

Franz Werro / Pascal Pichonnaz
Editeurs

Colloque du droit de la responsabilité civile 2022
Université de Fribourg

**La responsabilité civile en arrêts et
une nouveauté législative de taille**



Stämpfli Editions

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

ATF 129 IV 322 et ACJC/1202/2020

Sandrine Giroud

Vice-Bâtonnière de l'Ordre des avocats de Genève, LL.M. en règlement des différends internationaux (Genève)

Anton Vallélian

Avocat à Genève, docteur en droit¹

Introduction	176
I. Le cadre normatif	178
A. <i>Le dispositif normatif suisse antiblanchiment</i>	178
B. <i>La responsabilité pénale des entreprises en droit suisse</i>	179
II. La responsabilité civile pour blanchiment d'argent	182
A. <i>L'ATF 129 IV 322</i>	182
B. <i>Une responsabilité aquilienne indépendante du droit pénal ?</i>	183
III. L'arrêt ACJC/1202/2020	186
A. <i>Les faits</i>	186
B. <i>Le droit</i>	188
IV. Art. 102 al. 2 CP, 55 al. 1 CO et 55 al. 2 CC – Trois normes concurrentes ?	193
A. <i>De l'articulation des art. 102 al. 2 CP et 55 al. 1 CO</i>	194
B. <i>De l'art. 55 al. 2 CC</i>	195
C. <i>Synthèse</i>	196
Conclusion	197
Bibliographie	199

¹ Les auteurs remercient Me Pierre Odobez, avocat-stagiaire chez LALIVE, pour ses recherches et sa relecture du manuscrit.

Introduction

Avec près de 8 649 milliards de francs sous gestion en 2021², la Suisse est particulièrement préoccupée par les questions relatives aux processus financiers et réglementaires y afférents. Dans son livre « La Suisse lave plus blanc », paru il y a plus de 30 ans, ZIEGLER mettait déjà en évidence les phénomènes criminels qui pouvaient être associés à la gestion de telles sommes parmi lesquels en particulier le blanchiment d'argent³. Depuis, le Groupe d'action financière, organisme intergouvernemental créé en 1989 plus communément appelé GAFI, et le *Department of Justice* des États-Unis (*US DOJ*)⁴, sont passés par là et ce sont 700 000 heures annuelles de formation en matière de lutte contre le blanchiment qui sont à présent suivies dans les banques suisses⁵. Malgré ces efforts, le blanchiment d'argent continue de sévir en Suisse, comme en témoignent les nombreuses affaires qui ont fait la une de la presse ces dernières années telles que les affaires Petrobras et l'opération « *Lava Jato* » (Brésil), IMDB (Malaisie), PDVSA (Venezuela) ou les nombreuses affaires dites « *laundromats* » (Azerbaïdjan, Moldavie, Russie ou Danemark)⁶. À cela s'ajoutent les multiples fuites d'informations financières dont les *Panama Papers* ou plus récemment les *Suisse Secrets* qui ont mis en évidence la volonté d'anonymisation

² ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS, Conférence de presse annuelle, 15 mars 2022, p. 10.

³ ZIEGLER, *La Suisse lave plus blanc*, Paris 1990.

⁴ Le *US DOJ* a piloté le *Swiss Bank Program*, annoncé le 29 août 2013, qui visait à offrir une voie aux banques suisses pour résoudre leur responsabilité criminelle potentielle aux États-Unis. Les banques suisses admissibles au programme étaient tenues d'informer le département avant le 31 décembre 2013 qu'elles avaient des raisons de croire qu'elles avaient commis des infractions pénales liées à l'impôt en rapport avec des comptes non déclarés liés aux États-Unis. Les banques faisant déjà l'objet d'une enquête pénale liée à leurs activités bancaires en Suisse et toutes les personnes physiques étaient expressément exclues du programme. Le 27 janvier 2016, le *US DOJ* annonçait avoir imposé plus de 1,36 milliard de dollars d'amende aux banques suisses visées (*US DOJ*, Communiqué de presse, *Justice Department Announces Final Swiss Bank Program Category 2 Resolution with HSWZH Verwaltung AG*, 27 janvier 2016).

⁵ ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS, Conférence de presse annuelle, 15 mars 2022, p. 5.

⁶ GROUPE INTERDÉPARTEMENTAL DE COORDINATION SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME, *Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse*, octobre 2021, p. 21.

des ayants droit économiques des avoirs impliqués, notamment par le recours à des sociétés de domicile, dont nombre d'entre elles détenaient des comptes bancaires en Suisse, d'où l'émergence de doutes quant à la légalité de l'origine des fonds détenus en Suisse⁷.

Dans ce contexte, les évolutions législatives ainsi que l'attention accrue du public ont augmenté la pression sur les intermédiaires financiers en matière de lutte contre le blanchiment. Cette pression se traduit par des sanctions réglementaires, voire davantage de procédures pénales initiées contre des intermédiaires financiers, en particulier des banques, pour blanchiment d'argent, même si ces actions restent encore rares face au phénomène criminel considéré⁸. Ces développements soulèvent également la question encore peu explorée de la responsabilité civile des intermédiaires financiers pour des actes de blanchiment d'argent et la réparation qui doit en résulter pour les victimes. L'arrêt ACJC/1202/2020 du 1^{er} septembre 2020 de la Cour de justice de la République et canton de Genève pose les jalons de cette réflexion. Au moment de ponctuer ces lignes, le Tribunal fédéral reste saisi d'un recours à l'encontre de cet arrêt, ce plus d'une année après son dépôt, ce qui démontre l'importance des questions de principe soulevées.

La présente contribution vise à exposer les enjeux de la responsabilité civile des intermédiaires financiers pour blanchiment d'argent en l'état du droit et à examiner plus particulièrement certaines des difficultés résultant de l'interaction entre les voies pénales et civiles. Après un rappel du cadre normatif antiblanchiment d'argent en Suisse (I.), nous nous pencherons sur sa concrétisation dans la jurisprudence et en particulier l'arrêt fondateur en la matière, l'ATF 129 IV 322 (II.), ainsi que sa concrétisation genevoise récente dans une affaire impliquant précisément une banque blanchisseuse et ayant donné lieu à l'arrêt ACJC/1202/2020 (III.). Ces développements nous permettront d'aborder l'articulation difficile entre le droit pénal et le droit civil en la matière (IV.) et de conclure par certains constats, respectivement ouvrir la réflexion sur des questions encore à explorer.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Swissinfo*, Les banques suisses devant la justice, 2 février 2021.

I. Le cadre normatif

A. Le dispositif normatif suisse antiblanchiment

La réglementation suisse de lutte contre le blanchiment d'argent s'appuie sur deux piliers : d'une part, le blanchiment d'argent est un délit sanctionné par les autorités pénales (art. 305^{bis} CP). D'autre part, la Loi sur le blanchiment d'argent⁹ prescrit aux intermédiaires financiers d'appliquer des obligations de diligence à l'égard de leurs clients (identification et clarification) et de communiquer leurs soupçons de blanchiment. À cela vient s'ajouter toute une série d'ordonnances¹⁰, de circulaires FINMA¹¹ et de normes privées dont en particulier la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), élaborée par l'Association suisse des banquiers (ASB)¹².

⁹ RS 955.0.

¹⁰ Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA, RS 955.01) ; Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA, RS 955.033.0).

¹¹ Aux termes de l'art. 7 al. 1 let. b de la Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1), les circulaires de la FINMA permettent à l'autorité de surveillance une pratique uniforme et adéquate dans son application de la législation sur les marchés financiers. Les circulaires de la FINMA concrétisent des normes légales ouvertes et indéterminées et contiennent des instructions relatives au pouvoir d'appréciation. S'agissant de la LBA en particulier, cf. 2011/01 Circulaire FINMA, Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA (20.10.2010).

¹² Convention relative à l'obligation de diligence des banques entre l'Association suisse des banquiers d'une part et les banques signataires d'autre part du 13 juin 2018 (CDB 20). Comme le précise son préambule, en tant que signataire, la banque s'oblige envers l'ASB, en sa qualité d'organisation faîtière chargée de la sauvegarde des intérêts et de la réputation de la place financière suisse, à respecter la CDB 20 en vue de préserver le renom de la place financière suisse sur les plans national et international, de concrétiser les obligations de diligence fondées sur le droit bancaire relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi qu'à l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique, de contribuer efficacement à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Les autorités s'appuient également sur ces règles dans la mesure où elles concrétisent certaines obligations de diligence prévues par la LBA et l'art. 305^{ter} CP.

L'art. 305^{bis} CP définit ainsi l'auteur de l'infraction de blanchiment d'argent comme :

« celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié ».

Le dispositif antiblanchiment helvétique est en constante évolution afin de tenter d'ajuster les outils législatifs au phénomène criminel lui aussi en constante évolution. Le Parlement a ainsi adopté en mars 2021 la version révisée de la LBA et son entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} octobre 2022. L'OBA et l'OBA-FINMA sont quant à elles en cours de révision et les circulaires et règles privées précitées sont elles aussi régulièrement actualisées. Ces évolutions renforcent l'obligation générale de lutte contre le blanchiment d'argent qui s'impose aux intermédiaires financiers depuis le 1^{er} avril 1998, date d'entrée en vigueur de la LBA.

B. La responsabilité pénale des entreprises en droit suisse

Selon l'adage latin *societas delinquere non potest*, les sociétés ne pouvaient commettre de délits. Cet adage appartient toutefois au passé, car la réalité de la criminalité économique en a démontré les limites. Adopté afin de répondre aux exigences posées par l'art. 5 de la Convention des Nations Unies du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme, entrée en vigueur pour la Suisse le 23 octobre 2003¹³, l'art. 102 CP consacre aujourd'hui deux formes de responsabilité pénale de l'entreprise¹⁴.

¹³ RS 0.353.22.

¹⁴ En droit pénal, la notion d'entreprise est définie à l'al. 4 de cet article comme les personnes morales de droit privé, les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales, les sociétés, et les entreprises en raison individuelle. La notion est ainsi plus large que celle couverte par le droit conventionnel qui se focalise sur la personne morale (cf. art. 5 par. 1 Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, du 9 décembre 1999 [RS 0.353.22] ; art. 10 par. 2 Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, du 15 novembre 2000 [RS 0.311.54] ; art. 3 par. 2 Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, du 17 décembre 1997 [RS 0.311.21] ; art. 26 par. 2 Convention des Nations Unies contre la corruption, du 31 octobre 2003 [RS 0.311.56] ; art. 10 par. 4 Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du

Tout d'abord, une responsabilité subsidiaire aux termes de laquelle :

*« 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 »*¹⁵.

Ensuite, une responsabilité primaire, notamment en matière de blanchiment d'argent, selon laquelle :

*« En cas d'infraction prévue aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis} [soit en cas de blanchiment d'argent], 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. »*¹⁶

Le régime décrit à l'art. 102 al. 1 CP fonde ainsi la responsabilité de l'entreprise sur la défaillance organisationnelle de l'entreprise empêchant l'identification de l'auteur d'un crime ou d'un délit. Cette responsabilité est exclue dès lors qu'une personne physique responsable de l'infraction est identifiée, peu importe qu'elle puisse effectivement être poursuivie¹⁷. L'art. 102 al. 2 CP permet quant à lui le cumul de la responsabilité individuelle et sociale en lien avec certaines infractions particulièrement graves (listées exhaustivement) pour le cas où l'entreprise n'a pas pris toutes les

crime et au financement du terrorisme, du 16 mai 2005 [RS 0.311.53]). En droit civil, l'entreprise n'est pas un concept juridique sens strict, mais recouvre une réalité factuelle et économique (cf. not. CHAPPUIS B., Responsabilité civile de l'entreprise, p. 75 ss, lequel introduit le régime de responsabilité civile applicable aux différents types d'entreprises selon leur forme juridique. Cf. ég. CASSANI, Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise, p. 114 ss.

¹⁵ Art. 102 al. 1 CP.

¹⁶ Art. 102 al. 2 CP.

¹⁷ Comme le précise CASSANI, Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise, p. 116, il n'est du reste pas nécessaire que toutes les personnes responsables soient identifiées, l'identification d'une seule personne fait obstacle à la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP.

mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission d'une des infractions considérées par cette disposition ; l'infraction commise par l'individu est alors imputée à l'entreprise concernée¹⁸.

Si la responsabilité subsidiaire peut *a priori* permettre de fonder la responsabilité civile de l'entreprise en cas d'infraction pénale, ce n'est toutefois pas le cas. En effet, en application de l'art. 102 al. 1 CP, l'entreprise n'est pas responsable de la commission de l'infraction concernée, mais de l'impossibilité d'en déterminer l'auteur¹⁹. Il en va différemment de la responsabilité primaire car, dans ce cas, l'entreprise est alors « fautive » et réprimée pour avoir permis la commission de l'infraction en son sein en raison de son défaut d'organisation ; dans cette hypothèse, le comportement de l'entreprise est causal dans la commission de l'infraction et partant en tant que tel illicite²⁰. Seule la responsabilité primaire, qui couvre les infractions de blanchiment d'argent, nous intéresse donc pour la poursuite de notre analyse²¹.

Comme nous le verrons, il n'est cependant pas indispensable que la banque encoure une responsabilité pénale pour que sa responsabilité civile soit engagée, ce qui est encourageant dans la mesure où l'art. 102 al. 2 CP reste d'application rare dans la pratique²².

¹⁸ ATF 146 IV 68. Ainsi, même si l'art. 102 al. 2 CP prévoit une amende, le délai de prescription pénale de l'infraction sous-jacente détermine celui de l'entreprise, et non le délai de prescription de trois ans des contraventions, ce qui aurait rendu la disposition presque dénuée de portée vu la complexité des affaires impliquant l'art. 102 al. 2 CP. Dans le même sens, tous les éléments constitutifs de l'infraction sous-jacente doivent être réunis pour qu'une responsabilité pénale de l'entreprise soit envisagée au sens de l'art. 102 al. 2 CP, y compris les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction (ATF 142 IV 333).

¹⁹ CASSANI, Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise, p. 119 ss ; CHAPPUIS B., Responsabilité civile de l'entreprise, p. 94 ; PODA, p. 158.

²⁰ CHAPPUIS B., Responsabilité civile de l'entreprise, p. 94 ; CASSANI, Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise, p. 119 ss ; PODA, p. 158.

²¹ Le droit pénal accessoire est également hors du champ de la présente contribution.

²² CASSANI, Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise, p. 113.

II. La responsabilité civile pour blanchiment d'argent

Dans l'ATF 129 IV 322, le Tribunal fédéral a examiné pour la première fois le blanchiment d'argent en tant que fondement d'une prétention en dommages-intérêts de la personne lésée par l'infraction préalable (A.). La jurisprudence ultérieure a clarifié si la responsabilité aquilienne qui en découle peut s'affranchir des conditions de l'art. 305^{bis} CP en raison des buts différents que poursuivent le droit pénal et le droit de la responsabilité civile, ou si au contraire l'unité du droit doit primer (B.).

A. L'ATF 129 IV 322

Les faits qui ont donné lieu à l'ATF 129 IV 322 sont relativement simples²³. Une personne instruit frauduleusement une banque italienne de virer des fonds du compte de la société A. sur le compte d'un individu B. auprès d'une banque suisse. À réception des fonds, B. retire une partie des avoirs et transfère le solde auprès de banques en Suisse et à l'étranger. B. est condamné pour escroquerie (art. 146 CP), faux dans les titres (art. 251 CP) et blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP). Il doit en outre verser plus de 2 millions de francs à titre de dommages-intérêts. B. recourt au Tribunal fédéral. Il conteste qu'un acte de blanchiment d'argent puisse fonder une responsabilité civile. Selon lui, le dommage subi par le lésé est purement économique – ou en d'autres termes constitue une diminution de son patrimoine ne résultant pas d'une atteinte à ses droits absolus et ne peut être réparé que si l'acte dommageable contrevient à une norme dont la finalité est de protéger le bien lésé. À suivre B., l'art. 305^{bis} CP vise à protéger l'administration de la justice, à l'exclusion des droits du lésé de l'infraction préalable ; en d'autres termes, cet article n'est pas une norme de protection.

Après une analyse détaillée de la jurisprudence cantonale – contradictoire, ainsi que de la doctrine – divisée –, le Tribunal fédéral va donner tort à B. Selon notre Haute Cour, la confiscation pénale qui devrait intervenir au terme d'une procédure pour blanchiment s'opère en principe dans l'intérêt de la victime²⁴. Or dans la mesure où l'art. 305^{bis} CP punit l'entrave à cette confiscation, il tend également à protéger les intérêts patrimoniaux de ceux

²³ ATF 129 IV 322.

²⁴ *Id.*, consid. 2.2.4.

qui sont lésés par le crime préalable²⁵. Pour le Tribunal fédéral, il s'agit donc d'une norme de protection, qui justifie la prétention en dommages-intérêts du plaignant²⁶.

Cet arrêt met ainsi un terme à la controverse et établit clairement que celui qui blanchit des valeurs patrimoniales peut être tenu civilement responsable du dommage causé à la victime de l'infraction préalable. Comme le précisera le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence ultérieure, le dommage réparable ne correspond cependant pas à l'entier du dommage causé à la victime par l'infraction préalable, mais uniquement aux valeurs patrimoniales dont la confiscation a été rendue impossible par le blanchiment d'argent²⁷. Dans cette mesure, une action en responsabilité est ainsi possible non seulement contre l'auteur de l'infraction préalable, mais également contre le blanchisseur sur le fondement de l'art. 305^{bis} CP.

Le Tribunal fédéral précisera, cinq ans plus tard, que toute violation du système antiblanchiment helvétique ne suffit pas à établir la responsabilité civile du blanchisseur, encore faut-il qu'une telle violation enfreigne l'art. 305^{bis} CP, ce qui exclut des violations seules de l'art. 305^{ter} CP (Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication) ou de la LBA, normes qui n'ont pas été édictées dans un but de protection d'intérêts individuels, mais afin d'instaurer un standard minimal de comportement et de diligence²⁸.

B. Une responsabilité aquilienne indépendante du droit pénal ?

Dans un arrêt du 20 février 1998, la Cour de justice de la République et canton de Genève avait conclu que celui qui, par négligence, commet un acte de blanchiment d'argent doit répondre du préjudice subi par la victime de l'infraction préalable²⁹. Elle s'était appuyée sur l'art. 53 al. 2 CO, selon lequel le juge civil n'est pas lié par les règles du droit pénal, pour en déduire qu'il importait peu que l'art. 305^{bis} CP réprime une infraction intentionnelle ; sur le plan civil, un acte objectivement répréhensible suffit. En

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ TF, 6B_1202/2019 du 9 juillet 2020, consid. 4.2.2.

²⁸ ATF 134 III 529, consid. 4.3.

²⁹ SJ 1998, p. 646 ss.

d'autres termes, un acte qui ne serait pas pénalement poursuivable, faute d'intention, pouvait constituer un « *acte illicite fautif* », entraînant la responsabilité de son auteur sur le plan civil. L'arrêt divisa la doctrine, dont les intervenants de ce colloque.

Aux côtés de BÜREN, WALTER³⁰, BÖCKLI³¹, C. CHAPPUIS et WERRO³² soutiennent la conclusion de la Cour de justice. À suivre C. CHAPPUIS, il convient de ne pas perdre de vue les buts différents que poursuivent le droit pénal et le droit de la responsabilité civile ; au but de punir l'auteur d'un comportement contraire au droit, comme le prescrit le droit pénal, se substitue le but visé par le droit de la responsabilité civile de réparer le dommage subi par le tiers³³. La faute pénale n'a pas le même poids ni la même fonction que la faute civile³⁴. Il s'ensuit que le juge civil est légitimé à ne pas retenir les restrictions pénales quant à l'intention ou au dessein poursuivi par l'auteur³⁵.

À l'inverse, CASSANI³⁶, B. CHAPPUIS³⁷, ACKERMANN³⁸, MISTELI³⁹, AEPLI⁴⁰ et THÉVENOZ⁴¹ affichent leur scepticisme quant à la solution retenue par la Cour de justice genevoise. À suivre B. CHAPPUIS, l'acceptation d'une responsabilité civile du blanchisseur par négligence sur la base de l'illicéité pénale de l'art. 305^{bis} CP, infraction qui ne se contente pas de la négligence mais exige l'intention, n'est pas satisfaisante, car elle fait fi du contenu véritable de la norme pénale⁴². CASSANI ajoute que l'appréciation civiliste autonome de l'élément de la faute est un travestissement de la norme pénale dont n'est utilisée qu'une partie alors qu'intrinsèquement elle forme un tout

³⁰ VON BÜREN/WALTER, p. 675 ss.

³¹ BÖCKLI, § 18 Verantwortlichkeit, n. 71.

³² CHAPPUIS C./WERRO, p. 321 ss.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ CASSANI, Blanchiment d'argent, p. 393 ss.

³⁷ CHAPPUIS B., Illicéité civile, p. 304 ss.

³⁸ ACKERMANN, p. 48.

³⁹ MISTELI, p. 255.

⁴⁰ AEPLI, p. 408.

⁴¹ THÉVENOZ, p. 192 ss.

⁴² CHAPPUIS B., Illicéité civile, p. 304 ss.

indissociable⁴³. L'ATF 133 III 323 tranchera en faveur de ces derniers auteurs.

Au terme d'une discussion de la jurisprudence cantonale et fédérale, ainsi que de la doctrine, le Tribunal fédéral rappelle que l'obligation de réparer un préjudice en droit de la responsabilité civile doit être contenue dans des limites raisonnables pour être acceptée socialement⁴⁴. L'illicéité, en tant que condition d'une telle responsabilité, tend en effet à assurer que celle-ci ne soit pas étendue de manière excessive⁴⁵. Or dans la mesure où les éléments constitutifs d'une norme pénale se répartissent en éléments objectifs et subjectifs, le Tribunal fédéral ne voit pas pour quelle raison il conviendrait d'attribuer une portée moindre à l'un desdits paramètres par rapport à l'autre dans le cadre de l'infraction de blanchiment d'argent de l'art. 305^{bis} CP⁴⁶. Pour le Tribunal fédéral, il faut donc admettre que :

« l'art. 305^{bis} CP ne souffre pas d'être disséqué et qu'il s'agit d'une norme intangible, qui forme par elle-même un tout. En d'autres termes, un acte de blanchiment commis par négligence, qui n'est donc pas sanctionné par la loi pénale, ne saurait constituer un acte illicite tel que l'entend l'art. 41 CO »⁴⁷.

Partant, l'infraction de blanchiment étant une infraction *intentionnelle*, la *négligence* ne suffit pas pour établir une responsabilité pénale au sens de l'art. 305^{bis} CP ni une responsabilité civile en découlant. Le dol éventuel est à tout le moins requis. Si la solution est regrettable dans la perspective de

⁴³ CASSANI, Blanchiment d'argent, p. 393 ss.

⁴⁴ ATF 133 III 323, consid. 5.2.3.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.* Le Tribunal fédéral apporte une seconde précision dans cet arrêt en lien avec le droit applicable à la prétention en responsabilité civile : en application de l'art. 133 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 État, par le droit de l'État 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 (consid. 2.3). Le droit suisse est donc bien applicable à l'action et c'est au regard de ce droit qu'il convient d'examiner si les éléments constitutifs d'une responsabilité aquilienne sont réunis (art. 142 al. 1 LDIP), tout en prenant en considération les règles de sécurité et de comportement alors en vigueur en Suisse (art. 142 al. 2 LDIP).

la répression du blanchiment d'argent, elle a le mérite d'assurer une certaine unité entre le droit pénal et le droit civil.

III. L'arrêt ACJC/1202/2020

Dans un arrêt daté du 1^{er} septembre 2020, la Cour de justice de la République et canton de Genève a fait droit à la demande en dommages-intérêts de 40 investisseurs victimes d'escroquerie contre une banque suisse qui avait blanchi les fonds résultant de l'escroquerie et a posé les jalons nécessaires à établir la responsabilité civile d'un intermédiaire financier pour blanchiment d'argent⁴⁸. Ces jalons restent sujets à confirmation par le Tribunal fédéral, toujours saisi d'un recours à l'encontre de cet arrêt à la date de publication de cette contribution.

A. Les faits

Un gestionnaire de fortune indépendant ouvrit deux comptes bancaires auprès d'une banque suisse (la Banque), le premier en son nom propre en 1999 et le second en 2004 par l'intermédiaire d'une société aux Îles Vierges britanniques (BVI). Dans les formulaires A y afférents, le gestionnaire indiqua être le bénéficiaire économique des deux comptes. Selon le profil *Know Your Customer* (KYC), les comptes étaient destinés à recevoir les commissions découlant de l'activité professionnelle du gestionnaire. Or de 2003 à 2007, les comptes furent utilisés pour plus de 1 300 transactions, avec des crédits à hauteur de 53 903 024 fr. et des débits à hauteur de 45 101 229 fr., et les indications dans les avis de crédit mentionnaient des investissements réalisés par des tiers.

Selon les contrats conclus entre le gestionnaire et les investisseurs, les fonds étaient mis à disposition du gestionnaire afin d'être utilisés comme couverture pour des transactions en faveur des investisseurs. Ces opérations devaient viser un rendement de 10 % à 20 % des actifs sous gestion par année. Certains contrats contenaient une clause de garantie du capital investi à concurrence de 80 % voire 100 %. Il s'agissait en réalité d'une pyramide de Ponzi.

⁴⁸ Arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 1^{er} septembre 2020, ACJC/1202/2020.

Au moment de l'ouverture de ces comptes et jusqu'en 2006, la Banque ignorait que le gestionnaire avait eu des démêlés avec la justice ; il avait en effet été condamné pour escroquerie et détournement en 2001 et deux autres banques avaient dénoncé le gestionnaire au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) en 2001 et 2003. Ces dénonciations avaient conduit à l'ouverture d'une enquête pénale à son encontre. Bien que l'affaire fût classée en raison du décès du gestionnaire en 2007, le juge chargé de l'enquête avait entre-temps demandé des informations à la Banque. Informé, le département *compliance* de la Banque avait toutefois déclaré que tout était en ordre, sans pour autant documenter ses démarches de vérification.

En parallèle, la Commission fédérale des banques (CFB) (remplacée depuis le 1^{er} janvier 2009 par la FINMA) avait mené une enquête contre la société du gestionnaire sise aux BVI et avait invité la Banque à produire toutes les informations pertinentes. La Banque avait de nouveau examiné les relations bancaires concernées ; derechef et sans documenter quoi que ce soit, le département *compliance* avait déclaré que tout était en ordre.

En 2011, soupçonnant qu'elle n'avait pas respecté ses obligations aux termes de la LBA, la Banque s'est dénoncée auprès de la Commission de surveillance en charge de l'application des CDB 2003 et 2008 en vigueur à l'époque. La Commission est arrivée à la conclusion que la Banque avait enfreint ses obligations et lui a infligé une amende de 230 000 fr. Selon la Commission, le profil KYC indiquait en effet clairement que les comptes devaient être utilisés pour la perception de frais de gestion et non pour des investissements effectués en faveur de ses clients comme le traduisait la réalité des transactions opérées sur ces comptes. Il était en outre certain que le gestionnaire n'était pas l'ayant droit économique des fonds crédités, contrairement à ce qu'il avait indiqué dans les formulaires A. La Banque aurait donc dû répéter sa procédure visant à identifier l'ayant droit économique des comptes et vérifier chacune des transactions concernées. Il lui appartenait de prendre les mesures nécessaires afin d'organiser le déroulement de son activité de manière à ce que des transactions suspectes soient détectées comme telles. La Commission d'ajouter à cet égard que l'utilisation d'un système de surveillance des transactions qui ne reconnaissait pas comme insolite un trafic de paiements de plus de 1 300 entrées et sorties de paiements en trois ans et demi atteignant un montant total supérieur à 50 000 000 fr., avec un volume mensuel pouvant s'élever à plusieurs millions de francs, ne remplissait pas les exigences de la CDB en matière de diligence. Ce faisant, la Banque avait accepté le risque que des transactions

suspectes ne soient pas détectées comme telles. Rien dans l'état de fait n'indique que la Banque ait fait en parallèle une dénonciation au MROS.

En 2014, plusieurs victimes de la fraude déposèrent plainte pénale pour blanchiment. La procédure se termina toutefois en 2015 en raison de la prescription pénale. Les investisseurs lésés introduisirent alors une action en responsabilité civile contre la Banque. En première instance, les tribunaux genevois ont donné raison à la Banque, décision qui fut renversée en appel.

B. Le droit

Les investisseurs lésés reprochaient au Tribunal de première instance d'être parvenu à la conclusion que la responsabilité de la Banque ne pouvait être engagée sur la base de l'art. 41 CO car deux des quatre conditions – à savoir celle de l'acte illicite et celle de la causalité – faisaient défaut. Ces deux conditions sont examinées successivement ci-dessous avant d'en venir à la conclusion de la Cour.

1. L'acte illicite

S'agissant de la condition d'illicéité, le Tribunal de première instance avait nié tout comportement intentionnel de la part de l'intimée.

La Cour de justice commence par rappeler que l'acte illicite se définit comme la violation d'une norme protectrice des intérêts d'autrui. Cette définition est le fruit de la conception objective de l'illicéité. Ainsi comprise, l'illicéité peut résulter de l'atteinte à un droit absolu de la victime (illicéité du résultat) ou de la violation d'une norme de comportement destinée à protéger le lésé contre le type de dommage qu'il subit (illicéité du comportement), soit en l'espèce l'art. 305^{bis} CP⁴⁹.

Après une analyse détaillée des obligations d'une banque en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, la Cour rappelle ensuite que le blanchiment peut être réalisé par omission si l'auteur se trouvait dans une position de garant qui entraîne pour lui une obligation d'agir (art. 11 CP) et que les intermédiaires financiers se trouvent depuis l'entrée en vigueur de la LBA, soit dès le 1^{er} avril 1998, dans une telle position de garant qui les oblige

⁴⁹ *Id.*, consid. 3.1.1 et 3.1.2. Cf. ég. *supra*, p. 182 ss.

notamment à 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 (art. 6 et 9 LBA) et à informer immédiatement le MROS s'ils savent ou présument, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec un acte de blanchiment ou proviennent d'un crime⁵⁰.

Il s'ensuit qu'en tant qu'intermédiaire financier, une banque est la gardienne des fonds déposés sur ses comptes⁵¹. Elle ne peut rester passive, mais a le devoir d'agir, notamment en demandant et en obtenant des clarifications afin de dissiper ses doutes de blanchiment d'argent (ou sinon, selon le cas, faire une dénonciation MROS)⁵². Si elle ne s'assure pas de la provenance des fonds et procède malgré tout à un acte d'entrave prévu par l'art. 305^{bis} CP, le comportement de la banque relève de la « *cécité délibérée* » (« *bewusster Blindheit* »)⁵³. L'absence de réaction engage sa responsabilité civile⁵⁴.

La Cour examine ensuite tour à tour les art. 102 al. 2 CP et 55 CO. S'agissant de l'art. 102 al. 2 CP, elle précise que la responsabilité pénale de l'entreprise est engagée lorsqu'un individu commet intentionnellement des actes constitutifs d'une infraction visée à l'art. 102 al. 2 CP, soit notamment l'art. 305^{bis} CP, que celle-ci a pu être commise en raison d'un défaut d'organisation de l'entreprise et qu'il existe un lien de causalité entre le défaut d'organisation et l'infraction⁵⁵. S'agissant de l'art. 55 al. 1 CO, elle rappelle que cette disposition fonde une responsabilité objective simple, sanctionnant la violation d'un devoir de diligence ; l'employeur est ainsi tenu de réparer le dommage même si la violation ne lui est pas subjectivement imputable, cette violation étant, du reste, présumée. La responsabilité

⁵⁰ *Id.*, consid. 3.1.2.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Comme le précise CASSANI, Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise, p. 108, la question de savoir à qui, au sein de la banque, le devoir d'agir et d'amorcer le processus qui aboutira à la communication de soupçons fondés, dépend non seulement de la législation, mais aussi des directives internes de la banque définissant les processus et responsabilités. Cf. ég. ATF 136 IV 188, 195 et ATF 138 IV 1.

⁵³ ACJC/1202/2020, consid. 3.1.2, p. 43. Quant au concept de cécité délibérée, cf. TF, 6B_627/2012 du 18 juillet 2013, consid. 2.4, TF, 6B_835/2008, du 20 avril 2009, consid. 4 et TF, 6B_910/2019, 6B_1076/2019 du 15 juin 2020, consid. 2.7.4.

⁵⁴ ACJC/1202/2020, consid. 3.1.8.

⁵⁵ *Id.*, consid. 3.1.3.

de l'employeur nécessite qu'un acte illicite ait été commis par l'employé dans l'accomplissement de son travail et que l'employeur ne puisse pas apporter de preuves libératoires⁵⁶.

La Cour continue par l'exposé détaillé du devoir de garant de la Banque et de l'étendue de son devoir de diligence y afférent et des actes concrets qu'elle était tenue d'accomplir. Elle s'appuie à cette fin sur la LBA, ainsi que sur les directives de la CFB et de la CDB⁵⁷. La Cour rappelle notamment que l'intermédiaire financier doit exiger du cocontractant que celui-ci fournisse des informations propres à clarifier toute situation inusuelle ou à dissiper tout doute raisonnable et doit en vérifier le caractère plausible afin de lui permettre de porter une appréciation suffisante sur l'arrière-plan économique des transactions. Il doit en conséquence procéder, avec un esprit critique, à l'examen de la vraisemblance des dires de son client⁵⁸. Dès lors que la connaissance du client direct ou de l'ayant droit économique permet de présumer que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle, celui qui opère dans le secteur financier doit s'abstenir de toute transaction, faute de quoi il se rend coupable de blanchissage d'argent intentionnel⁵⁹.

La Cour relève également que le classement de la procédure pénale initiée en 2014 ne fait pas obstacle à ce qu'elle examine si les faits reprochés constituent un acte illicite au sens du droit civil, ce d'autant que la prescription

⁵⁶ *Id.*, consid. 3.1.4.

⁵⁷ *Id.*, consid. 3.1.5. Ces clarifications sont notamment nécessaires lorsque le montant d'une transaction ou le nombre de transactions apparaît anormalement élevé eu égard à l'activité et à la situation financière connue du client et/ou lorsque l'intermédiaire financier constate l'existence d'indices lui faisant soupçonner que des valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle. Des transactions présentent des risques particuliers de blanchiment, par exemple, lorsque leur construction indique un but illicite, lorsque leur but économique n'est pas reconnaissable, voire lorsqu'elles apparaissent absurdes d'un point de vue économique ou encore lorsqu'elles ne sont pas compatibles avec les informations et les expériences de l'intermédiaire financier concernant le client ou le but de la relation d'affaires. Doit également être considéré comme suspect tout client qui donne à l'intermédiaire financier des renseignements faux ou fallacieux ou qui, sans raison plausible, refuse de lui fournir les informations et les documents nécessaires, admis par les usages de l'activité concernée.

⁵⁸ *Id.*, consid. 3.1.5. Le degré de son analyse dépend en particulier de la nature de la relation d'affaires et des motifs ayant justifié la clarification, laquelle doit porter sur la provenance des fonds déposés, sur l'activité professionnelle ou commerciale du cocontractant ainsi que sur sa situation.

⁵⁹ *Id.*, consid. 3.1.5.

a dicté le classement de cette procédure⁶⁰. Du point de vue du juge civil, l'absence de condamnation pénale n'est en effet pas déterminante pour retenir l'existence d'un acte illicite conformément à l'art. 53 CO, ce qui ne lui interdit cependant pas non plus à l'inverse de se rallier aux constatations de fait du juge pénal⁶¹. Il n'en va pas différemment des décisions de la Commission de surveillance de la CDB ; le juge civil n'est pas lié, mais cela ne l'empêche pas pour autant de se référer à l'examen effectué par la Commission. Dans cette affaire, la Cour relève d'ailleurs que même si les conditions de l'art. 305^{bis} CP n'ont pas été considérées par la Commission, son examen s'étant limité aux dispositions des CDB 2003 et 2008, son raisonnement est pertinent dès lors qu'elle avait examiné l'existence de doutes quant à la véritable identité de l'ayant droit économique des fonds litigieux et qu'elle avait relevé que les comptes litigieux avaient fait l'objet de multiples transactions insolites incompatibles avec le but d'utilisation indiqué lors de l'ouverture⁶².

Se fondant sur les dispositions précitées, soit en particulier les art. 41 CO, 305^{bis} CP, 102 al. 2 CP et 55 al. 1 CO, la Cour a estimé qu'étaient établis le dol éventuel de la Banque et partant l'existence d'un acte illicite au sens du droit civil au vu notamment des faits suivants⁶³ :

- en 2006 au plus tard, lorsque les autorités pénales suisses contactèrent la Banque, celle-ci aurait dû vérifier les comptes et constater que leur utilisation était incompatible tant avec le but de la relation bancaire déclaré lors de l'ouverture des comptes dans les formulaires A qu'avec les indications dans les avis de crédit ; et
- des clarifications étaient d'autant plus justifiées que les dossiers de la Banque ne contenaient aucune documentation relative à une quelconque diligence raisonnable effectuée lors de l'ouverture de ces comptes ; la Banque n'avait du reste par la suite pas non plus considéré nécessaire de documenter ses vérifications à la suite de la demande des autorités pénales en 2006.

⁶⁰ *Id.*, consid. 3.1.8.

⁶¹ *Id.*, consid. 3.1.7 et 3.1.8. Cf. ATF 107 II 151 consid. 5b ; TF, 4C_74/2000 du 16 août 2001, consid. 1 ; TF, 5P_326/2004 du 13 octobre 2004, consid. 2.3.

⁶² ACJC/1202/2020, consid. 3.1.8.

⁶³ *Ibid.*

2. La causalité

Objet du dernier grief des investisseurs lésés, la Cour analyse la condition de la causalité consacrée par l'art. 41 CO.

S'agissant de la causalité naturelle, la Banque arguait que même si elle avait agi conformément au droit, le dommage serait néanmoins survenu puisque le gestionnaire aurait pu retirer les fonds. La Cour ne suit pas cette position et considère au contraire que si, comme elle le devait, la Banque avait clarifié l'origine des fonds et était intervenue, soit en mettant un terme aux relations d'affaires litigieuses, voire en procédant à une dénonciation et à un blocage des fonds, le gestionnaire félon aurait été empêché d'agir de manière répréhensible et les intérêts des appelants auraient été sauvegardés, respectivement atteints dans une moindre mesure. Partant, le dommage est en relation de causalité naturelle avec l'omission de l'intimée⁶⁴.

Quant à la causalité adéquate, elle doit également être admise. Pour la Cour, le gestionnaire a certes commis ce qui peut être qualifié d'une faute lourde ; toutefois, le comportement fautif de la Banque ne peut être écarté au point qu'il n'entrerait plus en ligne de compte en tant que cause adéquate du dommage subi. La Banque a violé ses obligations et cette violation était propre à permettre au gestionnaire de commettre ses agissements. Plus précisément, en décidant consciemment de ne pas solliciter des explications concernant les opérations suspectes auxquelles procédait le gérant externe sur ses comptes, la Banque a favorisé la survenance du dommage, si bien que le rapport de causalité adéquate n'est pas rompu⁶⁵.

3. La responsabilité de la Banque

Il résulte de l'examen opéré par la Cour que la Banque a violé ses obligations en matière de blanchiment d'argent et a accepté que les comptes puissent être utilisés pour blanchir de l'argent, ce qui engage sa responsabilité civile⁶⁶.

⁶⁴ *Id.*, consid. 3.3.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Id.*, consid. 3.1.8.

Sur cette base, la Cour annula la décision de première instance en faveur des investisseurs lésés⁶⁷ et renvoya la cause au Tribunal de première instance pour détermination sur la question du dommage⁶⁸. L'arrêt reste toutefois sujet à confirmation préalable par le Tribunal fédéral.

S'il est à saluer dans son résultat, cet arrêt interpelle néanmoins sur certains points.

IV. Art. 102 al. 2 CP, 55 al. 1 CO et 55 al. 2 CC – Trois normes concurrentes ?

Dans son arrêt, la Cour considère qu' :

*« il convient [...] 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 »*⁶⁹.

Cette formulation surprend dans la mesure où la Cour semble poser comme fondement de la responsabilité de la Banque les conditions de l'art. 55 al. 1 CO – en raison donc de sa qualité d'employeur du blanchisseur –, tout en se référant aux actes de blanchiment que la Banque aurait elle-même commis par dol éventuel. Elle déclare du reste par la suite que la Banque a commis l'infraction de blanchiment d'argent alors même qu'elle n'examine pas et ne conclut pas à la réalisation des conditions de l'art. 102 al. 2 CP. Il existe ainsi une incertitude quant au fondement de la responsabilité civile de la Banque, qui semble être à mi-chemin entre la responsabilité de la Banque pour son fait propre et celle qui découle de sa qualité d'employeur du blanchisseur. Se pose encore la question si la Cour peut déclarer que la Banque a commis un acte de blanchiment d'argent comme elle le fait sur la seule base de l'art. 55 al. 1 CO sans se fonder sur l'art. 102 al. 2 CP, que nous examinons ci-après.

⁶⁷ *Ibid.*, consid. 3.3.3.

⁶⁸ *Id.*, consid. 4.2.

⁶⁹ *Id.*, consid. 3.1.8.

A. De l'articulation des art. 102 al. 2 CP et 55 al. 1 CO

L'établissement de la responsabilité d'une banque pour violation de l'art. 305^{bis} CP est régi par l'art. 102 al. 2 CP. Ainsi, pour que la banque soit considérée responsable au titre de l'art. 305^{bis} CP, elle doit avoir omis de prendre toutes les mesures organisationnelles raisonnables qui sont requises pour prévenir une telle infraction. Comme le précise CASSANI, ces termes impliquent l'idée de la proportionnalité des mesures nécessaires au vu du risque de survenance d'une infraction et il appartient à la justice pénale d'établir quelle carence organisationnelle a permis l'infraction et quelle mesure exigible aurait pu la prévenir⁷⁰. Les mesures préventives doivent ainsi être proportionnées au risque lié à l'activité de l'entreprise : lorsque le risque est important, les mesures doivent l'être aussi⁷¹.

L'art. 55 al. 1 CO permet quant à lui d'établir la responsabilité civile de l'employeur pour le fait de l'employé, sans toutefois préjuger de la question de sa responsabilité pénale propre : la banque est tenue responsable civilement du dommage causé par les actes illicites de ses employés, soit les actes de blanchiment qu'ils ont commis, car celle-ci n'a pas agi avec soin. L'application de l'art. 55 al. 1 CO ne conduit ainsi pas à la responsabilité pénale de la banque, ni même à une déclaration selon laquelle la banque a violé l'art. 305^{bis} CP.

L'imprécision de la Cour quant aux dispositions appliquées et aux conditions de la responsabilité retenues dans cette affaire met en évidence l'articulation délicate entre l'infraction de blanchiment ainsi que les art. 102 al. 2 CP et 55 al. 1 CO. En pratique, les exigences sont de nature similaire : une banque désorganisée répondra souvent aux conditions tant de l'art. 102 al. 2 CP que de l'art. 55 al. 1 CO, lequel comprend également le devoir de l'entreprise d'être organisée rationnellement afin d'éviter la survenance d'événements dommageables⁷². La distinction entre les deux dispositions n'est cependant pas qu'académique⁷³.

⁷⁰ CASSANI, Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise, p. 120 ss. Cf. ég cet auteur pour une introduction au dispositif nécessaire de prévention des risques (p. 120 ss).

⁷¹ *Id.*, p. 121.

⁷² CHAPPUIS B., Responsabilité civile de l'entreprise, p. 94 ss ; PODA, p. 158. Quant au devoir d'organiser rationnellement l'entreprise, cf. CR CO I-WERRO, art. 55 n. 24 ss.

⁷³ *Contra* PODA, p. 158 ; plus nuancé, CHAPPUIS B., Responsabilité civile de l'entreprise, p. 95 ss. Cf. ég. SCHWARZ, p. 16, lequel paraît estimer que l'art. 102 al. 2 CP n'a pas

L'art. 55 al. 1 CO se distingue d'abord s'agissant du fardeau de la preuve : le manque de diligence de la banque est présumé⁷⁴. Le fardeau de la preuve est partant à la charge de la banque, qui devra se libérer de sa responsabilité en prouvant son organisation. À l'inverse, en application de l'art. 102 al. 2 CP, c'est au demandeur de prouver la désorganisation de la banque⁷⁵. Compte tenu de la difficulté que représente la preuve de la désorganisation de la banque, cet avantage est substantiel.

Ensuite du point de vue de la prescription, en tant que norme d'imputation, l'art. 102 al. 2 CP permet de s'appuyer sur le délai de prescription plus long de l'infraction sous-jacente en application de l'art. 60 al. 2 CO – dix ans pour le blanchiment et quinze ans pour le blanchiment aggravé⁷⁶. À l'inverse, l'art. 55 al. 1 CO n'étant pas une norme d'imputation, les demandes basées sur cette disposition seront limitées par le délai de prescription normal des actes délictueux, soit trois ans⁷⁷.

Le choix de l'art. 102 al. 2 CP ou 55 CO aura ainsi d'importantes conséquences en pratique. Il élude cependant un troisième potentiel fondement de responsabilité de la banque : l'art. 55 al. 2 CC, non analysé par la Cour en l'espèce.

B. De l'art. 55 al. 2 CC

À teneur de l'art. 55 al. 2 CC, la banque est responsable des actes illicites de ses organes, soit ceux qui forment sa volonté, lesquels lui sont imputés⁷⁸. Cette voie est particulièrement intéressante pour le lésé dans la mesure où le traitement lui est encore plus favorable. Il permet d'allier la prescription longue du droit pénal⁷⁹ à une absence de preuve libératoire⁸⁰. La banque ne

d'effet d'imputation en droit civil, et qu'une action en responsabilité civile ne peut ainsi se fonder que sur les art. 55 al. 2 CC et 55 al. 1 CO.

⁷⁴ CR CO I-WERRO, art. 55 n. 17.

⁷⁵ CASSANI, Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise, p. 119.

⁷⁶ ATF 146 IV 68 ainsi que ci-dessus la note 18. Cf. ég. CHAPPUIS B., Responsabilité civile de l'entreprise, p. 96 ss.

⁷⁷ ATF 122 III 225, consid. 5.

⁷⁸ Sur la notion d'organe, cf. not. ATF 114 V 212 ; 104 II 190 ; CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 n. 16.

⁷⁹ ATF 122 III 225.

⁸⁰ CHAPPUIS B., Responsabilité civile de l'entreprise, p. 81.

peut en effet dans ce cadre tenter d'échapper à sa responsabilité en apportant la preuve que son organisation était suffisante pour prévenir l'acte dommageable⁸¹. Comme le précise alors l'art. 55 al. 3 CC, les fautes commises engageant, au surplus, la responsabilité personnelle de leurs auteurs, de sorte qu'il existe une double responsabilité, celle de la personne morale et celle des personnes physiques concernées, liées par une solidarité parfaite⁸².

Pour engager la responsabilité fondée sur l'art. 55 al. 2 CC, il faut toutefois que l'acte illicite ait été commis par un organe, soit « toute personne physique qui, d'après la loi, les statuts ou l'organisation effective de la personne morale, prend part à l'élaboration de sa volonté et jouit en droit ou en fait du pouvoir de décision correspondant »⁸³. Un organe peut ainsi être formel, de fait et apparent⁸⁴. Les contours de cette notion restent cependant flous, ce qui impose un examen au cas par cas de la qualité potentielle d'organe du blanchisseur. Cette démonstration peut toutefois être moins difficile que celle de la désorganisation de la banque. Les titres ostentatoires de certains employés de banque tels que vice-président ou directeur exécutif ou leur participation aux comités de la banque et notamment aux comités KYC ou de *compliance* seront certains des critères pertinents.

C. Synthèse

Comme exposé ci-dessus, le lésé d'une infraction préalable à des actes de blanchiment d'argent aura à sa disposition trois voies potentielles pour établir la responsabilité de l'entreprise :

1. la responsabilité de l'entreprise pour ses propres actes de blanchiment d'argent par le biais des art. 102 al. 2 CP et 41 CO ;
2. la responsabilité de l'entreprise pour les actes de blanchiment de ses employés par le biais de l'art. 55 al. 1 CO ; et
3. la responsabilité de l'entreprise pour les actes de blanchiment de ses organes par le biais des art. 55 al. 2 CC et 41 CO.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 n. 70 ; CHAPPUIS B., Responsabilité civile de l'entreprise, p. 82.

⁸³ ATF 124 III 418, consid. 1.

⁸⁴ CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 n. 21. V. ég. la discussion de la notion d'organes au sein des banques dans D. GUGGENHEIM/A. GUGGENHEIM, n. 158 ss et n. 188 ss.

Les dispositions applicables, conditions spécifiques, avantages et inconvénients de chacune des voies peuvent être résumés comme suit :

	Blanchiment d'argent par l'entreprise	Blanchiment d'argent par un employé	Blanchiment d'argent par un organe
Dispositions applicables	Art. 102 al. 2 CP cum art. 305 ^{bis} CP et 41 CO	Art. 55 al. 1 CO cum art. 305 ^{bis} CP	Art. 55 al. 2 CC cum art. 305 ^{bis} CP et 41 CO
Conditions spécifiques	- Actes commis dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise - Ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction	- Actes accomplis dans l'accomplissement du travail d'un employé - Preuve libératoire : diligence de la banque	- Actes accomplis par un organe dans le cadre de ses fonctions - Pas de preuve libératoire
Avantages	Prescription pénale	Fardeau de la preuve libératoire de l'art. 55 al. 1 CO sur l'entreprise	- Absence de preuve libératoire de l'art. 55 al. 2 CC - Prescription pénale
Inconvénients	- Fardeau de la preuve de l'art. 102 al. 2 CP à la charge du demandeur - Technicité	Prescription civile	- Notion d'organe - Fardeau de la preuve de l'art 55 CC à la charge du demandeur

Conclusion

L'arrêt de la Cour de justice genevoise pose des jalons importants et bienvenus dans l'établissement de la responsabilité civile d'un intermédiaire financier. Si l'arrêt convainc quant à l'existence d'un acte illicite au sein de la banque au regard des règles antiblanchiment, le raisonnement justifiant l'attribution de cet acte illicite à l'entreprise d'un point de vue de la responsabilité civile convainc moins. L'articulation entre les art. 102 al. 2 CP, 55

al. 1 CO et 55 al. 2 CC mérite d'être clarifiée. L'arrêt laisse au surplus ouverte la question de la détermination du dommage qui devra faire l'objet d'un nouveau chapitre de cette affaire sous réserve que le Tribunal fédéral confirme, respectivement clarifie la solution retenue par la Cour dans son arrêt.

Si cette affaire illustre la difficile interaction entre les dispositions pénales et civiles, elle démontre également les opportunités procédurales que cette interaction permet. Obtenir des informations sur les démarches entreprises par un intermédiaire financier en lien avec ses obligations antiblanchiment sera facilité dans le cadre d'une procédure pénale, laquelle permet, à moindre coût, ordres de dépôt, perquisitions, voire saisies. En comparaison, les règles de la procédure civile en matière de production de documents sont en effet plus strictes, une procédure de reddition de comptes étant au demeurant souvent exclue dans la mesure où le lésé ne se trouve en principe pas dans une relation de mandat avec l'intermédiaire financier. La prescription pourra aussi être évitée en choisissant soit la voie pénale, soit les outils qu'offre le droit civil pour interrompre la prescription, soit une combinaison des deux, selon les spécificités du cas d'espèce.

Le nombre croissant de procédures contre des intermédiaires financiers et en particulier des banques pour blanchiment d'argent laisse présager un foisonnement de la jurisprudence et de la doctrine sur les questions relatives à leur responsabilité tant pénale que civile. Ces développements sont bienvenus afin d'aligner le poids économique et financier des intermédiaires financiers avec leur responsabilité légale et d'améliorer la prévisibilité et sécurité du droit.

Bibliographie

- ACKERMANN, Jürg-Beat, Geldwäschereinormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten ?, *in* Schmid Niklaus/Ackermann Jürg-Beat (éds.), *Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts*, Zurich 1999, p. 35-65
- AEPLI, Viktor, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, *in* RSJ 93/1997, p. 405-409
- BÖCKLI, Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e édition, Zurich 2009
- CHAPPUIS, Benoît, La responsabilité civile de l'entreprise, *in* Chappuis Christine/Winiger Bénédicte (éds.), *Responsabilité civile – Responsabilité pénale*, Journée de la responsabilité civile 2014, Berne 2015, p. 73-102 (cité : CHAPPUIS B., *Responsabilité civile de l'entreprise*)
- CHAPPUIS, Benoît, La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale - Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence, *in* SJ 2000 II, p. 304-316 (cité : CHAPPUIS B., *Illicéité civile*)
- CHAPPUIS, Christine/WERRO, Franz, La responsabilité civile : à la croisée des chemins, *in* RDS 2003 II, p. 237-396
- CASSANI, Ursula, Le blanchiment d'argent, un crime sans victime ?, *in* Ackermann Jürg-Beat/Donatsch Andreas/Rehberg Jörg (éds.) *Wirtschaft und Strafrecht : Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, Zurich 2001, p. 393-415 (cité : CASSANI, *Blanchiment d'argent*)
- CASSANI, Ursula, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, *in* Chappuis Christine/Winiger Bénédicte (éds.), *Responsabilité civile – Responsabilité pénale*, Journée de la responsabilité civile 2014, Berne 2015, p. 103-135 (CASSANI, *Responsabilité(s) pénales(s) dans l'entreprise*)
- GUGGENHEIM, Daniel/GUGGENHEIM, Anath, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 5^e édition, Berne 2014
- MISTELI, Christophe, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse Lausanne 1999
- PODA, Endrit, *Les effets en droit privé de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique*, Berne 2019
- SCHWARZ, Jörg, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei Eine Bestandaufnahme nach BGE 134 III 529, *in* HAVE 2009, p. 9-16

- THÉVENOZ, Luc, Le droit bancaire privé suisse, *in* RSDA 1999, p. 192-201
- VON BÜREN, Roland/WALTER, Hans Peter, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007, *in* ZBJV 2008, p. 675-732
- WERRO, Franz, art. 55 CO, *in* Thévenoz Luc/Werro Franz (éds.), Commentaire romand : Code des obligations I, 3^e édition, Bâle 2021 (cité : CR CO I-WERRO)
- XOUDIS, Julia, art. 54/55 CC, *in* Pichonnaz, Pascal/Foëx, Bénédicte/Fountoulakis Christiana (éds.), Commentaire romand : Code civil I, 2^e édition, Bâle 2022 (cité : CR CC I-XOUDIS)
- ZIEGLER, Jean, La Suisse lave plus blanc, Paris 1990