdelikts angesehen werden können. Folglich kann die Überweisung solcher Beträge auf ein Bankkonto in der Schweiz auch nicht den Tatbestand der Geldwäscherei erfüllen. Auch der schweizerische Bankier, der um den Schwarzgeldcharakter wusste, erfüllt den Tatbestand der Geldwäscherei nicht.