

Droit ou devoir de communication : le dilemme de l'intermédiaire financier

Emmanuel Chouchena (MLaw, Université de Fribourg)

Dieser Artikel untersucht die Komplexität der Pflichten von Finanzintermediären im Kampf gegen die Geldwäscherei - insbesondere die Beziehung zwischen dem Recht, Wahrnehmungen, die auf einen unrechtmässigen Ursprung der Vermögenswerte schliessen lassen, mitzuteilen (Art. 305ter Abs. 2 StGB) und der Pflicht einen begründeten Verdacht zu melden (Art. 9 GwG). Durch die Analyse der jüngsten Rechtsprechung und verschiedener Lehrmeinungen stellt der Autor die Schwierigkeiten fest, diese beiden Begriffe zu unterscheiden und die Unwirksamkeit, die sich aus ihrer Überlappung ergibt. Der Autor stellt auch zwei kürzliche Urteile des Bundesgerichts in den Vordergrund, die seiner Meinung nach nicht ausreichen, um die Situation wirklich zu klären.

Introduction

Avocats, banquiers, gestionnaires de fortune : de nombreux professionnels endossent le rôle d'intermédiaires financiers. Ces derniers sont majoritairement soumis à des obligations de confidentialité envers leurs clients ; ils encourent des sanctions pénales et contractuelles en cas de violation du secret professionnel. De surcroît, en rompant la relation d'affaires avec le client à la suite de suspicions, l'intermédiaire financier court le risque de rompre le *paper trail* et d'enfreindre les dispositions pénales relatives au blanchiment d'argent¹.

L'art. 305^{ter} al. 2 CP prévoit une solution à ce dilemme en autorisant les intermédiaires financiers à communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP. Lorsque ces soupçons sont « fondés », l'intermédiaire financier a alors

l'obligation d'en informer le MROS conformément à l'art. 9 LBA. La difficulté de ce système réside dans le fait que la distinction entre ces deux cas de figure est sujette à confusion, notamment dans la gradation entre le soupçon « simple » et le soupçon « fondé ». Dans la présente contribution, nous tâcherons de présenter ces deux notions et de délimiter les contours du régime de communication au MROS sur la base de différents avis doctrinaux et de la jurisprudence récente du TF.

I. Le droit de l'art. 305^{ter} al. 2 CP

Lorsque l'intermédiaire financier est en présence d'éléments fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, il a le droit de les communiquer (art. 305^{ter} al. 2 CP)². Cette disposition permet aux intermédiaires financiers de « communiquer aux autorités compétentes leurs observations, leurs doutes, et toutes pièces utiles qui les ont amenés [...] à penser que les fonds qui leur ont été remis sont d'origine criminelle »³. *A contrario* du devoir de l'art. 9 LBA et conformément au titre marginal de l'art. 305^{ter} CP, la disposition confère à l'intermédiaire financier un droit auquel il peut librement renoncer⁴.

Le principal critère de distinction entre les deux normes examinées dans le présent article réside dans l'intensité des soupçons connus par l'intermédiaire financier. Selon le CF, « [i] ne s'agit [...] ni de „preuves“ au sens strict, ni de suppositions ou d'impressions vagues »⁵. Il doit plutôt être en possession « d'éléments fondés de suspicion » pouvant être étayés auprès des autorités de poursuite pénale⁶. Par conséquent,

¹ Message du CF du 30 juin 1993 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), FF 1993 III 269, p. 315 (ci-après : « Message droit de communication »).

² *Idem*, p. 317 ; U. CASSANI, Droit pénal économique : éléments de droit suisse et transnational, Bâle 2020, n° 7.158 ; G. STRATENWERTH/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7^e éd., Berne 2013, §57 n° 60.

³ Message droit de communication, p. 317.

⁴ CASSANI (n. 2), n° 7.157.

⁵ Message droit de communication, p. 317.

⁶ *Ibidem* ; v. eg. A. M. GARBARSKI/Y. CONTI, Système de communication MROS : quo vadis ?, in : A. Macaluso et al. (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise III, Berne 2022, p. 15 ss, p. 23.

l'intermédiaire financier qui détient de tels éléments fondés de suspicion est autorisé à les communiquer sans devoir effectuer d'investigations plus approfondies en amont.

Néanmoins, la doctrine reste partagée en ce qui concerne l'intensité des soupçons nécessaires à fonder ce droit de communication. D'après EGGER TANNER, l'art. 305^{ter} al. 2 CP permet de signaler toute perception qui pourrait indiquer l'origine délictueuse des valeurs patrimoniales en question⁷. À l'inverse, KISTLER considère que le soupçon doit être sérieux, afin d'éviter une déclaration « faite à la légère », sans pour autant exiger une conviction absolue de l'origine criminelle des fonds⁸. En effet, un seuil trop bas expose les personnes injustement soupçonnées à de graves conséquences⁹. À mi-chemin entre ces deux auteurs, VON GLEICHENSTEIN propose une solution intermédiaire en préconisant de s'inspirer du degré de soupçon nécessaire pour établir un blanchiment d'argent par dol éventuel¹⁰. Le MROS, quant à lui, soutient dans son rapport annuel de 2012 qu'une simple probabilité, un doute ou un sentiment de malaise suffisent à retenir un « élément fondé de suspicion » au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP¹¹. Cette approche est toutefois sévèrement critiquée par la doctrine pour son caractère approximatif et éloigné du texte légal¹².

En définitive, il semble exister autant d'interprétations de la notion d'élément fondé de suspicion que d'auteurs de doctrine. Il paraît ainsi complexe d'établir

quelle solution est la bonne, bien que la proposition de VON GLEICHENSTEIN nous paraisse constituer un juste milieu entre les différents avis. En effet, un seuil trop bas irait à l'encontre de la volonté du CF qui ne souhaitait pas que l'art. 305^{ter} al. 2 CP représente une « autorisation générale de divulguer des informations confidentielles ou de dénoncer autrui »¹³. À l'inverse, un seuil trop élevé risquerait de brouiller la distinction entre les situations où l'intermédiaire financier a le droit de communiquer ses soupçons et celles où il en a l'obligation. Les risques associés à cette confusion seront examinés ci-dessous (*infra* III). À notre avis, le législateur doit donc réaliser un véritable exercice d'équilibriste afin de fixer un seuil d'intensité de « l'élément fondé de suspicion » au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP qui ne soit ni trop bas pour être conforme aux objectifs de la norme, ni trop élevé au point de lui faire perdre son utilité pratique.

II. Le devoir de l'art. 9 LBA

A. La notion

À la suite de l'adoption de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, le législateur a instauré à l'art. 9 LBA un devoir de communication de l'intermédiaire financier¹⁴. Cette disposition énumère un certain nombre de motifs fondant ce devoir de communiquer, le principal étant le cas où l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de « soupçons fondés », que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié¹⁵. La violation de ce devoir est réprimée à l'art. 37 LBA par une amende. L'art. 11 LBA vient compléter ce régime par une exclusion de la responsabilité pénale et civile en cas de communication de bonne foi¹⁶. Alors que l'art. 305^{ter} al. 2 CP requiert un « élément fondé de suspicion » l'art. 9 LBA nécessite un « soupçon fondé ». Selon le CF, un soupçon est « fondé » lorsqu'il existe « un signe concret ou plusieurs indices qui font craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales »¹⁷. Pour

⁷ C. EGGER TANNER, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei – Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, thèse, Zurich 1999, p. 305.

⁸ M. KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières – Étude de l'article 305^{ter} du Code pénal suisse, thèse Lausanne, Zurich 1994, p. 259.

⁹ *Ibidem* ; du même avis : N. C. Herren, L'obligation de communiquer : les « soupçons fondés » de l'art. 9 LBA, SJ 2019 II p. 107 ss, p. 124.

¹⁰ N. VON GLEICHENSTEIN, Strafrechtliche Bankhaftung – Anforderungen an organisatorische Vorkehrungen der Banken zur Verhinderung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 102 StGB, thèse, Berne 2011, p. 108.

¹¹ Rapport annuel du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, 2012, in : <https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/fr/data/kriminalitaet/geldwaesche-rei/jabe/jb-mros-2017-f.pdf.download.pdf/jb-mros-2017-f.pdf> (consulté le 7 avril 2024), p. 10 ; v. eg : GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 24.

¹² C. LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, n° 605 ; MATTHEY, (n. 21), p. 128.

¹³ Message droit de communication (n. 1), p. 317.

¹⁴ B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse – Vol. II, 3^e éd., Berne 2010, p. 652 n° 14.

¹⁵ CASSANI (n. 2), n° 7.158 ; L. GERBER, Droit et obligation de communiquer, in : T. Erez/F. Giorgetti Nasciuti (édit.), Compliance Management – Una guida per il settore finanziario, Bâle 2010, p. 241 ss, p. 248.

¹⁶ GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 23.

¹⁷ Message du CF du 17 juin 1996 relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le

que le soupçon soit fondé, il n'est pas nécessaire qu'il « confine à la certitude »¹⁸, ou qu'il atteigne un niveau de probabilité déterminé¹⁹.

B. La jurisprudence du TF

Le TF est venu perturber le *statu quo* dans un arrêt de 2008 qui a compliqué davantage l'évaluation de l'intensité du soupçon nécessaire pour provoquer l'obligation de communication de l'art. 9 LBA. En effet, notre Haute Cour a jugé, dans un arrêt non publié, qu'un « simple doute » suffit à ce que l'intermédiaire financier ait l'obligation de communiquer ses soupçons au MROS en vertu de l'art. 9 LBA²⁰. Cet abaissement du seuil déclenchant l'obligation de communiquer a été vivement critiqué par la doctrine²¹, à raison selon nous. En effet, cet arrêt prête à confusion et va à l'encontre de la volonté du législateur²² qui souhaitait fixer un seuil relativement élevé pour atteindre le soupçon fondé²³.

Deux arrêts récents du TF se sont penchés une nouvelle fois sur cette question. Le premier a conclu que l'interprétation large de la notion de « soupçon fondé » était conforme au principe de la légalité, et que cette interprétation « n'est pas extensive au point de modifier de manière substantielle les conditions d'application de l'art. 9 LBA »²⁴. Le second arrêt indique que le « simple doute » susmentionné doit d'abord être clarifié au sens de l'art. 6 al. 2 LBA, et ne suffit pas à lui seul pour déclencher l'obligation de communiquer²⁵. À notre avis, ces deux arrêts semblent atténuer l'effet de la décision de 2008 et son interprétation préoccupante du « simple doute ». Néanmoins, nous partageons l'opinion de GARBARSKI

et CONTI, qui regrettent que le TF n'apporte pas davantage de clarté concernant cette situation incertaine²⁶. Dans ces arrêts, le TF se contente, à notre avis, de préciser ce que l'on pouvait déjà déduire de sa jurisprudence antérieure et de l'art. 9 al. 1^{quater} LBA, alors qu'on aurait pu s'attendre à ce qu'il infirme ouvertement son interprétation de l'arrêt de 2008 ou qu'il éclaircisse la situation une fois pour toutes. En tout état de cause, notre Haute Cour commence son analyse, tant en 2021 qu'en 2023, en rappelant que « la notion de « soupçons fondés » est sujette à interprétation²⁷ ». Cette affirmation souligne une fois de plus le caractère nébuleux de la qualification du soupçon nécessaire à l'application de l'art. 9 LBA.

III. L'articulation entre droit et devoir de communication

L'art. 305^{ter} al. 2 CP ne s'applique que dans les cas où il n'y a pas d'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA²⁸. Il est alors crucial de déterminer où se situe la limite entre ces deux dispositions. Selon la doctrine, l'art. 305^{ter} al. 2 CP et l'art. 9 LBA ne s'opposent pas, mais constituent en fait deux étapes d'une même gradation dans le sens de l'aggravation du soupçon²⁹. Le CF semble être du même avis lorsqu'il défend que le droit de communication au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP et l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA « doivent être compris comme des degrés différents d'une même conception »³⁰. Outre la dénomination (« éléments fondés de suspicion » et « soupçons fondés ») qui peut prêter à confusion, il est en réalité très complexe de distinguer clairement les degrés de soupçon nécessaires à l'application de ces deux dispositions. Cela n'est guère surprenant, dès lors que le soupçon est une notion hautement subjective et qu'il semble alors pratiquement impossible de définir des critères uniformes et exhaustifs³¹. Ce qui peut être « fondé » pour un intermédiaire financier ne l'est pas nécessairement pour son collègue³².

secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), FF 1996 II 1057, p. 1086 (ci-après : « Message LBA »).

¹⁸ *Ibidem* ; TF, arrêt du 5 décembre 2023, 6B_1176/2022 c. 4.2.2.

¹⁹ CASSANI (n. 2), n° 7.135.

²⁰ TF, arrêt 4A_313/2008 du 27 novembre 2008 c. 4.2.2.3 ; confirmé par l'arrêt 1B_433/2017 du 21 mars 2018 c. 4.9 ; v. ég. : HERREN (n. 9), p. 117 ss.

²¹ HERREN (n. 9), p. 107 s ; M. KUSTER, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, Jusletter du 26 juin 2017, n° 29 ; S. MATTHEY, La communication de soupçons au MROS : du droit à l'obligation, RSDA 2/2018 p. 125 ss, p. 129 s.

²² Message LBA, p. 1086 ss ; BO 1997, n° 325.

²³ Du même avis : GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 27 ; HERREN (n. 9), p. 126 ; KUSTER (n. 21), n° 29 ; MATTHEY (n. 21), p. 129 s.

²⁴ ATF 147 IV 274 [fr.] c. 2.3.2, non publié au JdT.

²⁵ TF, arrêt du 5 décembre 2023, 6B_1176/2022 c. 4.2.2 ; v. eg. ATF 147 IV 274 [fr.] c. 2.1.3, non publié au JdT.

²⁶ GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 37.

²⁷ ATF 147 IV 274 [fr.] c. 2.1.3, non publié au JdT ; TF, arrêt du 5 décembre 2023, 6B_1176/2022 c. 4.2.2.

²⁸ STRATENWERTH/BOMMER (n. 2), §57 n° 59.

²⁹ KUSTER (n. 21), n° 15 ; S. ORDOLLI, Le bureau de communication en matière de blanchiment d'argent : évolution récente et perspectives, in : Augsburger-Bucheli Isabelle (édit.), Blanchiment d'argent : actualité et perspectives suisses et internationales, Genève/Paris 2014, p. 45 ss, p. 69 ; VON GLEICHENSTEIN (n. 10), p. 106.

³⁰ Message LBA, p. 1087.

³¹ KUSTER (n. 21), n° 36 ; ORDOLLI (n. 29), p. 67.

³² ORDOLLI (n. 29), p. 68.

Le caractère imprécis de la notion de soupçon a été critiqué tant par le MROS en 2007³³, que par le GAFI en 2016³⁴. Le MROS préconise de ne pas ériger de barrières excessivement élevées pour la communication de soupçons fondés au sens de l'art. 9 LBA³⁵. L'autorité considère que le soupçon devrait être fondé lorsque, à la suite de clarifications supplémentaires au sens de l'art. 6 LBA, « l'intermédiaire financier présume ou du moins ne saurait exclure que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle »³⁶. Notons toutefois un développement positif : le nouvel art. 9 al. 1^{quater} LBA va dans ce sens et permet donc de tempérer les inquiétudes du MROS à cet égard.

Le GAFI, quant à lui, recommande de clarifier le cadre législatif dans l'optique de préciser la distinction entre droit et obligation de communiquer et surtout d'éviter qu'un même degré de soupçon relève de deux régimes juridiques³⁷. De plus, en 2013, un rapport du Secrétariat d'État aux questions financières internationales avait proposé de supprimer l'art. 305^{ter} al. 2 CP en réponse aux recommandations du GAFI à ce sujet³⁸. Ce dernier a toutefois été vivement critiqué en procédure de consultation et n'a finalement pas été retenu³⁹. Au demeurant, le récent Message concernant la modification de la LBA a confirmé le souhait du CF de conserver l'art. 305^{ter} al. 2 CP dans sa forme actuelle, tout en cherchant à clarifier la distinction entre droit et devoir de communiquer par le biais du nouvel art. 9 al. 1^{quater} LBA⁴⁰. Celui-ci codifie l'interprétation

jurisprudentielle de la notion de « soupçons fondés » à la manière de l'art. 20 OBA⁴¹. Bien que cette disposition aille dans la bonne direction, elle nous semble insuffisante pour dissiper la confusion existante.

En définitive, nous constatons que la distinction entre droit et devoir n'est toujours pas clairement établie et que malgré de nombreux rapports, recommandations et modifications législatives, on peine encore à déterminer avec précision où le seuil se situe. La doctrine reste critique concernant le caractère imprécis de cette distinction⁴². D'un point de vue pratique, ORDOLLI rapporte qu'une analyse d'un échantillon de communications reçues par le MROS en 2012 démontre qu'il arrive que l'art. 9 LBA soit invoqué pour communiquer des soupçons simples, et que l'art. 305^{ter} al. 2 CP soit utilisé pour transmettre des soupçons fondés⁴³. Encore une preuve qu'en l'état, il est bien difficile pour l'intermédiaire financier de se départir de ce double régime. Étant donné l'absence de consensus sur la limite entre le droit et le devoir de communication, l'intermédiaire se considérera certainement dans une situation de devoir et communiquera systématiquement ses doutes afin de minimiser son risque⁴⁴. Dans ces circonstances, il est légitime de craindre que, comme l'exprime CHAPUIS, le droit de communication de l'intermédiaire financier devienne « lettre morte⁴⁵ ».

Conclusion

Cet article démontre que les rapports entre le droit de communiquer de l'art. 305^{ter} al. 2 CP et le devoir de communiquer de l'art. 9 LBA sont pour le moins complexes. En l'état actuel de la conception jurisprudentielle du « soupçon fondé », le seuil est fixé tellement bas qu'il est quasiment impossible de le distinguer de « l'élément fondé de suspicion », ce qui semble faire perdre son intérêt à l'art. 305^{ter} al. 2 CP. Les intermédiaires financiers ont tout intérêt à communiquer les indices en leur possession pour éviter des poursuites au sens des art. 9 et 37 LBA. Sachant que l'art. 305^{ter} al. 2 CP ne se veut pas une autorisation générale de divulguer des informations

³³ Rapport annuel du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, 2007, in : <https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/fr/data/kriminalitaet/geldwaesche-rei/jabe/jb-mros-2007-f.pdf.download.pdf/jb-mros-2007-f.pdf> (consulté le 7 avril 2024), p. 3 (ci-après : « Rapport MROS 2007 »).

³⁴ GAFI : Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme – Suisse – Rapport d'évaluation mutuelle – Décembre 2016, in : <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/mer-suisse-2016.pdf.coredownload.pdf> (consulté le 7 avril 2024), p. 113 ; v. eg : GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 29 (ci-après : « Rapport GAFI »).

³⁵ Rapport MROS 2007, p. 3.

³⁶ *Ibidem* ; v. eg : HERREN (n. 9), p. 121 ; MATTHEY (n. 21), p. 128 ; ORDOLLI (n. 29), p. 67.

³⁷ Rapport GAFI, p. 113.

³⁸ cf. MATTHEY (n. 21), p. 127.

³⁹ SFI, Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 – Rapport sur les résultats de la procédure de consultation (du 27 février au 1^{er} juillet 2013), in : https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6012/145/cons_1/doc_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6012-145-cons_1-doc_6-fr-pdf-a.pdf (consulté le 7 avril 2024), p. 56 s.

⁴⁰ Message du CF du 26 juin 2019 concernant la modificati-

on de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2019 p. 5237 ss, p. 5264.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² J-P. CHAPUIS, Le droit de communication du financier, RPS 1995 p. 256 ss, p. 264 ; STRATENWERTH/BOMMER (n. 2), §57 n° 60 ; VON GLEICHENSTEIN (n. 10), p. 108.

⁴³ ORDOLLI (n. 29), p. 70.

⁴⁴ CHAPUIS (n. 42), p. 271 ; HERREN (n. 9), p. 126.

⁴⁵ CHAPUIS (n. 42), p. 271.

confidentielles ou de dénoncer autrui, le système actuel va à l'encontre de la volonté du législateur. Il y a donc matière à s'inquiéter de l'ineffectivité de la coexistence entre ces deux dispositions légales et de l'instabilité qui découle de leurs contours mal définis.

Nous partageons l'opinion de GERBER, selon lequel, en gardant à l'esprit l'objectif principal de tout ce dispositif, l'important est que les soupçons soient dénoncés, peu importe la voie choisie⁴⁶. Cependant, du point de vue de la sécurité juridique et de l'applicabilité pratique du système, une telle confusion entre droit et devoir nous semble préoccupante. À notre avis, une révision législative s'impose pour véritablement clarifier la situation.

⁴⁶ GERBER (n. 15), p. 252.