



La valeur patrimoniale sujette à confiscation ou à restitution en procédure pénale

État des lieux de la jurisprudence et défis actuels

BENOÎT MAURON*

Le renforcement des mesures visant à lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent a élargi le champ d'application des dispositions pénales permettant la confiscation ou la restitution de valeurs provenant d'une infraction. Cette évolution a conduit les tribunaux à se prononcer sur la portée de ces institutions, mais également sur leurs limites. Nombre de questions demeurent toutefois irrésolues. L'une d'entre elles concerne l'intensité du rapport de connexité avec l'infraction nécessaire pour saisir des valeurs de remplacement, notamment dans le domaine bancaire. Une autre porte sur le caractère saisissable de certains types de valeurs patrimoniales, en particulier la diminution du passif (remboursement de dette) ou la non-augmentation du passif (économie induite), singulièrement pour les infractions fiscales. Cette contribution offre des pistes de réflexion sur ces deux sujets et propose des ébauches de solution au regard de la jurisprudence actuelle.

Die Verstärkung der Massnahmen zur Bekämpfung von Korruption und Geldwäscherei hat den Anwendungsbereich der Strafbestimmungen erweitert, die die Einziehung oder Herausgabe von aus einer Straftat stammenden Vermögenswerten ermöglichen. Aufgrund dieser Entwicklung befassen sich die Gerichte mit der Tragweite dieser Institute, aber auch mit deren Grenzen. Viele Fragen bleiben dennoch offen. Eine davon betrifft die für die Einziehung von Surrogaten erforderliche Intensität des Zusammenhangs zum Delikt, insbesondere im Bankensektor. Eine weitere Frage bezieht sich auf die Einziehbarkeit bestimmter Arten von Vermögenswerten, besonders jener der Verminderung der Passiven (Schuldenrückzahlung) und der Nichtvermehrung der Passiven (ungerechtfertigte Ersparnisse); in letzterem Fall ist dies vor allem für Steuerdelikte relevant. Dieser Beitrag gibt Denkanstösse zu diesen beiden Themen und schlägt Lösungsansätze unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung vor.

Plan

- I. Introduction générale
 - A. Confiscation (art. 70 CP) et allocation au lésé (art. 73 CP)
 - B. Restitution au lésé (art. 70 ch. 1 *in fine* CP)
- II. Rapport de causalité entre les valeurs et l'infraction
 - A. Valeurs originales provenant de l'infraction
 1. Exigences communes à la restitution et à la confiscation
 2. Exigences supplémentaires pour la confiscation
 - B. Valeurs de remplacement destinées à circuler (*unechte Surrogate*)
 - C. Valeurs de remplacement réelles (*echte Surrogate*)
 - D. Confiscation ou restitution de créances bancaires : exigence de trace documentaire ?
- III. Type de valeurs patrimoniales sujettes à confiscation ou à restitution
 - A. Non-augmentation du passif (économie induite)
 - B. Diminution du passif (remboursement d'une dette de l'auteur)
 - C. Recommandations en guise de conclusion

I. Introduction générale

Le recouvrement d'actifs est généralement au cœur de toute affaire de droit pénal économique et constitue l'un des principaux objectifs du lésé. Le droit pénal suisse connaît trois institutions distinctes et mutuellement exclusives permettant de dédommager une partie dont les droits civils ont été atteints par une infraction pénale, à savoir :

1. la restitution de valeurs patrimoniales au lésé (art. 70 ch. 1 *in fine* CP) ;
2. la confiscation de valeurs patrimoniales et leur allocation au lésé (art. 70 *cum* 73 CP) ; et
3. la créance compensatrice et son allocation au lésé (art. 71 *cum* 73 CP).

Ces institutions permettent, directement ou indirectement, de rétablir le lésé dans ses droits civils atteints par l'infraction. Malgré leur importance, elles n'occupent que quatre brèves dispositions légales (art. 70, 71, 72 et 73 CP), complétées par des dispositions procédurales (art. 263 ss CPP pour les mesures conservatoires et art. 376 ss CPP pour les procédures indépendantes).

Le caractère sommaire de la réglementation a fréquemment poussé la jurisprudence à interpréter ces dispositions extensivement, allant parfois jusqu'à faire œuvre de législateur pour éviter des situations insatisfaisantes. Cependant, l'ingéniosité des contrevenants et l'accroissement de la sophistication des infractions économiques met le bon fonctionnement du mécanisme à rude épreuve et pousse donc les tribunaux dans leurs retranchements. Ces derniers ont parfois dû constater leur impuissance à étendre encore le champ d'application de dispositions qui ont été promulguées en 1994¹ et n'ont que peu changé, le contexte ayant en revanche considérablement évolué

* BENOÎT MAURON, LL.M. (Columbia Law School, NY), avocat, LALIVE, Genève.

¹ Message concernant la modification du CP et du CPM, révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle,

depuis avec le renforcement des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent et la récente course à la transparence fiscale. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence tâtonne et n'ait pas encore décidé d'appréhender ou non certains actifs jusqu'alors hors du champ de la confiscation ou de la restitution, en particulier la non-augmentation du passif et la diminution du passif.

Pour bien comprendre la discussion, nous présentons succinctement le but et le mode de fonctionnement de la confiscation (I.A.) et de la restitution (I.B.), ainsi que leurs conditions d'application. Nous ne traiterons en revanche pas de la créance compensatrice dans la mesure où cette dernière ne confère pas au lésé de droit de recouvrement préférentiel par rapport aux créanciers ordinaires de l'auteur (ou du tiers)².

Nous analyserons ensuite plus spécifiquement l'exigence du rapport de causalité devant exister entre l'infraction et les valeurs à confisquer ou à restituer (II.), notamment lorsque les valeurs originales ont été remplacées par d'autres actifs dans le patrimoine de l'auteur (II.B. et II.C.). Nous nous intéresserons à cette occasion au traitement que la jurisprudence réserve aux actifs bancaires, qui font fréquemment l'objet de ces mesures en pratique (II.D.).

Une fois ces principes rappelés, nous confronterons la définition classique des valeurs susceptibles de confiscation ou de restitution (III.) avec la pratique parfois incohérente du Tribunal fédéral, singulièrement lorsque les valeurs à appréhender consistent en une non-augmentation du passif (III.A.) ou une diminution du passif (III.B.). Nous concluons par une proposition d'uniformisation afin de mettre un terme à l'insécurité juridique régnant depuis un certain temps sur ces questions (III.C.).

A. Confiscation (art. 70 CP) et allocation au lésé (art. 73 CP)

La confiscation pénale (art. 70 CP) sert des motifs d'éthique sociale, commandant que l'auteur d'une infraction soit privé de tout enrichissement en résultant³. Cette institution concrétise l'adage selon lequel le crime ne doit pas payer⁴ et constitue une mesure prise dans l'intérêt de

l'ordre public et des bonnes mœurs, non pour satisfaire une prétention de droit privé⁵.

Très schématiquement, la confiscation de valeurs patrimoniales suppose (i) la réalisation des conditions objectives et subjectives⁶ d'une infraction (un crime, un délit ou même une contravention), (ii) des valeurs patrimoniales, (iii) un rapport de connexité entre les valeurs patrimoniales et l'infraction et (iv) l'absence de cause d'exclusion (notamment la restitution immédiate des valeurs au lésé en rétablissement de ses droits selon l'art. 70 ch. 1 *in fine* CP)⁷.

Une fois la confiscation devenue définitive, les valeurs échoient à la collectivité publique sauf si d'éventuels lésés en sollicitent et en obtiennent l'allocation conformément à la procédure prévue à l'art. 73 CP⁸. L'allocation suppose notamment que le lésé soit en possession d'une décision exécutoire (valant titre de mainlevée définitive⁹) reconnaissant ses prétentions civiles contre l'auteur. Cette décision peut émaner d'une juridiction civile ou de l'autorité pénale statuant sur prétentions civiles adhésives¹⁰.

B. Restitution au lésé (art. 70 ch. 1 *in fine* CP)

La restitution au lésé a pour but de remettre ce dernier dans la situation patrimoniale qui était la sienne avant que l'infraction pénale ne lèse son patrimoine, à savoir de le « rétablir dans ses droits »¹¹. Si les valeurs identifiées par l'autorité pénale proviennent du patrimoine d'un lésé particulier et que les droits civils de ce dernier sur ces valeurs sont avérés ou incontestés, elles lui seront restituées (art. 70 ch. 1 *in fine* CP) sans devoir être préalablement confisquées (art. 267 CPP) puisque la restitution prime la confiscation¹².

droit de communication du financier ; FF 1993 III 269 (cit. Mess. CP CPM).

² TF, 5A_204/2015, 15.1.2016, in : SJ 2016 I 157.

³ GEORGIOS PAVLIDIS, Confiscation internationale : instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse, thèse Genève, Genève 2012, 208 s.

⁴ ATF 140 IV 57 c. 4.1.1 et les références.

⁵ TF, 6B_938/2013, 10.2.2014, c. 1.3.1.

⁶ ATF 141 IV 155 c. 4.1.

⁷ SIMONE NADELHOFER DO CANTO, Quelques aspects de la confiscation selon l'art. 70 al. 2 CP, RPS 2008, 302 ss, 305 s.

⁸ TF, 6B_53/2009, 24.8.2009, c. 2.6.

⁹ MARC THOMMEN, art. 73 StGB N 60, in : Jürg-Beat Ackermann (édit.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisation, Tome 1, Zurich 2018 (cit. auteur, Kom. Krim. Vermögen) ; NIKLAUS SCHMID, art. 73 StGB N 55, in : NIKLAUS SCHMID (édit.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Tome I, 2^e éd., Zurich 2007 (cit. SCHMID).

¹⁰ STÉPHANE ABBET, art. 80 LP N 8, in : Stéphane Abbet/Ambre Veuillet (édit.), La mainlevée de l'opposition, Commentaire des articles 79 à 84 LP, Berne 2017.

¹¹ Mess. CP CPM (n. 1), 300.

¹² ATF 128 I 129 c. 3.1.2 ; cf. ég. ATF 139 IV 209 c. 5.3 ; cf. ég. BSK StGB I-BAUMANN, art. 70/71 N 49, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2013 (cit. BSK StGB I-auteur).

Si les droits du lésé sur les valeurs à restituer sont incontestés, la restitution peut être ordonnée par l'autorité pénale à tout stade de la procédure, y compris par le ministère public avant que l'instruction ne soit close (art. 267 al. 2 CPP). En revanche, si plusieurs personnes prétendent avoir des droits concurrents sur les valeurs, seul le tribunal pénal, offrant les garanties d'un juge indépendant de l'art. 6 CEDH, peut ordonner la restitution. Le ministère public ne le peut pas¹³. De surcroît, le tribunal pénal ne peut ordonner la restitution que « *dans les cas où la situation juridique est suffisamment établie* »¹⁴ (art. 267 al. 4 CPP), par exemple lorsque les prétentions concurrentes sont manifestement infondées¹⁵.

Faute de clarté suffisante, à savoir lorsqu'il existe un doute sur l'identité du véritable ayant droit, le tribunal ou le ministère public attribuera (sans toutefois les remettre effectivement) les valeurs patrimoniales au possesseur originaire (si tant est qu'il existe, ce qui est douteux en matière bancaire) ou à la personne ayant apparemment les meilleurs droits civils¹⁶ et impartira aux autres revendiquants un délai pour saisir le juge civil (art. 267 al. 5 CPP)¹⁷. La décision d'attribution à l'un des revendiquants n'est toutefois que provisoire, puisque les valeurs en question ne seront effectivement remises à l'intéressé qu'à l'issue de la procédure civile ou si l'autre revendiquant n'initie pas une telle procédure dans le délai imparti. Pour cette raison, l'autorité pénale ne doit procéder qu'à un examen sommaire des prétentions civiles¹⁸.

II. Rapport de causalité entre les valeurs et l'infraction

A. Valeurs originales provenant de l'infraction

1. Exigences communes à la restitution et à la confiscation

Pour ordonner la restitution ou la confiscation d'une valeur patrimoniale, la jurisprudence exige traditionnellement qu'il existe un lien de causalité entre l'infraction et

l'obtention des valeurs patrimoniales, la seconde devant être la conséquence « *directe et immédiate* » de la première¹⁹. La jurisprudence préfère parfois recourir à la notion de causalités naturelle et adéquate entre l'infraction et l'acquisition de valeurs²⁰, cette notion n'étant toutefois pas identique à celle ayant cours en matière de responsabilité civile, dans la mesure où il n'est pas nécessaire que l'acquisition de valeur ait été prévisible pour que la confiscation ou la restitution puisse être ordonnée²¹.

2. Exigences supplémentaires pour la confiscation

De manière contradictoire avec l'exigence de provenance *directe et immédiate*, la jurisprudence a considéré à plusieurs reprises que des valeurs résultant seulement *indirectement* d'une infraction pouvaient néanmoins être confisquées²². Par exemple, des valeurs reçues en exécution d'un contrat dont la conclusion a été obtenue par des actes corruptifs peuvent être confisquées²³ bien qu'elles ne proviennent pas directement de l'infraction. En revanche, les valeurs ne peuvent pas être considérées comme le résultat de l'infraction lorsque celle-ci n'a que facilité leur obtention ultérieure par un acte subséquent sans lien de connexité immédiate avec elle²⁴.

Le Tribunal fédéral a récemment admis que sa jurisprudence n'était pas uniforme en ce qui concerne l'intensité du rapport de causalité qui doit exister entre l'infraction et les valeurs à confisquer. Sans mettre définitivement fin au débat, il a toutefois utilement précisé qu'une valeur ne peut être saisie que si elle peut à tout le moins être rattachée à l'infraction, ce qui n'est pas le cas si l'avantage aurait également été acquis sans l'infraction²⁵. Cette même réflexion a conduit notre Haute Cour à considérer, dans un arrêt antérieur, que des valeurs ne pouvaient être confisquées au motif que l'autorité pénale avait failli à démontrer que ces valeurs, provenant d'une activité corruptive avérée, ne seraient pas également échues à l'auteur même si aucune infraction n'avait été commise²⁶. Dans

¹³ TF, 1B_298/2014, 21.11.2014, c. 3.2, in : SJ 2015 I 277.

¹⁴ CR CPP-LEMBO/JULEN BERTHOD, art. 267 N 17, in : André Kuhn/Yvan Jeanneret (édit.), Code de procédure pénale, Commentaire Romand, Bâle 2011.

¹⁵ TF, 1B_288/2017, 26.10.2017, c. 3.

¹⁶ TF, 1B_298/2014, 21.11.2014, c. 3.2, in : SJ 2015 I 277.

¹⁷ YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018, N 14077, 88.

¹⁸ TF, 1B_298/2014, 21.11.2014, c. 3.2, in : SJ 2015 I 277.

¹⁹ ATF 140 IV 57 c. 4.1.1 ; 144 IV 1 c. 4.2.1.

²⁰ ATF 141 IV 155 c. 4.1 ; 138 IV 1 c. 4.2.3.2 ; 136 IV 4 c. 6.6 et 13.

²¹ TF, 6B_1091/2017, 15.8.2018, c. 2.8.2 (destiné à la publication).

²² ATF 144 IV 1 c. 4.2.2 : « [L]es valeurs patrimoniales confisquables se rapportent à tous les avantages économiques illicites obtenus directement ou indirectement au moyen d'une infraction » ; 137 IV 79 c. 3.2 ; 125 IV 4 c. 2a/bb ; 120 IV 365 c. 1d ; TF, 6B_1099/2014, 19.8.2015, c. 2.2 ; 1B_713/2012, 21.5.2013, c. 4.2.

²³ ATF 137 IV 79 c. 3.2 ; TF, 6B_1099/2014, 19.8.2015, c. 2.2.

²⁴ ATF 140 IV 57 c. 4.1.1 ; 137 IV 79 c. 3.2 ; TF, 6B_425/2011, 10.4.2012, c. 5.3.

²⁵ TF, 6B_1091/2017, 15.8.2018, c. 2.8.3 (destiné à la publication).

²⁶ ATF 137 IV 79 c. 3.2, in : JdT 2011 IV 385.

le cas d'espèce, les valeurs en question avaient non seulement été attribuées en exécution d'un contrat dont la conclusion avait été favorisée par la corruption, mais également en vertu de décisions administratives dont rien ne démontrait qu'elles n'auraient pas également été rendues sans l'acte corruptif²⁷.

Fort de ce principe, le Tribunal fédéral a donc récemment confirmé une décision cantonale refusant de confisquer des valeurs que les frères et sœurs de deux parents assassinés par leur enfant unique ont transférées à ce dernier par prélèvement sur la masse successorale²⁸. Le transfert de ces valeurs est intervenu en exécution d'une convention, conclue après les faits mais avant que l'auteur ne soit condamné, entre les frères et sœurs d'une part et l'assassin d'autre part, par laquelle ce dernier renonçait à sa qualité d'héritier en contrepartie de l'attribution des valeurs litigieuses²⁹. Dans sa motivation, notre Haute Cour expose que cette convention est en tout point licite car elle n'attribue qu'une faible part de la masse active à l'auteur et ne contourne donc pas les règles sur l'indignité (art. 540 CC)³⁰. Cette convention constitue ainsi une cause licite surpassant l'infraction et légitimant ainsi l'acquisition des valeurs³¹.

La jurisprudence exige donc un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'infraction et l'acquisition des valeurs, mais exonère celles-ci de la confiscation lorsque l'auteur peut être mis au bénéfice d'une causalité alternative (ou cumulative) avec une origine licite³². Aussi, des valeurs ne peuvent pas être confisquées si elles proviennent non seulement d'une infraction mais également d'une source licite, dans la mesure toutefois où cette dernière n'existe pas uniquement grâce à la première. Autrement dit, une origine licite prime une origine illicite lorsque les deux existent indépendamment l'une de l'autre. Nous saluons cette interprétation, qui respecte la propriété privée dès que celle-ci est acquise licitement sans pour autant fouler au pied le principe selon lequel l'État doit s'assurer que le crime ne paie pas. L'interprétation actuelle de la notion de causalité permet à ces deux principes de coexister harmonieusement. De plus, elle évite de conférer à la confiscation un caractère répressif prépondérant qui est étranger au but de l'institution.

La notion de causalité telle que définie ci-dessus s'applique exclusivement aux valeurs originales provenant directement³³ ou indirectement³⁴ de l'infraction. En effet, la jurisprudence a développé des aménagements particuliers pour les valeurs dites « *de remplacement* » (ou succédanés, *Surrogate*) prenant la place des valeurs originales dans le patrimoine de l'auteur ou du tiers bénéficiaire (la voiture volée est vendue et est remplacée par le produit de sa vente). La faculté pour l'autorité pénale de restituer, respectivement de confisquer, des valeurs de remplacement est limitée et dépend de la nature de la valeur de remplacement, ainsi que nous le verrons dans les chapitres suivants.

B. Valeurs de remplacement destinées à circuler (*unechte Surrogate*)

Les valeurs de remplacement destinées à circuler sont des valeurs « *au sens abstrait du mot* »³⁵, à savoir des billets de banque, devises, chèques, avoirs bancaires ou toute autre créance qui remplacent une valeur originale de même nature³⁶. Selon une lecture stricte de cette définition, des avoirs bancaires cessent donc d'être le produit direct de l'infraction dès qu'ils sont transférés auprès d'une autre banque, dans la mesure où la créance du déposant en paiement d'un montant identique à celui déposé auprès de la première banque s'éteint (sauf lorsque celle-ci recréde immédiatement et intégralement le compte) dès le transfert des fonds, faisant naître, cas échéant, une créance distincte contre la banque récipiendaire.

Selon la doctrine quasiment unanime et la jurisprudence du Tribunal fédéral, la *confiscation* doit également appréhender les valeurs de remplacement destinées à circuler³⁷ afin d'éviter que l'auteur ne puisse conserver l'enrichissement découlant de son infraction en transformant la valeur originale.

Quant à la *restitution*, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral prévoit qu'elle peut aussi porter sur des valeurs de remplacement destinées à circuler³⁸, moyennant que leur origine et leurs mouvements puissent être clairement établis³⁹. Plusieurs auteurs critiquent cepen-

²⁷ ATF 137 IV 79 c. 3.2, in : JdT 2011 IV 385.

²⁸ TF, 6B_1091/2017, 15.8.2018, c. 2.8.3 et 2.8.4 (destiné à la publication).

²⁹ TF, 6B_1091/2017, 15.8.2018, c. 2.3 (destiné à la publication).

³⁰ TF, 6B_1091/2017, 15.8.2018, c. 2.5.2 (destiné à la publication).

³¹ TF, 6B_1091/2017, 15.8.2018, c. 2.8.4 (destiné à la publication).

³² TF, 6B_1091/2017, 15.8.2018, c. 2.8.3 (destiné à la publication) ; ATF 137 IV 79 c. 3.2, in : JdT 2011 IV 385.

³³ *Supra* II.A.

³⁴ *Supra* II.2.

³⁵ Mess. CP CPM (n. 1), 300.

³⁶ SCHMID (n. 9), art. 70–72 StGB N 50 ; BSK StGB I-BAUMANN (n. 12), art. 70/71 N 40.

³⁷ ATF 126 I 97 c. 3c/cc ; BSK StGB I-BAUMANN (n. 12), art. 70/71 N 40.

³⁸ TF, 6B_344/2007, 1.7.2008, c. 3.3.

³⁹ TF, 6B_17/2011, 18.8.2011, c. 2 ; cf. ég. TF, 6S.68/2004, 9.8.2005, c. 7.2.4.

dant cette opinion, puisqu'elle confère au lésé un privilège de recouvrement par rapport aux autres créanciers de l'auteur de l'infraction, privilège jugé exorbitant par rapport au texte et au but de la restitution. Ces auteurs considèrent pour cette raison que la restitution ne devrait porter que sur le produit original et non sur des valeurs de remplacement, fussent-elles destinées à circuler⁴⁰.

C. Valeurs de remplacement réelles (*echte Surrogate*)

Constitue une valeur de remplacement réelle (*echte Surrogate*) toute valeur de remplacement qui n'est pas destinée à circuler, y compris toute valeur (abstraite ou réelle) remplaçant une valeur réelle⁴¹.

Jurisprudence et doctrine unanimes s'accordent sur le fait que la *restitution* ne peut pas porter sur des valeurs de remplacement réelles⁴². La situation serait en effet aberrante si un lésé s'étant fait voler sa voiture se voyait restituer des appareils auditifs sur mesure achetés par l'auteur grâce au produit de la vente. Ces appareils auditifs lui seraient non seulement parfaitement inutiles, mais leur valeur de marché serait en outre largement inférieure à celle de la voiture vu leur inutilité pour toute autre personne que celle pour laquelle ils ont été créés.

Au contraire, la jurisprudence constante et la doctrine dominante considèrent que la *confiscation* peut et doit porter sur des valeurs de remplacement réelles⁴³. Cela se comprend aisément puisque la confiscation vise principalement à priver l'auteur de tout enrichissement, non à rétablir le lésé dans ses droits⁴⁴, de sorte que la nature et la valeur de l'actif concerné est indifférente. Aussi, dans l'hypothèse présentée précédemment, l'autorité pénale est tenue de confisquer les appareils auditifs lorsqu'il est démontré qu'ils ont pris la place de la voiture volée dans le patrimoine de l'auteur⁴⁵. Si les objets confisqués n'ont pas de prix de marché déterminable, l'autorité doit les réaliser et en allouer le prix de réalisation au lésé sollici-

tant l'allocation⁴⁶. Ce dernier ne pourra cependant pas se voir allouer une créance compensatrice pour le découvert, dans la mesure où rien ne justifie de priver l'auteur de plus que ce que lui a procuré l'infraction. Le lésé devra donc agir contre l'auteur par la voie civile pour recouvrer le solde de son préjudice. Il en ira en revanche différemment si l'acquisition des appareils auditifs ne s'est pas faite aux conditions du marché (donation mixte), auquel cas l'autorité pénale devrait ordonner la confiscation de la partie du prix requalifiée en donation en mains du tiers, dont la bonne foi serait par essence discutable vu le prix excessif encaissé de cette transaction (art. 70 ch. 2 CP).

D. Confiscation ou restitution de créances bancaires : exigence de trace documentaire ?

Selon le Tribunal pénal fédéral, en traduction libre, « [*l]*a valeur patrimoniale, qui doit être confisquée conformément à l'art. 70 al. 1 CP, doit être aisément identifiable dans le patrimoine de l'auteur ou du tiers bénéficiaire ; le nombre de < transformations > intervenues est sans importance »⁴⁷.

L'exigence selon laquelle la valeur doit être aisément identifiable ne fait pas échec à la confiscation d'une partie des avoirs déposés sur un compte bancaire où se trouvent également des fonds d'origine apparemment licite. Le Tribunal fédéral l'a clairement affirmé dans un arrêt de 2006, exposant que « [*s]*ouvent, les valeurs délictueuses seront versées sur un compte bancaire, de sorte qu'elles seront mélangées avec des valeurs de provenance licite appartenant à l'auteur ou à un tiers. Dans ce cas, la confiscation directe d'un montant correspondant au montant des valeurs délictueuses reste possible tant qu'un lien de connexité peut être établi entre le compte et l'infraction. Le recours à une créance compensatrice ne sera nécessaire que si le mouvement des valeurs ne peut pas être identifié »⁴⁸.

Lorsque les avoirs bancaires à confisquer sont le produit original de l'infraction, la jurisprudence n'exige pas que le lien entre ces valeurs et l'infraction soit documenté (*paper trail*)⁴⁹. Par exemple, dans un jugement de 2014⁵⁰,

⁴⁰ PAVLIDIS (n. 3), 216 ; BSK StGB I-BAUMANN (n. 12), art. 70/71 N 49 et réf. cit.

⁴¹ SCHMID (n. 9), art. 70–72 StGB N 51 ; BSK StGB I-BAUMANN (n. 12), art. 70/71 N 47.

⁴² SCHMID (n. 9), art. 70–72 StGB N 70b.

⁴³ BSK StGB I-BAUMANN (n. 12), art. 70/71 N 40 ; ATF 126 I 97 c. 3c ; TF, 6S.68/2004, 9.8.2005, c. 7.2.2 ; CHRISTIAN HEIERLI, *Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei*, thèse Zurich, Zurich 2012, 136.

⁴⁴ *Supra* I.A.

⁴⁵ Pour un exemple, voir ATF 126 I 97 c. 3c.

⁴⁶ FELIX BOMMER, *Offensive Verletztenrechte im Strafprozess*, thèse d'habilitation Berne, Berne 2006, 116.

⁴⁷ TPF, SK.2014.22, 20.5.2015, c. 9.2.2 (traduction libre).

⁴⁸ TF, 6S.298/2005, 24.2.2006, c. 3.1.

⁴⁹ TF, 6B_369/2007, 14.11.2007, c. 2.1 e contrario.

⁵⁰ Cour d'appel pénale, TC VD, Jug / 2014 / 113, 7.4.2014 (Internet : http://www.findinfo-tc.vd.ch/justice/findinfo-pub/internet/search/result.jsp?path=CAPE/Jug/2014041111221058_e.html&title=Jug%20%202014%20%20113&dossier.id=4308066&

la Cour d'appel pénale vaudoise a confisqué des créances bancaires malgré l'absence de trace documentaire avec l'infraction. En lieu de *paper trail*, l'autorité s'est contentée des déclarations de l'auteur durant la procédure, qui avait déclaré que l'intégralité des actifs concernés provenait d'une activité que l'autorité a jugée illicite (en l'espèce la mise en circulation et la réclame en faveur d'appareils d'écoute, de prise de son et de prise de vues). La Cour vaudoise a considéré que ces déclarations de l'auteur démontraient suffisamment le lien entre les avoirs en compte et l'infraction, de sorte que la preuve stricte de la provenance criminelle des fonds lui est apparue superflue⁵¹.

En revanche, la jurisprudence conditionne généralement la confiscation d'avoirs bancaires constituant des valeurs de remplacement à l'existence d'une preuve documentaire (*paper trail*) du lien de connexité avec l'infraction⁵². Selon le Tribunal fédéral, « [l]a confiscation⁵³ peut porter tant sur le produit direct de l'infraction que sur les objets acquis au moyen de ce produit dans la mesure où les différentes transactions peuvent être identifiées et documentées (« Papierspur », « paper trail »). Ce principe est valable [...] en cas de remploi improprement dit (*unechtes Surrogat*), à savoir lorsque le produit de l'infraction est une valeur destinée à circuler et qu'elle est réinvestie dans un support du même genre (billets de banque, devises, chèques, avoirs en compte ou autres créances) »⁵⁴. En d'autres termes et selon le Tribunal pénal fédéral, « il ne peut y avoir valeur de remplacement destinée à circuler (*unechtes Surrogat*) que lorsqu'il existe une trace documentaire (*paper trail*) la reliant aux valeurs originales »⁵⁵.

Il semble ressortir de ces extraits que la notion même de valeurs de remplacement destinées à circuler suppose l'existence d'une trace documentaire reliant ces valeurs au produit original de l'infraction. La trace documentaire serait alors un élément essentiel et constitutif de la valeur de remplacement destinée à circuler, en l'absence duquel l'autorité pénale ne pourrait pas ordonner la confiscation.

Malgré cette jurisprudence fédérale bien établie, des autorités cantonales et fédérales ont ordonné la confiscation de valeurs de remplacement destinées à circuler mal-

gré l'absence de trace documentaire les reliant à l'infraction.

Par exemple, l'Obergericht de Zurich a rendu une décision en 2013⁵⁶ dans laquelle il a considéré que, d'une manière générale, des valeurs de remplacement destinées à circuler étaient confiscables malgré l'absence de trace documentaire les reliant à l'infraction⁵⁷. Dans cette affaire, l'auteur était chargé de clientèle dans une banque auprès de laquelle les lésés disposaient de comptes. Par un procédé jugé astucieux et en contrefaisant la signature des lésés, l'auteur s'est fait remettre par la banque des espèces prélevées des comptes des lésés. Il a ensuite fait créditer ses comptes personnels auprès d'autres banques en y déposant ces espèces mal acquises. Pour l'Obergericht zurichois, les créances bancaires de l'auteur devaient être confisquées même si, en raison du retrait d'espèces au guichet, il ne pouvait par définition exister de trace documentaire entre l'escroquerie par laquelle l'auteur avait acquis les valeurs patrimoniales originales et le dépôt subséquent d'espèces sur des comptes bancaires lui appartenant. L'Obergericht zurichois a néanmoins considéré, en traduction libre, que « l'existence d'une trace documentaire au sens strict ne devrait [...] pas être une condition impérative pour confisquer des valeurs patrimoniales. Si tel était le cas, cela signifierait d'une part que la confiscation serait en pratique exclue pour toute infraction portant sur de l'argent en espèce [...]. D'autre part, [...] la preuve du lien de connexité entre les valeurs et l'infraction prévu à l'art. 70 ch. 1 CP devrait pouvoir être apportée par d'autres moyens [que le *paper trail*]. Par conséquent, l'unique exigence devrait être que la valeur qui doit être confisquée puisse être identifiée dans le patrimoine de l'auteur comme provenant d'une infraction. La trace documentaire permet certes de retracer des valeurs jusqu'à leur source délictueuse. La confiscation devrait néanmoins être possible [malgré l'absence de *paper trail*] pour autant qu'il puisse être prouvé d'une autre manière que la valeur présente dans le patrimoine de l'auteur a nécessairement une origine délictueuse »⁵⁸.

Pour forger sa conviction, l'Obergericht zurichois s'est satisfait d'indices clairs (*klares Indiz*), dont en particulier le fait que les comptes personnels de l'auteur aient été alimentés exclusivement en espèce et sans que l'auteur ait pu donner d'explication crédible quant à la provenance de ces valeurs. Le tribunal a en revanche passé outre l'absence de concordance chronologique entre le retrait des espèces et leur dépôt subséquent sur les comptes de

lines=4 [consulté le 8.10.2018]), c. 6.2 (cit. TC VD, Jug / 2014 / 113).

⁵¹ TC VD, Jug / 2014 / 113 (n. 50), c. 6.2.

⁵² TF, 6B_369/2007, 14.11.2007, c. 2.1.

⁵³ Ces développements valent selon nous mutatis mutandis pour la restitution de valeurs de remplacement destinées à circuler.

⁵⁴ TF, 6S.298/2005, 24.2.2006, c. 3.1.

⁵⁵ TPF, SK.2014.22, 20.5.2015, c. 9.2.2 (traduction libre).

⁵⁶ OGer ZH, SB120381, 27.6.2013, in : ZR 2013, n° 76, 268.

⁵⁷ OGer ZH, SB120381, 27.6.2013, in : ZR 2013, n° 76, 268.

⁵⁸ OGer ZH, SB120381, 27.6.2013, in : ZR 2013, n° 76, 268, c. 4.5.

l'auteur, qui est au demeurant intervenu de manière fractionnée, si bien que les montants prélevés des comptes des lésés ne coïncidaient pas avec ceux versés sur le compte personnel de l'auteur⁵⁹.

Dans un arrêt à notre connaissance isolé⁶⁰, le Tribunal fédéral a également pris des libertés avec l'exigence de la trace documentaire. Notre Haute Cour a confirmé la confiscation de valeurs de remplacement destinées à circuler en considérant que la trace documentaire était établie, alors que tel n'était manifestement pas le cas. L'état de fait de cet arrêt était le suivant : à la demande de l'auteur (un diplomate condamné en Suisse pour blanchiment d'argent), un tiers a effectué trois transferts bancaires, dont un en faveur d'une société « connue des autorités américaines comme étant utilisée pour réceptionner des fonds provenant de trafics de stupéfiants »⁶¹. Ces transferts ont été effectués par le débit d'un compte bancaire à Genève, dont l'épouse du tiers était formellement titulaire et sur lequel le tiers était au bénéfice d'une procuration. Les avoirs figurant sur ce compte étaient d'origine licite ; en tout état, l'arrêt n'établit pas qu'ils provenaient d'une infraction. Concomitamment à ces transferts, l'auteur a remis au tiers des espèces d'un montant équivalent à la somme des trois transferts. Le tiers aurait converti ces espèces en chèques auprès d'une banque étrangère et, postérieurement aux virements, en a fait porter le produit au crédit du compte bancaire de son épouse. Le tiers a ensuite fait clôturer ce compte et en a viré le solde sur un compte dont il était l'ayant-droit économique auprès d'une autre banque à Zurich, que les autorités pénales ont séquestré⁶². Le Tribunal fédéral a confirmé la décision des instances inférieures ordonnant la confiscation des avoirs séquestrés sur ce compte, mais l'a toutefois limitée au montant du troisième virement (effectué en faveur de la société interlope) pour éviter que la mesure ne soit d'une rigueur excessive (art. 70 ch. 2 *in fine* CP). Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal fédéral a considéré que « la trace documentaire des valeurs dont la confiscation a été ordonnée a pu être reconstituée »⁶³ puisqu'il « résulte de ce cheminement des valeurs que les avoirs sur le compte auprès de la Banque [zurichoise] représentent une valeur de remplacement du produit du trafic de stupéfiants ou du blanchiment d'argent »⁶⁴.

Or, l'édifice de transactions conçu par l'auteur, auquel le tiers a prêté son concours, a précisément permis de rompre la trace documentaire. En effet et même si les valeurs remises en espèces au tiers étaient d'origine criminelle, leur prétendue conversion en chèques auprès d'une banque étrangère avant qu'elles ne soient créditées sur le compte de l'épouse a rompu la trace documentaire. En effet, le Tribunal fédéral ne mentionne aucune preuve documentaire qui aurait permis de démontrer que les chèques ont effectivement été émis en contrepartie du dépôt des espèces constituant le produit direct de l'infraction. Une telle preuve documentaire ne peut du reste exister au plan technique, puisqu'aucun document n'est susceptible de prouver indiscutablement que les billets de banque déposés à la banque étaient effectivement ceux provenant de l'infraction, ni que les chèques auraient été émis exclusivement par adossement à ces montants. Ce n'est que parce que les montants concernés coïncident que l'autorité pénale a pu déduire, et non établir par document, que le montant crédité sur le compte genevois constituait une valeur de remplacement des espèces provenant de l'infraction.

Bien qu'elle soit isolée, cette jurisprudence ouvre la porte à une application plus libérale de l'exigence de la trace documentaire pour ordonner la confiscation de valeurs de remplacement destinées à circuler, soit généralement d'avoirs bancaires.

Cette jurisprudence du Tribunal fédéral s'inscrit dans une mouvance récente initiée par les tribunaux anglosaxons, qui ont considéré que des avoirs bancaires pouvaient être « confisqués »⁶⁵ alors même qu'il était établi que le compte sur lequel ils étaient déposés avait été crédité quelques jours *avant* que le compte dont ils provenaient ait lui-même été crédité du produit de l'infraction et qu'il n'existait par conséquent pas de preuve stricte du lien entre l'infraction en question et les avoirs à confisquer (*backward tracing*).⁶⁶

⁵⁹ OGer ZH, SB120381, 27.6.2013, in : ZR 2013, n° 76, 268, c. 4.4.

⁶⁰ TF, 6S.298/2005, 24.2.2006.

⁶¹ TF, 6S.298/2005, 24.2.2006, Faits B.b.

⁶² TF, 6S.298/2005, 24.2.2006, Faits B.b et c. 3.2.

⁶³ TF, 6S.298/2005, 24.2.2006, c. 3.2.

⁶⁴ TF, 6S.298/2005, 24.2.2006, c. 3.2.

⁶⁵ La mesure correspondante de la common law est l'octroi d'un constructive trust conférant à la partie bénéficiaire un droit réel sur les valeurs.

⁶⁶ Court of Appeal of Jersey, Privy Council Appeal No 0069 of 2013, [2015] UKPC 35, 3.8.2015, accessible sur Internet : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2015/35.html> (consulté le 8.10.2018). Pour justifier ce résultat, l'instance suprême de Jersey a retenu, en traduction libre, que « [l]e développement de méthodes de blanchiment d'argent de plus en plus sophistiquées et élaborées, impliquant fréquemment un tissu de débits et de crédits entre des intermédiaires, rend particulièrement important qu'un tribunal ne permette pas que ce type de camouflage par transactions interconnectées masque leurs véritables buts et leurs effets globaux. Si un tribunal est convaincu que les diverses transactions font partie d'un plan concerté, le fait qu'un débit apparaisse dans les livres d'une

Cette distance prise avec l'exigence du sacro-saint *paper-trail* est également saluée par la doctrine récente, qui considère que la trace documentaire n'est pas déterminante. Ce qui importe est au contraire qu'il existe une preuve, de quelque nature qu'elle soit (« *mit allen prozessual zulässigen Beweismitteln* »), que la valeur de remplacement a remplacé le produit original de l'infraction⁶⁷.

Nous partageons cette opinion, qui est conforme à la lettre et à l'esprit de la loi et tient compte des contingences pratiques des dossiers, parfois complexes, de criminalité économique où l'origine des fonds peut être indubitable malgré l'absence de trace documentaire.

Le degré de preuve du rapport entre les valeurs et l'infraction à charge de l'autorité pénale devrait toutefois, selon nous, être strict.

À cet égard, le Tribunal fédéral considère que le juge de la confiscation doit simplement démontrer que les conditions en sont réunies, « *selon les règles usuelles d'établissement des faits et d'appréciation des preuves* »⁶⁸. Une version germanophone antérieure se réfère plus précisément aux règles usuelles de procédure pénale (*üblichen strafprozessualen Regeln*)⁶⁹, sans que l'on puisse toutefois déterminer si l'imprécision de la version ultérieure est volontaire ou non.

CARLO LOMBARDINI qualifie quant à lui de « *rigoureuse* » la preuve que le juge doit apporter du rapport entre l'infraction et les valeurs patrimoniales⁷⁰. FLORIAN BAUMANN considère que la jurisprudence précitée renvoie malgré tout à la présomption d'innocence généralement applicable en matière pénale, ce qui impliquerait que le doute profiterait au bénéficiaire des valeurs concernées⁷¹.

Nous partageons les recommandations de ces auteurs, qui convergent en substance, dans la mesure où l'objectif de la lutte contre la criminalité économique ne saurait justifier que des mesures d'expropriation soient ordonnées à la légère, *a fortiori* lorsqu'elles atteignent le patrimoine de tiers possiblement de bonne foi en mains desquels la confiscation peut être ordonnée (art. 70 ch. 2 CP).

III. Type de valeurs patrimoniales sujettes à confiscation ou à restitution

Selon un arrêt du Tribunal fédéral de 2017, « *[l]es valeurs patrimoniales confiscables se rapportent à tous les avantages économiques illicites obtenus directement ou indirectement au moyen d'une infraction, qui peuvent être déterminés de façon comptable en prenant la forme d'une augmentation de l'actif, d'une diminution du passif, d'une non-diminution de l'actif ou d'une non-augmentation du passif* »⁷². La confiscation (ou la restitution) porte tant sur les valeurs que sur leurs fruits civils⁷³. Elle doit par ailleurs non seulement appréhender les valeurs disponibles au moment du jugement, mais également les avantages futurs, dont des créances futures suffisamment déterminables d'un point de vue temporel et quantitatif, y compris par le biais d'une estimation (art. 70 ch. 5 CP)⁷⁴. En revanche, de simples espérances ou expectatives de gain y échappent⁷⁵.

Cette définition des valeurs susceptibles d'être confisquées est le pendant négatif du dommage civil subi par le lésé selon la théorie classique du dommage en responsabilité civile⁷⁶. Elle est donc large, puisqu'elle appréhende tant les valeurs matérielles (choses mobilières ou immobilières) ou immatérielles (créances ou autres droits) obtenues par l'infraction que les économies réalisées grâce à elle (non-augmentation du passif) ou le remboursement de dettes préexistantes (diminution du passif)⁷⁷.

Malgré l'apparente clarté de cette définition, la situation est loin d'être aussi évidente en l'état actuel du droit pour certains types d'avantages patrimoniaux, à savoir la non-augmentation du passif (III.A.) et la diminution du passif (III.B.).

A. Non-augmentation du passif (économie indue)

Dans un arrêt détaillé, le Tribunal fédéral a considéré qu'une non-augmentation du passif n'est pas une valeur

banque intermédiaire avant le crédit réciproque – qu'il en ait été délibérément décidé ainsi ou peut-être simplement en raison d'un incident du système bancaire – ne devrait avoir aucune importance. [...] la possibilité de faire valoir un « *equitable remedy* » devrait dépendre de la substance de la transaction en question et non du strict ordre dans lequel des événements associés interviennent » (N 38).

⁶⁷ SCHOLL, Kom. Krim. Vermögen (n. 9), art. 70 StGB N 234.

⁶⁸ TF, 6B_474/2016, 6.2.2017, c. 3.1.

⁶⁹ TF, 6S.300/2003, 30.10.2003, c. 2.

⁷⁰ CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, 3^e éd., Zurich 2016, N 504, 130, citant TF, 6B_549/2011, 3.4.2012, c. 5.5.2.

⁷¹ BSK StGB-BAUMANN (n. 12), art. 70/71 N 39.

⁷² TF, 6B_735/2016, 24.10.2017, c. 4.2.2 ; 1B_145/2016, 1.7.2016, c. 3.2 in fine.

⁷³ TF, 6B_528/2012, 28.2.2013, c. 6.2.2.

⁷⁴ TF, 6B_735/2016, 24.10.2017, c. 4.2.2.

⁷⁵ TF, 6B_735/2016, 24.10.2017, c. 4.2.2.

⁷⁶ ATF 139 V 176.

⁷⁷ MADELEINE HIRSIG-VOUILLOZ, Le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 à 73 CP), PJA 2007, 1376 ss, 1382, citant l'ATF 119 IV 10, où le Tribunal fédéral a considéré que la dépense évitée en évacuant des débris en violation de la loi sur la protection de l'environnement représentait une valeur susceptible d'être confisquée.

susceptible d'être *confisquée*, si bien que seul le prononcé d'une créance compensatrice peut être envisagé⁷⁸. Le cas d'espèce concernait une économie indue réalisée par des individus auxquels l'auteur a cédé illicitement des actions d'une société qu'il contrôlait à prix de faveur⁷⁹.

Cette approche est en contradiction totale avec la définition que donne le Tribunal fédéral des valeurs confisquables, lesquelles incluent prétendument la non-augmentation du passif⁸⁰. Malgré cela, elle est approuvée par la majorité des auteurs contemporains⁸¹.

Cet avis est toutefois remis en cause par l'inclusion récente des « *délits fiscaux qualifiés* » parmi les infractions préalables au blanchiment d'argent (art. 305^{bis} ch. 1 et ch. 1^{bis} CP) selon le nouveau droit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016⁸². Le but de cette modification législative était de se conformer aux recommandations du GAFI en criminalisant les opérations de dissimulation du produit d'infractions fiscales qualifiées (*serious tax crimes*). Or, le produit de ce type d'infraction est purement comptable, dans la mesure où il consiste généralement en une économie d'impôts et donc en une non-augmentation du passif. Puisque le libellé de l'art. 305^{bis} ch. 1 CP réprime les actes d'entrave à « *la confiscation de valeurs patrimoniales* », la systématique de la loi impose de reconnaître qu'une économie d'impôts est confisquable selon le droit suisse. À défaut, le blanchiment de valeurs économisées par le biais d'infractions fiscales qualifiées ne pourrait être appréhendé par l'art. 305^{bis} CP et échapperait à toute répression, contrairement au but de la révision.

Le Message du Conseil fédéral concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) (« Message GAFI ») a abordé ouvertement cette question, en rappelant tout d'abord que « *seules sont considérées comme objet du blanchiment les valeurs patrimoniales pouvant être confisquées selon l'art. 70 CP. La confiscation implique à son tour que les valeurs patri-*

moniales délictueuses sont encore disponibles et qu'elles peuvent être suffisamment localisées. Si cela n'est plus possible, c'est-à-dire si les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le droit prévoit une créance compensatrice de l'État selon l'art. 71 CP. Une éventuelle entrave à cette dernière n'est cependant plus considérée comme un acte de blanchiment d'argent »⁸³. Cela étant rappelé, le Message GAFI expose sans équivoque que l'économie d'impôts réalisée au moyen d'une infraction fiscale qualifiée constitue une valeur patrimoniale susceptible d'être confisquée et qu'un acte propre à en entraver la confiscation doit en conséquence être réprimé par l'infraction de blanchiment d'argent de l'art. 305^{bis} CP⁸⁴.

En bonne logique, cette conception abstraite et comparable de la notion de valeur patrimoniale devrait conduire les tribunaux à considérer, par identité de motifs, que toute non-augmentation du passif doit conduire à une confiscation, sans limiter cette conséquence aux seules infractions fiscales qualifiées. En effet, autoriser l'État à confisquer des valeurs en cas d'économie illicite d'impôts lui permet de s'attribuer ces valeurs par présence sur les créanciers ordinaires de l'auteur, dans la mesure où l'État est par nature l'unique lésé comme titulaire du bien protégé par des infractions fiscales. Or, cette prérogative déroge à l'absence de privilège que le droit suisse a traditionnellement choisi de conférer aux créances étatiques, y compris fiscales, dans l'exécution forcée (art. 219 LP)⁸⁵. Un tel privilège du prince serait difficilement justifiable si une prérogative similaire était refusée à des lésés privés placés dans une situation identique. Pour cette raison, on n'imagine pas que les tribunaux puissent considérer que l'économie d'impôts pénalement répréhensible donne

⁷⁸ TF, 6B_430/2012, 8.7.2013, c. 3.2 : « Diese Ersparnis kann nicht durch Einziehung, sondern nur durch staatliche Ersatzforderung abgeschöpft werden. »

⁷⁹ TF, 6B_430/2012, 8.7.2013, c. 3.2.

⁸⁰ TF, 6B_735/2016, 24.10.2017, c. 4.2.2 ; 1B_145/2016, 1.7.2016, c. 3.2 in fine.

⁸¹ SCHMID (n. 9), art. 70–72 StGB N 53 ; NADELHOFER DO CANTO (n. 7), 308 ; BSK StGB I-BAUMANN (n. 12), art. 70/71 N 25 ss, N 43 ss ; URSULA CASSANI, Évolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique : blanchiment d'argent et corruption privée, RPS 2018, 179 ss, 188 ; SCHOLL, Kom. Krim. Vermögen (n. 9), art. 70 StGB N 209 ; contra LAURENT MOREILLON/YVES NICOLET, La créance compensatrice, RPS 2017, 416 ss, 420.

⁸² Message du Conseil fédéral concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012 du 13 décembre 2013, FF 2014 585 (cit. Mess. GAFI).

⁸³ Mess. GAFI (n. 82), 606.

⁸⁴ « Alors que la conception classique de cette disposition [art. 305^{bis} CP] repose sur le principe que l'infraction préalable génère directement des valeurs patrimoniales contaminées (d'origine criminelle, par ex. de l'argent volé), la situation se présente différemment en ce qui concerne les infractions préalables en matière fiscale. En effet, dans ce cas, l'infraction préalable ne génère pas directement des valeurs patrimoniales contaminées, mais elle conduit le contribuable à éviter (de manière criminelle ou délictuelle) des dépenses. Des valeurs patrimoniales initialement légales ne se transforment en une fortune d'origine criminelle ou délictuelle qu'au moment où il y a non-taxation ou taxation erronée dont découle un avantage financier effectif correspondant aux montants impayés de l'impôt. On peut partir du principe que ce cas de figure peut également tomber sous le coup de l'art. 305^{bis} CP, c'est-à-dire que les montants impayés « proviennent d'un crime », ou – désormais également – « d'un délit fiscal qualifié », et que leur confiscation peut être entravée » (italique ajouté). Mess. GAFI (n. 82), 606.

⁸⁵ PHILIPPE DUFÉY, L'État créancier, in : David Hofmann/Fabien Waelti (édit.), Actualités juridiques de droit public 2013, Berne 2013, 77 ss, 99.

lieu à la confiscation, mais que des économies indues dérivant d'une autre infraction y échappent, privant ainsi le lésé privé du bénéfice de leur allocation.

Ce résultat à double vitesse ne peut cependant pas être absolument exclu, puisque le Tribunal fédéral a considéré de longue date, bien avant l'entrée en vigueur de la révision GAFI, qu'une économie illicite d'impôts était confiscable même si l'infraction fiscale concernée n'était pas un crime préalable au blanchiment⁸⁶. Les décisions topiques n'ont certes été rendues qu'au stade du séquestre conservatoire préalable et non à celui de la confiscation définitive⁸⁷. Elles dénotent néanmoins une tendance des tribunaux à favoriser les efforts d'encaissement de l'État par rapport à ceux de lésés privés, que la jurisprudence actuelle prive du bénéfice de l'allocation faite pour une économie provenant d'une infraction étrangère au domaine fiscal d'être confiscable⁸⁸. Or, cette distinction ne repose sur aucune base légale ni justification théorique. Espérons que les décisions à venir sur le caractère confiscable de toute non-augmentation du passif permettront de rétablir la cohérence du système et l'équité entre les lésés.

Le Tribunal pénal fédéral a confirmé cette pratique dans un arrêt rendu après l'entrée en vigueur de la révision GAFI, spécifiant néanmoins à nouveau qu'elle avait cours « à tout le moins dans le cadre d'une mesure provisoire »⁸⁹, laissant ainsi étrangement la question ouverte au stade de la saisie définitive.

En résumé, la jurisprudence actuelle considère qu'une économie indue doit donner lieu à la confiscation en cas d'infractions fiscales qualifiées, mais pas pour toute autre infraction. Pour les raisons déjà exposées, nous considérons que cette jurisprudence doit être étendue à toutes les infractions pénales sans distinction.

Le principe (pour l'instant limité aux infractions fiscales) de la confiscabilité des économies indues étant posé, il reste à :

- i) quantifier les valeurs concernées et ;
- ii) déterminer où les localiser dans le patrimoine de l'auteur.

Se référant au Message GAFI⁹⁰, la doctrine admet unanimement la prémisse selon laquelle une économie frauduleuse d'impôts ne contamine pas le patrimoine entier du contribuable félon. Ainsi, seule la quote-part correspondant à l'impôt soustrait constituera une valeur provenant de l'infraction susceptible de confiscation. Corolairement, si l'infraction est « qualifiée », seule cette quote-part serait susceptible d'être blanchie⁹¹ et donc, par extension, d'être confiscable à ce titre.

Cette prémisse fixe ainsi le *quantum* d'une possible confiscation, évidemment limité à l'impôt frauduleusement soustrait.

Elle ne permet en revanche pas de localiser des valeurs confiscables dans le patrimoine de l'auteur (ni, a fortiori, d'un tiers).

Dans un arrêt récent, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a pris position contre la théorie selon laquelle l'intégralité du patrimoine du contribuable serait contaminée car elle mènerait à une extension injustifiée de la répression du blanchiment⁹². La Cour a évidemment concédé que nier toute possibilité de blanchiment irait à l'encontre des buts de la révision GAFI, de sorte qu'il faudrait développer une théorie médiane qu'elle a toutefois renoncé à esquisser⁹³.

Pour CHRISTOPH SUTER et CÉDRIC REMUND, la « quote-part contaminée restera greffée sur les avoirs qui ont fait l'objet de l'infraction fiscale préalable » si bien que « l'avantage patrimonial généré par l'infraction est ainsi à localiser sur l'objet de l'impôt »⁹⁴. Ces auteurs offrent l'exemple suivant : lorsqu'un revenu non déclaré au moyen d'un faux est versé sur un compte bancaire, une quote-part correspondant à l'impôt soustrait devra être considérée comme étant sale sur le compte bancaire concerné⁹⁵. Quant à GIOVANNI MOLO et DANIELE GALLIANO, ils se limitent à identifier comme confiscables « les avoirs dissimulés »⁹⁶, ce dont on déduit qu'ils partagent l'analyse de CHRISTOPH SUTER et CÉDRIC REMUND.

⁸⁶ ATF 137 IV 151, in : JdT 2011 IV 315 ; 120 IV 367 c. 1d, se référant à GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 1^e éd., Berne 1989, N 49, 493, correspondant à GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2^e éd., Berne 2006, N 94, 384 ; ATF 119 IV 16 ; TF, 1B_783/2012, 16.12.2013, c. 8.

⁸⁷ CASSANI (n. 81), 189 ; TF, 1S.5/2005, 26.9.2005, c. 7.5.

⁸⁸ TF, 6B_430/2012, 8.7.2013, c. 3.2 : « Diese Ersparnis kann nicht durch Einziehung, sondern nur durch staatliche Ersatzforderung abgeschöpft werden. »

⁸⁹ TPF 2017 160, 27.12.2017, c. 10.2.

⁹⁰ Mess. GAFI (n. 82), 606.

⁹¹ CHRISTOPH SUTER/CÉDRIC REMUND, Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers, GesKR 2015, 54 ss, 65 ; GIOVANNI MOLO/DANIELE GALLIANO, L'introduction du blanchiment fiscal dans le domaine de la fiscalité directe, Jusletter du 23.2.2015, N 18.

⁹² TPF, BB.2017.129, 27.12.2017, c. 10.3.

⁹³ URSULA CASSANI, Blanchiment et infraction fiscale : Séquestre pour blanchiment d'une économie d'impôt, publié le : 08 février 2018 par le Centre de droit bancaire et financier, Internet : <https://www.cdbf.ch/996/> (consulté le 1.10.2018) ; TPF, BB.2017.129, 27.12.2017, c. 10.3.

⁹⁴ SUTER/REMUND (n. 91), 65.

⁹⁵ SUTER/REMUND (n. 91), 65.

⁹⁶ MOLO/GALLIANO (n. 91), N 18.

URSULA CASSANI⁹⁷ suggère de compléter cette proposition en s'inspirant des théories doctrinales développées pour identifier les valeurs confiscables lorsque des valeurs provenant d'une infraction sont mélangées avec des valeurs d'origine licite dans le patrimoine de l'auteur⁹⁸. Faute de décision de principe du Tribunal fédéral, plusieurs théories s'affrontent en doctrine, que nous renonçons toutefois à exposer en détail dans cette contribution⁹⁹. Celle ayant notre préférence est la « théorie résiduelle » (*Bodensatztheorie*), puisqu'elle conduit à notre avis au résultat le plus fidèle aux principes directeurs sous-tendant l'infraction de blanchiment et de la confiscation de valeurs, à savoir permettre à l'État de priver l'auteur du bénéfice de l'infraction. Les partisans de cette théorie partent du postulat – auquel nous adhérons – qu'il convient de ne pas paralyser complètement l'activité économique de l'auteur et, par extension, l'économie globale en menaçant de sanctionner de blanchiment d'argent l'auteur (qui peut être son propre blanchisseur¹⁰⁰) qui disposerait d'actifs d'origine licite auxquelles des valeurs d'origine illicite ont été mélangées (ou incorporées)¹⁰¹. Pour pouvoir atteindre cet objectif pragmatique, il faut nécessairement considérer que les valeurs provenant de l'infraction ne contaminent pas l'intégralité des valeurs licites auxquelles elles sont incorporées, ce que la grande majorité de la doctrine concède¹⁰².

Appliquée aux économies illicites, cette théorie commande de considérer qu'une valeur contaminée, à savoir une économie frauduleuse d'impôts localisée sur l'objet qui aurait dû être imposé, ne se mélange pas à cet objet, mais qu'elle forme un « sédiment » contaminé coexistant avec les valeurs licites aussi longtemps que la quote-part contaminée demeure disponible. Selon cette théorie, la valeur contaminée demeure disponible sur un compte bancaire tant que le solde disponible sur le compte dépasse cette valeur, même si le compte est mouvementé dans l'intervalle ; de la même manière, la valeur contaminée intégrée à un bien corporel demeure disponible aussi longtemps que la valeur disponible de ce bien est suffi-

sante pour satisfaire une éventuelle confiscation, même si le bien est grevé ou endommagé dans l'intervalle¹⁰³.

URSULA CASSANI paraît adhérer à cette opinion, même si elle observe que l'approche « *est inopérante lorsque l'avantage fiscal ne résulte pas de la non-déclaration d'un élément imposable, mais de la déclaration mensongère de dépenses ou de déductions exagérées, dans la mesure où celles-ci ne peuvent être rattachées à un élément patrimonial précis* »¹⁰⁴. URSULA CASSANI propose, dans un tel cas, de considérer que l'économie d'impôt puisse être localisée « *sur le compte par lequel le contribuable paie ses impôts* »¹⁰⁵. Cette proposition a le mérite du pragmatisme, mais devrait être complétée pour appréhender également la situation où l'auteur n'a jamais payé d'impôt. Une confiscabilité en cascade paraît être la solution la plus appropriée : la confiscation devrait être ordonnée en priorité sur la quote-part de l'objet de l'impôt éludé. À défaut d'un tel objet, sur le compte bancaire d'où le contribuable concerné paie usuellement ses impôts et, à défaut d'un tel compte ou en cas de solde insuffisant, sur le reste du patrimoine de l'auteur.

Cette approche pragmatique nous paraît louable. D'une part, elle permet aux auteurs, à ce stade uniquement potentiels grâce à la présomption d'innocence, de continuer d'exercer une activité commerciale usuelle et profitable à l'économie globale sans risquer de sanction pénale pour blanchiment d'argent (si l'infraction préalable remplit les *minima* de l'art. 305^{bis} CP) aussi longtemps que les valeurs confiscables demeurent disponibles dans leur patrimoine. D'autre part, elle se concilie bien avec la conception purement comptable de la valeur confiscable en cas de non-augmentation du passif. Il serait en effet injustifié de punir un auteur pour le blanchiment d'un élément de patrimoine ne provenant pas directement de l'infraction dès que l'intéressé mouvementerait un compte bancaire si ce dernier demeure par hypothèse provisionné au-delà de l'économie illicite réalisée par l'infraction. En effet, cette provision garantirait que l'État puisse confisquer une valeur d'un montant suffisant dans le patrimoine de l'auteur pour le priver de tout enrichissement (comptable) découlant de l'infraction, de sorte que l'élément constitutif objectif du blanchiment que constitue l'entrave à la confiscation ne serait pas réalisé.

Si cette proposition respecte l'esprit de la loi et le but recherché par la révision GAFI, elle s'écarte considérablement de la conception traditionnelle de la confiscation, qui exige que la valeur à confisquer soit identifiable dans

⁹⁷ CASSANI (n. 81), 192.

⁹⁸ SCHOLL, *Kom. Krim. Vermögen* (n. 9), art. 70 StGB N 248–265.

⁹⁹ Pour un aperçu, voir VERA DELNON/MARC HUBACHER, *Geldwäscherei und Teilkontamination*, RPS 2016, 326 ss, *passim*.

¹⁰⁰ ATF 120 IV 325.

¹⁰¹ SCHOLL, *Kom. Krim. Vermögen* (n. 9), art. 70 StGB N 250 ; CASSANI (n. 81), 193 ; BSK StGB II-PIETH, art. 305^{bis} N 35, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), *Strafrecht II*, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2013 (cit. BSK StGB II-auteur) ; DELNON/HUBACHER (n. 99), 338.

¹⁰² BSK StGB II-PIETH (n.103), art. 305^{bis} N 35 et réf. ; DELNON/HUBACHER (n. 99), 348.

¹⁰³ DELNON/HUBACHER (n. 99), 348.

¹⁰⁴ CASSANI (n. 81), 193.

¹⁰⁵ CASSANI (n. 81), 193.

le patrimoine de l'auteur ou du tiers. Des efforts d'harmonisation paraissent nécessaires au niveau législatif pour mettre un terme à cette situation. Il conviendrait que le législateur s'interroge à cette occasion sur l'opportunité de conférer par là même à l'État, et singulièrement au fisc, un privilège du prince dans l'encaissement de créances fiscales en lui octroyant un droit de confiscation aussi large, alors qu'un tel privilège a traditionnellement été refusé à l'État par l'ordre juridique suisse. Si ce privilège en faveur du fisc est souhaité, un privilège identique devrait alors être octroyé à tout lésé privé victime d'autres infractions l'ayant appauvri et ayant permis à l'auteur d'éviter une augmentation de son passif.

Le cas de la *restitution* est a priori plus simple, puisque cette institution présuppose que le lésé ait été titulaire de la valeur dont l'infraction l'a privé pour qu'elle puisse lui être retournée. Or, ce n'est à première vue pas envisageable en cas de non-augmentation du passif (économie induite), puisqu'aucune valeur n'a été transférée du patrimoine du lésé à celui de l'auteur.

B. Diminution du passif (remboursement d'une dette de l'auteur)

Malgré la définition large des valeurs patrimoniales rappelées en tête de chapitre¹⁰⁶, le Tribunal fédéral est d'avis que la *confiscation* ne peut pas être prononcée lorsque le produit de l'infraction consiste en une diminution du passif (ou que le produit original est utilisé pour éteindre une dette), faute pour la valeur d'être identifiable dans le patrimoine de l'auteur¹⁰⁷.

Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence restrictive en 2010 dans les termes suivants : « *seule peut être confisquée une valeur patrimoniale originale ou de remplacement encore disponible chez l'auteur ou le bénéficiaire et aisément identifiable dans son patrimoine. Tel n'est plus le cas lorsque la valeur à confisquer se présente uniquement sous la forme d'une diminution des passifs ; si, par exemple, l'auteur utilise le produit de l'infraction pour payer ses dettes, il ne reste ni valeur originale ni valeur de remplacement et la confiscation n'est plus possible* »¹⁰⁸.

La doctrine contemporaine approuve les conclusions de cette jurisprudence¹⁰⁹. Bien que les auteurs divergent

partiellement sur le plan dogmatique¹¹⁰, ils considèrent que la diminution du passif ne peut donner lieu à une confiscation et qu'une créance compensatrice peut donc seule (mais doit) être ordonnée.

Contrairement à la doctrine majoritaire, nous ne voyons aucun motif pratique qui justifierait qu'une diminution du passif ne puisse donner lieu à une confiscation. Notre avis nous semble par ailleurs défendable d'un point de vue dogmatique, vu la tendance législative et jurisprudentielle récente consistant à tenir une non-augmentation du passif provenant d'une infraction fiscale qualifiée comme une valeur patrimoniale confiscable¹¹¹.

La jurisprudence anglo-saxonne a déjà reconnu que, lorsque l'auteur échafaude un plan selon lequel il acquiert un bien à crédit et utilise ensuite illégalement des fonds que lui a remis un tiers pour rembourser son emprunt, le bien acquis à crédit peut être confisqué s'il existe un lien de causalité et un lien transactionnel entre la contraction de la dette et l'utilisation des valeurs confiées pour l'éteindre¹¹².

Or, pour le Tribunal fédéral, lorsque l'auteur utilise le produit de l'infraction pour diminuer ses passifs, par exemple pour rembourser des emprunts ayant servi à acquérir un bien, le produit original de l'infraction cesse d'exister sans qu'une valeur de remplacement ne prenne sa place, rendant ainsi la confiscation impossible¹¹³. Notre Haute Cour a par exemple refusé de confisquer un immeuble que l'auteur avait acquis à crédit préalablement à

N 43 ss ; CASSANI (n. 81), 188 ; SCHOLL, Kom. Krim. Vermögen (n. 9), art. 70 StGB N 209.

¹¹⁰ NIKLAUS SCHMID et SIMONE NADELHOFER DO CANTO considèrent que la diminution de l'actif est une valeur confiscable, mais qu'elle doit conduire au prononcé d'une créance compensatrice faute d'être encore disponible dans le patrimoine de l'auteur. FLORIAN BAUMANN souhaite quant à lui modifier la loi pour nier à ce type d'avantage économique le statut de valeur confiscable. Cela permettrait d'éviter une contradiction avec l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), qui ne devrait selon lui pas s'appliquer à la diminution du passif (ni à la non-augmentation du passif), puisque l'entrave au prononcé ou à l'encaissement d'une créance compensatrice ne peut en soit être pénalisée. Il souhaite néanmoins priver les auteurs de ces avantages par la créance compensatrice ; pour une présentation des divers courants, voir SCHOLL, Kom. Krim. Vermögen (n. 9), art. 70 StGB N 198–206.

¹¹¹ *Supra* III.A.

¹¹² Court of Appeal, Saskatchewan CAN, Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan v. Pettyjohn (1991) 79 DLR (4th) 22 (Sask CA).

¹¹³ ATF 126 I 97 c. 3c/cc : « Nicht mehr bestimmbar ist ein Ersatzwert hingegen dann, wenn er bloss in einer Verminderung der Passiven beim Täter oder Begünstigten besteht. Verwendet beispielsweise der Täter [...] den Erlös aus der Straftat zur Bezahlung anderweitiger Schulden, so bleiben weder der Originalwert noch ein unechtes oder echtes Surrogat übrig, und eine Einziehung ist nicht mehr möglich » ; voir également TF, 5A_893/2010, 5.5.2011.

¹⁰⁶ *Supra* III.

¹⁰⁷ ATF 126 I 97 c. 3c/cc.

¹⁰⁸ TF, 5A_893/2010, 5.5.2011, c. 2.3, citant l'ATF 126 I 97 c. 3c/cc.

¹⁰⁹ SCHMID (n. 9), art. 70–72 StGB N 53 ; NADELHOFER DO CANTO (n. 7), 308 ; BSK StGB I-BAUMANN (n. 12), art. 70/71 N 25 ss,

l'infraction, même s'il était établi que le produit de celle-ci a servi à rembourser l'emprunt¹¹⁴.

NIKLAUS SCHMID partage cet avis et offre un exemple où l'auteur utiliserait le produit du trafic de stupéfiants, à savoir une valeur originale, pour rembourser l'emprunt hypothécaire grevant sa maison. Dans ce cas et selon cet auteur, la maison ne peut pas être considérée comme une valeur de remplacement et n'est par conséquent pas confisquable¹¹⁵. En théorie, il demeure évidemment possible de confisquer des actifs auprès du tiers dispensateur du crédit auquel l'auteur a transféré les valeurs originales pour éteindre sa dette. Cependant, une telle mesure présuppose que ce tiers ait lui-même participé à une infraction, en particulier de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), en rapport de causalité avec l'acceptation de ces valeurs. À défaut, il sera sauf circonstances exceptionnelles protégé dans son acquisition en vertu de l'art. 70 ch. 2 CP. L'autorité pénale devra alors se satisfaire du pis-aller de la créance compensatrice sur les autres actifs d'origine licite de l'auteur.

Ni le Tribunal fédéral ni les auteurs de doctrine ne se sont prononcés sur une possible exception à cette impossibilité de confisquer dans le cas où il serait établi, avec un degré de preuve suffisant¹¹⁶, que l'auteur a échafaudé un plan selon lequel il s'est endetté auprès d'un établissement bancaire pour acquérir un bien en sachant depuis le départ qu'il rembourserait cette dette au moyen de valeurs qu'il se procurerait par une infraction.

Dans cette situation, il semblerait choquant que le droit suisse refuse au lésé de se satisfaire sur ce bien immobilier par préférence sur les autres créanciers de l'auteur, qu'ils soient lésés ou non¹¹⁷, lorsque ce dernier recourt à cette forme de blanchiment d'argent sophistiquée. En effet, si l'auteur est endetté, tous ses créanciers, dont le lésé par hypothèse seulement au bénéficiaire d'une créance compensatrice qui lui serait allouée, concourront sur un pied d'égalité pour obtenir le remboursement de leur(s) créance(s) sur le produit des actifs disponibles de l'auteur, dont le bien immobilier en question. Renoncer à confisquer ce bien, pourtant exclusivement acquis économiquement des deniers du lésé, risquerait ainsi de priver ce dernier de la possibilité d'être intégralement dédommagé.

Or, la jurisprudence a de longue date consacré la préférence des droits du lésé à la réparation (par le biais de l'allocation) par rapport à ceux des créanciers ordinaires

de l'auteur (ou du tiers)¹¹⁸. Il s'imposerait par conséquent de confisquer également les avoirs acquis à crédit par l'auteur et remboursés grâce au produit de l'infraction (diminution du passif) afin de respecter cette préférence. Cette solution se justifie non seulement au regard des droits du lésé, mais également pour priver les auteurs potentiels de la possibilité de contourner les règles sur la confiscation (ou la restitution) en recourant à des montages ou à un réseau sophistiqué de transactions, dont l'unique objectif est d'éviter qu'il existe une trace documentaire entre les valeurs et le produit originel de l'infraction. Dans un tel cas, nous doutons en effet que l'auteur puisse ne pas se voir reprocher un acte de blanchiment d'argent selon l'art. 305^{bis} CP, qui réprime notamment « *tout acte par lequel l'auteur entrave [...] la confiscation de valeurs patrimoniales* ». Il semblerait singulier de ne pas poursuivre l'auteur pour blanchiment d'argent alors qu'il échafaude précisément un montage sophistiqué dans le but d'entraver la confiscation, voire d'y échapper en évitant qu'un élément confisquable ne se matérialise dans son patrimoine en diminuant son passif, ce que soutient actuellement le Tribunal fédéral et avec lui une partie importante de la doctrine.

Certains auteurs semblent être d'avis que l'auteur ne se rendrait pas coupable de blanchiment d'argent dans cette situation, pour des raisons qui nous paraissent toutefois tautologiques¹¹⁹. Ils partent en effet de la prémisse qu'une diminution du passif ne constitue pas une valeur confisquable et considèrent en conséquence que tout acte portant sur ce bénéfice comptable ne saurait entraver la confiscation, seul acte exposant l'auteur à une sanction pour blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP)¹²⁰. Nous combattons cette prémisse pour les raisons développées précédemment, et contestons donc naturellement la conclusion qu'en tirent ces auteurs.

De surcroît, nous ne voyons aucun motif d'admettre, lorsque la situation est claire, de confisquer des valeurs de remplacement malgré l'absence de trace documentaire¹²¹, mais de refuser de confisquer une valeur dont il est suffisamment établi qu'elle a été acquise économiquement grâce au produit de l'infraction (quand bien même ce produit aurait formellement servi à rembourser une dette contractée préalablement par l'auteur pour acquérir

¹¹⁴ TF, 5A_893/2010, 5.5.2011, c. 3.1.

¹¹⁵ SCHMID (n. 9), art. 70–72 StGB N 53, n. 310.

¹¹⁶ *Supra* II.D.

¹¹⁷ ATF 122 IV 365 c. III.2b, in : JdT 1998 IV 94 ; cf. ég. TF, 6S.709/2000, 26.5.2003, c. 7.1.

¹¹⁸ TF, 5A_893/2010, 5.5.2010, c. 2.2 ; 5A_204/2015, 15.1.2016, c. 3.1.1, in : SJ 2016 I 157.

¹¹⁹ SCHOLL, Kom. Krim. Vermögen (n. 9), art. 70 StGB N 205 et références.

¹²⁰ SCHOLL, Kom. Krim. Vermögen (n. 9), art. 70 StGB N 205 et références.

¹²¹ *Supra* II.D.

ce bien). L'appréhension de ce type d'avoirs par la confiscation serait au surplus conforme au but de l'institution, à savoir de s'assurer que l'auteur est privé de tout enrichissement provenant de l'infraction.

Ce qui précède pourrait s'appliquer *mutatis mutandis* à des avoirs bancaires. Prenons l'exemple d'un auteur qui acquiert à crédit des titres (soit des valeurs destinées à circuler), sur lesquels il confère simultanément un droit de gage ou un autre droit assimilable à la banque créancière (crédit-lombard). Si l'auteur commet une infraction dont il utilise le produit pour éteindre sa dette envers la banque, on pourrait envisager que les valeurs déposées sur le compte, dorénavant libre de gage, soient confisquées s'il peut être démontré qu'elles ont été acquises économiquement grâce au produit de l'infraction. Ces valeurs devraient même, en bonne logique, être restituées au lésé puisqu'elles constitueraient des valeurs de remplacement destinées à circuler, dont seule la valeur économique importe.

En somme, il convient selon nous d'éviter que des considérations purement formelles privent les lésés de leur droit prioritaire à la réparation, respectivement permettent à des auteurs sophistiqués de conserver le produit de leur enrichissement criminel en rompant artificiellement le lien entre le produit de l'infraction et les valeurs acquises économiquement grâce à ce produit.

La doctrine la plus récente observe d'ailleurs, sans toutefois en tirer les conclusions qui s'imposent, que rien ne distingue le cas discuté ici (à savoir le remboursement par l'auteur d'une dette au moyen du produit d'une infraction) du cas classique de la valeur de remplacement¹²². Cette observation est pourtant centrale pour juger du caractère confiscable d'une diminution du passif. En effet, l'auteur utilisant des valeurs provenant d'une infraction pour payer un vendeur ne fait juridiquement rien d'autre qu'éteindre une dette contractuelle envers ce dernier, lequel transfère en contrepartie l'objet convenu à l'acheteur. Or, dans ce cas, il est indiscutable, au vu des principes élaborés par la jurisprudence, que l'objet ainsi acquis par l'auteur constitue une valeur de remplacement réelle, sujette à confiscation¹²³. Cela vaut évidemment pour les ventes trait pour trait, où le paiement et la livraison de la chose sont dans un rapport d'échange. On ne voit pas d'argument convaincant qui commanderait de traiter une vente à crédit différemment, puisqu'il s'agit économiquement de la même opération : seules les modalités de paiements

diffèrent, la vente trait pour trait prévoyant un paiement immédiat et la vente à crédit un paiement différé.

Ce qui précède vaut à tout le moins lorsque l'opération se passe entièrement postérieurement à l'infraction. Cela dit et par identité de motifs, il n'existe selon nous pas de raison qui justifierait qu'un actif acquis à crédit par l'auteur avant la commission de l'infraction ne puisse pas constituer une valeur de remplacement lorsqu'il est établi que les valeurs provenant de l'infraction ont été utilisées pour rembourser le prêt. Peu importe à cet égard que les valeurs transitent par le patrimoine de l'auteur ou soient transférées directement à son créancier. La chronologie des mouvements de valeurs ne devrait pas être pertinente dans l'analyse, sauf à conduire à des résultats inéquitable. Seule des considérations relatives à une carence de preuve pourraient conduire à refuser la confiscation.

À première vue, il ne devrait pas être possible de *restituer* des valeurs au lésé en cas de diminution du passif, dans la mesure où la nature de la restitution telle qu'initialement voulue par le législateur s'oppose selon nous à une telle extension prétorienne. Cet écueil n'a cependant qu'une portée relativement limitée, à savoir qu'elle empêche l'autorité pénale de restituer des actifs au lésé avant que ce dernier ne soit en possession d'une décision exécutoire statuant sur ses prétentions civiles (ou d'une transaction avec l'auteur).

C. Recommandations en guise de conclusion

À la lumière des exemples qui précèdent, nous considérons que le droit actuel mérite réflexion sur les deux aspects principaux suivants.

Premièrement, il serait souhaitable que les autorités pénales puissent confisquer des valeurs même lorsque celles-ci ne sont pas à proprement parler des valeurs de remplacement, ce qui est le cas d'une diminution du passif de l'auteur. *De lege lata*, l'autorité peut certes prononcer une créance compensatrice pour pallier l'absence de valeurs confiscables, mais cette institution ne protège pas aussi bien le lésé puisqu'elle le prive de tout privilège de recouvrement, ce qui peut s'avérer préjudiciable lorsque l'auteur est obéré ou recourt à des prête-noms pour sembler l'être. Or, il s'impose selon nous de priver les auteurs potentiels de la possibilité de contourner les règles sur la confiscation en recourant à des montages sophistiqués, dont l'unique objectif est d'éviter qu'il existe une trace documentaire entre les valeurs et le produit original de l'infraction.

Deuxièmement, la jurisprudence ou le législateur devrait trancher la question de savoir si une économie indue

¹²² SCHOLL, Kom. Krim. Vermögen (n. 9), art. 70 StGB N 237.

¹²³ *Supra* II.C.

(non-augmentation du passif) permet de confisquer des valeurs dans le patrimoine de l'auteur et, dans l'affirmative, si cette possibilité existe uniquement en cas de délits fiscaux ou également pour toute autre infraction. À notre sens et vu la tendance récente, tant au niveau international qu'en Suisse, la saisissabilité généralisée de ce type de valeur devrait être admise. Il devrait à tout le moins en aller ainsi si la jurisprudence continue de considérer que la non-augmentation du passif découlant d'infraction fiscales est susceptible de confiscation, afin de priver les collectivités publiques d'un privilège d'encaissement par rapport aux lésés privés non prévu par la loi.