

EUROPEAN LAWYERS' UNION
EUROPÄISCHER ANWALTSVEREIN
UNION DE ABOGADOS EUROPEOS



UNION DES AVOCATS EUROPÉENS
UNIONE DEGLI AVVOCATI EUROPEI
UNIÃO DOS ADVOGADOS EUROPEUS

III

SYMPOSIUM D'ÉTUDE

LES DÉLITS FINANCIERS DANS LA LÉGISLATION EUROPÉENNE L'OLAF ET LA RÉPARATION DU DOMMAGE

*Actes des Journées d'études
de ERBA (Como), 2006
Cordonnée avec
CSDPE – Centre Études Droit Pénal Européen*

Sous la direction de
LUCIO CAMALDO

En collaboration avec OLAF

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 7

RÉCUPÉRATION DU PRODUIT DE CRIME
AU NIVEAU INTERNATIONALE.
CONFISCATION DU PRODUIT DU CRIME
ET RÉPARATION : LACUNES ET OBJECTIFS
DANS LA COOPÉRATION INTERNATIONALE

PAR

PAOLO BERNASCONI

AVOCAT - LUGANO

INTRODUCTION. - LA VICTIME
DANS LE LABYRINTHE PROCÉDURAL

1. Traditionnellement, l'évolution de l'arsenal judiciaire pénal, droit matériel et droit procédural, a toujours suivi le fil rouge de la sanction du coupable. Par contre, l'objectif de la réparation du dommage causé à la victime d'une infraction a toujours été considéré comme une question de droit civil ou bien comme une question accessoire au droit pénal. Par conséquent, la question de la récupération du produit de l'infraction moyennant la saisie dans le cadre de la procédure et, en définitive, de la confiscation, a été traditionnellement négligée. Il fallut attendre la fin des années 80 pour qu'apparaisse la nouvelle stratégie contre le crime organisé qui voulait que l'on s'attaque non plus seulement aux auteurs d'une infraction, mais aussi au produit de celle-ci, en considérant que la neutralisation et la mise hors du circuit économique du produit d'une infraction mettraient en difficulté les organisations criminelles. Cette stratégie s'appuyait, d'une part, sur la criminalisation du blanchiment d'argent, considéré comme la forme moderne du recel et, d'autre part, sur le renforcement des moyens de droit matériel et de procédure destinés à faciliter la confiscation du produit de l'infraction. Enfin, le droit pénal ne s'intéressait plus seulement aux procédures *in personam* mais aussi aux procédures *in rem*, c'est-à-dire celles qui s'occupaient des objets et des valeurs patrimoniales constituant le produit de l'infraction.

2. La victime, c'est-à-dire la partie typiquement oubliée dans le cadre de la procédure pénale, ne pourrait qu'en tirer profit : en effet, par principe, le législateur a toujours prévu que la réalisation du produit de l'infraction devait profiter prioritairement à la réparation du dommage causé à la victime de celle-ci. L'application de ces stratégies à la poursuite des infractions commises au préjudice de l'État ne pourra, en définitive, que profiter à cette victime de nature spéciale qu'est l'État dans le cadre des infractions portant atteinte à ses intérêts financiers.

Même cette catégorie d'infractions n'échappe pas à la tendance typique de la criminalité économique, c'est-à-dire l'internationalisation. Corrélativement, le renforcement des moyens de lutte contre cette catégorie d'infractions passe nécessairement par une augmentation de la coopération internationale entre les autorités judiciaires et administratives des différents pays. Cette coopération a connu un développement considérable entre les États membres de l'Union européenne (UE). Mais, les infractions contre les intérêts économiques de l'UE impliquant souvent aussi le territoire, les personnes, les institutions économiques et financières de pays tiers, il est important de connaître aussi, afin de les développer, les mécanismes de la coopération internationale entre pays membres de l'UE et pays non communautaires. Cette analyse prendra donc en considération notamment le régime légal de la Suisse, parce qu'il s'agit d'un pays qui, du fait de l'internationalisation de son économie et de l'imbrication très poussée de son système bancaire et financier avec ceux des pays de l'UE, est souvent impliqué dans la coopération internationale nécessaire pour la répression des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

PREMIÈRE PARTIE. — EFFET MOBILISATEUR
DE LA LUTTE CONTRE LE CRIME ORGANISÉ
ET LE TERRORISME

3. Dans les années 70 et 80, c'était notamment le trafic de stupéfiants qui alarmait la communauté internationale, l'obligeant à contrer ces agissements par des instruments de caractère international : ainsi virent le jour la Convention internationale de Vienne de 1988 relative au trafic de stupéfiants et la Convention internationale n° 141 relative au blanchiment d'argent. La première

fut l'œuvre d'une conférence internationale promue par les Nations Unies, tandis que la deuxième est due à l'initiative du Conseil de l'Europe. Aujourd'hui encore, c'est toujours à ces deux organisations internationales que l'on doit les initiatives majeures visant à renforcer les dispositifs de coopération internationale destinés à faciliter la traque des activités transfrontières du crime organisé :

- a) la Convention internationale des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, en vigueur depuis le 29.9.2003, ainsi que ses deux Protocoles additionnels du 15.11.2000 contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer (entré en vigueur le 25.12.2003) et du 15.11.2004 contre la traite des personnes, en particulier les femmes et les enfants, (entré en vigueur le 25.12.2003) (1);
- b) le Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne du 8 novembre 2001 concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (2) ainsi que la révision de la Convention n° 141 contre le blanchiment d'argent, avec l'approbation, par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 16 mai 2005 à Varsovie, de la Convention n° 198 contre le blanchiment.

4. La grande nouveauté dans le cadre des initiatives en faveur de la coopération internationale en matière pénale a été constituée par l'intervention, à côté des Nations Unies et du Conseil de l'Europe, d'une organisation à vocation essentiellement économique, c'est-à-dire l'OCDE, notamment grâce à l'institution, le 14 juillet 1989, de sa branche spécialisée contre le blanchiment d'argent appelée Financial Action Task Force / Groupe d'action financière (FATF/GAFI). Ses Quarante Recommandations, révisées la dernière fois en juin 2003, représentent encore actuellement l'axe portant du dispositif antiblanchiment, parce qu'il s'agit de mesures de caractère technique élaborées spécifiquement pour le bon fonctionnement du système bancaire et financier. Bien qu'il s'agisse de recommandations, le système de l'évaluation mutuelle de l'efficacité des mesures mises en place par chacun des pays membres a été la formule magique à effet propulseur contre la lenteur traditionnelle des organisa-

(1) La Convention et les deux Protocoles ont été approuvés par le Parlement suisse le 23 juin 2006.

(2) Le Deuxième Protocole additionnel (PAII CEEJ) est entré en vigueur pour la Suisse à partir du 1^{er} février 2005.

tions étatiques nationales dans la réception des normes élaborées au niveau international. Notamment, l'établissement d'une liste de pays non coopératifs, c'est-à-dire dont les structures et les moyens n'avaient pas été adaptés aux Recommandations, a représenté un moyen d'évolution remarquable. Aujourd'hui, du fait que pratiquement un seul pays, précisément le Myanmar, est mentionné dans cette liste, elle a perdu une grande partie de son efficacité. Même les intermédiaires financiers, dans le cadre de l'établissement des listes de pays à risque à l'égard desquels il doivent adopter des mesures de vigilance accrue, ne peuvent plus y trouver aucune référence utile.

5. La corruption constituant un autre instrument typique à disposition du crime organisé (d'après la triste maxime des cartels de la drogue colombiens : *plata o plomo*, d'après laquelle ce qu'on ne peut pas obtenir par la menace et la violence on pourra l'obtenir avec la corruption), la communauté internationale a finalement réussi à mettre en place un dispositif important pour lutter aussi contre la corruption dans le commerce international, dont la pierre de voûte est représentée par la Convention internationale de l'OCDE contre la corruption, approuvée en 1997, et par les Conventions, l'une pénale et l'autre civile, du Conseil de l'Europe.

À ces efforts sur le plan normatif et du contrôle, il faut ajouter aussi ceux sur le plan de l'aide technique, notamment en faveur de pays en transition et des pays en développement, apportée par les services spécialisés de la Banque Mondiale et du Fonds Monétaire International. Il suffit de rappeler l'exemple de celui-ci, qui, tout récemment, a constitué une unité antiblanchiment composée de quarante-cinq personnes qui lui permet notamment de conduire aussi des évaluations dans les différents pays d'après le modèle élaboré par le FATF/GAFI (3).

6. Le crime organisé à des fins de terrorisme avait déjà fait l'objet d'un dispositif international important qui a été renforcé radicalement à la suite des attentats du 11 septembre 2001, notamment au niveau des Nations Unies mais aussi au niveau d'autres organisations internationales, y compris l'UE. Du point de vue de

(3) En octobre 2005, l'assemblée plénière du GAFI a approuvé le rapport établi par le FMI concernant l'Italie, publié en février 2006 sur le site : http://www.fatf-gafi.org/document/32/0,2340,en_32250379_32236982_35128416_1_1_1_1,00.html.

notre analyse, on soulignera que, finalement, les organisations internationales ont reconnu l'importance essentielle de la lutte contre le blanchiment aussi dans le combat contre le terrorisme. Ainsi, à côté de la lutte contre le blanchiment d'argent et des valeurs patrimoniales d'origine criminelle, est finalement apparue la lutte contre le «noirciment» des capitaux, la lutte contre la récolte d'argent dans le but de financer le terrorisme et des activités connexes comme le recrutement de terroristes, le soutien aux familles de kamikaze, etc.

7. Cette vague extraordinairement importante de mesures qui touchent non seulement les pays les plus développés, mais qui visent aussi tous les pays du monde, profite non seulement à la lutte contre les infractions commises à des fins terroristes et contre celles commises par des groupes organisés, mais finit par profiter, par effet d'analogie ou de cascade, aussi à la lutte contre la généralité des infractions, y compris celles de caractère fiscal et douanier. D'une part, les atteintes aux intérêts financiers de l'UE sont souvent le fruit d'infractions d'une telle envergure qu'elles ne peuvent être consommées que par des groupes organisés, comme c'est le cas de la contrebande et des fraudes de type «carrousel à la TVA (4)». D'autre part, toute initiative d'ordre normatif ou technique qui permet de faire progresser les instruments à disposition de l'enquête ainsi que les mesures de contrainte facilitant la saisie et la confiscation du produit d'une infraction profitent en définitive aussi à la poursuite des infractions contre les intérêts financiers de l'UE; par conséquent, elles profitent aussi à la récupération du produit de ces infractions ainsi qu'à la réparation du dommage causé à l'Union ou à ses États membres.

8. Mais c'est notamment au niveau de la définition des infractions préalables au blanchiment d'argent («*Vor- und Haupttaten*»; «*reati progressi*»; «*predicated offences*») que peut se manifester le renforcement de la protection des intérêts financiers de l'UE; en effet, dans la mesure où ces catégories seront élargies aussi aux infractions de caractère fiscal et douanier, celles-ci profiteront aussi directement du renforcement de tout le dispositif mis sur pied dans l'intérêt de la

(4) Izzo GIOACCHINO, «L'evasione dell'Iva all'importazione è ancora delitto», publié dans la revue italienne *Il Fisco*, n° 47/2000, p. 14.072 sqq., ainsi que «Reati transnazionali ex Legge n. 146/2006 e ricadute sanzionatorie sul contrabbando di tabacchi lavorati esteri e sulle frodi carosello», *Il Fisco*, n° 29/2006 du 17.07.2006, p. 4.544 sqq.

lutte contre le crime organisé, le terrorisme et le blanchiment d'argent. Dans ce but, il faut suivre avec attention le développement qui aura lieu dans les pays membres du Conseil de l'Europe ainsi que dans les pays membres de l'OCDE en accueillant les propositions d'élargissement aussi à la fraude fiscale et à la contrebande prévues par les Quarante Recommandations du GAFI de 2003 ainsi que par la Convention internationale antiblanchiment n° 198. À titre d'exemple concret, nous avons décrit ce type d'évolution concernant la Suisse (voir tableau n° 133).

DEUXIÈME PARTIE. – SAISIE
ET CONFISCATION TRANSFRONTIÈRES :
INDICATEURS D'EFFICACITÉ ET OBSTACLES

9. Dans cette partie, nous proposons une série d'éléments et de facteurs destinés à établir une échelle permettant d'évaluer l'efficacité, dans chaque pays, du dispositif prévu pour la saisie et la confiscation du produit des infractions, notamment celles contre les intérêts financiers de l'UE.

Dans ce but, il faut tout d'abord considérer que cette description ne peut pas se concentrer exclusivement sur les mesures typiques de l'entraide internationale et de la procédure pénale. Au contraire, il faut tenir compte du dispositif qui caractérise le système juridique légal d'un pays déterminé dans sa dimension la plus ample possible. Parmi les domaines à examiner, mentionnons notamment :

- a) l'existence d'un système de gouvernance opérationnel et mis à jour;
- b) un système de contrôle interne mis en place au sein des sociétés qui ont leur siège dans le pays concerné, mais aussi de celles qui ont leur siège hors du pays concerné mais qui exercent leurs activités sur son territoire, notamment les sociétés de siège off shore;
- c) un système d'audit public et privé efficace;
- d) un système de suivi de la mise en conformité mis en place à l'intérieur de toute société qui exerce l'activité d'intermédiaire financier;
- e) un système de mesures préventives contre le blanchiment d'argent comprenant notamment l'identification des ayants droit économiques et l'obligation de communiquer toute opération

dont l'intermédiaire financier soupçonne l'origine illicite des fonds ou la destination à des fins illicites.

- f) une catégorie élargie d'infractions préalables à l'infraction de blanchiment d'argent;
- g) la possibilité de saisir et de confisquer non seulement le produit direct, mais aussi le produit indirect d'une infraction;
- h) la possibilité pour l'autorité judiciaire pénale de saisir et de confisquer les valeurs substitutives du produit de l'infraction lorsque celui-ci a été caché ou consommé par l'auteur de l'infraction;
- i) l'existence d'un système de dépistage de titres et d'avoirs efficace;
- j) la possibilité d'une coopération internationale spontanée

10. En ce qui concerne plus spécifiquement le dispositif prévu en faveur de l'entraide internationale en matière pénale, on doit encore considérer qu'il constitue une vraie course d'obstacles parmi lesquels nous épingleons notamment :

- a) l'hétérogénéité des définitions concernant l'objet de la saisie et de la confiscation, notamment en ce qui concerne les valeurs substitutives équivalentes ainsi que le produit direct et indirect de l'infraction;
- b) l'hétérogénéité des définitions concernant l'infraction préalable au blanchiment (concernant le régime légal suisse, voir tableau 76)
- c) l'hétérogénéité en matière de normes de prévention du blanchiment (concernant le régime légal suisse, voir l'annexe du tableau 49).

TROISIÈME PARTIE. — MESURES DE FACILITATION DE LA SAISIE ET DE LA CONFISCATION TRANSNATIONALES EN DROIT SUISSE

11. Le système légal suisse mis sur pied dans le but de lutter contre le crime organisé et le blanchiment d'argent se base sur trois piliers : des instruments spécifiques contre le blanchiment, des instruments pour faciliter la saisie et la confiscation du produit de l'infraction et des instruments destinés à faciliter la coopération internationale en matière pénale. La description de ces instruments

se fait sous la forme de tableaux récapitulatifs que nous publions avec des notes de bas de page explicatives. Cette description peut être utile de deux points de vue : d'une part, elle représente un modèle qui permet de comparer le dispositif mis en place aussi par d'autres pays dans le but d'en évaluer l'efficacité; d'autre part, elle permet de connaître d'une façon plus approfondie le dispositif suisse, ce qui facilite le travail des autorités qui doivent faire appel aux autorités suisses afin d'obtenir leur coopération dans des procédures menées hors de la Suisse pour poursuivre le crime organisé, le blanchiment d'argent, le terrorisme et aussi les infractions commises contre les intérêts de l'UE ou de ses États membres.

12. Instruments contre le blanchiment d'argent de caractère pénal

- a) Infraction principale, confiscation, entraide internationale et blanchiment (cf. tableau 6)
- b) Blanchiment du produit de crimes en relation avec des commerces en mode illicite et avec des commerces illicites (cf. tableau 36)
- c) Commerces illicites comme infraction préalable au blanchiment d'argent (cf. tableau 37)
- d) Nouvelles infractions préalables au blanchiment d'après les recommandations du GAFI de 2003 (avant-projet de loi fédérale du 13.1.2005) (cf. tableau 119)
- e) Amplification des enquêtes transfrontières contre le blanchiment d'argent (cf. tableau 120)

13. Instruments pour faciliter la saisie et la confiscation

- a) Relation entre mesures de blocage et mesures de prévention du blanchiment (cf. tableau 72)
- b) Mesures de contrainte concernant les recettes délictueuses (cf. tableau 73)
- c) Confiscation des valeurs patrimoniales (cf. tableau 73a)
- d) Devoirs de prévention attribués à l'économie privée (cf. tableau 49)

14. Instruments pour faciliter la coopération internationale

- a) «Acquis suisse» dans le cadre de l'entraide internationale en matière pénale (cf. tableau 104)

- b) «Acquis suisse» d'après le Deuxième Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe concernant l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (cf. tableau 106)
- c) Réactions de l'autorité suisse à une demande d'entraide étrangère (cf. tableau 66)
- d) Interaction en droit suisse (LBA / LEIMP) entre mesures anti-blanchiment et entraide internationale en matière pénale (cf. tableau 65)
- e) «Pétrole contre nourriture» – procédures en Suisse (internes et d'entraide) (cf. tableau 116)

CONCLUSION. – *OPORTET UT SCANDALA EVENIANT*

L'évolution du droit pénal et du droit prudentiel, c'est-à-dire le dispositif mis en place par les autorités de surveillance du système bancaire et financier, s'effectue traditionnellement selon le principe de proportionnalité, en choisissant la mesure la plus adéquate pour combattre la criminalité sans restreindre inutilement les droits individuels des sujets de droit. Forcément, le dispositif des mesures de contrainte tâche de restreindre l'espace de manoeuvre des criminels. Par conséquent, le législateur et les autorités judiciaires et administratives sont toujours en retard parce qu'elles sont contraintes à réagir aux nouvelles mesures mises en place par le crime organisé pour échapper aux mesures prises par les pouvoirs publics et par l'économie privée. En définitive, le facteur indispensable de cette évolution, qui permet de contrer efficacement la criminalité, est toujours constitué par la capacité d'un système légal national déterminé de permettre de découvrir de nouvelles catégories d'infractions ainsi de réagir à cette découverte. On en est encore – ce qui n'étonne pas, car l'histoire se répète – à l'adage latin *oportet ut scandala eveniant*.

ANNEXES

- Tableaux 133/76/6/36/37/119/120/72/73/73a/49 et annexe/104/106/66/65/116
- Résumé (en français, italien et anglais)