

**Message
concernant la modification du code pénal suisse
et du code pénal militaire**

**(Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation
criminelle, droit de communication du financier)**

du 30 juin 1993

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de l'approuver, un projet de modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la confiscation, la punissabilité de l'organisation criminelle ainsi que le droit de communication du financier.

Nous vous proposons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

- 1989 P ad 89.043 Code pénal. Crime organisé. Révision
(N 28. 11. 89, Commission du Conseil national)
- 1990 M ad 89.655 Code pénal. Organisation criminelle
(N 28. 11. 89, Segond; E 19. 3. 90)
- 1990 P ad 88.877 Lutte contre le trafic de drogue (N 6. 3. 90, Cavadini)
- 1990 P ad 90.001 Crime organisé (N 7. 3. 90, Commission de gestion)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

30 juin 1993

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ogi

Le chancelier de la Confédération, Couchepin

Condensé

Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} août 1990, des dispositions pénales contre le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{bis} et 305^{ter} CP), notre pays a franchi une étape importante dans la lutte contre le crime organisé. Lors des débats parlementaires relatifs à la législation sur le blanchissage d'argent, la nécessité de créer des instruments de droit pénal supplémentaires pour appréhender cette forme extraordinairement complexe de criminalité avait cependant déjà été soulignée. En proposant une nouvelle norme pénale sur l'organisation criminelle, un droit de confiscation entièrement révisé ainsi que la création d'un droit de communication en faveur du financier, le présent message entend offrir ces moyens légaux supplémentaires.

La nouvelle disposition relative à l'organisation criminelle (art. 260^{ter} P-CP) permet de réprimer la participation à une organisation criminelle ou le soutien d'une telle organisation. Il sera ainsi possible de punir les protagonistes du crime organisé, même dans les cas où la division extrêmement poussée des tâches et les mesures de dissimulation adoptées par l'organisation criminelle empêchent de prouver leur participation à des infractions déterminées.

La révision du droit de la confiscation (art. 58 ss) entend garantir un accès plus efficace aux valeurs patrimoniales acquises par des moyens délictueux. Elle permet aux autorités de poursuite pénale de confisquer également l'ensemble des valeurs patrimoniales soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle: certaines facilités dans l'administration des preuves sont prévues en ce qui concerne la détermination de ce pouvoir de disposition. Il en va de même des cas dans lesquels, les valeurs patrimoniales acquises par le biais d'une infraction n'étant plus disponibles, le juge ordonne une créance compensatrice qui permet, en vue de son exécution, de placer sous séquestre d'autres valeurs patrimoniales acquises légalement. Le projet opère enfin une distinction claire entre la confiscation de valeurs patrimoniales et la confiscation d'objets dangereux, laquelle constitue une mesure de sécurité préventive.

Le nouveau 2^e alinéa de l'article 305^{ter} CP confère au financier le droit de faire part aux autorités suisses de ses soupçons quant à l'origine criminelle de certaines valeurs patrimoniales. En vertu du droit en vigueur, une démarche dans ce sens peut constituer une violation du secret professionnel; inversement, s'il omet de communiquer de tels renseignements aux organes de poursuite pénale, le financier peut se rendre coupable de blanchissage d'argent. La nouvelle disposition relative au droit de communication du financier entend supprimer ce dilemme.

Message

1 Partie générale

11 Importance du crime organisé en Suisse

111 Introduction

111.1 Mandat

Depuis 1988, diverses interventions parlementaires ont insisté sur la menace que représente le crime organisé. Certaines ont exigé du Conseil fédéral des renseignements sur l'importance effective du crime organisé en Suisse¹⁾. Lors de l'examen de la législation sur le blanchissage d'argent, la commission du Conseil national a, par exemple, invité le Conseil fédéral, dans un postulat du 11 septembre 1989, à fournir des informations sur les connaissances disponibles, les formes d'apparition et les effets du crime organisé ainsi que sur la possibilité d'intervention des autorités. Le postulat I de la Commission de gestion du Conseil national du 21 novembre 1989, également accepté par le Conseil fédéral, allait dans le même sens²⁾.

Dans une interpellation du 30 septembre 1992, le député au Conseil des Etats Huber a demandé au Conseil fédéral comment il jugeait la situation du crime organisé en Suisse et quelles étaient les tendances que l'on pouvait observer dans son évolution. Le Conseil fédéral a indiqué qu'il répondrait à ces questions dans le présent message³⁾.

111.2 Méthode

Une étude a été entreprise, sur mandat de l'Office fédéral de la justice, afin de mettre en évidence les formes actuelles de la menace⁴⁾. Des hypothèses concernant le fonctionnement du crime organisé ont été formulées sur la base de l'analyse d'une volumineuse littérature et de documents, d'entretiens avec des membres de la police et de la justice de divers cantons ainsi qu'avec des experts financiers et des spécialistes du crime organisé. A cet égard, il est évident que,

¹⁾ Notamment: le postulat de la commission du Conseil national sur le blanchissage d'argent, du 11 septembre 1989, 2° alinéa (ad 89.043); le postulat I de la CDG N du 21 novembre 1989 (90.001); l'interpellation Huber du 30 septembre 1992 (92.3407). Le postulat Cavadini du 15 décembre 1988 (88.877) et la motion Segond du 4 octobre 1989 (89.655) vont dans le même sens.

²⁾ En ce qui concerne le texte des interventions, cf. ch. 121 et BO N 1989 p. 1873; N 1990 p. 250.

³⁾ Cf. BO E 1992 p. 1228.

⁴⁾ Die Bedeutung des organisierten Verbrechens in der Schweiz, Rapport élaboré par le prof. Mark Pieth et Dieter Freiburghaus, dr en droit, sur mandat de l'Office fédéral de la justice (à paraître en automne 1993); cf. aussi l'enquête analogue effectuée en France au sujet de l'importance de la mafia: Rapport du 27 janvier 1993 de la commission d'enquête (1), présidée par M. François D'Aubert, sur les moyens de lutter contre les tentatives de pénétration de la mafia en France (document n° 3251 de l'Assemblée nationale).

dans un secteur qui s'efforce par tous les moyens de se soustraire à la curiosité du public, il est extrêmement difficile d'obtenir des témoignages représentatifs. Compte tenu des moyens restreints et des limites de temps, la description de la situation ne peut, ni ne prétend constituer une analyse scientifique au sens strict du terme. Les résultats ne représentent qu'une sorte d'inventaire fondé sur des faits et nécessitent une analyse interdisciplinaire approfondie dans le cadre d'un vaste programme de recherche.

112 La notion de crime organisé

112.1 Problématique

Les reportages de médias, les débats politiques et le point de vue des autorités de poursuite pénale donnent du crime organisé des images très différentes: il est unanimement considéré comme un phénomène dangereux, mais les opinions divergent sur l'origine de son caractère particulièrement dangereux. A cet égard, il importe de ne pas dramatiser et d'envisager des scénarios aussi réalistes que possible.

Les tentatives faites pour définir le phénomène du crime organisé par le biais de la législation ne manquent pas⁵⁾. Ces définitions juridiques – dont il sera encore question à propos de la proposition de norme sur l'organisation criminelle⁶⁾ – ont toutefois une fonction différente de la description criminalistico-criminologique envisagée en l'espèce. Les premières sont axées sur des effets juridiques précis (p. ex. l'octroi de l'entraide judiciaire ou l'ouverture et le déroulement d'une procédure pénale), alors que la seconde entend cerner un danger potentiel particulier.

112.2 Indicateurs du crime organisé

Les autorités de poursuite pénale travaillent à l'aide de ce qu'elles appellent des «répertoires d'indicateurs»⁷⁾. En tant qu'éléments centraux communs à toutes les définitions, on songera à une avidité du gain justifiant le recours à tous les moyens

⁵⁾ Dans le droit suisse, cf. notamment l'article 6, chiffre 3 du Traité du 25 mai 1973 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.933.6); cf. aussi l'association de mafieux dans le code pénal italien (art. 416b).

⁶⁾ Cf. ci-après, ch. 21.

⁷⁾ P. ex. Interpol, FBI. En Allemagne, de tels catalogues ont été établis tant par un comité du cercle d'études II de la Conférence allemande des ministres de l'intérieur, en 1981, par un groupe de travail commun justice/police concernant la répression de la criminalité organisée, en 1990, ainsi que par les ministères de la justice de certains Länder, tel de Bade-Wurtemberg (1990); en France, cf. le rapport D'Aubert (n. 4), p. 13 ss; cf. en outre: «Generelle Indikatoren zur Erkennung OK-relevanter Sachverhalte», Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, n° 93 du 21 décembre 1990 (1725); Dörmann/Koch/Riesch/Vahlenkamp, Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, BKA Wiesbaden, 1988; Hans-Ludwig Zachert, Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland: Strukturen, Bedrohungspotential, Bekämpfungsprobleme, dans: Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger Grenzen, BKA Wiesbaden, 1991, p. 37 ss.

légaux et illégaux (y compris les menaces accompagnées de violence), à une structure en général fortement hiérarchisée et conçue pour durer, ainsi que – et il s’agit certainement du point le plus important – à un cloisonnement hermétique vis-à-vis de l’extérieur. En outre, certaines définitions insistent sur la dimension internationale des activités⁸⁾ alors que d’autres relèvent les efforts déployés pour exercer de l’influence sur la politique ou l’économie⁹⁾. La réunion des critères mentionnés le plus fréquemment débouche sur l’hypothèse de travail suivante: il y a crime organisé lorsqu’une organisation, dont le fonctionnement est proche de celui d’une entreprise internationale, pratique une division très poussée des tâches, dispose de structures hermétiquement cloisonnées, conçues de façon méthodique et durable et qu’elle s’efforce de réaliser des profits aussi élevés que possible en commettant des infractions et en participant à l’économie légale. Pour ce faire, l’organisation a recours à la violence, à l’intimidation et cherche à exercer son influence sur la politique et l’économie. Elle présente généralement une structure fortement hiérarchisée et dispose de mécanismes efficaces pour imposer ses règles internes. Ses protagonistes sont en outre largement interchangeables¹⁰⁾.

112.3 Observation dynamique

Pour évaluer les risques concrets d’un développement de structures mafieuses en Suisse, il convient par ailleurs de s’intéresser aux circonstances de l’émergence et de l’évolution de telles organisations dans les endroits dont elles sont originaires. Les exemples de la mafia¹¹⁾, mais aussi du cartel de Medellin, de la Yakuza japonaise¹²⁾, voire de la délinquance organisée qui se développe en Europe de l’Est¹³⁾, montrent comment une organisation peut s’imposer dans la structure

⁸⁾ La définition d’Interpol, p. ex.

⁹⁾ Tel l’article 6, chiffre 3 du Traité d’entraide judiciaire avec les Etats-Unis (n. 5), par exemple.

¹⁰⁾ Cf. Mark Pieth, Die Bekämpfung des organisierten Verbrechens in der Schweiz, Revue pénale suisse, vol. 109, 1992, p. 262.

¹¹⁾ Giovanni Falcone, Die italienische Mafia als «Vorbild» für das internationale organisierte Verbrechen, dans: Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger Grenzen, BKA Wiesbaden, 1991, p. 25 ss; Henner Hess, Mafia 3^e ed., Tübingen 1988; Alison Jamieson, The modern Mafia: Its Role and Record, dans: Conflict Studies, Londres 1989; Werner Raith, Mafia: Ziel Deutschland, Cologne 1989; Carla Reiners, Erscheinungsformen und Ursachen organisierter Kriminalität in Italien, den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Francfort/Main et autres 1989; Jürgen Roth/Berndt Ender, Geschäfte und Verbrechen der Politmafia, Berlin 1988; Folio, magazine de la «Neue Zürcher Zeitung», n° 9, septembre 1991: Die Mafia.

¹²⁾ Cf. notamment Hans-Heiner Kühne, Besonderheiten japanischer organisierter Kriminalität: Möglichkeiten der Entwicklung auch in Europa?, dans: Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger Grenzen, BKA Wiesbaden, 1991, p. 11 ss.

¹³⁾ Valentin Stepankow, Moderne Tendenzen in der Entwicklung der organisierten Kriminalität in Russland und ihr Einfluss auf die Kriminalität in anderen europäischen Ländern: Wege zur Lösung des Problems, 9. Internationale Fachtagung zum Thema «Demokratie in Anfechtung und Bewährung – zur Problematik von organisierter Kriminalität, Terrorismus- und Drogenbekämpfung, Munich 1993, p. 49 ss; Alexander Ivanowitch Gurow, Organisierte Kriminalität in der UdSSR, Erscheinungsformen und Bekämpfungskonzepte, dans: Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger Grenzen, BKA Wiesbaden, 1991, p. 131 ss.

sociale de son environnement originel. Les conditions de son exportation revêtent une importance particulière. La mafia a d'abord réussi à s'étendre par le biais de l'émigration de concitoyens. Elle a prouvé son aptitude, plus dangereuse encore, à gangrener des économies étrangères, notamment depuis les années 80, en utilisant les énormes profits qu'elle retire du trafic des stupéfiants. A ce stade, l'organisation renonce à son aspect traditionnel pour opérer de manière apparemment légale sur le marché. La véritable menace que constitue l'infiltration du marché légal par le crime organisé réside dans la capacité de celui-ci de supprimer partiellement les règles de ce marché, au besoin par le biais de la corruption et du chantage, et à fausser la concurrence. Ces mêmes moyens peuvent finalement permettre au crime organisé d'exercer également son influence sur la politique et l'administration.

113 Crime organisé en Suisse?

Ce chapitre contient d'abord la description de trois catégories principales de manifestation du crime organisé en Suisse¹⁴). Certaines formes seront ensuite évoquées plus particulièrement sous l'angle du blanchissage d'argent. Enfin, il sera question de la nature actuelle des risques qui pèsent sur la Suisse.

113.1 Trois formes de manifestation

L'enquête effectuée auprès de praticiens suisses a fourni un tableau extrêmement diversifié, qui permet néanmoins de distinguer trois formes principales de criminalité organisée: la délinquance primaire, les actes de mise en valeur et l'expansion¹⁵).

a. Ilots de «criminalité de base» organisée

Alors que, dans les cantons à vocation rurale, on ne relève guère de traces des activités du crime organisé, les organes cantonaux de poursuite pénale ont affaire, dans les agglomérations importantes, à des structures à mi-chemin entre la criminalité professionnelle de bandes et l'organisation qui utilise des méthodes mafieuses: on songera par exemple aux bandes spécialisées dans le recel de chèques ou le vol de véhicules, mais surtout au trafic de stupéfiants de moyenne envergure. A Zurich et à Bâle, on a en outre relevé des signes de racket au sein de certaines communautés ethniques. Aussi inquiétante que puisse paraître cette évolution, ces ilots de criminalité organisée, fortement marqués par le milieu, ne paraissent pas étendre leur influence sur les décisions économiques ou politiques.

¹⁴) Information générale: Hans Baumgartner, Organisierte Milieukriminalität, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1988, p. 683 ss; Paolo Bernasconi, Finanzunterwelt, Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen, 3^e éd., Zurich 1989; U. Rechsteiner, La criminalité organisée, conférence présentée le 6 novembre 1990 à Neuchâtel dans le cadre de l'Institut Suisse de Police; U. Rubeli, De la criminalité organisée en Suisse, Revue Internationale de Police Criminelle, septembre/octobre 1989, p. 2 ss.

¹⁵) Cf. par ailleurs Mark Pieth (n. 10), p. 261 s; le rapport D'Aubert (n. 4), p. 39 ss, aboutit à une classification similaire en ce qui concerne la France.

En outre, on ne constate pas dans notre pays de mainmise sur des territoires déterminés, au sens de ce qui caractérise la «criminalité de base» dite organisée.

b. Plaque tournante dans le secteur des services

Les autorités responsables de places financières aussi importantes que Zurich, Genève ou le Tessin ont une opinion très différente de l'importance du crime organisé. Elles ont accumulé une série d'indices selon lesquels des entreprises de services suisses ont été utilisées en tant que bases logistiques d'opérations internationales, notamment en ce qui concerne l'administration de moyens financiers et le blanchissage de fonds. Dans le secteur des services financiers, deux catégories d'acteurs jouent à cet égard un rôle particulier.

Les personnes de la première catégorie sont prêtes, sans poser trop de questions, à mettre les avantages de notre place financière internationale à la disposition de clients même suspects. Il convient de ne pas sous-estimer ce rôle dans le contexte international: l'objectif principal des activités du crime organisé réside – ainsi que déjà souligné – dans la réalisation de profits aussi élevés que possible. Pour que les bénéficiaires puissent être réinvestis le plus rapidement possible et les fonds de roulement des organisations criminelles administrés de façon optimale, les contacts avec le secteur financier sont indispensables.

La seconde catégorie regroupe le milieu – modeste – des intermédiaires très actifs sur le marché gris et qui disposent de très nombreux contacts avec le crime organisé, le monde interlope de la finance, mais aussi avec le commerce d'armes. Ces personnes sont parfaitement conscientes du soutien qu'elles fournissent au crime organisé. Leur rôle particulier résulte du besoin de contacts avec le marché qu'ont les organisations en soi fermées.

c. Risque d'infiltration de l'économie légale

L'infiltration de l'économie légale est en général perçue comme la forme la plus dangereuse du crime organisé: des entreprises en difficultés financières surtout sont susceptibles de dépendre des fonds du crime organisé et, par exemple, de favoriser ainsi la participation de la mafia à des entreprises suisses. L'évolution observée à l'étranger montre qu'il s'agit là de l'étape décisive qui permet à des organisations, au départ confinées régionalement et culturellement, de déborder de leur contexte originel. Une évolution constatée en Italie du Nord pourrait s'étendre jusqu'en Suisse.

Même si certains signes d'une telle influence sont perceptibles ici ou là¹⁶⁾, on peut en principe admettre que l'économie suisse offre une solide résistance. Une prudence accrue est néanmoins de mise¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Il s'agit essentiellement de très petites entreprises, p. ex. dans le secteur de la restauration et des boutiques.

¹⁷⁾ Le problème de la corruption mérite lui aussi une attention particulière. Même si la corruption ne doit pas forcément avoir un rapport direct avec le crime organisé, l'évolution constatée dans d'autres pays a montré que la corruption passive et active était susceptible de préparer le terrain à l'expansion du crime organisé.

113.2 Blanchissage d'argent

Les affaires de blanchissage d'argent recensées jusqu'ici et impliquant la Suisse peuvent se classer en deux catégories: il s'agit, d'une part, des activités de mise en valeur des marchés locaux de stupéfiants. En général, les profits du trafic de la drogue sont acheminés par des particuliers, recyclés et dissimulés de manière très simple. Ces méthodes offrent un contraste très net avec les affaires internationales de blanchissage d'argent, qui, dans la majorité des cas, sont liées à des infractions commises précédemment à l'étranger et donnent souvent lieu à la découverte de sommes considérables auprès d'institutions financières suisses¹⁸).

L'acheminement d'argent liquide suspect par des courriers vers la Suisse a certes encore cours, mais les recycleurs plus avisés préfèrent maintenant «prélever» les fonds sur les places financières dites «offshore» avant de les virer électroniquement sur un compte en Suisse. La place financière suisse est – comme toutes les places financières d'envergure mondiale – utilisée comme centre d'écoulement de tels fonds. De ce fait, les autorités sont contraintes, lorsqu'elles contraignent des opérations importantes contre les réseaux de blanchisseurs d'argent, de coopérer avec pratiquement toutes les grandes places financières. Par ailleurs, les recycleurs d'argent sale s'intéressent particulièrement à l'offre suisse de services financiers pour dissimuler avec succès l'origine de leurs fonds. Ils ont recours à des détenteurs de secret professionnel, à des hommes de paille, à des sociétés «boîtes à lettres» et à des structures commerciales complexes pour conférer aux valeurs délictueuses une apparence de profit honnête¹⁹).

La législation pénale relative au blanchissage d'argent et les Directives de la Commission fédérale des banques pour combattre et prévenir le blanchissage d'argent²⁰) ont contribué de manière sensible à accroître la vigilance, dans le secteur bancaire principalement. Il convient dans un second temps de promouvoir ce haut degré de vigilance dans l'ensemble du secteur financier²¹).

¹⁸) A l'heure actuelle et dans la seule ville de Zurich, quelque 500 millions de francs ont été saisis essentiellement dans le cadre d'affaires de blanchissage d'argent.

¹⁹) Au sujet des méthodes de blanchissage d'argent, cf.: Jürg-Beat Ackermann, Geldwäscherei-Money laundering, Zurich 1992, p. 8 ss; Paolo Bernasconi, Erscheinungsformen der Geldwäscherei in der Schweiz, dans: Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Fédération suisse des avocats, Zurich 1991, p. 7 ss; Christoph K. Graber, Geldwäscherei, Ein Kommentar zu Artikel 305^{bis} und 305^{ter} CP, Berne 1990, p. 50 ss; Christof Müller, Geldwäscherei: Motive – Formen – Abwehr, Eine betriebswirtschaftliche Analyse, Zurich 1992, p. 92 ss; Mark Pieth, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, ders. (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?, Bâle et Francfort/M. 1992, p. 8 ss.

²⁰) Directives de la Commission fédérale des banques pour combattre et prévenir le blanchissage d'argent (directive sur le blanchissage d'argent) du 18 décembre 1991, en vigueur depuis le 1^{er} mai 1992.

²¹) Les travaux préparatoires de la loi sur le blanchissage d'argent poursuivent notamment cet objectif; cf. à ce propos ch. 124 et 231 ci-après.

113.3 Evaluation

Bien que l'on puisse constater dans les villes la présence de structures locales d'organisations criminelles qui emploient des méthodes mafieuses, il convient de ne pas dramatiser la question. Pour l'heure, ces îlots de criminalité organisée ne parviennent pas à étendre de manière importante leur influence caractéristique sur la politique et l'économie.

Jusqu'à maintenant on ne sait que peu de choses sur l'infiltration de secteurs de l'économie légale par le crime organisé étranger, manœuvre considérée comme particulièrement dangereuse. L'économie suisse offre certes une résistance considérable; néanmoins, une vigilance accrue, dans les branches menacées surtout, s'avère indispensable.

Le recours abusif au secteur suisse des services, notamment à la place financière, constitue aux yeux des experts un problème de loin plus sérieux. La Suisse remplit dans une certaine mesure la fonction de plaque tournante, de centre logistique du crime organisé. C'est précisément à ce phénomène que s'attaque le «second train de mesures contre le crime organisé» proposé dans le présent message.

12 Genèse du projet

121 Législation sur le blanchissage d'argent et interventions parlementaires

La nécessité de compléter le Code pénal suisse par une disposition sur le blanchissage d'argent a été ressentie vers le milieu des années huitante. Par la suite, les affaires du «Banco Ambrosiano», de la «Pizza Connection» et de la «Lebanon Connection» ont souligné l'urgence d'une telle mesure. Il a alors été décidé de dissocier les travaux relatifs à la répression du blanchissage d'argent, de la révision des dispositions sur les infractions contre le patrimoine et de les poursuivre dans le cadre d'une procédure accélérée. Par décision du 28 novembre 1988, le Conseil fédéral a en outre chargé l'Office fédéral de la justice d'analyser, lors de la préparation de la législation sur le blanchissage d'argent, l'efficacité du droit de la confiscation au sens des articles 58 s. du code pénal et, le cas échéant, de lui proposer des modifications. La corrélation étroite entre les articles 58 s. CP et la nouvelle disposition pénale est certes apparue très nettement lors des travaux de la commission d'études concernant le blanchissage d'argent; néanmoins, il était impensable d'entreprendre une réforme sérieuse du droit de la confiscation, conforme aux exigences de l'ensemble du droit pénal, dans le cadre étroit du temps imparti à la législation accélérée sur le blanchissage d'argent. C'est pourquoi le Conseil fédéral a ordonné, par décision du 10 mai 1989, la séparation du traitement des dispositions sur la confiscation de la révision de la partie générale du CP.

Le 1^{er} août 1990, les normes pénales sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{bis} et 305^{ter} CP)²²⁾ sont

²²⁾ RO 1990 1077; cf. également le message du Conseil fédéral du 12 juin 1989, FF 1989 II 961 ss.

entrées en vigueur, marquant une étape essentielle dans la lutte contre les activités déployées dans notre pays par le crime organisé à l'échelle internationale. Dans l'intervalle, tant le Conseil fédéral²³⁾ que le Parlement²⁴⁾ avaient clairement souligné, lors des débats parlementaires relatifs aux normes sur le blanchissage d'argent, que l'efficacité du combat contre le crime organisé exigeait des instruments de répression supplémentaires.

Les interventions parlementaires suivantes, qui ont toutes été acceptées par le Conseil fédéral, ont par ailleurs confirmé la nécessité d'une révision.

Postulat de la Commission du Conseil national, du 11 septembre 1989 (89.043; N 28. 11. 89) concernant le crime organisé:

Le Conseil fédéral est invité à présenter par priorité un projet de révision de la partie générale du Code pénal se rapportant au crime organisé et à la punissabilité des personnes morales.

Le message devra donner des informations sur les connaissances disponibles, sur les formes d'apparition du crime organisé et ses effets en relation avec la Suisse, ainsi que sur la possibilité d'intervention des autorités.

Motion Segond du 4 octobre 1989 (89.655; N 28. 11. 89, E 19. 3. 90) concernant l'association de malfaiteurs:

Afin de participer plus efficacement à la répression internationale du crime organisé dans tous les domaines (drogue, trafic d'armes, proxénétisme, traite des femmes, crimes de sang, etc.) en suivant l'exemple des Etats voisins (France, Italie, RFA, Autriche), le Conseil fédéral est chargé de proposer, dans les meilleurs délais, l'introduction dans le Code pénal suisse, dans la partie générale, parmi les dispositions sanctionnant la participation, de la notion d'association de malfaiteurs et de procéder aux adaptations nécessaires des dispositions de la partie spéciale du CPS.

Postulat Cavadini du 15 décembre 1988 (88.877; N 6. 3. 90) concernant la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants:

Le Conseil fédéral est invité à examiner la possibilité:

1. De revoir l'article 58 du code pénal suisse en y incluant la possibilité de confisquer les produits indirects d'actes illicites, même commis à l'étranger. Parmi ces actes illicites, il faudrait inclure le trafic de stupéfiants, le terrorisme, l'enlèvement de personnes ainsi que l'escroquerie, le trafic illicite d'armes, etc. Sont évidemment réservés les droits de tiers possesseurs ou acquéreurs de bonne foi, déjà prévus à l'article 58^{bis} du code pénal et à l'article 933 du code civil suisse.
2. De revoir, s'il le juge nécessaire après examen, la loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale aux articles 34, 63 et 74 pour pouvoir confisquer le produit indirect de la réalisation d'un acte illicite.
3. De présenter, le cas échéant, ces deux propositions dans le cadre du projet de révision du chapitre des délits contre le patrimoine du code pénal suisse ou de la législation contre le blanchissage d'argent.

²³⁾ BO N 1988 p. 1876 s.; N 1989 p. 1855; E 1990 p. 196 (conseiller fédéral Koller).

²⁴⁾ BO N 1989 p. 1844 (Cotti), 1846 (Bonny), 1847 (Rechsteiner), 1850 s. (Fischer et Leuba); E 1990 p. 192 (Huber, Roth).

Postulat de la Commission de gestion du Conseil national du 21 novembre 1989 (90.001; N 7. 3. 90) concernant le crime organisé:

Le Conseil fédéral est invité à analyser dans tous leurs tenants et aboutissants les problèmes posés par le commerce d'armes, le trafic de la drogue, le terrorisme et le blanchissage d'argent sale, puis d'examiner quelles mesures il y a lieu de prendre sur les plans de l'organisation, du personnel, des finances et du droit pour lutter plus efficacement contre les réseaux d'organisations internationales de malfaiteurs. Il est invité à présenter au Parlement des propositions touchant les mesures qu'il serait nécessaire de prendre pour assurer une intervention globale.

122 **Projet du 11 mars 1992 élaboré par le Département fédéral de justice et police et soumis en consultation**

La création d'un ensemble de mesures pénales d'accompagnement destinées à renforcer la lutte contre le crime organisé et le blanchissage d'argent a tout d'abord requis, eu égard à la procédure législative insolite adoptée pour le blanchissage d'argent, une redistribution des mandats: la *révision des dispositions sur la confiscation* a, par décision du Conseil fédéral du 10 mai 1989, été séparée des travaux d'élaboration des normes sur le blanchissage d'argent et confiée à une commission d'étude distincte²⁵). Les propositions de la commission d'étude ont ensuite été soumises à la commission d'experts pour la révision de la Partie générale du CP.

Sur la base des interventions parlementaires précitées, le Conseil fédéral a en outre chargé l'Office fédéral de la justice de lui soumettre des propositions relatives à la *punissabilité de l'organisation criminelle* et à la *responsabilité pénale de l'entreprise*. La commission d'experts chargée de la révision de la Partie générale du code pénal, qui s'occupait de la matière, a immédiatement institué un comité ad hoc²⁶), dont elle a ensuite examiné et approuvé les propositions.

²⁵) La commission d'étude chargée de la révision du droit de la confiscation a siégé durant six journées; elle était composée de la manière suivante: prof. Lutz Krauskopf, dr en droit, ancien directeur suppléant de l'Office fédéral de la justice (président); Gunther Arzt, dr en droit, prof. ordinaire de droit pénal à l'Université de Berne; Paolo Bernasconi, avocat et notaire; Jean Gauthier, dr en droit, prof. ordinaire de droit pénal à l'Université de Lausanne; Dominique Poncet, dr en droit, avocat, prof. extraordinaire de droit pénal à l'Université de Genève; Franz Riklin, dr en droit, prof. ordinaire de droit pénal à l'Université de Fribourg; Niklaus Schmid, dr en droit, prof. ordinaire de droit pénal à l'Université de Zurich.

²⁶) Le comité ad hoc institué par la commission d'experts pour la révision de la Partie générale du CP s'est réuni à sept reprises; ses membres étaient les suivants: Jean-Marc Schwenter, Procureur général du canton de Vaud; Guido Jenny, dr en droit, prof. ordinaire de droit pénal à l'Université de Berne; Gérard Piquerez, Juge cantonal de la République et canton de Jura; Günter Stratenwerth, dr en droit, prof. ordinaire de droit pénal à l'Université de Bâle, ainsi que Mark Pieth, dr en droit, privat-docent, en qualité de représentant de l'Office fédéral de la justice.

Enfin, le Conseil fédéral a, en date du 28 juin 1989, chargé l'Office fédéral de la justice de confier à un groupe de travail interdépartemental²⁷⁾ le soin d'examiner des mesures de droit administratif en vue de compléter la législation sur le blanchissage d'argent. Dans son rapport²⁸⁾, le groupe de travail a, outre des mesures de droit administratif, proposé d'introduire dans le code pénal un *droit de communication* en faveur des personnes travaillant dans le secteur financier.

Les avant-projets élaborés par les trois groupes d'experts ont ensuite été harmonisés par le Département fédéral de justice et police et réunis dans un projet unique intitulé «Second train de mesures destinées à combattre le crime organisé»²⁹⁾, que le Conseil fédéral a soumis le 11 mars 1991 à la procédure de consultation.

L'avant-projet proposait les innovations suivantes:

- Une *disposition pénale sur l'organisation criminelle* (art. 260^{ter} AP-CP) punissant de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement celui qui aurait participé à une organisation dont l'activité consistait à commettre des crimes ou qui aurait soutenu une telle organisation dans son activité criminelle. Etait également punissable celui qui aurait commis l'infraction à l'étranger si l'organisation exerçait son activité en tout ou en partie en Suisse. Enfin, l'avant-projet conférait au juge la possibilité d'atténuer librement la peine (art. 66 CP) à l'égard de celui qui se serait efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation.
- En ce qui concerne la *confiscation*, l'avant-projet s'est attaché à introduire des nouveautés sur la base de la structure fondamentale du droit en vigueur. C'est pourquoi, l'article 58, chiffre 1, AP-CP avait une teneur identique à celle de l'article 58, 1^{er} à 3^e alinéas CP.

Au chiffre 2 de l'article 58, l'avant-projet prévoyait la possibilité d'ordonner une *créance compensatrice* dans trois situations: d'abord - à l'instar de ce que prévoit le droit en vigueur à l'article 58, 4^e alinéa, CP - lorsque les objets assujettis à la confiscation n'étaient plus disponibles; ensuite, lorsque la preuve d'un lien suffisamment étroit entre les objets et valeurs patrimoniales disponibles et les objets assujettis à la confiscation ne pouvait être apportée ou qu'elle aurait

²⁷⁾ Le groupe de travail interdépartemental était formé des membres suivants: prof. Lutz Krauskopf, dr en droit, ancien directeur suppléant de l'Office fédéral de la justice (DFJP, président); Mathias Krafft, prof., dr en droit, ambassadeur, directeur de la Direction du droit international public (DFAE); Alexis Lautenberg, ministre, chef du service économique et financier (DFAE); Beat Frey, avocat, chef de section à l'Office fédéral de la police, Division de l'entraide judiciaire (DFJP); Robert Eugster, lic. en droit, chef de section à l'Office fédéral des étrangers (DFJP); Rudolf Dietrich, avocat, sous-directeur de l'Administration fédérale des finances (DFF); Fritz Schmucki, chef de section à la Direction générale des douanes (DFF); Daniel Zuberbühler, avocat, directeur suppléant du Secrétariat de la Commission fédérale des banques; Karl Weber, dr en droit, chef de section au Service juridique de l'Office fédéral de l'économie extérieure (DFEP); Peter Klausner, dr en droit, directeur du Service juridique de la Banque nationale suisse.

²⁸⁾ Rapport du groupe de travail interdépartemental concernant l'introduction des mesures complémentaires à la législation sur le blanchissage d'argent, mars 1990.

²⁹⁾ Modification du code pénal et du code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise, Avant-projet et Rapport explicatif du DFJP, mars 1991.

exigé des moyens disproportionnés; enfin, lorsque les objets originellement assujettis à la confiscation n'étaient plus disponibles et que les objets de substitution présentaient une différence de valeur sensible par rapport à l'avantage illicite initialement obtenu.

Par ailleurs, l'article 58, chiffre 2, 3^e alinéa, AP-CP conférait au juge la possibilité d'ordonner, en lieu et place d'une créance compensatrice en espèces, la confiscation d'objets ou de valeur patrimoniales déterminés, d'une valeur équivalente à l'avantage illicite initialement obtenu. Enfin, le chiffre 2, 2^e alinéa, prévoyait la possibilité de renoncer entièrement ou partiellement à ordonner une créance compensatrice dans les cas où il était à prévoir qu'une telle créance ne serait pas recouvrable.

En ce qui concerne les *droits de tiers*, l'article 58^{bis}, chiffre 1, AP-CP prescrivait la restitution à leur propriétaire légitime des objets assujettis à la confiscation qui avaient servi à la commission d'une infraction. La restitution était également prévue lorsque le tiers avait acquis ces objets en rapport avec l'infraction ou après que celle-ci eût été commise, dans la mesure où il en avait acquis la propriété. Cette solution ne s'appliquait toutefois pas aux objets que le tiers avait reçus en don, dans une succession pour cause de mort ou par toute autre disposition à titre gratuit. L'avant-projet prévoyait en outre que ces principes étaient applicables par analogie aux autres valeurs patrimoniales assujetties à la confiscation, notamment aux avoirs en compte et aux autres prétentions de droits réels. Par ailleurs, le chiffre 2 de l'article 58^{bis}, AP-CP permettait de réaliser avant l'expiration du délai de péremption les objets appartenant à des tiers inconnus et de tenir le produit de la réalisation à disposition en guise de substitution lorsque ces objets étaient exposés à une dépréciation rapide ou que leur conservation aurait exigé un entretien coûteux ou des moyens disproportionnés.

Enfin, outre la confiscation ordinaire, l'avant-projet prévoyait à l'article 58^{ter}, AP-CP une *confiscation facilitée* dans les cas où il était prouvé que l'auteur ou le participant avait obtenu, par le biais de crimes continus ou répétés, des avantages illicites d'un montant considérable; le juge pouvait alors procéder à une estimation de ces avantages conformément à l'article 58, chiffre 2, AP-CP, dans la mesure où la détermination chiffrée de ces avantages illicites était impossible ou aurait exigé des moyens disproportionnés. A cet égard, l'article 58^{ter} AP-CP prescrivait au juge de prendre notamment en considération toutes les valeurs patrimoniales obtenues par la personne en cause durant un laps de temps en rapport avec les infractions et dont l'acquisition licite ne pouvait être rendue plausible.

- Afin de résoudre le conflit d'obligations auquel risquait de se voir confronté le financier entre la prohibition du blanchissage d'argent et les devoirs pénalmente protégés de maintien du secret, l'avant-projet proposait l'introduction d'un *droit de communication* à l'article 305^{ter} CP, autorisant les personnes assujetties par cette disposition à une obligation de vigilance en matière d'opérations financières à communiquer aux autorités suisses compétentes les indices leur permettant de conclure que des valeurs patrimoniales provenaient d'un crime (art. 305^{ter}, 2^e al., AP-CP).

- L'avant-projet proposait également l'introduction d'un nouveau Titre sixième dans la Partie générale du code pénal pour servir de cadre à la réglementation de la *responsabilité de l'entreprise* (art. 100^{quater} à 100^{sexies} AP-CP).

L'article 100^{quater} AP-CP définissait les *conditions* du prononcé de sanctions contre une entreprise: il fallait que l'acte réprimé comme crime ou délit ait été commis par une personne agissant en qualité d'organe, de membre d'un organe ou de directeur d'une personne morale, d'une société ou d'une entreprise individuelle (entreprise) ou par une personne qui, sans avoir l'une de ces qualités, dirigeait en fait l'entreprise ou exerçait en son sein un pouvoir de décision indépendant. Des sanctions pouvaient en outre être prononcées contre l'entreprise lorsqu'il n'était pas possible d'établir qui, des personnes précitées, avait commis l'infraction ou lorsque, par suite de carences d'organisation, la violation d'un devoir juridique réprimée pénalement ne pouvait être imputée à une personne déterminée. La punissabilité des personnes physiques était réservée dans tous les cas.

L'article 100^{quinquies} AP-CP prévoyait les *sanctions* suivantes contre l'entreprise: l'assujettissement à une obligation financière pouvant atteindre 10 millions de francs en cas de crime ou 5 millions de francs en cas de délit, la dissolution de l'entreprise ainsi que l'interdiction d'exercer une activité déterminée pour une durée d'un à cinq ans, voire à titre définitif, sous menace d'assujettissement à une obligation financière ou de dissolution en cas de non-respect de la sanction.

Selon l'avant-projet, l'interdiction d'exercer une activité déterminée et la dissolution de l'entreprise pouvaient en outre être assorties du sursis avec délai d'épreuve de deux à cinq ans, durant lequel le juge pouvait imposer à l'entreprise des règles de conduite destinées à favoriser la réparation du dommage ou à prévenir la réitération d'infractions de même nature. Si, durant le délai d'épreuve, l'entreprise ne respectait pas les règles de conduite imposées, ou si la commission d'une nouvelle infraction lui était imputable, le juge pouvait ordonner l'exécution de la sanction.

Par ailleurs, l'avant-projet conférait dans tous les cas au juge la possibilité de placer l'entreprise, pour une durée de cinq ans au plus, totalement ou partiellement sous la surveillance d'une autorité ou d'une personne désignée par lui.

Enfin, l'article 100^{sexies} AP-CP invitait le juge à choisir la sanction et à en fixer la mesure d'après la gravité de l'acte et le risque de réitération d'infractions dont l'entreprise serait responsable, le cumul de sanctions étant possible.

123 Procédure de consultation

Tous les cantons, sept partis politiques, vingt-et-une organisations ainsi que le Tribunal fédéral ont participé à la procédure de consultation, qui s'est déroulée du 11 mars au 30 juin 1991.

L'objectif général du projet et la nécessité de créer de nouveaux instruments de droit pénal afin de lutter plus efficacement contre le crime organisé ont été

largement approuvés. L'urgence du projet a en revanche donné lieu à des appréciations divergentes. Divers milieux ont en outre souligné que de nouvelles normes pénales ne pouvaient suffire à elles seules pour combattre efficacement le crime organisé et qu'une conception globale était indispensable à cet effet. Compte tenu de l'application à l'ensemble du droit pénal des dispositions relatives à la confiscation et à la responsabilité de l'entreprise, certains se sont demandé si les conséquences graves découlant des innovations proposées avaient fait l'objet d'un examen suffisamment minutieux. Des doutes quant à la légalité ont notamment été formulés au sujet de l'allègement de la preuve proposé dans le cadre de la confiscation et de la responsabilité de l'entreprise.

Les divers éléments du projet ont donné lieu aux appréciations suivantes³⁰⁾.

- De nombreux milieux consultés ont approuvé la proposition de norme sur l'*organisation criminelle*³¹⁾. Une minorité importante a toutefois émis des critiques au sujet de la formulation³²⁾ et certains participants ont estimé que les dispositions du droit en vigueur étaient suffisantes³³⁾. La question de savoir si l'article 260^{ter} AP-CP se distinguait suffisamment du projet, retiré en 1979, de disposition sur l'«association de malfaiteurs»³⁴⁾ a suscité des controverses: les cantons de Berne, d'Uri, d'Appenzell-Rhodes Extérieures et du Jura, ainsi que l'Union suisse du commerce et de l'industrie et la Fédération des sociétés suisses d'employés ont estimé que tel était bien le cas, alors que les cantons de Lucerne, Schwyz, Bâle-Ville (Cour pénale) et Bâle-Campagne, ainsi que le PS et les Juristes Démocrates de Suisse / PES ont adopté une attitude critique à cet égard. D'autres questions soulevées lors de la procédure de consultation seront présentées de manière plus détaillée au chiffre 21, dans les commentaires de l'article 260^{ter} P-CP.
- Les avis relatifs à la proposition de révision du *droit de la confiscation* portent, d'une part, sur des questions de rédaction et de conception et, d'autre part, sur le problème fondamental de la mesure des simplifications qu'il est admissible d'apporter à la confiscation sans enfreindre les principes de l'Etat de droit.

L'avant-projet a trouvé l'approbation de principe des cantons de Berne, d'Uri, de Schwyz, d'Unterwald-le-Haut, du Tessin et du Jura, ainsi que du PDC, de l'UDC, de la Zürcher Handelskammer, de la Fédération des sociétés suisses

³⁰⁾ Pour plus de détails, cf. Office fédéral de la justice, Résultats de la procédure de consultation sur la révision du code pénal et du code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise, Berne, novembre 1991, ou le résumé de ces résultats publié par le Département fédéral de justice et police, juin 1992.

³¹⁾ Uri, Schwyz, Unterwald-le-Haut, Bâle-Ville (partie de la Cour pénale et Cour d'appel), Grisons, Tessin, Vaud, Jura; PRD, UDC; Association suisse des banquiers, Union suisse du commerce et de l'industrie, Zürcher Handelskammer, Union suisse des arts et métiers, Fédération des sociétés suisses d'employés, Fédération des Coopératives Migros.

³²⁾ Unterwald-le-Bas, Zoug, Bâle-Ville (partie de la Cour pénale), Bâle-Campagne, Saint-Gall, Argovie; PS, Ordre des Avocats de Genève/Fédération suisse des avocats, Aktion Finanzplatz Schweiz-Dritte Welt.

³³⁾ Bâle-Ville (Cour pénale), Bâle-Campagne; Ordre des Avocats de Genève/Fédération suisse des avocats, Juristes Démocrates de Suisse / PES.

³⁴⁾ Cf. à ce propos, message du Conseil fédéral du 10 décembre 1979, FF 1980 I p. 1223 s. et 1227 s.

d'employés et de la Fédération des Coopératives Migros. Il s'est par contre heurté à l'attitude critique des cantons de Zurich, Zoug et Bâle-Ville (Cour pénale), du PRD, du PS, de l'Ordre des Avocats de Genève / Fédération Suisse des Avocats, des Juristes Démocrates de Suisse / PES, de l'Union suisse des fiduciaires, de l'Aktion Finanzplatz Schweiz-Dritte Welt, ainsi que de l'Union suisse du commerce et de l'industrie.

Des nombreux avis formulés à l'égard de l'aménagement technique du droit de la confiscation, il ressort principalement qu'une distinction est souhaitée au niveau de la conception des deux formes de confiscation, à savoir entre la confiscation à des fins de sûreté et la confiscation visant la suppression d'un avantage illicite³⁵⁾. Sur le plan matériel, les commentaires se sont polarisés sur la proposition de confiscation compensatoire, innovation qui permet d'ordonner, en lieu et place d'une créance compensatrice en espèces, la confiscation d'objets ou de valeurs patrimoniales déterminés: les avis se sont révélés aussi tranchés du côté des partisans³⁶⁾ que des adversaires³⁷⁾. Les critiques de certains milieux ont notamment relevé l'absence de concordance entre la confiscation compensatoire et le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite. Enfin, l'allègement de la preuve proposé à l'article 58^{ter} AP-CP a suscité de vives controverses: alors que d'aucuns³⁸⁾ ont invoqué les principes de l'Etat de droit pour rejeter toute forme d'allègement de la preuve, d'autres milieux³⁹⁾ ont approuvé l'avant-projet en se bornant à exiger certaines précisions ou une application limitée à des cas particuliers; une troisième catégorie de participants⁴⁰⁾, enfin, a estimé que la solution proposée était trop timide et a préconisé un véritable renversement du fardeau de la preuve, tout au moins en matière de confiscation indépendante et dans les cas d'infractions particulièrement graves et dangereuses.

³⁵⁾ Cantons de Schwyz, Glaris, Bâle-Ville (Cour pénale), Bâle-Campagne, Tribunal fédéral, PRD, PS et Juristes Démocrates de Suisse / PES.

³⁶⁾ Cantons d'Unterwald-le-Haut, de Fribourg, de Bâle-Ville (minorité de la Cour pénale), PRD, Société suisse de droit pénal.

³⁷⁾ Cantons de Zurich (admet certes le principe, mais estime que la création d'un cas particulier de séquestre serait plus judicieuse), Bâle-Ville (majorité de la Cour pénale), Ordre des Avocats de Genève / Fédération suisse des avocats, Association suisse des banquiers, Union suisse du commerce et de l'industrie, Fédération romande des syndicats patronaux.

³⁸⁾ Cantons de Bâle-Ville (Cour pénale et Cour d'appel), Bâle-Campagne (adhésion sous réserve de conditions restrictives); PS, Ordre des Avocats de Genève / Fédération suisse des avocats, Juristes Démocrates de Suisse / PES, Association suisse des banquiers, Union suisse du commerce et de l'industrie, Zürcher Handelskammer, Fédération romande des syndicats patronaux.

³⁹⁾ Cantons d'Uri, d'Unterwald-le-Haut, de Bâle-Ville (Ministère public, bien que limité à des affaires d'une gravité et d'une importance majeures); PRD (favorable au principe de l'estimation pour autant que l'art. 58^{ter}, 2^e al., soit abandonné), PDC (sous réserve du principe de la proportionnalité), AdI, Union suisse des arts et métiers, Fédération des sociétés suisses d'employés.

⁴⁰⁾ Cantons de Zurich, Lucerne, Soleure, des Grisons, d'Argovie; Société suisse de droit pénal, Aktion Finanzplatz Schweiz-Dritte Welt.

- L'introduction d'un *droit de communication du financier* a réuni un large consensus lors de la procédure de consultation⁴¹⁾. Néanmoins, plusieurs cantons ont souhaité aller plus loin et ont préconisé une obligation de communication⁴²⁾. La question de savoir si la violation d'une telle obligation devrait être sanctionnée par le droit administratif (droit de surveillance financier) ou par le droit pénal est toutefois demeurée ouverte. D'autres milieux consultés ont en revanche expressément salué l'abandon d'une éventuelle obligation de communication⁴³⁾.
- Bien que l'idée d'introduire une *responsabilité de l'entreprise* ait généralement été bien accueillie dans son principe, l'appréciation de la proposition concrète a débouché sur un scepticisme marqué. Les avis favorables⁴⁴⁾ vont du soutien exprès à l'approbation polie. En revanche, la proposition se heurte à l'opposition farouche des milieux économiques⁴⁵⁾. Un troisième groupe de participants⁴⁶⁾ formule des réserves parfois importantes à l'égard du projet, même s'il est favorable à l'idée en soi. Divers participants⁴⁷⁾ préconisent un examen plus approfondi de la question dans le cadre de la révision de la Partie générale du code pénal afin de tenir compte du fait que la portée de la responsabilité de l'entreprise dépasse largement le contexte du crime organisé.

Le 1^{er} juillet 1992, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation; il a chargé le Département fédéral de justice et police d'élaborer le message et le projet de dispositions pénales concernant l'organisation criminelle, la révision du droit de la confiscation ainsi que la réglementation du droit de communication du financier et de solliciter à ce propos l'avis de la Commission d'experts chargée de la révision de la Partie générale du code pénal.

⁴¹⁾ Cantons de Berne, Lucerne, Glaris, Zoug, Fribourg, Bâle-Campagne, Schaffhouse, d'Appenzell-Rhodes Intérieures; PRD, PDC, PS, UDC, Ad; Société suisse de droit pénal, Juristes Démocrates de Suisse/PES, Association suisse des banquiers, Aktion Finanzplatz Schweiz-Dritte Welt, Union suisse du commerce et de l'industrie, Zürcher Handelskammer, Union suisse des arts et métiers, Union syndicale suisse, Fédération des Sociétés suisses d'employés, Fédération Romande des Syndicats Patronaux, Fédération des Coopératives Migros. Etaient opposés: Ordre des Avocats de Genève / Fédération suisse des avocats et Union suisse des fiduciaires.

⁴²⁾ Cantons de Lucerne, d'Uri, d'Unterwald-le-Haut, de Soleure, de Saint-Gall, des Grisons, d'Argovie, de Thurgovie, du Tessin, de Neuchâtel, du Jura, ainsi que l'Aktion Finanzplatz Schweiz-Dritte Welt.

⁴³⁾ Cantons de Bâle-Ville (Cour pénale), Bâle-Campagne; Fédération Romande des Syndicats Patronaux, Fédération des Coopératives Migros.

⁴⁴⁾ Cantons d'Uri, de Schwyz, d'Unterwald-le-Haut, de Glaris, de Fribourg, de Soleure, de Bâle-Campagne, du Tessin, d'Appenzell-Rhodes Intérieures, des Grisons, de Vaud, de Neuchâtel, du Jura; PRD; Société suisse de droit pénal, Aktion Finanzplatz Schweiz-Dritte Welt, Fédération des sociétés suisses d'employés, Fédération des Coopératives Migros.

⁴⁵⁾ Association suisse des banquiers, Union suisse des fiduciaires, Union suisse du commerce et de l'industrie, Bündner Handels- und Industrie-Verein, Ordre des Avocats de Genève / Fédération suisse des avocats, Fédération romande des Syndicats Patronaux.

⁴⁶⁾ Cantons de Berne, Lucerne, Zoug, Bâle-Ville (Cour pénale et Cour d'appel); PDC, PS, UDC; Juristes Démocrates de Suisse / PES, Union syndicale suisse.

⁴⁷⁾ Cantons de Zoug, Bâle-Ville, Bâle-Campagne; PDC, PS, UDC; Juristes Démocrates de Suisse / PES, Union syndicale suisse, Fédération Romande des Syndicats Patronaux.

Quant à la responsabilité de l'entreprise, il a été décidé de la soumettre à un examen plus approfondi dans le cadre de la révision ordinaire de la Partie générale du code pénal.

124 **Elaboration du projet**

Conformément à la décision précitée du Conseil fédéral, les avant-projets relatifs à la punissabilité de l'organisation criminelle et à la confiscation ont été remaniés sur la base des résultats de la procédure de consultation. A cet effet, le Département fédéral de justice et police a sollicité le concours d'une délégation de la commission d'experts chargée de la révision de la Partie générale du code pénal⁴⁸⁾. Cette délégation a élaboré, au cours de quatre séances d'une journée, les propositions qui constituent le fondement du présent projet.

La question, déjà soulevée lors de la procédure de consultation, d'une éventuelle transformation du droit de communication du financier en une obligation d'annoncer des transactions douteuses a donné lieu à des discussions. La directive relative à la «prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux», édictée le 10 juin 1991 par le Conseil de la Communauté européenne, a conféré, en tant que partie intégrante de l'acquis communautaire, un nouveau caractère d'actualité à ce postulat⁴⁹⁾. Il existe en principe deux manières d'introduire une éventuelle disposition relative à un devoir de communication: par le biais du droit pénal ou par la voie du droit administratif.

La solution de droit administratif présente l'avantage d'appréhender notamment les inattentions de représentants du secteur financier soumis à surveillance au-delà du cas particulier. Elle permet d'étendre les investigations à la question de savoir si le financier offre toutes les garanties d'une activité irréprochable⁵⁰⁾. Du point de vue du droit pénal, on admet que la continuation des relations d'affaires avec une personne soupçonnée de recycler de l'argent sale constitue un dol éventuel en matière de blanchissage d'argent (art. 305^{bis} CP); elle est déjà punissable actuellement. En revanche, si l'on entend punir la communication omise malgré la présence d'indices suffisants de blanchissage même dans les cas où le financier a l'intention de mettre fin aux relations d'affaires ou, tout simplement, de ne pas les engager, cela implique que les motifs de soupçon soient indiqués par avance de manière abstraite. Un tel devoir de communication, dont la violation serait réprimée par le droit pénal, se heurte aux mêmes difficultés que l'incrimination du blanchissage d'argent par négligence. Suite aux débats parlementaires approfondis au sujet de la punissabilité du blanchissage d'argent

⁴⁸⁾ Composition de la délégation de la commission d'experts; Jean-Marc Schwenter, procureur général (président); Mark Pieth, dr en droit, privat-docent (vice-président et représentant de l'Office fédéral de la justice); prof. Hans Dubs, dr en droit; prof. Jean Gauthier, dr en droit; prof. Guido Jenny, dr en droit; prof. Jörg Rehberg, dr en droit et prof. Günter Stratenwerth, dr en droit.

⁴⁹⁾ L'article 6 de la directive prescrit aux institutions financières (du secteur bancaire et non bancaire au sens des articles 1 et 12) l'obligation d'informer «de leur propre initiative les autorités compétentes de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux».

⁵⁰⁾ A l'instar de l'article 3, 2^e alinéa, lettre c, de la loi fédérale sur les banques (RS 952.0).

commis par négligence et au rejet exprès de celle-ci⁵¹), une volte-face aussi brutale et proche de l'entrée en vigueur de la disposition sur le blanchissage d'argent ne serait guère compréhensible. C'est pourquoi il convient d'envisager l'éventuelle introduction d'un devoir de communication par le biais du droit de surveillance en matière financière. A cet effet, un groupe de travail interdépartemental, placé sous la responsabilité du Département fédéral des finances, a été chargé d'élaborer un avant-projet de loi sur le blanchissage d'argent. De cette manière, plus rien ne s'oppose à ce que la disposition relative au droit de communication du financier soit reprise sans modification matérielle dans le présent projet.

2 Partie spéciale

L'article 59, chiffre 3, du projet, qui concerne la confiscation de valeurs patrimoniales sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition, se réfère à la nouvelle infraction définie à l'article 260^{ter} P-CP (organisation criminelle). Il s'impose donc d'exposer le contenu de l'article 260^{ter} avant celui du nouveau droit de la confiscation.

21 Article 260^{ter}: Organisation criminelle

211 Introduction

La nouvelle disposition pénale sur l'organisation criminelle constitue l'un des éléments centraux d'une stratégie globale susceptible de combattre avec succès le crime organisé. Aux plans criminalistique et criminologique, la nécessité d'une définition des éléments constitutifs de l'organisation apparaît pleinement dans les situations où il n'est plus possible de reconstituer la chaîne de causalité qui mène à l'infraction concrète, c'est-à-dire chaque fois que les véritables auteurs s'entourent d'un rempart qui empêche de prouver leur participation à un délit précis et, partant, de les confondre. Les critères traditionnels d'imputabilité basés sur la responsabilité pénale individuelle ne sont d'aucuns secours lorsque la personne qui prête son concours à une infraction agit en tant que maillon aisément interchangeable d'une organisation criminelle que la rigidité et l'opacité des structures, fondées sur une division très poussée des tâches, rendent pratiquement impénétrables. Une lutte efficace contre le crime organisé requiert donc la création d'une norme susceptible d'étendre à l'appartenance à une organisation criminelle ainsi qu'à son soutien la punissabilité de l'infraction particulière (y compris la participation, la tentative et les actes préparatoires délictueux).

Contrairement à de nombreux autres Etats, dont les pays limitrophes de la Suisse⁵²), notre droit pénal ne contient aucune norme générale réprimant les diverses formes de soutien apporté à un groupement criminel⁵³). Cette situation

⁵¹) BO N 1989 p. 1843 ss; E 1990 p. 189 ss.

⁵²) Au sujet des réglementations étrangères, cf. condensé dans Hans Schultz, Die kriminelle Vereinigung, RPS 1989, p. 15 ss (16 ss).

⁵³) L'article 275^{ter} CP fait exception à la règle mais n'est applicable qu'à des infractions dirigées contre l'Etat ou la défense du pays.

s'avère également incohérente du point de vue systématique: alors que l'article 305^{bis}, chiffre 2, CP qualifie de forme aggravée de blanchissage d'argent la gestion financière de fonds d'origine illégale pour le compte d'une organisation criminelle, il serait illogique de ne pouvoir réprimer en tant que tel le soutien fourni à une organisation criminelle. Par ailleurs, dans des affaires de dimension internationale précisément, les autorités de poursuite pénale se heurtent fréquemment à des difficultés, car elles réussissent à établir l'appartenance ou le soutien à une organisation criminelle, mais ne parviennent pas à prouver la participation concrète de l'inculpé aux diverses infractions attribuées à l'organisation. A cet égard, l'absence de définition pénale de l'organisation constitue une lacune grave puisque la punissabilité réciproque, dont dépend également l'octroi de l'entraide judiciaire, fait ainsi défaut⁵⁴).

Le projet de nouvel article 260^{ter} CP permet, dans une large mesure, de combler ces lacunes. Il vise clairement les groupements criminels qui multiplient les embûches afin de brouiller les pistes conduisant à des infractions déterminées. Ces embûches sont la conséquence de la caractéristique première des associations criminelles qui présentent un haut degré d'organisation: la *loi du silence* et la manière brutale de la faire respecter constituent l'un des éléments centraux de toute organisation mafieuse, mais aussi terroriste. Il est donc logique d'inclure cet élément constitutif dans la définition de l'infraction.

La description de l'activité délictueuse de l'organisation a également été modifiée par rapport à l'avant-projet. Elle se réfère aux formes d'infractions qualifiées qui sont typiques du crime organisé et confèrent à celui-ci son caractère particulièrement dangereux: il s'agit de la *criminalité violente* – en particulier les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, mais aussi l'extorsion, l'enlèvement et la prise d'otage, par exemple – ainsi que *l'enrichissement par des moyens criminels*.

Grâce à ces précisions, la disposition exprime clairement la volonté de réprimer le soutien effectif apporté à une organisation incontestablement dangereuse, et non un simple état d'esprit. La nouvelle formulation tient ainsi compte des reproches formulés par divers milieux consultés à propos de la clarté insuffisante de la disposition et du risque d'incrimination d'agissements insignifiants, voire de partis politiques. En outre, elle exclut les groupes criminels de moindre importance, tels que bandes de rockers ou de skinheads, par exemple, du champ d'application de la disposition. Cette solution est justifiée dans la mesure où le droit pénal en vigueur offre des moyens suffisants pour réprimer ce type de comportements: on songera à la qualification de certaines infractions commises en bande, mais aussi à l'incrimination d'éléments antérieurs par le biais des formes traditionnelles de participation et de tentative ainsi que des articles 259 et 260^{bis} CP.

Ces précisions permettent en outre d'élargir la portée de la disposition. En effet, les actes de participation et de soutien peuvent être appréhendés à temps, dans la mesure où le caractère dangereux de l'organisation se détermine par rapport au *but qu'elle poursuit* et non plus en fonction des infractions qu'elle a déjà commises.

⁵⁴ Les articles 6 ss du Traité entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.933.6) prévoient une exception à l'exigence de la punissabilité réciproque pour l'octroi de l'entraide judiciaire dans la lutte contre les groupes de criminels organisés.

Les modifications apportées à l'avant-projet soumis en consultation confèrent à la nouvelle norme une efficacité accrue en tant qu'instrument de lutte contre le crime organisé. Par ailleurs, la disposition se réfère de manière encore plus précise aux organisations criminelles dangereuses qu'elle entend réprimer. Le projet se distingue ainsi très nettement de la disposition sur l'association de malfaiteurs, proposée en 1979 puis abandonnée⁵⁵).

212 **Commentaire**

212.1 **Eléments constitutifs objectifs**

- a. La définition de l'infraction implique en premier lieu l'existence d'une *organisation* (criminelle). Il convient à cet égard de se référer aux critères qui, du point de vue criminologique, caractérisent le crime organisé⁵⁶). On songera notamment à une structure de groupe conçue et aménagée pour durer, à une division très poussée des tâches, à l'appât du gain, à une organisation fortement hiérarchisée, à l'absence de transparence tant vers l'intérieur que vers l'extérieur, à la présence de mécanismes efficaces pour garantir le respect des règles du groupe, ainsi qu'à la résolution de l'organisation de commettre des actes de violence pour assurer et développer sa position ainsi que son influence sur la politique et sur l'économie. Le professionnalisme qui prévaut à tous les stades, de la phase de planification et de mise en place de la logistique, en passant par l'exécution des actes, jusqu'à l'exploitation du butin et à la législation des profits, est également typique à cet égard⁵⁷).

Mais l'organisation criminelle se caractérise aussi par sa faculté d'adapter avec rapidité et souplesse ses structures – qui, en règle générale, sont de nature informelle – à des exigences nouvelles. En dépit de nombreuses similitudes, chaque organisation présente des particularités et dispose de structures propres qui, dans le cas d'espèce, ne recouvrent qu'en partie les critères précités, mais sans que le caractère d'organisation du groupement criminel ne puisse être mis en doute pour autant. Ainsi, par exemple, une structure parfaitement hiérarchisée est généralement considérée comme un élément typiquement constitutif de l'organisation. Cependant, le juge Giovanni Falcone, assassiné par la mafia, avait constaté l'existence de structures d'organisation horizontales au sein de la Camorra et de la Ndrangheta – dont personne ne songerait à contester la nature d'organisations criminelles⁵⁸). C'est pourquoi la définition de l'organisation ne peut être formulée de manière exhaustive. Une norme pénale trop détaillée risquerait de s'avérer inefficace dans la pratique, car les organisations criminelles pourraient

⁵⁵ Les cantons de Lucerne, Schwyz, Bâle-Ville (Cour pénale) et Bâle-Campagne, le PS ainsi que les Juristes Démocrates de Suisse / PES ont estimé que l'avant-projet soumis en consultation ne tenait pas compte de cette préoccupation.

⁵⁶ Cf. ci-devant, ch. 112.2.

⁵⁷ Hans-Ludwig Zachert (note 7), p. 41.

⁵⁸ Giovanni Falcone (note 11), p. 25 s.

facilement se soustraire à son champ d'application en modifiant leurs structures.

Par contre, il va de soi que le seul maintien du secret relatif à la poursuite d'un but criminel (cf. ci-après b et c) ne saurait permettre de conclure à l'existence d'une organisation. Encore faut-il établir la présence de structures organisationnelles minimales. Cela implique d'abord que – à la différence du critère exigé pour l'infraction commise en bande⁵⁹⁾ – l'organisation comprenne trois membres au moins. Contrairement à la notion de «groupe», celle d'«organisation» indique clairement que les relations existant entre les divers membres doivent dépasser le stade des vagues accointances; elles doivent s'appuyer sur une structure solide favorisant des préparatifs objectivement reconnaissables, entrepris de manière systématique et conformément à un plan. Il faut en outre que ces préparatifs correspondent aux divers critères qui, du point de vue criminologique, caractérisent le crime organisé dans une mesure telle que l'on puisse manifestement admettre le caractère particulièrement dangereux de l'organisation.

b. Par ailleurs, il faut que l'organisation tienne *sa structure et son effectif secrets*.

Le champ d'application de la nouvelle norme entend se concentrer sur les groupements criminels dont la structure organisationnelle exclut la possibilité d'imputer les actes criminels aux différents protagonistes et de découvrir les tenants et les aboutissants du cas d'espèce. Le terme de secret utilisé dans la disposition ne se réfère pas à la discrétion généralement associée aux comportements délictueux; il s'agit au contraire de la dissimulation qualifiée et systématique que favorise notamment un haut degré de spécialisation et de division des tâches et qui réserve aux seuls organes suprêmes une vue globale des structures de l'organisation. Le maintien du secret peut en outre être garanti dès lors que l'organisation se dote d'une façade légale en exploitant des entreprises licites et en tissant un réseau de relations adéquat. Les règles internes de discipline et les codes d'honneur, la solidarité ethnique ainsi que les mesures d'assistance accordées aux membres inculpés ou condamnés et à leurs proches constituent autant de facteurs supplémentaires qui contribuent à assurer le maintien indispensable du secret.

La nécessité pour l'entité de garder le secret sur ses structures – c'est-à-dire principalement sur la répartition des rôles et les voies hiérarchiques – ainsi que sur la composition de ses effectifs établit clairement la distinction entre l'association légale, occasionnellement susceptible de commettre des délits dans son domaine d'activité, et l'organisation criminelle. Il va de soi qu'une organisation criminelle ne peut masquer le maintien du secret par des structures apparemment transparentes et légales, dans la mesure où l'objectif primaire de l'entité globale est de commettre des crimes.

La notion de maintien du secret indique clairement que la disposition n'exige pas un démantèlement intégral des structures et de la composition de l'organisation criminelle; il s'avère de toute manière impossible de percer

⁵⁹⁾ ATF 78 IV 233, 83 IV 146, 105 IV 181: deux participants suffisent.

totale­ment à jour les relations internes des organisations complexes de nature terroriste ou mafieuse. Néanmoins, le simple fait que des inculpés refusent de déposer ne constitue pas une preuve suffisante du maintien du secret. Il faut au contraire que des indices positifs permettent de conclure à l'existence de mesures particulières de dissimulation de la part de l'organisation. Cette conclusion peut notamment se fonder sur la présence d'éléments caractéristiques de l'organisation, tels que répartition des rôles, structure hiérarchisée, activités légales de camouflage ou règles internes de discipline. Même lorsque les autorités de poursuite pénale parviennent, avec le temps, à se faire une idée des structures de base d'une organisation criminelle, voire à en identifier les dirigeants, l'organisation s'efforce par tous les moyens de préserver le secret sur l'ensemble de ses relations internes. Ces efforts se traduisent souvent par un recours massif à la violence – sous forme d'intimidations, de menaces et même d'élimination – contre les personnes informées.

c. L'organisation doit en outre *poursuivre le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels*.

aa. D'éventuelles infractions déjà commises dans ce contexte par l'organisation attestent généralement le but criminel poursuivi par celle-ci; mais la poursuite du but incriminé n'implique pas nécessairement la preuve de la commission antérieure de crimes; dans la mesure où le caractère dangereux de l'association secrète est manifeste, il serait en effet peu judicieux de subordonner l'application de l'article 260^{ter} à la réalisation des éléments constitutifs d'un crime. Dans tous les cas, il faut néanmoins que la poursuite du but ressorte nettement des mesures d'organisation constatées, la répartition des rôles déjà opérée dans la perspective des infractions planifiées revêtant à cet égard une importance particulière. La simple entente sur des objectifs criminels est clairement exclue du champ d'application de la norme. Il va en outre de soi que la poursuite du but criminel doit être l'expression de l'objectif d'une action commune et que les actes individuels de nature purement privée ne sont pas imputables aux autres membres de l'organisation.

La notion de poursuite du but implique par ailleurs nettement que les activités de l'organisation criminelle doivent concerner *pour l'essentiel* – et non exclusivement – la commission de crimes⁶⁰). La mafia, par exemple, se caractérise précisément par le fait qu'une partie non négligeable de ses activités est parfaitement légale. En outre, la disposition vise non seulement les organisations fondées à des fins criminelles, mais aussi celles qui n'ont commencé à poursuivre des buts criminels qu'au fil des années.

bb. L'organisation doit en tout cas poursuivre le but de commettre des infractions que le droit suisse qualifie de *crimes* (art. 9, 1^{er} al., CP en relation avec les infractions définies dans le CP et la législation pénale

⁶⁰) Conformément à l'exigence formulée par les cantons de Lucerne, de Schwyz et de Soleure, ainsi que par le PDC lors de la procédure de consultation.

accessoire). A cet égard, il faut qu'il s'agisse de crimes violents ou que l'organisation entende se procurer des revenus par des moyens criminels.

Sont en particulier des *crimes violents* au sens de la présente disposition les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle que la loi sanctionne par une peine de réclusion, notamment le meurtre, l'assassinat et les lésions corporelles graves (art. 111, 112 et 122 CP). Cette catégorie englobe également le brigandage (art. 139 CP), l'extorsion et le chantage (art. 156 CP), la séquestration et l'enlèvement (art. 183 et 184 CP), la prise d'otage (art. 185 CP) ainsi que les crimes créant un danger collectif au sens du Titre septième, dont notamment l'incendie intentionnel (art. 221 CP)⁶¹. En revanche, lorsqu'il se rapporte à des crimes déterminés contre l'Etat et la défense du pays au sens du Titre treizième, l'élément d'organisation est déjà appréhendé par l'article 275^{ter} CP (groupements illicites)⁶². D'autres crimes violents peuvent théoriquement aussi entrer en ligne de compte; ils ne devraient toutefois guère présenter d'intérêt pratique pour la définition du but d'une organisation.

L'enrichissement par des moyens criminels, mentionné dans la norme en tant que variante de l'infraction, implique que l'organisation s'efforce de se procurer des avantages patrimoniaux illégaux en commettant des crimes. Tel n'est pas le cas si les ressources financières obtenues en commettant des crimes représentent pour l'organisation non pas une fin en soi mais le moyen d'atteindre un objectif initial différent. Les bénéfices économiques que l'organisation s'efforce de réaliser par des moyens criminels doivent en effet constituer son but principal. Tous les crimes prévus dans la législation pénale principale et accessoire peuvent en principe servir d'infractions de référence. Il s'agit surtout des infractions constitutives de crimes contre le patrimoine définies dans le Titre deuxième de la partie spéciale du code pénal. En outre, on songera aux enlèvements et prises d'otages liés à une demande de rançon (art. 184 et 185 CP), à l'encouragement de la prostitution et à la traite d'êtres humains (art. 195 et 196 CP) ou à des crimes en matière de fausse monnaie et de faux dans les titres au sens des Titres dixième et onzième de la partie spéciale du code pénal. En ce qui concerne le droit pénal accessoire, il s'agit principalement des crimes prévus par la loi sur les stupéfiants⁶³) mais aussi des violations graves de la loi sur le matériel de guerre⁶⁴.

⁶¹) Les infractions visées par les articles 139 et 156 CP ainsi que les rançons exigées en relation avec les infractions visées par les articles 184 et 185 CP réalisent également l'élément constitutif de l'enrichissement par des moyens criminels.

⁶²) L'article 269 CP (violation de la souveraineté territoriale suisse), qui n'est pas mentionné dans la liste de l'article 275^{ter} CP, constitue la seule exception.

⁶³) RS 812.121

⁶⁴) RS 514.51

d. L'auteur de l'infraction doit soit *participer à l'organisation*, soit *soutenir celle-ci dans son activité criminelle*.

aa. *Participe* à l'organisation criminelle celui qui s'intègre dans l'organisation et y déploie une activité concourant à la poursuite du but criminel de cette organisation. A cet égard, il n'est pas indispensable que l'auteur assume une fonction dirigeante au sein de l'organisation. La norme s'applique également à celui qui occupe un poste subalterne dans la structure de l'organisation et qui se conforme au but de celle-ci. Le caractère durable de l'affiliation, qui est généralement de nature informelle, joue un rôle déterminant. Une attestation ou une déclaration formelle d'adhésion ou d'appartenance à l'organisation n'est donc pas requise. En revanche, le tiers qui encourage l'activité criminelle de l'organisation se rend coupable, non plus de participation, mais bien de soutien au sens du deuxième alinéa de la disposition.

Par ailleurs, il faut que l'activité du participant serve directement le but criminel de l'organisation; elle ne doit pas forcément consister en une collaboration à des infractions déterminées de l'organisation; l'exécution d'autres tâches, en matière de logistique par exemple, suffit.

bb. La variante de l'infraction (*soutien*) vise en particulier des intermédiaires, dont le rôle de trait-d'union avec l'économie légale, la politique et la société contribue de manière déterminante à accroître la puissance des organisations criminelles. A l'instar des règles applicables à la complicité, il faut que l'encouragement de l'activité criminelle de l'organisation puisse être démontré. Le soutien se distingue cependant de la complicité, dans la mesure où il ne requiert pas nécessairement la preuve d'un rapport de cause à effet avec la commission d'une infraction déterminée. L'expression «dans son activité criminelle» précise que seul le soutien apporté aux agissements servant le but criminel de l'organisation, et non chaque activité de celle-ci, entraîne une responsabilité pénale.

Il y a par exemple soutien lorsque, bien que conscient des liens existant entre sa prestation et le but poursuivi par l'organisation, l'auteur fournit à cette dernière des armes qui seront retrouvées ultérieurement à l'occasion d'attentats, sans que sa participation aux infractions concrètes puisse être établie. La norme est également applicable à celui qui administre des fonds en sachant pertinemment que sa prestation de service profite à une organisation criminelle⁶⁵. Il est ainsi possible d'appréhender des comportements qui contribuent dans une large mesure à renforcer la capacité de fonctionnement de l'organisation criminelle, même dans les situations où la disposition sur le blanchissage d'argent reste sans effet. On songera notamment aux cas dans lesquels, par suite du mélange de valeurs patrimoniales provenant de diverses activités légales et illégales de l'organisation, il n'est plus possible d'apporter la preuve – exigée par la norme sur le blanchissage d'argent – de l'origine criminelle des fonds.

⁶⁵ Cf. à ce propos, Mark Pieth (n. 10), p. 258 s.

Par contre, la disposition ne vise pas le sympathisant qui, par exemple, fait de la publicité pour les buts de l'organisation en sprayant des slogans. En outre, il va de soi que la défense pénale assurée dans les limites de la légalité ne constitue pas un soutien de l'activité criminelle.

212.2 Elément constitutif subjectif

Seule l'infraction commise *intentionnellement* est punissable (art. 18, 1^{er} al., CP). Conformément aux règles générales, l'intention doit se rapporter à l'ensemble des éléments constitutifs objectifs. Dans les deux variantes de l'infraction, il faut donc que l'auteur connaisse l'existence de l'organisation, le secret dont elle s'entoure ainsi que le but qu'elle poursuit. En ce qui concerne le but, l'auteur ne doit pas forcément être au courant de la définition juridique du crime, ni des diverses infractions de l'organisation qui correspondent à cette définition. Dans les limites de l'appréciation dite parallèle des milieux profanes, il suffit que l'auteur se rende compte que les activités de l'organisation tendent à la commission d'infractions violentes ou d'infractions visant à obtenir des avantages patrimoniaux et que ces infractions dépassent nettement le stade de simples contraventions. De plus, en ce qui concerne tant le soutien que la participation dans le cadre du dol éventuel, il suffit que l'auteur envisage, en tant que conséquence potentielle de son comportement, le fait que celui-ci serve directement l'objectif criminel de l'organisation et qu'il commette malgré tout l'infraction.

212.3 Sanctions

La sanction est la *réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement*. Ce cadre pénal permet de tenir compte de la forme de l'activité délictueuse de l'organisation et de l'ampleur de la participation ou du soutien. En outre, il garantit la concordance avec la sanction prévue par l'article 260^{bis} CP à l'égard d'une infraction de nature similaire (actes préparatoires délictueux). La sanction se justifie également en relation avec l'article 305^{bis}, chiffre 2, CP. La forme grave du blanchissage d'argent est un cas d'application spécifique du soutien à une organisation criminelle. Contrairement aux opinions défendues lors de la procédure de consultation par divers milieux qui préconisaient une sévérité soit plus grande⁶⁶), soit moins grande⁶⁷), il y a donc lieu de maintenir la sanction prévue dans l'avant-projet.

212.4 Atténuation de la peine conformément au chiffre 2 du projet

Conformément à l'article 260^{ter}, chiffre 2, P-CP, le juge peut librement atténuer la peine (art. 66 CP) *lorsque l'auteur se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation*.

⁶⁶) Fribourg, Bâle-Campagne (Ministère public) et PLS.

⁶⁷) Bâle-Ville (Cour pénale); Juristes Démocrates de Suisse / PES.

La disposition permet au juge d'accorder une réduction substantielle de la peine, même si l'auteur a déjà fait partie d'une organisation criminelle ou s'il a soutenu l'activité criminelle d'une telle organisation. Cette formulation entre en parallèle avec les règles du désistement au sens propre du terme et inclut les efforts vains ou partiellement couronnés de succès. En se contentant d'un effort sans exiger qu'il soit couronné de succès, le projet tient compte du fait qu'un individu ne saurait, en règle générale, empêcher à lui seul l'activité d'une organisation criminelle.

Ce qu'il convient de considérer comme un acte de désistement valable dans le cas d'espèce est laissé à l'appréciation du juge, tout comme la décision d'accorder ou non une réduction de peine et, le cas échéant, l'ampleur de celle-ci. A cet effet, le juge prendra en considération non seulement les actes de l'auteur qui visent directement à faire échec à de futures infractions de l'organisation, comme le fait de prévenir la future victime d'une infraction ou de rendre inutilisables les moyens destinés à commettre l'infraction, mais également toutes les informations pertinentes qu'il aura livrées aux autorités de poursuite pénale. Cette norme ne constitue toutefois pas une règle spécifiquement applicable à des témoins principaux et dont l'objectif serait en premier lieu la condamnation d'autres malfaiteurs; la présente réglementation a d'abord pour objet d'empêcher de futures infractions et non de confondre et de condamner des tiers grâce à l'obtention facilitée de preuves relatives à des infractions *déjà commises*. Elle n'est applicable qu'à l'auteur qui aura contribué à empêcher de futures infractions de l'organisation ou qui, du moins, s'y sera efforcé.

212.5 Infraction commise à l'étranger

Afin de garantir l'application de la norme pénale même lorsque l'organisation exerce, en partie du moins, son activité criminelle en Suisse ou envisage de le faire, mais que quelqu'un s'y associe ou la soutient depuis l'étranger, il se justifie d'introduire dans la loi une disposition sur l'infraction commise à l'étranger, dont la formulation s'inspire de l'article 260^{bis}, 3^e alinéa. En ce qui concerne les actes de participation, le droit suisse est certes applicable lorsque l'infraction principale est commise en Suisse⁶⁸⁾. Cependant, comme le soutien et la participation à une organisation criminelle sont érigés en infractions principales autonomes, il est nécessaire de compléter la disposition afin que l'infraction commise à l'étranger soit appréhendée par le droit suisse.

Une telle clause est en revanche inutile dans la situation inverse, c'est-à-dire lorsqu'une organisation criminelle déployant son activité à l'étranger est soutenue depuis la Suisse ou que des actes de participation sont commis dans notre pays; dans ce cas en effet, le droit suisse est applicable en vertu de l'article 3, chiffre 1, 1^{er} alinéa, CP (principe de la territorialité).

⁶⁸⁾ Cf. ATF 81 IV 291 s.

212.6 Tentative et participation

La nouvelle disposition crée une responsabilité pénale dans les cas où il s'avère impossible de prouver une participation, une tentative ou des actes préparatoires délictueux liés aux crimes d'une organisation. Etant donné que la norme déplace ainsi le poids de la répression de l'infraction particulière vers le soutien et la participation à l'organisation, elle ne permet aucune extension supplémentaire des limites de la punissabilité par le biais des règles de la Partie générale concernant la tentative et la participation. Le comportement punissable doit en tout cas constituer une participation ou un soutien au sens de l'article 260^{ter} P-CP. La simple tentative de participation ou de soutien ainsi que l'instigation et la complicité à un tel comportement ne sont pas punissables⁶⁹⁾.

212.7 Concours

La question du rapport entre l'article 260^{ter} P-CP et les diverses infractions commises par l'organisation se pose en matière de concours: lorsque le soutien ou la participation se rapporte et se limite à des délits bien précis, pour lesquels l'auteur sera puni, l'article 260^{ter} ne revêt qu'une valeur subsidiaire. Mais si le soutien ou la participation dépasse le cadre de ces infractions précises, il y a lieu, selon les règles générales, d'admettre un concours réel. Tel sera par exemple le cas lorsque quelqu'un procure des moyens financiers à une organisation criminelle en sachant que seule une partie des fonds sera consacrée à un attentat déterminé alors que le reste servira à d'autres infractions, dans lesquelles la participation du financier ne pourra être établie.

212.8 Position dans la loi

Etant donné que la participation et le soutien à une organisation criminelle sont érigés en infractions autonomes et réprimés en tant que telles, il s'impose, pour des raisons de systématique, d'insérer la nouvelle norme pénale dans la Partie spéciale du code pénal. Matériellement proche de la disposition sur les actes préparatoires délictueux (art. 260^{bis} CP), elle trouve logiquement place dans son prolongement en tant qu'article 260^{ter} CP.

⁶⁹⁾ En ce qui concerne l'article 260^{bis} CP (actes préparatoires délictueux), qui prévoit également une extension de la punissabilité, la doctrine dominante estime qu'on ne saurait là non plus admettre une extension supplémentaire par le biais des dispositions sur la tentative et la participation: cf. Gunther Arzt, Zur Revision des Strafgesetzbuches vom 9. Oktober 1981 im Bereich der Gewaltverbrechen, RPS 1983, p. 257 ss (275 s); Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II, Berne 1984, n. 14 ad § 42; Robert Hauser/Jörg Rehberg, Strafrecht IV, Zurich 1989, p. 196 (à quelques différences près en ce qui concerne la participation) et Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zurich 1989, n. 7 ad article 260^{bis} (d'un avis différent en ce qui concerne la participation).

22 Révision du droit de la confiscation (art. 58 à 59 P-CP)

221 Généralités

La révision du droit de la confiscation a pour objectif principal de doter les autorités de poursuite et de jugement d'un instrument efficace dans la répression du blanchissage d'argent et de la criminalité organisée. C'est ainsi que pourront être confisqués les biens constituant les fonds de roulement d'une organisation criminelle, qu'ils soient ou non de provenance délictueuse; dans ce domaine particulier, un *renversement du fardeau de la preuve* a été aménagé.

D'autre part, les autorités d'instruction auront, dès le début des investigations, la faculté de *prendre les mesures conservatoires utiles permettant de garantir l'exécution de la créance compensatrice*; ainsi, l'absorption effective du profit illicite pourra être assurée, que les valeurs assujetties soient ou non disponibles.

Au demeurant, la possibilité offerte au juge d'*estimer*, lorsqu'il ne peut être précisément déterminé, le montant des valeurs soumises à confiscation, permettra d'alléger considérablement la preuve du lien entre l'infraction et les valeurs assujetties.

Enfin, le champ d'application de la confiscation est plus nettement délimité et le statut des personnes touchées mieux défini. Une *séparation nette* a été opérée entre la mesure de sécurité préventive qu'est la *confiscation d'objets dangereux* et la *confiscation de valeurs patrimoniales*, qui vise à absorber des profits illicites. Dès lors, les deux types de confiscation font l'objet de deux dispositions autonomes. Cette nouvelle articulation permet ainsi d'intégrer dans l'article 59 du projet d'une part la dévolution à l'Etat, réglée jusqu'ici séparément par l'article 59 du code actuel et d'autre part l'institution nouvelle de la confiscation des valeurs soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle (art. 59, ch. 3). Ainsi, tout le domaine de la confiscation de valeurs patrimoniales est réglé par une seule et même disposition.

222 La confiscation d'objets dangereux (art. 58 P-CP)

La confiscation d'objets dangereux n'a guère posé de problème dans la jurisprudence. La révision de 1974 n'a modifié ni la substance, ni la nature de cette mesure. Comme le projet, pour les raisons qui vont être exposées, renonce au maintien des articles 58, 2^e alinéa et 58^{bis} CPS, la rédaction de l'article 58 relatif à la confiscation d'objets dangereux sera reprise sous sa forme originale, celle en vigueur avant la révision de 1974.

La disposition de l'article 58^{bis}, introduite dans le code pénal par la révision de 1974, est superflue, en tant qu'elle s'applique à la confiscation d'objets dangereux. Cette dernière ne doit être ordonnée que s'il est suffisamment vraisemblable que, sans cette mesure, la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public seraient mis en péril⁷⁰⁾. Ainsi l'objet dangereux en main de l'auteur ne le sera pas

⁷⁰⁾ Cf. ATF 116 IV 117.

nécessairement en main de son propriétaire, auquel il pourra être restitué; il ne sera pas non plus forcément dangereux en main d'un tiers acquéreur, dont les droits seraient sauvegardés en vertu même des limites de l'article 58. Le titulaire d'un «autre droit que celui de propriété» (il ne peut ici s'agir que d'un droit réel, essentiellement un droit de gage), si une confiscation est ordonnée, pourra être indemnisé sur le produit de réalisation de l'objet. Ainsi donc chaque fois que l'objet ne présente un danger qu'en main de l'auteur de l'infraction ou d'un cercle déterminé de personnes, le principe de la proportionnalité dictera au juge la réalisation au bénéfice du propriétaire, voire d'autres ayants droit. C'est selon le même principe que l'objet, après avoir été mis hors d'usage (une arme de collection sera par exemple rendue impropre au tir), pourra être restitué à l'auteur, s'il en est propriétaire⁷¹⁾.

D'autre part, point n'est besoin de préciser dans la loi, comme le fait l'actuel article 58, 2^e alinéa, que, lorsque les conditions pour ordonner la mesure ne sont remplies que pour certaines parties d'un objet, ces parties seules seront confisquées, si cela est possible sans endommager gravement l'objet et sans engager des dépenses disproportionnées. La loi ne fait ici qu'énoncer un cas d'application du principe de proportionnalité dans une situation très particulière⁷²⁾.

Par ailleurs, appliquant le principe de la proportionnalité au but visé par l'article 58, le juge pourra, lorsque le partage de l'objet n'est pas concevable, ou ne le serait qu'au prix de moyens disproportionnés, faire réaliser au profit de son propriétaire dépossédé l'objet entier, pour autant que celui-ci perde, en main du tiers acquéreur, son caractère dangereux.

Il convient enfin de préciser que la question de la prescription ne se pose pas en matière de confiscation d'objets dangereux. Cette mesure à caractère préventif doit être prononcée aussi longtemps que l'objet compromet la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public. Dès l'instant où le danger disparaît, il n'y a plus matière à confiscation.

223 La confiscation de gains illicites (art. 59, ch. 1, P-CP)

Conformément à l'article 59, chiffre 1, 1^{er} alinéa, du projet, le juge prononcera la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à en décider ou à en récompenser l'auteur, et ce alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable.

Tout comme en droit actuel, la confiscation doit être prononcée indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction puisse être poursuivi ou même soit identifié; mesure à caractère réel⁷³⁾, elle intervient là où se trouvent les valeurs qui en sont l'objet et ne vise pas nécessairement un coupable. C'est ainsi qu'elle sera,

⁷¹⁾ Cf. Hans Schultz, Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss StrGB rev. Artikel 58 ff, ZBJV 114 (1978), 305 ss (329).

⁷²⁾ Cf. Hans Schultz, (note 71), p. 328.

⁷³⁾ Cf. Hans Schultz, (note 71), p. 308, avec références citées.

notamment, ordonnée, si l'auteur n'est pas identifié ou si un acquittement doit être prononcé, bien que les éléments constitutifs de l'infraction soient réalisés⁷⁴⁾, par exemple, en raison de l'irresponsabilité de l'auteur.

223.1 L'objet de la confiscation

La notion de valeurs patrimoniales au sens de l'article 59 du projet correspond à celle très large d'«objets et valeurs» du droit actuel (art. 58, 1^{er} al., CP). Qu'il s'agisse du résultat d'une infraction ou de dons et autres avantages (au sens de l'actuel art. 59 CP) destinés à rétribuer l'auteur, elle s'étend par conséquent aussi bien aux droits réels restreints, qu'aux créances, aux droits immatériels et autres avantages économiques susceptibles d'être estimés, le cas échéant chiffrés dans le cadre d'une décision de créance compensatrice; elle peut se présenter aussi bien sous la forme d'une augmentation d'actif, que sous celle d'une diminution de passif⁷⁵⁾.

Le chiffre 1, 1^{er} alinéa, définit l'objet de la confiscation. Il s'agit tout d'abord des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction et constituent un avantage ou une situation illicite, au sens de l'article 58, 1^{er} alinéa, lettre a, actuel. Il s'agit ensuite des dons et autres avantages qui étaient destinés à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction au sens de l'article 59 du code actuel.

Dans l'évolution du droit pénal suisse, la dévolution à l'Etat du *pretium sceleris* a en quelque sorte ouvert la voie à la confiscation des gains illicites. Tout d'abord et d'une façon, il est vrai, très limitée, dès 1942, le 2^e alinéa de l'article 59 prévoyait que les objets volés, dont le propriétaire n'avait pu être découvert, étaient acquis à l'Etat. Cet alinéa fut repris, lors de la révision de 1974, et incorporé dans le nouvel article 58. Par ailleurs, la jurisprudence antérieure à 1975 fonda, sur une interprétation extensive de l'article 59, la confiscation de gains illicites tels que ceux de l'avorteur ou du proxénète⁷⁶⁾, qui est aujourd'hui prononcée sur la base de l'article 58, 1^{er} alinéa, lettre a, CP⁷⁷⁾. Enfin, l'article 59, dans sa version originale, prévoyait déjà l'important principe de la créance compensatrice, lorsque les objets dévolus à l'Etat n'existaient plus en nature. Il n'y a pas de différence essentielle entre la confiscation et la dévolution à l'Etat, dont le but et les effets sont identiques⁷⁸⁾, il ne se justifie dès lors pas d'utiliser pour désigner la même notion deux expressions différentes. La matière réglée jusqu'ici par l'article 59 s'intégrant dans l'article 59, chiffre 1, 1^{er} alinéa, du projet, on ne parlera plus que de confiscation.

Selon le principe de la spécialité de la mesure, seules les valeurs patrimoniales constituant la rémunération ou le résultat direct de l'infraction peuvent être confisquées. Si elles ne sont plus disponibles chez l'auteur, ou chez leur destina-

⁷⁴⁾ Cf. ATF 105 IV 170; 108 IV 157.

⁷⁵⁾ Cf. ATF 100 IV 105 ss; 104 IV 229; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, Berne 1989, n° 49 ad par. 14; Hans Schultz (note 71), p. 315.

⁷⁶⁾ Cf. ATF 72 IV 102.

⁷⁷⁾ Cf. ATF 115 IV 173.

⁷⁸⁾ Cf. Stefan Trechsel (note 69), ad article 59, note 3.

taire, leurs valeurs de remplacement ne sauraient être confisquées par substitution; ainsi, le produit de la vente ou de l'échange de l'objet assujetti à la confiscation n'est pas lui-même assujetti; mais ces valeurs de remplacement pourront être placées sous séquestre en vue de l'exécution effective d'une créance compensatrice. S'agissant des choses, mobilières ou immobilières, seules celles qui constituent directement le résultat ou la rétribution de l'infraction peuvent être confisquées. La règle, dans cette hypothèse, est claire et ne présente aucune difficulté d'interprétation (cf. à cet égard ch. 223.6).

Le principe de la spécialité ne peut toutefois pas s'appliquer avec la même rigueur lorsque le résultat direct de l'infraction se présente sous forme de billets de banque, de devises, de chèques, d'avoirs en compte⁷⁹⁾ ou d'autres créances. L'objet de l'assujettissement est alors une valeur, au sens abstrait du mot, incorporée ou non dans un titre, destinée à circuler. Cette valeur, par les supports matériels qui l'incorporent, doit pouvoir être confisquée aussi longtemps que son mouvement sera identifié de façon certaine et documenté, soit, pour reprendre l'expression anglo-américaine, tant que le «paper trail» pourra être suivi. C'est ainsi que doivent être considérées, pour leur valeur, comme produit direct de l'infraction les sommes d'argent quelle que soit la forme sous laquelle elles ont été acquises, la façon dont elles ont été déplacées, voire même, dans une certaine mesure, transformées; ainsi, la conversion du produit direct de l'infraction en monnaie étrangère ou en papiers-valeurs ne fait pas obstacle à la confiscation. Une certaine latitude doit être laissée au juge, qui déterminera de cas en cas, dans les situations limites, s'il est encore en présence des valeurs patrimoniales initiales ou s'il s'agit de valeurs de remplacement non confiscales.

223.2 La restitution au lésé

Le projet énonce clairement qu'il n'y a pas lieu à confiscation, lorsque les valeurs patrimoniales doivent être restituées au lésé, en rétablissement de ses droits (art. 59, ch. 1, 1^{er} al., *in fine* P-CP). La formule est plus souple que celle, correspondante, de l'actuel article 58^{bis}, 1^{er} alinéa, qui ne parle que de droits de propriété. En effet, selon le projet, le lésé qu'il s'agit de rétablir dans ses droits, n'est pas nécessairement propriétaire des valeurs au sens civil du terme; il peut s'agir, par exemple, du titulaire d'un droit de gage ou de rétention antérieur à la commission de l'infraction.

223.3 Conditions auxquelles le tiers acquéreur est maintenu dans son acquisition

(art. 59, ch. 1, 2^e al., P-CP)

Mesure à caractère réel⁸⁰⁾, la confiscation doit être prononcée quel que soit le possesseur actuel des valeurs patrimoniales assujetties, qu'il soit ou non concerné par le contexte délictueux⁸¹⁾. Ce principe ne s'applique toutefois pas au tiers

⁷⁹⁾ Cf. ATF 110 IV 8.

⁸⁰⁾ Cf. ATF 105 IV 171.

⁸¹⁾ Cf. ATF 115 IV 175.

devenu acquéreur des valeurs dans l'ignorance de leur provenance illicite, pour autant qu'il ait fourni une contre-prestation adéquate ou, à défaut, que la mesure se révèle à son égard d'une rigueur excessive. C'est dans ce sens que le 2^e alinéa du chiffre premier traite de l'acquisition par un tiers des valeurs patrimoniales sujettes à confiscation. Le droit de propriété ou un autre droit réel acquis concurremment ou postérieurement à l'infraction ne seront respectés qu'à ces conditions.

La confiscation sera, il va de soi, prononcée lorsque l'acquéreur se sera rendu coupable de recel. Elle le sera aussi lorsque, bien que n'étant pas receleur, il aura agi alors qu'il savait que les valeurs patrimoniales acquises étaient le résultat ou la rétribution d'une infraction ou qu'il aurait, au vu des circonstances, dû le présumer; on parlera ici d'un tiers de mauvaise foi. La confiscation ne sera en revanche pas prononcée lorsque l'acquéreur, dans l'ignorance des faits qui justifieraient la mesure, aura fourni une contre-prestation adéquate; tel sera, par exemple le cas, lorsqu'il aura payé le prix usuel. N'aurait-il pas fourni une telle prestation, que la confiscation ne serait pas non plus prononcée, si elle devait se révéler d'une rigueur excessive.

Une gamme des situations intermédiaires se présenteront, qui devront être évaluées dans la pratique. Ainsi, dans l'hypothèse où la contre-prestation serait insuffisante, la confiscation pourrait n'être que partielle. Et si alors l'objet de la confiscation était indivisible, le tiers acquéreur pourrait avoir le choix entre le paiement d'une soulte, qui serait très proche d'une créance compensatrice, ou la participation au produit de réalisation de l'objet confisqué; d'autre part, on peut imaginer que c'est précisément dans les cas où un tiers de bonne foi a fourni une prestation insuffisante que la clause de rigueur trouvera le plus fréquemment application.

L'article 59, chiffre 1, 2^e alinéa, s'appliquera également, par analogie, aux tiers possesseurs titulaires d'un droit réel restreint, dans l'hypothèse, par exemple, où les valeurs patrimoniales assujetties auront été nanties en garantie d'une créance. En revanche, si le tiers auquel les valeurs ont été transférées ne peut se prévaloir que de droits de nature obligationnelle (mandat, fiducie, prêt), il n'en sera pas tenu compte; telle est du reste déjà la solution du droit pénal actuel.

223.4 La protection d'autres ayants droit

On a vu que le maintien de l'actuel article 58^{bis} ne se justifiait pas en matière de confiscation d'objets dangereux. Il n'y a pas lieu non plus de régler particulièrement les droits de tiers dans le cadre de la confiscation de valeurs patrimoniales, à moins qu'il ne se justifie de s'écarter des règles du droit privé.

Le lésé, pour autant évidemment qu'il soit identifié, sera, aux termes de l'article 59, chiffre 1, 1^{er} alinéa *in fine*, P-CP, rétabli dans ses droits; les valeurs patrimoniales dont il a été dessaisi lui seront restituées, sans qu'il y ait lieu d'ordonner préalablement une confiscation. D'autre part, le tiers, qui aura acquis, sur les valeurs assujetties, postérieurement ou concurremment à l'infraction, un droit de propriété ou un autre droit réel, sera maintenu dans son acquisition aux conditions énoncées à l'article 59, chiffre 1, 2^e alinéa.

Un conflit de droits est toutefois envisageable entre le lésé et un tiers acquéreur de bonne foi à l'égard duquel la confiscation serait exclue; le droit pénal n'a pas pour tâche principale de résoudre un tel conflit. La question doit bien plutôt être résolue sur la base de dispositions du code civil telles que celles relatives à la revendication de choses confiées ou volées (art. 933 et 934 CCS) et à la responsabilité du possesseur (art. 938 ss CCS). On peut ensuite penser à la possibilité offerte au lésé de se faire adjuger, conformément à l'article 60, 1^{er} alinéa, lettre c, CPS la créance compensatrice ordonnée contre l'auteur.

Lorsque le lésé n'est identifié que postérieurement à l'entrée en force du jugement de confiscation, les valeurs, ou le produit de leur réalisation intervenue entre-temps, pourront lui être restituées sur la base de l'article 59, chiffre 1, ou des règles du code civil sur la protection de la possession. Les prétentions des lésés devront toutefois être formulées dans un délai de cinq ans à compter de l'avis officiel de la confiscation (art. 59, ch. 1, 4^e al., P-CP). Ce délai correspond à celui prévu dans l'article 58^{bis}, 3^e alinéa, CP, en vigueur, qui avait été introduit lors de la révision de 1974. L'article 59, 2^e alinéa, CPS, prévoyait déjà que les objets dont quelqu'un s'était emparé par une infraction étaient acquis à l'Etat «si le propriétaire ne peut pas en être découvert dans un délai de cinq ans à compter de l'avis officiel». Par ailleurs, ce délai a été retenu par le code civil en matière d'acquisition de la propriété sur la chose trouvée (art. 722, 1^{er} al., CCS), de prescription acquisitive pour la propriété mobilière (728 CCS), et s'agissant de l'action en revendication de la chose perdue ou volée (art. 934 CCS). A notre connaissance, le délai de péremption de cinq ans dans le domaine de la confiscation n'a pas rencontré de difficultés sérieuses d'application et n'a pas soulevé de critiques fondamentales.

Si les sommes d'argent ou autres choses fongibles dont il a été spolié ne peuvent être restituées au lésé, parce qu'il n'en serait civilement plus propriétaire, l'article 60 CPS permettra de lui allouer les valeurs confisquées, le cas échéant la créance compensatrice, dont l'exécution pourrait être garantie par un séquestre (art. 60, 1^{er} al., let. b, P-CP, dont la nouvelle rédaction est adaptée à l'intégration de la dévolution à l'Etat à l'article 59 P-CP, et art. 60, 1^{er} al., let. c).

En revanche, le droit pénal n'a pas à prendre en compte, en matière de confiscation, les droits de tiers de nature obligationnelle, tels que ceux de l'acheteur sur une chose qui n'a pas encore été livrée ou du locataire, qu'il soit ou non entré en jouissance de l'objet; les dispositions pertinentes du code des obligations sont suffisantes et il n'y a pas lieu de les renforcer dans le domaine particulier de la confiscation.

Il résulte de ce qui précède que les droits du lésé et ceux de tiers sont pris en considération par le projet au moins aussi largement qu'ils ne le sont actuellement par l'article 58^{bis} CP; c'est pourquoi cette disposition sera purement et simplement abrogée.

223.5 La créance compensatrice (art. 59, ch. 2, P-CP)

Lorsque les valeurs patrimoniales assujetties à la confiscation ne sont plus détenues par celui chez lequel elles auraient dû être confisquées, le juge ordonnera une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. L'article 59, chiffre 2, 1^{er} alinéa, première phrase reprend en l'allégeant la règle de l'actuel article 58, 4^e alinéa.

L'institution de la créance compensatrice trouve essentiellement sa justification dans les principes de légalité et d'équité; il s'agit d'empêcher que celui qui a disposé des valeurs sujettes à confiscation soit avantagé par rapport à celui qui les a conservées⁸²⁾.

Pour que la créance compensatrice puisse être ordonnée, il est nécessaire que les valeurs patrimoniales assujetties ne soient plus disponibles; tel sera le cas, par exemple, lorsqu'elles auront été consommées, dissimulées ou aliénées; de même, s'agissant de choses fongibles, lorsque celles-ci ont été mélangées au point que le «paper trail» ne peut plus être reconstitué. Pour le surplus, les conditions d'application de la créance compensatrice sont les mêmes qu'en matière de confiscation.

Les preuves sont dès lors administrées et appréciées de la même manière, que le jugement prononce la confiscation ou qu'il ordonne une créance compensatrice; le juge doit, dans l'un et l'autre cas, établir qu'une infraction génératrice de profits a été commise et que des valeurs patrimoniales déterminées, résultat ou rémunération de cette infraction, ont été incorporées dans le patrimoine du défendeur. Si ces valeurs ne sont plus disponibles ou si la preuve de l'identité entre l'objet d'un séquestre et le produit direct de l'infraction ne peut être apportée, seule une créance compensatrice pourra être prononcée. Tel sera également le cas, lorsque le montant des valeurs soumises à confiscation n'est pas précisément déterminable et ne peut être qu'estimé (art. 59, ch. 4, P-CP; cf. ci-après).

La créance compensatrice, en raison de son caractère subsidiaire, ne peut être ordonnée que si, dans l'hypothèse où les valeurs patrimoniales auraient été disponibles, la confiscation eût été prononcée. Dès l'instant donc où les conditions sont réunies pour que les valeurs assujetties puissent être confisquées chez un tiers, elles le sont aussi et dans la même mesure pour qu'une créance compensatrice puisse être prononcée, lorsque le tiers s'est dessaisi des valeurs. Selon l'article 59, chiffre 2, 1^{er} alinéa, la créance compensatrice sera prononcée dans tous les cas contre l'acquéreur de mauvaise foi; elle ne pourra en revanche l'être contre un tiers de bonne foi que s'il n'a pas fourni de contre-prestation adéquate et pour autant que la mesure n'apparaisse pas à son égard d'une rigueur excessive.

Il ne se justifie de prononcer une créance compensatrice que si cette mesure est susceptible d'absorber effectivement un avantage illicite; la situation personnelle de l'intéressé, notamment son insolvabilité, peut être telle que toute créance d'une certaine importance apparaisse d'emblée irrecouvrable. C'est pourquoi le

⁸²⁾ Cf. ATF 104 IV 228, 229 et Hans Schultz (note 71), p. 319.

projet (art. 59, ch. 2, 2^o al.) permet au juge dans de telles conditions de renoncer totalement ou partiellement à la mesure.

Il convient par ailleurs de relever que le droit pénal n'a pas seulement pour but la répression des infractions, mais aussi la réinsertion sociale des auteurs condamnés; celle-ci pourrait être sérieusement entravée, surtout après une période de détention, par une lourde dette supplémentaire à la charge de l'intéressé; d'autant plus que le tribunal aura déjà tenu compte, lors de la fixation de la peine, non seulement de l'importance des profits délictueux réalisés, mais aussi de la façon dont l'auteur de l'infraction en aura disposé. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger à plusieurs reprises que la créance compensatrice pouvait être réduite si cela était indispensable pour permettre la réinsertion sociale du condamné⁸³). Le projet prend en compte ces considérations en prévoyant à l'article 59, chiffre 2, 2^o alinéa la possibilité pour le juge de renoncer totalement ou partiellement à ordonner une créance compensatrice, si, à défaut, les chances de réinsertion de l'auteur risquaient d'être sérieusement compromises.

223.6 La garantie de l'exécution de la créance compensatrice

La révision a pour objectif central de garantir que puissent être absorbés les profits illicites, qu'ils soient ou non encore disponibles; dans cette perspective, l'article 59, chiffre 2, 3^o alinéa, du projet permet à l'autorité d'instruction de placer sous séquestre, en vue de l'exécution d'une future créance compensatrice, des éléments du patrimoine de la personne concernée. Un certain équilibre est ainsi assuré entre la créance compensatrice et la confiscation, dont l'exécution est, en droit actuel, garantie par une saisie conservatoire⁸⁴).

La solution retenue par le projet est très proche, quant à ses effets à l'égard de la personne touchée, de celle de la confiscation compensatoire telle qu'elle avait été envisagée dans l'avant-projet⁸⁵); elle n'en présente toutefois pas les inconvénients critiqués lors de la procédure de consultation⁸⁶). La crainte avait en effet été exprimée dans plusieurs avis émanant des milieux consultés que, par le biais de cette confiscation en valeur, les règles du droit des poursuites (LP) ne soient érudées au préjudice des créanciers de la personne touchée, particulièrement des créanciers alimentaires, et que la règle du minimum vital ne soit méconnue. L'article 59, chiffre 2, 4^o alinéa, vient ainsi souligner clairement que le recouvrement de la créance compensatrice s'opère selon les règles de la LP et que l'Etat ne bénéficie, dans la procédure d'exécution forcée; d'aucun droit de préférence tiré du séquestre.

L'application du droit actuel privilégie celui qui s'est défait des valeurs patrimoniales assujetties à la confiscation par rapport à celui qui les a conservées: un séquestre conservatoire ne peut porter en procédure pénale que sur les valeurs patrimoniales susceptibles d'être confisquées et ne permet par conséquent pas de

⁸³ Cf. ATF 104 IV 228, 229; 105 IV 21, 23 ss; 106 IV 336, 337 s.

⁸⁴ Cf. également ATF dans Sem. Jud. 1980, p. 525, ainsi que ATF 74 IV 213 ss.

⁸⁵ Cf. article 58, chiffre 2, dernier alinéa, AP-CP.

⁸⁶ Cf. Résumé des résultats de la procédure de consultation (note 30), p. 13.

garantir l'exécution d'une créance compensatrice. C'est dire qu'entre le début de l'information, où les mesures provisoires essentielles sont généralement prises, et l'intervention de l'Office des poursuites ensuite du commandement de payer par lequel l'Etat fera valoir une créance compensatrice, l'intéressé aura tout le temps de prendre les dispositions utiles pour paraître insolvable. La situation n'est pas meilleure en matière d'entraide judiciaire internationale, lorsque la demande étrangère tend à l'exécution d'un jugement de confiscation en valeur. C'est à la condition que les autorités de poursuite pénale aient la possibilité de garantir par des mesures de contrainte l'exécution tant de la confiscation que, comme cela est prévu dans le projet, de la créance compensatrice, que le parallélisme nécessaire des voies entre les deux institutions sera réalisé.

Avec l'introduction d'un séquestre conservatoire susceptible de porter sur des valeurs patrimoniales non sujettes à confiscation, la question controversée de la confiscabilité des valeurs de substitution perdra beaucoup de son intérêt pratique. L'article 59, chiffre 2, 3^e alinéa du projet évite à l'autorité d'instruction d'avoir à trancher cette question à titre préalable: elle placera sous séquestre les valeurs patrimoniales, résultat direct ou indirect de l'infraction, et même celles de provenance licite, jusqu'à concurrence du montant présumé du produit de l'infraction. Il appartiendra ensuite au tribunal, sur la base des preuves administrées, de confisquer ce qui doit l'être et de maintenir pour le surplus le séquestre en vue de l'exécution de la créance compensatrice qu'il prononcera.

La possibilité, offerte par l'article 59, chiffre 2, 3^e alinéa, P-CP, d'un séquestre en matière de créance compensatrice est par ailleurs de nature à satisfaire entièrement aux exigences de la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, ratifiée par la Suisse le 11 mai 1993, dans la mesure où la Convention oblige les Etats membres à prévoir des mesures conservatoires également s'agissant de biens dont la valeur correspond à celle des produits délictueux (art. 3, combiné avec l'art. 2, ch. 1, de la Convention). Ainsi que cela a été exposé dans le message du Conseil fédéral y relatif⁸⁷⁾, le droit actuel ne satisfait guère à cette exigence de la Convention. La possibilité prévue dans le projet d'une garantie directe de la créance compensatrice correspond en revanche tout à fait aux exigences de la Convention, tant s'agissant des normes minimales nationales à adopter, qu'en matière d'entraide judiciaire.

Précisons encore que le séquestre de l'article 59, chiffre 4, du projet est une mesure provisoire et conservatoire d'une nature et d'une portée différentes du séquestre pénal traditionnel, en ce sens que ses effets sont maintenus au-delà de l'entrée en force du jugement, jusqu'au moment où une mesure de droit des poursuites aura pris le relais. Ce type de séquestre est notamment connu en procédure pénale zurichoise, bâloise et schwytoise⁸⁸⁾, pour garantir l'exécution d'un jugement futur, notamment en couverture des frais de justice, de l'amende éventuelle et des frais d'exécution de la peine.

⁸⁷⁾ FF 1992 VI p. 9 ss (16 s.).

⁸⁸⁾ Paragraphes 83 CPP-ZH; 68, 2^e alinéa, CPP-BS; 35 CPP-SZ.

Toutefois, eu égard aux intérêts des créanciers, la poursuite de la créance compensatrice, la réalisation des biens séquestrés et la distribution des deniers interviendra conformément à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; le projet souligne que le séquestre ne crée pas de droit de préférence en faveur de l'Etat dans le cadre de la poursuite pour dettes.

Quant aux droits des lésés, ils sont garantis dans la même mesure que l'est la créance compensatrice. Selon l'article 60, 1^{er} alinéa, lettre c, CPS, en effet, si le dommage subi n'est couvert par aucune assurance et s'il est à prévoir que l'auteur ne le réparera pas, le juge allouera au lésé qui le demande, notamment les créances compensatrices. Les chances d'indemnisation des victimes d'infraction se trouvent ainsi accrues par la nouvelle possibilité de séquestre.

223.7 L'estimation de l'objet de la confiscation (art. 59, ch. 4, P-CP)

L'article 59, chiffre 4, dispose que si le montant des valeurs patrimoniales soumises à la confiscation ne peut être précisément déterminé sans mettre en œuvre des moyens disproportionnés, le juge pourra procéder à une estimation. Même si dans certains cantons cette règle pourrait paraître aller de soi, il est nécessaire que la loi pénale l'énonce clairement pour éviter toute hésitation au moment de la fixation de la créance compensatrice.

Les dispositions sur la confiscation s'appliquent à toutes les infractions, quelle que soit leur gravité, susceptibles de générer des produits. Dans certains cas, les états de faits peuvent être établis dans leurs moindres détails. D'autres infractions, en revanche, de par leur nature, ne peuvent être appréhendées qu'approximativement; il en va ainsi, par exemple, des trafics clandestins (commerce de drogue, exploitation de la prostitution), dans lesquels la source du gain est anonyme. Dans l'établissement de la culpabilité, le tribunal se fondera pour l'essentiel sur des indices. L'article 59, chiffre 4, permet de prolonger, dans la fixation de l'objet de la confiscation, le pouvoir d'appréciation dont le juge a usé pour établir les faits constitutifs de l'infraction. En matière de trafic de stupéfiants, par exemple, certains éléments de faits, de par leur nature, ne sont généralement qu'approximativement déterminables; il en va ainsi notamment des quantités de drogue acquises, consommées, offertes gratuitement et revendues, de même que du prix de vente variant selon le lieu, le client et le coupage; une estimation est ici inévitable.

224 La prescription (art. 59, ch. 1, 3^e al., P-CP)

Ainsi que cela été relevé, dans un passé récent, il est nécessaire de régler expressément dans la loi la question de la prescription de la confiscation de valeurs patrimoniales⁸⁹⁾. Dans un arrêt rendu le 21 novembre 1991⁹⁰⁾, le Tribunal

⁸⁹⁾ Cf. Résumé des résultats de la procédure de consultation (note 30), p. 17; ATF 117 IV 233, 241.

⁹⁰⁾ Cf. ATF 117 IV 242 s.

fédéral est arrivé à la conclusion que le court délai de prescription absolu de deux ans, prévu en matière de contraventions, ne pouvait valoir s'agissant de la confiscation de valeurs liées à la commission de telles infractions. Était en cause en l'espèce la confiscation, en application de la loi fédérale sur les maisons de jeux, de gains et de mises. Le Tribunal fédéral a notamment relevé que, dans le domaine contraventionnel de la législation pénale accessoire, où la poursuite des infractions pouvait nécessiter beaucoup de temps, d'importants profits étaient susceptibles d'être réalisés. La façon dont la prescription est réglée à l'article 59, chiffre 1, 3^e alinéa, P-CP tient compte des nécessités mises en évidence par la pratique. Le délai, fixé en principe à cinq ans, s'alignera, selon le cas, sur celui de plus longue durée attaché à une infraction plus grave, conformément aux articles 70, première et deuxième phrases. Les dispositions générales du code pénal relatives à la prescription de l'action pénale sont applicables par analogie à la règle particulière de l'article 59, chiffre 1, 2^e alinéa. En conséquence, les questions touchant au point de départ du délai, à sa suspension et à son interruption seront résolues conformément aux articles 71 et 72 CP.

Lorsque la confiscation, le cas échéant la créance compensatrice, est prononcée accessoirement à une peine principale, et à raison de la même infraction, la question de la prescription n'a évidemment pas à être résolue de façon indépendante. Mais lorsqu'aucune personne déterminée ne peut être condamnée, ni même poursuivie, des impératifs de sécurité du droit imposent que des limites soient fixées au droit de l'Etat de porter atteinte à la propriété. Le délai de prescription retenu par le projet est en principe celui appliqué à la poursuite de l'infraction dont les valeurs patrimoniales sont le résultat ou la rémunération. En matière contraventionnelle toutefois, il est fixé à cinq ans. Enfin, si les valeurs patrimoniales proviennent d'un des crimes visés à l'article 75^{bis} CPS, l'imprescriptibilité s'étend à leur confiscation.

De par son caractère subsidiaire, la créance compensatrice ne pourra être ordonnée que pour autant que l'action en confiscation ne soit pas prescrite et, inversement, elle pourra l'être tant que l'action en confiscation n'est pas prescrite. En d'autres termes, il n'y a pas lieu de régler de façon particulière la prescription de l'action tendant au prononcé d'une créance compensatrice.

Enfin, le jugement de confiscation ayant pour effet de transférer à l'Etat la propriété des valeurs patrimoniales assujetties, la question de la prescription de la mesure de confiscation ne se pose pas. Quant à la créance compensatrice, elle se prescrit par dix ans comme toute créance ordinaire de droit public.

225 Confiscation de valeurs patrimoniales appartenant à une organisation criminelle (art. 59, ch. 3, P-CP)

225.1 Généralités

La confiscation de valeurs patrimoniales appartenant à une organisation criminelle, au sens de l'article 59, chiffre 3, P-CP, constitue une forme de confiscation entièrement nouvelle, qui se distingue fondamentalement du droit en vigueur.

Il convient de replacer la disposition proposée dans le contexte de la lutte contre le crime organisé. Son objectif est d'améliorer les possibilités de confisquer les valeurs patrimoniales que des organisations criminelles ont obtenues au moyen d'actes délictueux et, du même coup, de les priver de leurs fonds de roulement. La confiscation facilitée de telles valeurs patrimoniales renforce en outre la portée de la disposition sur le blanchissage d'argent (art. 350^{bis} CP), qui réprime précisément l'entrave à la confiscation; elle répond ainsi à un vœu souvent formulé par les organes de poursuite pénale⁹¹).

225.2 Problèmes du droit en vigueur

En vertu du droit en vigueur – tant au plan national qu'en matière d'entraide judiciaire – une valeur patrimoniale ne peut être confisquée que s'il est possible d'établir de quelle infraction précise elle provient⁹²). Pour confisquer, par exemple, un million de francs provenant vraisemblablement d'un trafic de drogue, il faut être en mesure d'indiquer quand et où se sont déroulées chacune des opérations liées à ce trafic. Dans le secteur de la criminalité organisée, il s'avère le plus souvent impossible d'apporter ce genre de preuve, compte tenu de la spécificité des structures propres à de telles activités (grand nombre d'infractions et de personnes impliquées, division très poussée des tâches, nature et forme de l'administration des biens, etc.). Lorsque des Etats dont le droit se rattache à la tradition anglo-saxonne présentent à la Suisse une demande de confiscation par voie d'entraide judiciaire, les particularismes de leur procédure pénale donnent lieu à des difficultés supplémentaires: un jugement fondé sur un accord entre les parties (plea bargaining) risque de se révéler insuffisant en regard des preuves exigées par le droit de la confiscation en vigueur dans notre pays⁹³).

225.3 Commentaire

La solution proposée consiste, pour l'essentiel, à permettre la confiscation de valeurs patrimoniales sans qu'il soit nécessaire d'établir de quelle(s) infraction(s) concrète(s) elles proviennent. Le simple fait que ces valeurs soient soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle justifie leur confiscation. Cette conception repose sur l'idée que, d'une part, des valeurs patrimoniales qui sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle sont selon toute probabilité d'origine délictueuse et que, d'autre part – et c'est ce qui leur confère un caractère particulièrement dangereux –, elles serviront à commettre de nouvelles infractions et permettront ainsi à l'organisation de poursuivre son activité criminelle. A la différence de la confiscation traditionnelle, exclusivement axée sur la provenance des biens à confisquer, la confiscation définie au chiffre 3

⁹¹) Cf. Peter Gasser, Von der vermuteten Unschuld des Geldes – Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Herkunft, dans: Mark Pieth (éd.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Bâle/Francfort/M. 1992, p. 161 ss (168 s.).

⁹²) Cf. Peter Gasser (n. 91), *ibidem*.

⁹³) Cf. Peter Gasser (n. 91), p. 162 s.

entend déployer un effet surtout préventif en privant l'organisation criminelle de sa base financière.

Les deux phrases qui forment l'article 59, chiffre 3, P-CP visent des objectifs différents:

Article 59, chiffre 3, première phrase, P-CP

La première phrase du chiffre 3 prend en compte les problèmes liés à l'entraide judiciaire, dont il a été question plus haut. Elle vise les cas dans lesquels notre pays n'est concerné que dans la mesure où des valeurs patrimoniales soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle étrangère, par exemple un cartel de la drogue, sont déposées en Suisse.

Cette disposition permet d'exécuter, par le biais de l'entraide judiciaire, les décisions de confiscation étrangères pour autant qu'elles concernent des valeurs patrimoniales soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle poursuivie pénalement dans l'Etat requérant.

Il a déjà été question de la notion d'organisation criminelle dans les commentaires relatifs à l'article 260^{ter} P-CP⁹⁴). Il convient encore de préciser la définition du pouvoir de disposition: en premier lieu, elle ne saurait se fonder sur le seul aspect juridique de cette notion. La conception économique de la qualité d'ayant droit, qui inclut le pouvoir effectif de disposer des valeurs patrimoniales, est déterminante en l'espèce⁹⁵). Pour éviter que les règles de la confiscation ne restent purement illusoire et compte tenu des méthodes typiquement utilisées par le crime organisé pour gérer ses biens par le biais d'entreprises fictives ou d'hommes de paille (mais aussi par l'entremise de tiers de bonne foi), il faut que l'intervention dépasse les simples droits formels et fictifs de disposition et qu'elle puisse atteindre la véritable appartenance économique⁹⁶). Cela dit, il convient d'examiner ce que signifie le pouvoir de disposition effectif. Le pouvoir de disposition, en tant que notion importante de droit pénal, n'est pas nouveau. Il s'apparente notamment à la notion de «maîtrise», qui joue un rôle essentiel dans les infractions contre la propriété. Dans ce contexte, la maîtrise est définie comme la puissance effective exercée sur une chose, conformément aux règles de la vie en société⁹⁷), elle implique nécessairement la possibilité et la volonté de posséder cette chose⁹⁸). La possibilité de maîtrise effective existe tant que la personne concernée a accès à la chose et sait où la trouver. Lorsque la chose est confiée à une tierce personne, par exemple en vue de sa conservation ou de son administration, il n'y a pas forcément transfert de la maîtrise; la maîtrise collective de plusieurs personnes sur une seule et même chose est possible. La volonté de posséder est l'intention d'exercer la maîtrise sur une chose en fonction des

⁹⁴) Cf. ci-dessus, ch. 21.

⁹⁵) A propos de la notion d'ayant droit économique, cf. Message concernant la législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières (n. 22), p. 989; cf. également Christoph K. Graber (n. 19), p. 187 ss.

⁹⁶) Cf. également ATF 115 Ib 517, 554 s. et 97 I 1372, 386 s.

⁹⁷) Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Berne 1993, n. 79 ad § 13.

⁹⁸) Cf. ATF 104 IV 72, 73; 104 IV 156, 157.

possibilités effectives. Lorsque ces deux éléments existent, il convient d'admettre l'existence d'un pouvoir de disposition au sens du chiffre 3, première phrase; l'organisation criminelle peut en effet en tout temps se servir de ses valeurs patrimoniales au gré de ses besoins. De ce fait, il suffit d'un pouvoir de disposition en vertu duquel l'organisation est en tout cas aussi proche de la chose qu'un tiers.

Article 59, chiffre 3, deuxième phrase, P-CP

Conformément à la deuxième phrase du chiffre 3, il sera possible, à certaines conditions, de confisquer les valeurs patrimoniales d'une personne sans avoir à prouver l'origine délictueuse de chacune de ces valeurs.

L'application de cette disposition présuppose que la personne en possession de valeurs patrimoniales soit punissable à raison de sa participation ou de son soutien à une organisation criminelle au sens de l'article 260^{ter} P-CP. La référence à l'article 260^{ter} P-CP indique clairement que la preuve d'un lien avec l'infraction antérieure n'est certes plus exigée, mais que la confiscation implique néanmoins un comportement antérieur punissable.

Lorsqu'une personne est punissable en vertu de l'article 260^{ter} P-CP, le pouvoir de disposition de l'organisation criminelle que présuppose la confiscation de ses valeurs patrimoniales est présumée par la loi. La personne concernée a cependant la possibilité d'apporter la preuve de l'inexactitude de cette présomption. Sous l'angle de la technique juridique, il s'agit là d'un renversement du fardeau de la preuve.

Cette solution s'écarte donc du principe selon lequel les organes de poursuite pénale doivent prouver tous les faits entraînant une sanction. Cependant, cette exception n'est pas la première que souffre ce principe⁹⁹). En matière de diffamation (art. 173 CP), par exemple, il n'est pas nécessaire de prouver que les allégations de l'inculpé sont mensongères; il incombe au contraire à celui-ci de se disculper en prouvant l'exactitude de ses propos. Mais la réglementation proposée ici s'apparente surtout à la présomption de propriété fondée sur la possession, qui est réglée à l'article 930 CCS: conformément à cette disposition, elle-même basée sur le principe de la bonne foi énoncé à l'article 2 CCS, le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est toutefois exclu d'invoquer cette présomption lorsqu'il s'agit d'une possession dite «équivoque». Cette forme de possession existe lorsque les circonstances entourant l'acquisition de la possession ou l'exercice de la maîtrise sont peu claires et que des doutes subsistent quant à la validité juridique du titre d'acquisition¹⁰⁰). Dans ce cas il incombe au possesseur de prouver le caractère légitime de l'acquisition¹⁰¹). Le présent projet préconise une solution analogue: lorsqu'il est prouvé qu'une personne a participé ou soutenu une organisation criminelle, il convient pour le moins de la suspecter d'avoir acquis son patrimoine en relation avec cette activité délictueuse et d'admettre que ce patrimoine reste à

⁹⁹) Cf. Stefan Trechsel, *Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit*, RSJ 1981, p. 317 ss (320).

¹⁰⁰) ATF 76 II 344, 345.

¹⁰¹) ATF 84 II 253.

la disposition de l'organisation. En un certain sens, il s'agit d'une contamination des valeurs patrimoniales de la personne concernée, contamination découlant de son comportement punissable antérieur. Dans ces conditions, il paraît raisonnable d'imposer à la personne concernée l'obligation de démontrer que ce soupçon est infondé.

La personne concernée peut éviter la confiscation en détruisant la présomption qui pèse sur elle, c'est-à-dire en démontrant l'inexistence du pouvoir de disposition de l'organisation. Dans ce cas également, il convient de se référer à la notion de pouvoir effectif de disposition, telle qu'elle a été précisée plus haut. Si la personne concernée parvient à démontrer l'absence de possibilité ou de volonté de maîtrise de la part de l'organisation criminelle, la présomption tombe. Pratiquement, cela signifie que si l'organisation criminelle ne peut avoir accès aux valeurs patrimoniales qu'en commettant de nouvelles infractions, telles que contrainte, extorsion ou chantage, elle n'a pas de pouvoir de disposition. Par ailleurs, la preuve qu'une valeur patrimoniale déterminée a été acquise légalement par la personne concernée est également susceptible d'écarter la présomption.

La deuxième phrase du chiffre 3 vise non seulement les valeurs dont la personne touchée est propriétaire, mais également celles que détiennent des personnes morales (ou physiques) sur lesquelles la personne en question exerce une domination. Dans ces cas, le principe de l'intervention, emprunté au droit privé, est applicable – conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à des affaires d'entraide judiciaire¹⁰²⁾ – et ces «tiers» n'ont droit à aucune protection.

Tout renversement du fardeau de la preuve entraîne une certaine discordance avec l'article 6, chiffre 2, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Conformément à cette disposition, toute personne est considérée comme innocente jusqu'à preuve du contraire. Ce principe doit également être pris en compte dans le droit matériel. Il convient donc d'examiner si le renversement du fardeau de la preuve envisagé à l'article 59, chiffre 3, deuxième phrase, P-CP est compatible avec ce principe.

Le renversement du fardeau de la preuve proposé à l'article 59, chiffre 3, n'a pas pour objet la question de la culpabilité ou de l'innocence au sens du droit pénal; l'article 6, chiffre 2, CEDH n'est donc pas directement applicable en l'espèce. La disposition proposée porte exclusivement sur la question de savoir à qui appartient le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales déterminées.

Il convient par ailleurs de signaler une décision fondamentale de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la compatibilité de la présomption en matière de preuve avec l'article 6, chiffre 2, CEDH¹⁰³⁾. La cour a considéré ce qui suit: «Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale, elle oblige les Etats contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil.

¹⁰²⁾ Cf. ATF 115 Ib 517, 554 s. et 97 I 372, 386 s.

¹⁰³⁾ Arrêt Salabiaku du 7 octobre 1988, série A, vol. 141.

(...) L'article 6, paragraphe 2 ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux Etats de les enserrer dans les limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense¹⁰⁴).

La disposition proposée satisfait aux exigences formulées par la Cour européenne: son champ d'application est étroitement circonscrit au crime organisé; elle donne à la personne concernée la possibilité de détruire la présomption et confère aux tribunaux une pleine liberté d'appréciation des preuves. Elle se limite en outre à la mesure strictement nécessaire à une lutte efficace contre la criminalité organisée. De ce fait, elle ne viole nullement l'article 6, chiffre 2, CEDH.

Tant la première que la deuxième phrase de l'article 59, chiffre 3, P-CP permettent à l'Etat de saisir des valeurs patrimoniales déterminées appartenant à des particuliers. Ces règles dérogent au principe de l'article 22^{ter} de la constitution fédérale, qui garantit la propriété, et notamment à la garantie des situations juridiques individuelles, qui protège les droits patrimoniaux concrets contre les atteintes de la puissance étatique¹⁰⁵). Cependant, la garantie de la propriété n'est pas absolue – ainsi que l'atteste le droit actuel de la confiscation. Comme à l'égard d'autres droits fondamentaux, des restrictions sont admissibles pour autant qu'elles reposent sur une base légale, qu'elles se justifient par des motifs d'intérêt public et qu'elles respectent le principe de la proportionnalité¹⁰⁶).

La définition dans le code pénal des conditions d'intervention et, partant, la création d'une loi au sens formel remplissent entièrement l'exigence de la base légale. La confiscation des valeurs patrimoniales soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle constitue un moyen important de lutte contre le crime organisé et sert incontestablement l'intérêt public, tout en respectant la règle de la proportionnalité. Il incombe au juge de garantir la proportionnalité de la mesure dans le cas d'espèce, c'est-à-dire de l'ordonner en se conformant aux critères de la nécessité et de l'opportunité et en établissant un rapport raisonnable entre le but et le moyen¹⁰⁷). L'article 59, chiffre 3, P-CP ne soulève donc aucune réserve de droit constitutionnel.

23 Droit de communication du financier (art. 305^{ter}, 2^e al., P-CP)

231 Efforts internationaux pour lutter contre le blanchissage d'argent

La lutte contre le blanchissage d'argent, pour être efficace, exige une étroite coopération entre les Etats. La Suisse a pris et continue à prendre une part active aux efforts entrepris dans ce sens par la communauté internationale. Il convient, à

¹⁰⁴ Cf. ci-dessus (n. 103), n. 28; dans le même sens, cf. arrêt Pham Hoang du 25 septembre 1992, série A, vol. 243, n. 32.

¹⁰⁵ Cf. Georg Müller, dans: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, n. 16 ad article 22^{ter}.

¹⁰⁶ Cf. ci-dessus Georg Müller (n. 105).

¹⁰⁷ Cf. à cet égard, Georg Müller (n. 105), n 38 ss ad article 22^{ter}.

cet égard, de mentionner particulièrement, outre la signature de tous les instruments internationaux élaborés en la matière, la collaboration de notre pays au sein du GAFI; il s'agit là du «Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux» institué par les gouvernements des sept principaux pays industrialisés, réunis sous l'abréviation de G7, avec la participation de huit autres pays, dont le nôtre. Le GAFI a reçu mandat d'étudier les mesures susceptibles de prévenir l'utilisation du système financier à des fins de blanchissage d'argent. En février 1990, le GAFI a rendu public son rapport et émis des principes directeurs sous la forme de quarante Recommandations¹⁰⁸). Parmi celles-ci, la Recommandation n° 16¹⁰⁹) préconise l'institution d'un droit ou d'une obligation de communication du financier¹¹⁰).

Pour notre pays, ce type de recommandations ne revêt pas de caractère contraignant sur le plan du droit international public, mais bien du point de vue politique. La détermination des autorités suisses à assumer leurs responsabilités dans le cadre d'une politique globale de lutte contre le blanchissage d'argent amène le Conseil fédéral à considérer l'introduction d'un droit de communication du financier comme une nécessité, et ce d'autant plus qu'en Suisse, le secret professionnel et le secret bancaire sont protégés. Notre pays s'est montré de bonne heure conscient de ses responsabilités en sa qualité de place financière internationale; il n'a aucune raison de s'y soustraire.

Le présent projet n'institue pas d'obligation de communiquer. Il a en effet paru plus opportun de ne pas inclure une telle disposition dans le code pénal et de

¹⁰⁸) Dans la partie consacrée au «renforcement du rôle du système financier», le GAFI constate notamment que «lorsque les institutions financières suspectent que les fonds sont d'origine criminelle, les règles de secret bancaire et les autres lois relatives à la protection de la vie privée qui existent actuellement dans la plupart des pays les empêchent de déclarer leurs soupçons aux autorités compétentes. Ainsi pour éviter toute participation à des opérations de blanchiment de capitaux, elles n'ont pas d'autre choix dans ce cas que de refuser toute assistance... En conséquence, ces fonds peuvent se diriger vers d'autres canaux plus difficiles à détecter, ce qui est de nature à entraver les efforts des autorités compétentes pour lutter contre le blanchiment de capitaux». (Rapport du GAFI du 7 février 1990, p. 20, cité par Mark Pieth (éd.), *Bekämpfung der Geldwäscherei*, Bâle/Francfort/M. 1992, p. 179 ss.

¹⁰⁹) «Si les institutions financières suspectent que des fonds proviennent d'une activité criminelle, elles devraient être autorisées ou obligées à déclarer rapidement leurs soupçons aux autorités compétentes. En conséquence, des dispositions législatives devraient protéger les institutions financières et leurs employés contre toute responsabilité pénale ou civile pour violation des règles de confidentialité – qu'elles soient imposées par contrat ou par toute disposition législative, réglementaire ou administrative – si ces institutions financières ont fait cette déclaration de bonne foi, même si elles ne savaient pas précisément quelle était l'activité criminelle en question, et même si l'activité illégale soupçonnée n'est pas réellement intervenue.» (Rapport du GAFI, p. 20).

¹¹⁰) A ce propos, le rapport constate: «Il reste une divergence de vues au sein du groupe sur le caractère obligatoire ou facultatif de la déclaration de soupçons. Un petit nombre de pays soutient avec fermeté que cette déclaration devrait être obligatoire et, le cas échéant, limitée aux soupçons se rapportant à des activités criminelles sérieuses, et assortie de sanctions administratives en cas de défaut de déclaration» (Rapport du GAFI, p. 20).

laisser le soin au droit administratif de traiter de cette question, et ce d'autant que la notion d'obligation de dénoncer est étrangère au droit pénal suisse¹¹¹⁾.

A peu près parallèlement aux travaux du GAFI, les Etats membres de la Communauté européenne ont étudié les moyens qu'il convient de prendre afin d'éviter l'utilisation abusive de leurs systèmes financiers pour blanchir des fonds d'origine criminelle. A cette fin, ils ont émis une directive¹¹²⁾, qui prévoit que les Etats membres de la Communauté s'assurent la collaboration des institutions financières concernées¹¹³⁾. Celle-là implique la création d'un droit et d'une obligation de communiquer. La Communauté européenne laisse toutefois aux Etats membres le soin de décider eux-mêmes de la nature des mesures à prendre afin de satisfaire aux exigences de la Directive. Il convient de relever que celle-ci n'exige pas la création d'une norme pénale.

Dans le cadre des travaux législatifs nécessités par le projet d'adhésion à l'Espace économique européen (EEE), un groupe de travail interdépartemental a été constitué sous la direction du Département fédéral des finances (DFF) avec le mandat de proposer les dispositions législatives à introduire en droit suisse afin de satisfaire aux exigences de ladite Directive. La politique suisse en matière de lutte contre la criminalité économique internationale étant définie indépendamment d'une éventuelle adhésion à l'EEE, il avait été décidé de ne pas intégrer cette nouvelle législation dans le projet Eurolex, mais d'en faire un projet séparé.

Le groupe de travail interdépartemental a terminé ses travaux en mars 1993. Ceux-ci ont débouché sur un projet de loi fédérale de droit administratif visant à lutter contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier. Ce projet de loi contient des dispositions applicables à l'ensemble du secteur financier. Il prévoit notamment l'introduction d'une obligation de communiquer.

232 Nécessité d'introduire un droit de communication et relation entre droit et obligation de communication

Toute personne travaillant dans le domaine de la finance et respectueuse du droit est confrontée à une situation parfois difficile lorsqu'elle soupçonne un des ses clients – ou clients potentiels – d'être mêlé à des activités criminelles ou qu'elle

¹¹¹⁾ Cf. ci-dessus 124.

¹¹²⁾ Directive 91/308 du 10 juin 1991 du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux; Journal officiel des Communautés européennes, n° L 166 du 28 juin 1991.

¹¹³⁾ Selon l'article 6 de la Directive, les Etats membres veillent à ce que les établissements de crédit et les institutions financières, ainsi que leurs dirigeants et employés, coopèrent pleinement avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux, – en informant de leur propre initiative ces autorités de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux, – en fournissant à ces autorités, à leur demande, toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues par la législation applicable.

Les informations visées au premier alinéa sont transmises aux autorités de la lutte contre le blanchiment de capitaux de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé l'établissement qui a fourni des informations.

suspecte que les valeurs patrimoniales, objet des transactions, sont d'origine criminelle. Deux situations principales peuvent se présenter:

La première situation, et la plus simple, est celle qui survient lorsque la relation d'affaires n'est pas encore établie entre le client et le financier. Pour agir correctement, celui-ci devra renoncer à nouer une relation d'affaires. En outre, il sera parfaitement libre d'informer les autorités de poursuite pénale de ses soupçons.

La seconde situation, et de loin la plus fréquente, est celle qui se présente lorsque les soupçons de délit de blanchissage se forment au cours de relations d'affaires déjà établies. En mettant un terme aux relations d'affaires et en restituant les fonds – en particulier sous forme de coupures – le financier court le risque d'enfreindre les dispositions pénales relatives au blanchissage d'argent. En effet, cette opération peut dans certains cas constituer un maillon de la chaîne du blanchissage et permettre en outre au délinquant d'échapper à la police. D'autre part, en poursuivant les relations d'affaires malgré ses doutes, le financier prend le risque de se rendre coupable de blanchissage d'argent. Si le financier décide d'informer les autorités de poursuite pénale de sa situation et de ses soupçons, il viole l'obligation de discrétion qui le lie à son client. La violation de l'obligation de discrétion est dans certains cas passible de sanctions pénales – c'est le cas du secret bancaire (art. 47 LB), du secret postal (art. 57 LF sur le service des postes) et du secret commercial (art. 162 CP).

Le seul moyen de libérer les personnes travaillant dans le secteur financier de ce difficile dilemme est de supprimer le caractère illicite de la transmission aux autorités de poursuite pénale d'informations relatives au blanchissage d'argent. Cette solution implique l'existence de faits justificatifs.

Les faits justificatifs actuellement prévus par le code pénal (art. 32 à 34 CP) sont inapplicables en l'espèce. Le financier ne peut, en effet, invoquer ni une obligation légale, ni un devoir de fonction ou de profession, encore moins la légitime défense; il pourrait bien difficilement se réclamer d'un état de nécessité, car ce n'est pas la sauvegarde de biens juridiques individuels qui est en cause. La question est par ailleurs controversée de savoir si, à la rigueur, des faits justificatifs non prévus par la loi pourraient être retenus (conflit de plusieurs devoirs, sauvegarde d'intérêts légitimes)¹¹⁴.

Compte tenu de cette situation juridique très incertaine¹¹⁵, il importe de réglementer expressément le droit de transmettre des informations en matière de blanchissage d'argent. Un droit de communication de ce type s'adresse aux personnes professionnellement actives dans le secteur financier, susceptibles d'être auteurs de l'infraction prévue à l'article 305^{ter} CP. Il se justifie dès lors de

¹¹⁴ Voir, à ce sujet, Günter Stratenwerth, *Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung* in Mark Pieth (éd.), *Bekämpfung der Geldwäscherei*, Bâle et Francfort, 1992, p. 112 s.; Daniel Zuberbühler, *Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei? – Sicht eines Bankaufsehers*, in Mark Pieth (op. cit.), p. 57; Jürg-Beat Ackermann (note 19), p. 140 s., ainsi qu'Urs Zulauf, *Aufsicht und Überwachung des Vermögensverwalters in der Schweiz – Status quo und Ausblick*, WuR, 1989, p. 90.

¹¹⁵ Cf. aussi en particulier les Directives de la Commission fédérale des banques relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux; circulaire n° 91/3, chiffres 23 ss.

traiter du droit de communication du financier dans le prolongement immédiat de cette disposition pénale sur le défaut de vigilance en matière d'opérations financières.

L'impérieuse nécessité d'introduire un droit de communication existe indépendamment de la question de savoir si ultérieurement une obligation de communication de droit administratif sera instituée comme prochaine étape dans le cadre du dispositif mis en œuvre pour lutter contre le blanchissage d'argent. L'existence d'une obligation de communication ne rend en aucune manière superflu le droit de communication; et ceci en particulier parce que le financier peut avoir connaissance d'informations dont le caractère suspect peut atteindre un degré qui, bien que justifiant le dilemme dont il a été question plus haut, ne fonde pas encore une obligation de communication. Ainsi le cercle des personnes concernées par le droit de communication n'a aucunement à recouvrir celui des personnes visées par l'obligation.

233 **Commentaire de la disposition**

- a. *«Les personnes visées par le premier alinéa . . .»*: Les personnes habilitées à communiquer les informations sont les mêmes que celles visées par l'actuel 305^{ter} CP. Ce sont notamment les personnes travaillant dans les banques, les instituts financiers, les fiduciaires, celles agissant dans les ventes aux enchères, ainsi que les conseillers en placement, les administrateurs financiers, les agents de change, les marchands de métaux précieux et les avocats d'affaires. Si la jurisprudence venait à compléter la description des champs d'activités indiqués au 1^{er} alinéa de l'article sur le défaut de vigilance en matière d'opérations financières, cette jurisprudence s'appliquerait par voie de conséquence au 2^c alinéa¹¹⁶).
- b. *« . . . ont le droit de . . . »*: Le droit accordé par la présente disposition ne se veut pas une autorisation générale de divulguer des informations confidentielles ou de dénoncer autrui, mais seulement la justification d'un comportement en soi répréhensible pénalement – à savoir la violation du secret bancaire (cf. art. 47 LB), le cas échéant celle du secret de fabrication ou secret commercial (art. 162 CP) – et illicite sur le plan civil, soit la violation des obligations de discrétion du mandataire. Cette faculté de communiquer ne saurait être exercée en dehors de son contexte défini légalement, sans vider le fait justificatif de sa substance. Pour pouvoir se prévaloir d'un droit

¹¹⁶ Cf., notamment le Message sur le blanchissage d'argent (note 22), ainsi que Jürg-Beat Ackermann (note 19), Gunther Arzt «Geldwäscherei – eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafreitelung und Begünstigung», NSTZ, 1990, p. 1 ss (1990 a); Werner De Capitani, Praktische Auswirkungen der neuen Vorschriften über die Geldwäscherei (Art. 305^{bis} und 305^{ter}) auf die Banken, in Schweizerischer Anwaltsverband (éd.), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, p. 93 ss, Zurich 1991, p. 102; Christoph K. Graber (note 19), p. 181 ss et Niklaus Schmid, «Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen Geldwäscherei, vor allem StGB Art. 305^{bis} in Schweizerischer Anwaltsverband (éditeur), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, p. 111 ss, Zurich, 1991 et également Niklaus Schmid, Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen Geldwäscherei, in Schweizerischer Anwaltsverband (op. cit.), p. 125.

de communiquer, le financier doit être en présence de faits justificatifs prévus par le présent article.

Si ces conditions sont réalisées, le financier agit conformément au droit. Bien que la mise en évidence d'un fait justificatif particulier de droit pénal ne lie pas le juge civil, l'exercice du droit de communiquer ne pourra guère entraîner de responsabilité civile contractuelle; ce ne sera en tout cas pas le cas lorsque le soupçon initial se révèle après coup fondé. Afin de lever toute incertitude, il est toutefois recommandé d'adapter dans ce sens le contrat ou les conditions générales, en excluant la responsabilité pour le cas d'une communication conforme à l'article 305^{ter}, 2^e alinéa, CP¹¹⁷).

Si le financier fait la communication en admettant à tort que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime, il n'agit sans doute pas conformément au droit. Il reste néanmoins non punissable pénalement en vertu des dispositions générales relatives à l'erreur sur les faits (art. 19, 1^{er} al., CP). Et cela vaut même tout particulièrement dans les cas où l'erreur eût pu être évitée en prenant les précautions commandées par les circonstances (art. 19, 2^e al., CP), dès l'instant où les violations punissables de secrets ne peuvent dans la règle être commises qu'intentionnellement¹¹⁸).

- c. «... *communiquer*...»: La forme de la communication en soi importe peu. Il est toutefois nécessaire, afin de se prémunir contre d'ultérieures poursuites pénales, que le financier puisse apporter la preuve de la communication à l'autorité compétente aux date et heure qu'il avance.
- d. «... *les indices leur permettant d'établir que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime*»: Comme indiqué précédemment, la communication aux autorités compétentes s'inscrit dans un cadre légal précis, propre à justifier le non respect des obligations légales de confidentialité qui incombent au financier. Il ne s'agit pas de transmettre n'importe quelle information aux autorités, mais uniquement celles qui permettent «d'établir que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime». Il n'est pas demandé au financier de se substituer aux autorités de poursuite pénale. Ce n'est pas à lui d'apprécier si les éléments de preuve transmis sont propres à convaincre un tribunal de la culpabilité de son client. Cette transmission vise uniquement à permettre aux personnes travaillant dans le secteur financier, et qui se trouvent dans le dilemme indiqué plus avant, de communiquer aux autorités compétentes les informations pertinentes en l'espèce, soit leurs observations, leurs questions, leurs doutes, et toutes pièces utiles qui les ont amenées, en faisant preuve de la vigilance requise par les circonstances – exigée par la loi (art. 305^{ter}, 1^{er} al., CP) – à penser que les fonds qui leur ont été remis sont d'origine criminelle. Il ne s'agit donc ni de «preuves» au sens strict, ni de suppositions ou d'impressions vagues, mais d'«indices», soit d'éléments fondés de suspicion, susceptibles d'être étayés auprès des autorités de poursuite pénale.

¹¹⁷) Cf. également Jürg-Beat Ackermann (note 19, p. 141).

¹¹⁸) L'article 47, chiffre 2, de la LF sur les banques, qui incrimine comme contravention la violation par négligence du secret bancaire constitue une exception.

L'expression «valeurs patrimoniales», identique à celle figurant aux articles 305^{bis} et 305^{ter} CP, doit être comprise dans un sens large. Elle englobe outre les devises, les titres, les droits de créance en général, les métaux et pierres précieux, les œuvres d'art, toutes les autres sortes de biens meubles, ainsi que les immeubles et les droits qui leur sont attachés.

Le caractère criminel de la provenance des valeurs ainsi décrites résulte de la définition du délit de blanchissage d'argent. Selon l'article 305^{bis}, pour qu'il y ait blanchissage d'argent, il est nécessaire que les fonds soient d'origine criminelle, c'est-à-dire résultant d'une infraction passible de la réclusion, selon la définition qu'en donne le code pénal (art. 9, CP). Ainsi, il importe peu que le crime soit sanctionné par le code pénal; il peut aussi l'être par le droit pénal accessoire, tel la loi fédérale sur les stupéfiants.

- e. « . . . aux autorités suisses de poursuite pénale et aux autorités fédérales désignées par la loi »: Sera destinataire de la communication l'autorité de poursuite désignée en application des règles de procédure pénale cantonales édictés à cet effet. Dans la mesure où il est prévu de doter d'autres services de compétences dans ce domaine, il convient de ne pas faire figurer dans le code pénal une définition qui se révélerait demain trop étroite. Ainsi, le projet de loi fédérale visant à lutter contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier prévoit d'attribuer également la compétence de recevoir communication des soupçons des personnes travaillant dans le secteur financier à l'Office fédéral de la police. Celui-ci toutefois, dans le cadre des fonctions qu'il est prévu de lui attribuer en tant qu'Office central contre le crime organisé, ne peut guère être qualifié d'autorité de poursuite pénale.

Quelle que soit l'évolution future des structures de la prévention et de la répression du crime, les autorités fiscales, douanières, ou la police des étrangers ne sauraient figurer parmi les destinataires de la communication. En outre, il doit s'agir d'autorités suisses et non d'autorités étrangères, ce qui exclut les services spécialisés étrangers de lutte contre le trafic de drogue, même si ceux-ci sont autorisés par le Gouvernement suisse à disposer d'agents de liaison sur le territoire helvétique.

24 Code pénal militaire

En droit actuel déjà, le droit de la confiscation est réglé de la même manière dans le CPM et dans le code pénal. Les modifications proposées dans le présent message touchent donc également le code pénal militaire: les nouveaux articles 41, 42 et 42a, 1^{er} alinéa, lettre b, CPM correspondent aux nouveaux articles 58, 59 et 60, 1^{er} alinéa, lettre b, du code pénal. L'article 41a CPM est abrogé à l'instar de l'article 58^{bis} CP. En revanche, l'article 305^{ter} CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières) ne figure pas dans le code pénal militaire. Cependant, conformément à l'article 7 CPM, cette disposition du code pénal, complétée par le droit de communication du financier, est également applicable aux personnes soumises au droit pénal militaire. Il en va de même pour l'incrimination de l'organisation criminelle (art. 260^{ter} P-CP). Une réception particulière de cette infraction dans le CPM ne se justifie pas, et ce en vertu du principe selon lequel le droit pénal militaire ne devrait en principe contenir que

des infractions qui soit sont de nature spécifiquement militaire, soit sont destinées à protéger des intérêts militaires, soit encore dont la perpétration est fréquemment le fait de militaires en relation directe ou indirecte avec le service.

3 Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour la Confédération et les cantons

Le présent projet n'entraîne aucune dépense supplémentaire pour la Confédération. Les cantons doivent s'attendre à des frais en fonction de l'accroissement des tâches des autorités de poursuite pénale et des tribunaux. Une compensation partielle peut toutefois être escomptée du produit supplémentaire des confiscations.

4 Programme de la législature

Le projet a été annoncé dans le programme de la législature de 1991 à 1995 (FF 1992 III 39 et 172).

5 Relation avec le droit européen

Le 11 mai 1993, la Suisse a ratifié la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation du produit du crime. Conformément à l'article 6, chiffre 1, lettre d, de cette convention, les Etats contractants sont tenus – sous réserve de leurs principes constitutionnels et des fondements de leur ordre juridique – de sanctionner pénalement le groupement ou l'entente formés à des fins de blanchissage d'argent. Ainsi que souligné dans le message du Conseil fédéral concernant la ratification de cette convention¹¹⁹⁾, la couverture des notions anglo-saxonnes d'«association» et de «conspiracy» par les formes de participation de la Partie générale du code pénal risque de présenter des lacunes. L'introduction d'une norme générale sur l'organisation criminelle permet à notre droit national de satisfaire pleinement aux exigences de la convention, sur ce point également.

La convention oblige en outre les Etats contractants à prévoir aussi des mesures conservatoires concernant des biens dont la valeur correspond à celle du produit des infractions. Comme indiqué au chiffre 223.6, la possibilité de séquestre prévue à l'article 59, chiffre 2, 3^e alinéa, P-CP satisfait pleinement à cette exigence.

En ce qui concerne la compatibilité du renversement du fardeau de la preuve, proposé à l'article 59, chiffre 3, P-CP, avec la Convention européenne des droits de l'homme, on se référera aux explications fournies précédemment au chiffre 225.3.

6 Constitutionnalité

Conformément à l'article 64^{bis} de la constitution, la Confédération a la compétence de légiférer en matière de droit pénal.

¹¹⁹⁾ FF 1992 IV 19 s.

Code pénal militaire

(Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier)

Modification du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 30 juin 1993¹⁾,
arrête:

I

Le code pénal suisse²⁾ est modifié comme il suit:

Art. 58

Confiscation
a. Confiscation
d'objets
dangereux

¹ Alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable, le juge prononcera la confiscation d'objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public.

² Le juge pourra ordonner que les objets confisqués soient mis hors d'usage ou détruits.

Art. 58^{bis}

Abrogé

Art. 59

b. Confiscation
de valeurs
patrimoniales

1. Le juge prononcera la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits.

La confiscation ne sera pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate ou si la confiscation se révèle à son égard d'une rigueur excessive.

Le droit d'ordonner la confiscation de valeurs se prescrit par cinq ans, à moins que la poursuite de l'infraction en cause ne soit soumise à une prescription d'une durée plus longue, qui est alors applicable.

¹⁾ FF 1993 III 269

²⁾ RS 311.0

La décision de confiscation fera l'objet d'un avis officiel. Les prétentions de lésés ou de tiers s'éteignent cinq ans après l'avis officiel de la confiscation.

2. Lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonnera une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. Elle ne pourra être prononcée contre un tiers que dans la mesure où les conditions prévues au chiffre 1, 2^e alinéa, ne sont pas réalisées.

Le juge pourra renoncer totalement ou partiellement à la créance compensatrice s'il est à prévoir qu'elle ne serait pas recouvrable ou qu'elle entraverait sérieusement la réinsertion de l'intéressé.

L'autorité d'instruction pourra placer sous séquestre, en vue de l'exécution d'une créance compensatrice, des éléments du patrimoine de la personne concernée. Le séquestre ne crée pas de droit de préférence en faveur de l'Etat lors de l'exécution forcée de la créance compensatrice.

3. Le juge prononcera la confiscation de toutes les valeurs sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition. Les valeurs appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle (art. 260^{ter}) sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation.

4. Si le montant des valeurs soumises à confiscation ne peut être précisément déterminé ou si cette détermination requiert des moyens disproportionnés, le juge pourra procéder à une estimation.

Art. 60, 1^{er} al., let. b et c

¹ Si par suite d'un crime ou d'un délit, une personne a subi un dommage qui n'est couvert par aucune assurance, et s'il est à prévoir que le délinquant ne le réparera pas, le juge allouera au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts fixés judiciairement ou par accord avec celui-ci:

- b. Les objets et valeurs confisqués ou le produit de leur réalisation, sous déduction des frais;
- c. Les créances compensatrices;

Art. 260^{ter}

Organisation
criminelle

1. Celui qui aura participé à une organisation qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels,

celui qui aura soutenu une telle organisation dans son activité criminelle,

sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

2. Le juge pourra atténuer librement la peine (art. 66) à l'égard de celui qui se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation.

3. Est également punissable celui qui aura commis l'infraction à l'étranger si l'organisation exerce ou doit exercer son activité criminelle en tout ou en partie en Suisse. L'article 3, chiffre 1, 2^e alinéa, est applicable.

Art. 305^{ter}, note marginale et 2^e al. (nouveaux)

Défaut de
vigilance en
matière
d'opérations
financières et
droit de
communication

² Les personnes visées par le 1^{er} alinéa ont le droit de communiquer aux autorités suisses de poursuite pénale et aux autorités fédérales désignées par la loi les indices leur permettant d'établir que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime.

II

Le code pénal militaire¹⁾ est modifié comme il suit:

Art. 41

5. Autres
mesures
Confiscation
a. Confiscation
d'objets
dangereux

¹ Alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable, le juge prononcera la confiscation d'objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public.

² Le juge pourra ordonner que les objets confisqués soient mis hors d'usage ou détruits.

Art. 41a

Abrogé

Art. 42

b. Confiscation
de valeurs
patrimoniales

1. Le juge prononcera la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou

¹⁾ RS 321.0

à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits.

La confiscation ne sera pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate ou si la confiscation se révèle à son égard d'une rigueur excessive.

Le droit d'ordonner la confiscation de valeurs se prescrit par cinq ans, à moins que la poursuite de l'infraction en cause ne soit soumise à une prescription d'une durée plus longue, qui est alors applicable.

La décision de confiscation fera l'objet d'un avis officiel. Les prétentions de lésés ou de tiers s'éteignent cinq ans après l'avis officiel de la confiscation.

2. Lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonnera une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. Elle ne pourra être prononcée contre un tiers que dans la mesure où les conditions prévues au chiffre 1, 2^e alinéa, ne sont pas réalisées.

Le juge pourra renoncer totalement ou partiellement à la créance compensatrice s'il est à prévoir qu'elle ne serait pas recouvrable ou qu'elle entraverait sérieusement la réinsertion de l'intéressé.

L'autorité d'instruction pourra placer sous séquestre, en vue de l'exécution d'une créance compensatrice, des éléments du patrimoine de la personne concernée. Le séquestre ne crée pas de droit de préférence en faveur de l'Etat lors de l'exécution forcée de la créance compensatrice.

3. Le juge prononcera la confiscation de toutes les valeurs sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition. Les valeurs appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle (art. 260^{ter} du code pénal suisse¹⁾) sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation.

4. Si le montant des valeurs soumises à confiscation ne peut être précisément déterminé ou si cette détermination requiert des moyens disproportionnés, le juge pourra procéder à une estimation.

¹⁾ RS 311.0

Art. 42a, 1^{er} al., let. b et c

¹ Si par suite d'un crime ou d'un délit, une personne a subi un dommage qui n'est couvert par aucune assurance, et s'il est à prévoir que le délinquant ne le réparera pas, le juge allouera au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts fixés judiciairement ou par accord avec celui-ci:

- b. Les objets et valeurs confisqués ou le produit de leur réalisation, sous déduction des frais;
- c. Les créances compensatrices;

III

Référendum et entrée en vigueur

¹ La présente loi est sujette au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de son entrée en vigueur.

N36104

**Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire
(Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de
communication du financier) du 30 juin 1993**

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1993
Année	
Anno	
Band	3
Volume	
Volume	
Heft	35
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	93.058
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	07.09.1993
Date	
Data	
Seite	269-324
Page	
Pagina	
Ref. No	10 107 498

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.