



LALIVE

THE DISPUTES POWERHOUSE

La responsabilité civile pour blanchiment
d'argent : du mythe à la réalité ?

ATF 129 IV 322 et ACJC/1202/2020

Sandrine Giroud et Anton Vallélian

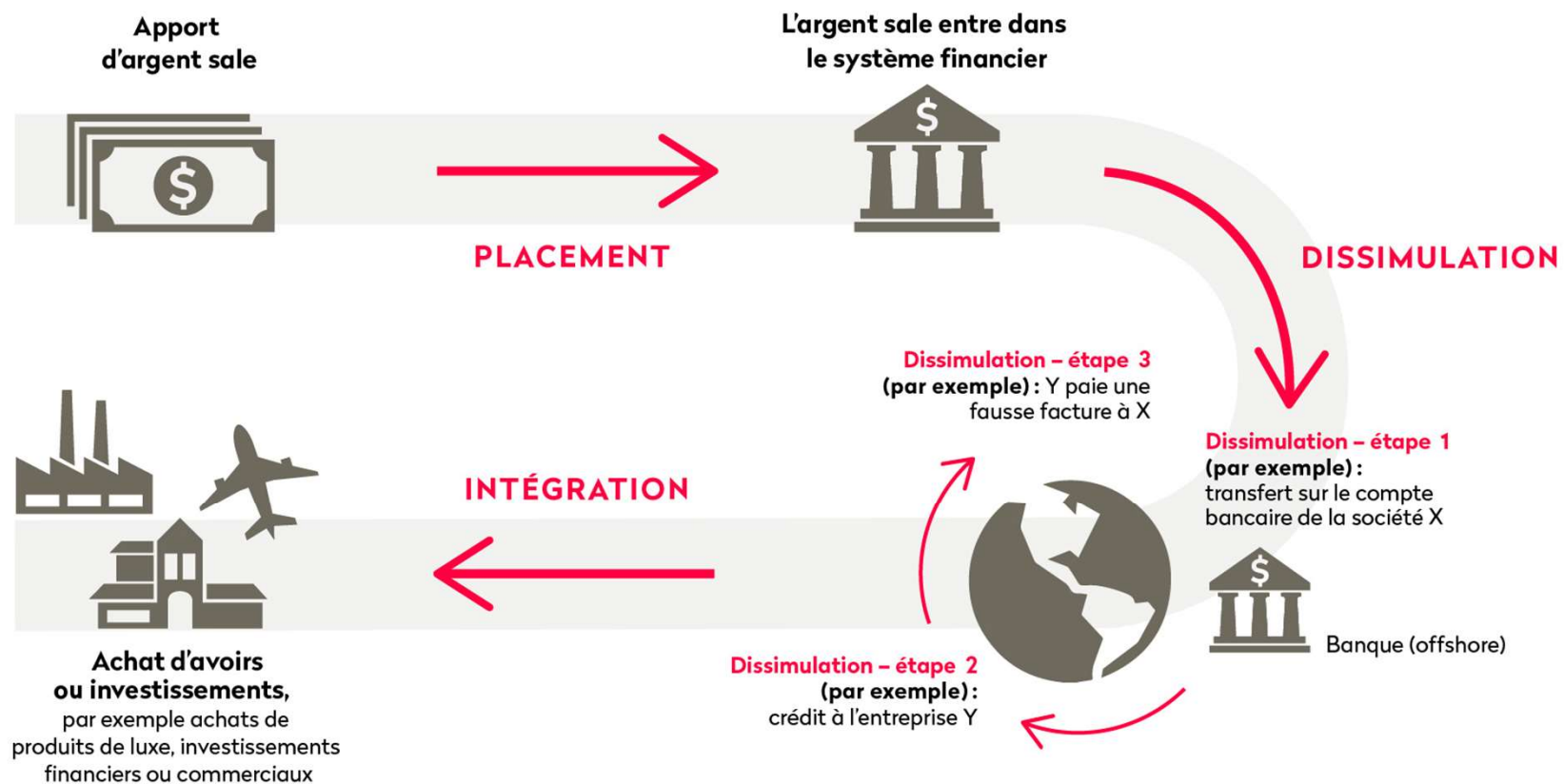
Fribourg, 7 avril 2022

Plan

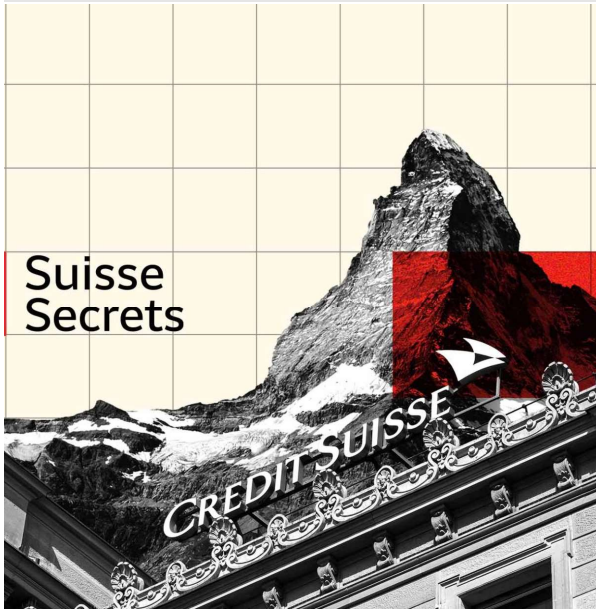
- I. Le phénomène du blanchiment d'argent en Suisse
- II. Cadre général
- III. L'ATF 129 IV 322
- IV. L'arrêt ACJC/1202/2020
- V. Art. 102 CP, 55 CO et 55 CC – Trois normes concurrentes?
- VI. Conclusions

Le phénomène du blanchiment d'argent en Suisse

LE CYCLE DU BLANCHIMENT D'ARGENT



Source: <https://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/overview.html>



Switzerland identifies \$1bn worth of dictators' assets

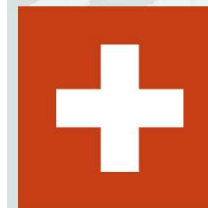
Three-year freeze for Swiss bank assets of Libya's Muammar Gaddafi, Egypt's Hosni Mubarak and Tunisia's Zine El Abidine Ben Ali

Switzerland hands over \$365 million linked to Brazilian 'Car Wash' scandal

Key Findings

- Accounts identified by journalists as potentially problematic held over \$8 billion in assets.
- Compliance experts who reviewed journalists' findings said many of these customers should not have been allowed to bank at Credit Suisse at all.
- Asked why so many of these accounts existed, current and former employees described a work culture that incentivized taking on risk to maximize profits.
- Journalists and experts say Switzerland's draconian banking secrecy laws effectively silence insiders or journalists who may want to expose wrongdoing within a Swiss bank. A Swiss media group was unable to participate in the Suisse Secrets investigation due to the risk of criminal prosecution.

Swiss court convicts banker for turning blind eye to 1MDB funds



SWISS LEAKS

The leaked HSBC files offer a rare glimpse inside one of the world's most private banking systems.

More than \$100 billion from 106,000 clients of 203 countries.

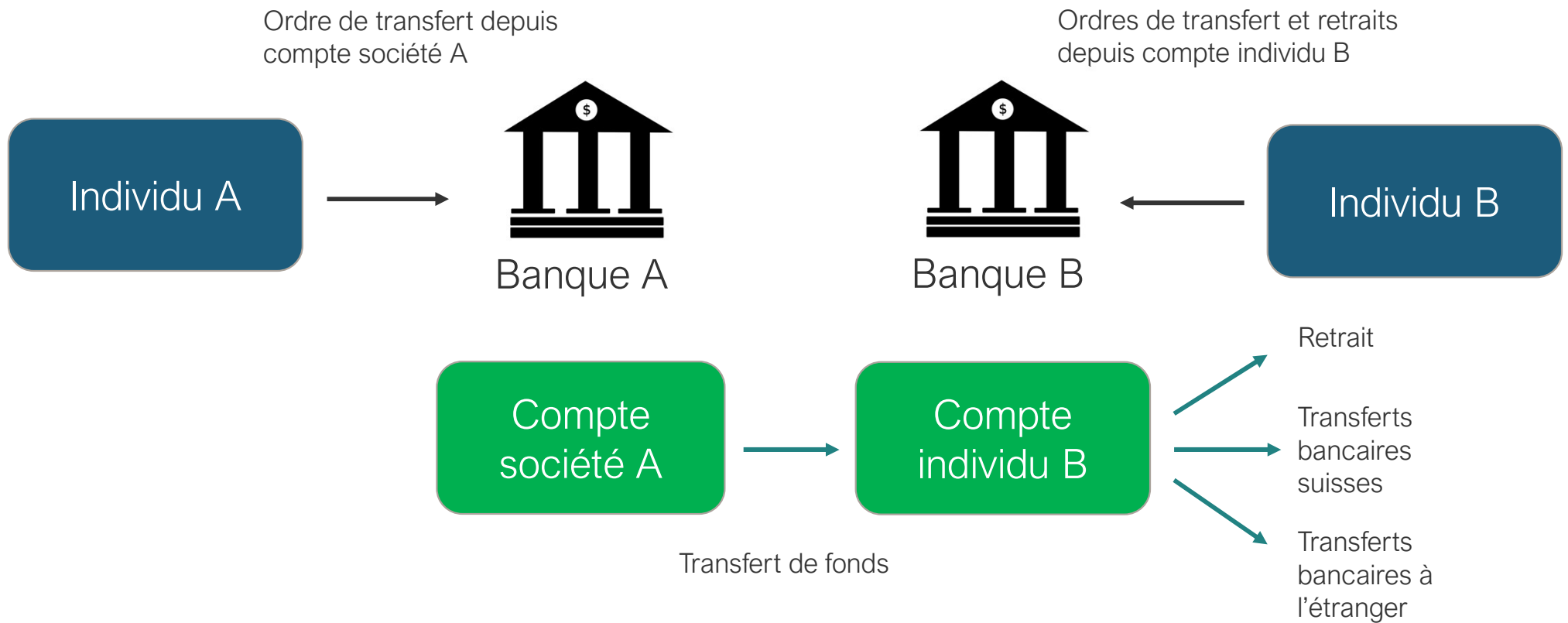
Cadre général

- **Art. 305^{bis}** (blanchiment d'argent) et **305^{ter} CP** (défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication)
- Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA)
- Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (ordonnance sur le blanchiment d'argent, OBA)
- Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA)
- Circulaires de la FINMA pertinentes pour les banques
- Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), élaborée par l'Association suisse des banquiers (ASB)

Art. 102 CP

- 1 Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.
- 2 En cas d'infraction prévue aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, **305^{bis}**, 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies}, al.1, ou 322^{octies}, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.
- 3 Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.
- 4 Sont des entreprises au sens du présent titre: a. les personnes morales de droit privé; b. les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales; c. les sociétés; d. les entreprises en raison individuelle.

ATF 129 IV 322 – Les faits



ATF 129 IV 322 – Leçons

- Action en responsabilité civile possible non seulement contre l'auteur de l'infraction préalable, mais également contre le blanchisseur
- L'art. 305^{bis} CP en tant que fondement à l'allocation d'une prétention en dommage-intérêts à la personne lésée par l'infraction préalable

Précisions jurisprudentielles

▪ ATF 133 III 323 (« milliardaire malien »)

- A défaut d'élection de droit en faveur de la lex fori (art. 132 LDIP), les prétentions fondées sur l'acte illicite revenant pour une banque à avoir prétendument blanchi de l'argent sont régies, lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas leur résidence habituelle dans le même Etat, par le droit de l'Etat dans lequel les intérêts patrimoniaux sont touchés, c'est-à-dire par celui où a son siège la banque dans laquelle les fonds provenant d'un crime ont transité
- Le dol éventuel est requis; la négligence ne suffit pas

▪ ATF 134 III 529

Des violations de l'art. 305^{ter} CP et/ou de la LBA ne suffisent pas

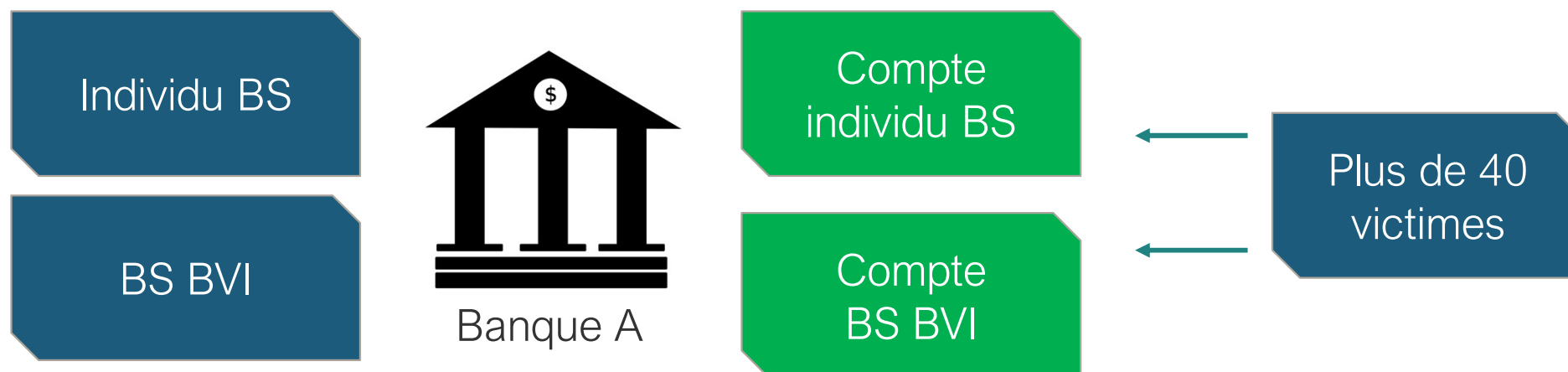
▪ ATF 142 IV 333

Tous les éléments constitutifs de l'infraction sous-jacente doivent être réunis pour une application de l'art. 102 CP

▪ ATF 146 IV 68

L'art. 102 CP est une norme d'imputation; prescription de l'infraction imputée

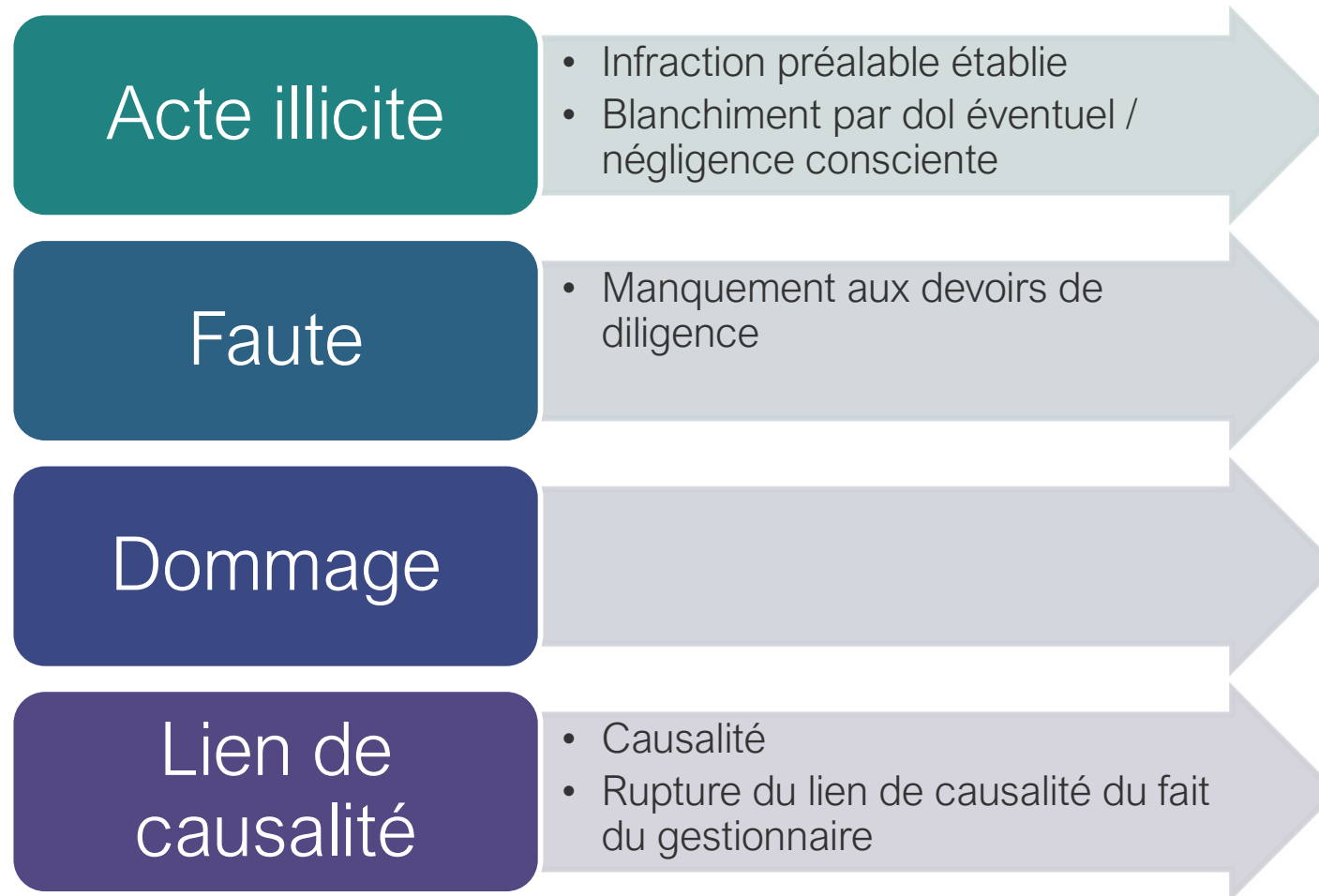
Arrêt ACJC/1202/2020 – Faits



Arrêt ACJC/1202/2020 – Faits

- BS ouvre des comptes auprès de la Banque A dont il se déclare BO
- Usage annoncé des comptes: perception de commissions découlant de l'activité professionnelle de BS en tant que gestionnaire
- Condamnation passée pour escroquerie et abus de confiance
- Suite aux dénonciations MROS de deux autres banques, la banque est interpellée à deux reprises par les autorités. Elle conclut les deux fois que tout est en ordre, sans documenter son examen
- Plus de 1'300 entrées et sorties de paiements de 2003 à 2007
- Crédits à hauteur de CHF 53'903'024 et débits à hauteur de CHF 45'101'229
- Volume mensuel pouvant s'élever à plusieurs millions de francs
- Avis de crédit indiquant qu'il s'agissait d'investissements réalisés par des tiers
- Aucune alerte générée par le système informatique anti-blanchiment de la Banque

Arrêt ACJC/1202/2020 – Leçons (1/3)



Arrêt ACJC/1202/2020 – Leçons (2/3)

- **Art. 305^{bis} CP**: but également de protéger les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le **crime préalable** (illicéité de comportement)
- **Art. 11 CP**: blanchiment peut également être **commis par omission** si l'auteur se trouvait dans une position de garant qui entraîne pour lui une obligation d'agir
- **LBA/Directives de la FINMA (anciennement CFB)**: depuis 1^{er} avril 1998, les intermédiaires financiers ont l'obligation de clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une relation d'affaires lorsque des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime, de notifier le MROS et de collaborer avec les autorités compétentes; ces obligations légales créent une **position de garant** (ATF 136 IV 188 c. 6.2)
- **55 CO**: responsabilité de l'employeur

Arrêt ACJC/1202/2020 – Leçons (3/3)

« Il convient dès lors d'examiner si la banque a commis, par dol éventuel, un blanchiment de l'argent provenant de l'escroquerie perpétrée au préjudice des appelants par BS_____, dont l'intimée pourrait répondre aux conditions de l'art. 55 al. 1 CO » (consid. 3.1.8).

Trois normes concurrentes?

Art. 102 CP

La responsabilité de l'entreprise pour ses propres actes de blanchiment d'argent

Art. 55 CO

La responsabilité de l'entreprise pour les actes de blanchiment de son employé

Art. 55 CC

La responsabilité de l'entreprise pour les actes de blanchiment de ses organes

Action contre l'entreprise pour:	Blanchiment d'argent par l'entreprise	Blanchiment d'argent par son employé	Blanchiment d'argent par un organe
Dispositions applicables	Art. 102 CP cum 305 ^{bis} CP et 41 CO	Art. 55 CO cum 305 ^{bis} CP et 41 CO	Art. 55 CC cum 305 ^{bis} CP et 41 CO
Conditions spécifiques	Ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction	Implication d'un employé Preuve libératoire: diligence de la banque	<ul style="list-style-type: none"> • Implication d'un organe • Pas de preuve libératoire
Avantages	Prescription pénale	Fardeau de la preuve libératoire de 55 CO sur l'entreprise	<ul style="list-style-type: none"> • Absence de preuve libératoire de 55 CC • Prescription pénale
Inconvénients	<ul style="list-style-type: none"> • Fardeau de la preuve de 102 CP sur le demandeur • Technicité 	Prescription civile	<ul style="list-style-type: none"> • Notion d'organe • Fardeau de la preuve de 55 CC sur le demandeur

Conclusion

- En tant qu'intermédiaire financier, une banque a une position de garant s'agissant de la lutte contre le blanchiment; la violation de ses obligations peut entraîner sa responsabilité civile
- Encore de nombreuses incertitudes à clarifier
 - Fondement de la responsabilité de la banque (art. 102 CP, 55 CO, 55 CC)
 - Détermination du dommage
- Arrêt du TF en cours de circulation dans une composition à 5 juges
- L'augmentation du nombre d'actions contre les banques pour blanchiment laisse présager des actions à venir

Questions?