



NEWSLETTER – 23 août 2018

Obligation de communiquer (art. 9 et 37 LBA) : échéance et prescription pénale en cas violation – précision du Tribunal fédéral (arrêt 6B_1453/2017 rendu le 7 août 2018, destiné à la publication)

Le 4 juin 2010, suite à un versement de EUR 190'000 effectué le 1^{er} juin 2010 sur le compte de la société A SA auprès de la banque X, B, administrateur unique de la société, a sollicité l'intervention de la police cantonale fribourgeoise aux fins de constater la fraude dont il estime avoir été victime. Le même jour, B a aussi déposé une plainte pénale à l'encontre de différentes personnes impliquées dans la transaction litigieuse.

La banque X n'a pas réagi et n'a effectué aucune communication au sens de l'art. 9 al. 1 LBA.

Le 22 août 2016, le Ministère public fribourgeois a transmis au Département fédéral des finances (ci-après : « DFF ») la plainte déposée par B à l'encontre des personnes responsables de la banque X, portant notamment sur des soupçons de violation de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 37 LBA. Le DFF a ouvert une procédure de droit pénal administratif le 10 février 2017.

Conformément à l'art. 64 DPA, le DFF a décerné, le 31 mars 2017, un mandat de répression contre la banque X, lequel la condamnait pour infraction à

l'obligation de communiquer au sens de l'art. 37 al. 2 LBA, commise du 4 au 29 juin 2010, à une amende de CHF 20'000 ainsi qu'aux frais de la procédure.

A ce stade, il est déjà intéressant de relever que la procédure a selon toute vraisemblance d'abord été diligentée à l'encontre des personnes physiques responsables de la banque X, mais que le mandat de répression a été dirigé à l'encontre de la banque uniquement.

Cette possibilité découle de l'art. 49 LFINMA permettant de renoncer à poursuivre les personnes punissables et de condamner à leur place l'entreprise (au sens large, soit la personne morale, la société en nom collectif ou en commandite ou l'entreprise individuelle), en reprenant le mécanisme de l'art. 7 DPA. Dans ce cas, l'amende entrant en ligne de compte ne peut dépasser CHF 50'000. A cet égard, l'infraction de l'art. 37 LBA étant une contravention, l'art. 102 CP n'est pas applicable, seuls les crimes et les délits commis au sein d'une entreprise entrent dans le champ d'application de cette disposition¹.

¹ ALAIN MACALUSO, *Responsabilité pénale de l'intermédiaire financier : quelques développements jurisprudentiels récents*, in Bulletin CEDIDAC n°75.

Le 2 mai 2017, la banque X a fait opposition au mandat de répression du 31 mars 2017.

Par prononcé du 19 juin 2017, le DFF a reconnu la banque X coupable d'infraction à l'obligation de communiquer au sens de l'art. 37 al. 2 LBA, commise du 4 au 29 juin 2010, et l'a condamnée, en vertu de l'art. 49 LFINMA, en lieu et place des personnes physiques punissables, à une amende de CHF 8'000 ainsi qu'au paiement des frais de la procédure.

Par jugement du 23 novembre 2017, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral a classé la procédure au motif que l'infraction était prescrite².

En substance, la Cour des affaires pénales a retenu, en se fondant notamment sur la récente jurisprudence du Tribunal fédéral³, que « *l'obligation de communiquer prend fin lorsqu'elle n'est plus objectivement justifiée par le but poursuivi par l'art. 9 LBA, notamment lorsque les autorités pénales sont saisies et suffisamment renseignées quant à l'état de fait pour pouvoir ordonner des mesures tendant à la découverte et au séquestre des valeurs patrimoniales litigieuses et ce, même si la saisine des autorités intervient par le biais d'une tierce personne à l'insu de l'intermédiaire financier* ».

En l'espèce, la plainte pénale, déposée le 4 juin 2010, a été réceptionnée le 14 juin 2010, date à laquelle l'action pénale a été ouverte, permettant aux autorités de poursuite pénale d'instruire la cause et de saisir les valeurs patrimoniales litigieuses.

Il en résulte, selon la Cour des affaires pénales, que l'obligation de communiquer a pris fin au plus tard le 14 juin 2010, date constituant le *dies a quo* du délai de prescription de sept ans (art. 52 LFINMA).

La prescription serait alors intervenue le 14 juin 2017, soit avant le 19 juin 2017, date à laquelle le prononcé pénal du DFF a été rendu.

A ce sujet, le Tribunal fédéral avait confirmé que le prononcé pénal de l'administration rendu dans les procédures soumises au DPA constitue le *dies ad quem* du délai de prescription de l'action pénale, au sens de l'art. 97 al. 3 CP⁴. Cette jurisprudence est critiquée par la doctrine, en raison de la différence de traitement avec la procédure applicable à l'opposition à une ordonnance pénale prévue par Code de procédure pénale (art. 352ss CPP) et de la nature même du prononcé pénal au sens de l'art. 70 DPA, non assimilable à un « jugement » de première

instance au sens de l'art. 97 al. 3 CP conforme aux garanties prévues par l'art. 6 CEDH⁵.

Le DFF a recouru contre ce jugement devant le Tribunal fédéral, ainsi amené à déterminer dans quelle mesure une obligation de communiquer pouvait subsister postérieurement à la saisine des autorités pénales.

Tout d'abord, le Tribunal fédéral précise avoir essentiellement examiné dans son précédent arrêt⁶ si l'obligation de communiquer devait cesser avec la fin des relations bancaires. Il a été considéré, en analysant le cas d'espèce, que le Ministère public de la Confédération avait séquestré les valeurs sur lesquelles portaient des soupçons de blanchiment, l'obligation de communiquer ayant subsisté jusqu'à l'ouverture de l'enquête de police judiciaire par cette autorité. En revanche, le Tribunal fédéral n'avait pas tranché la question de savoir si et dans quelle mesure une obligation de communiquer pouvait subsister postérieurement à la saisine des autorités pénales.

Le Tribunal fédéral résume ensuite les positions doctrinales sur la portée de cet arrêt. Une partie des auteurs considère que l'obligation de communiquer prend fin à l'ouverture de l'enquête de police⁷, tandis qu'une autre retient que le séquestre des valeurs patrimoniales, survenu le jour de l'ouverture de l'enquête dans l'arrêt en question, constitue l'élément déterminant⁸.

D'emblée, le Tribunal fédéral, sans trancher la question débattue en doctrine, apporte aujourd'hui une précision notable à sa jurisprudence antérieure en indiquant qu'il n'avait pas entendu « *ériger en principe* » la fin de l'obligation de communiquer dès l'ouverture d'une enquête judiciaire. Le Tribunal fédéral examine donc si la saisine des autorités pénales aurait pu mettre fin, cas échéant, à une telle obligation.

En premier lieu, le Tribunal fédéral se fonde sur l'art. 3 al. 1 de l'Ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA ; RS 955.23) listant de manière exemplative les indications que doivent contenir les communications au sens de l'art. 9 al. 1 LBA, pour conclure que certains renseignements faisaient défaut dans la plainte pénale du 4 juin 2010. Cela ressortait d'ailleurs du courrier du 24 juin 2010 du juge d'instruction requérant la transmission

² SK.2017.38.

³ ATF 142 IV 276, consid. 5.4.2.

⁴ TF 6B_207/2017 du 11 septembre 2017.

⁵ ALAIN MACALUSO, *op.cit.* ; ALAIN MACALUSO/ANDREW M. GARBARSKI, 6B_207/2017: *La prescription de l'action pénale en droit pénal administrative : confirmation d'une jurisprudence critiquable*, in PJA 2018 p. 117.

⁶ ATF 142 IV 276, consid. 5.4.2.

⁷ FELIX BOMMER, *Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016*, in ZBJV 2018 135 ; MIRIAM

MAZOU, *La pratique judiciaire du Tribunal fédéral en matière de droit pénal en 2016*, in JdT 2017 IV 166 ; NAEF/CALVARESE, *Sospetto ed obbligo di comunicazione antiriciclaggio*, in *Novità fiscali 2017/2* p. 409 ; THOMAS FINGERHUT, *BGE-Praxis I/2017*, in *forumpenale 2017/3*, p. 191.

⁸ MACALUSO/GARBARSKI, *Communications des soupçons de blanchiment après la fin de la relation d'affaires*, in PJA 2016/10, p. 1323.

d'informations complémentaires en lien avec le virement litigieux.

En second lieu, contrairement au précédent arrêt du Tribunal fédéral⁹, l'ouverture de l'enquête de police n'a pas été accompagnée d'un séquestre des valeurs patrimoniales liées au blanchiment d'argent. Le Tribunal fédéral constate ainsi que ni le 14 juin 2010, date de réception de la plainte pénale, ni le 24 juin 2010, date de la demande d'informations complémentaires, « *la possibilité de découvrir et de confisquer les valeurs patrimoniales n'avait disparu* ».

Au vu de ces éléments, le Tribunal fédéral tire la conclusion que la seule prise de connaissance par les autorités pénales de la plainte pénale du 4 juin 2010 et de ses annexes, le 14 juin 2010, n'entraîne pas la fin de l'obligation de communiquer, à supposer qu'une obligation de communication eût existé durant cette période pour la banque X, ce que l'autorité précédente n'a pas examiné. Notre Haute Cour ajoute que « *le principe fondamental en la matière, selon lequel l'obligation de communiquer perdure aussi longtemps que les valeurs peuvent être découvertes et confisquées (...), devait faire subsister une telle obligation tant que les autorités pénales n'avaient pas connaissance du sort des valeurs pouvant être liées au blanchiment d'argent, soit tant que celles-ci pouvaient encore leur échapper* ». Une telle solution correspond au but de l'art. 9 al. 1 LBA visant à permettre la découverte ainsi que la confiscation des valeurs concernées.

En conséquence, une éventuelle obligation de communication au sens de l'art. 9 al. 1 LBA n'avait pas cessé dès le 14 juin 2010 par la réception de la plainte pénale par les autorités pénales.

Le recours a dès lors été admis et la cause renvoyée devant la Cour des affaires pénales, « *afin qu'elle examine si et durant quelle période une obligation de*

communiquer au sens de l'art. 9 al. 1 LBA a pu exister pour l'intimée, si et durant quelle période cette dernière aurait pu violer cette obligation et commettre une infraction au sens de l'art. 37 LBA ainsi que, en conséquence, à quelle date la prescription de l'action pénale aurait, cas échéant, pu commencer à courir ».

En définitive, le présent arrêt du Tribunal fédéral atténue la portée de son précédent arrêt, puisqu'il souligne que l'obligation de communiquer ne prend en principe pas fin dès l'ouverture d'une enquête judiciaire.

En revanche, le Tribunal fédéral laisse entrevoir qu'une ouverture d'une enquête judiciaire couplée à un séquestre des valeurs patrimoniales par les autorités pénales serait l'élément déterminant pour considérer que l'obligation de communiquer s'achève, et marquerait ainsi le point de départ du délai de prescription. Le Tribunal fédéral pencherait donc en faveur de la doctrine minoritaire¹⁰.

La question est également laissée ouverte de savoir si l'obligation de communiquer subsisterait lorsque les autorités pénales disposent de toutes les informations listées de manière non-exhaustive à l'art. 3 al. 1 OBCBA. A notre sens, tel devrait être le cas, puisque les autorités détiennent dans ce contexte tous les éléments leur permettant d'ordonner le séquestre des valeurs patrimoniales et satisfaire ainsi à l'exigence de l'art. 9 al. 1 LBA, soit la découverte et la confiscation de valeurs patrimoniales d'origine criminelle.

Compte tenu du renvoi de l'affaire devant l'autorité précédente et de la multiplication des procédures en lien avec l'infraction de violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA), notre Haute Cour sera certainement amenée à préciser sa jurisprudence dans un avenir proche.

Pascal de Preux
Avocat associé
depreux@resolution-lp.ch

Marc-Henri Fragnière
Avocat associé
fragniere@resolution-lp.ch

Julien Gafner
Avocat associé
gafner@resolution-lp.ch

Resolution Legal Partners
Av. de l'Avant-Poste 4
CP 5747
1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40
F. +41 21 312 59 41

⁹ ATF 142 IV 276

¹⁰ ALAIN MACALUSO/ANDREW GARBARSKI, *op.cit.*