Urteilskopf

129 IV 329

49. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale dans la cause A.X. contre Procureur général du canton de Genève (pourvoi en nullité) 6S.225/2003 du 22 octobre 2003

Regeste (de):
Art. 305ter Abs. 1 StGB; Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten.

Der Finanzintermediär, der zwar ungenügende Abklärungen trifft, aber die Identität des wirtschaftlich Berechtigten gleichwohl richtig feststellt, erfüllt den Tatbestand von Art. 305ter StGB nicht (E. 2.5).

Regeste (fr):
Art. 305ter al. 1 CP; identification de l'ayant droit économique.

Echappe à l'art. 305ter CP l'intermédiaire financier qui accomplit des vérifications insuffisantes mais identifie malgré tout correctement l'ayant droit économique (consid. 2.5).

Regesto (it):
Art. 305ter cpv. 1 CP; identificazione dell'avente economicamente diritto.

Non incorre nel reato previsto all'art. 305ter CP l'intermediario finanziario che compie degli accertamenti insufficienti ma malgrado tutto identifica correttamente l'avente economicamente diritto (consid. 2.5).

Sachverhalt ab Seite 329

BGE 129 IV 329 S. 329

Par jugement du 11 janvier 2002, le Tribunal de police du canton de Genève a reconnu A.X. coupable de faux dans les titres (art. 251 CP) et de défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305ter CP) et l'a condamné à six mois d'emprisonnement et à une amende de 25'000 francs. Il a reconnu B.X. coupable de complicité de défaut de vigilance en matière d'opérations financières et l'a condamnée à la peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans et à une amende de 10'000 francs. Les époux X. ont fait appel de ce jugement auprès de la Chambre pénale du canton de Genève. Par arrêt du 5 mai 2003, la Chambre pénale a partiellement admis l'appel d'A.X., le libérant du chef d'accusation de faux dans les titres. Elle a condamné A.X., pour défaut de vigilance en matière d'opérations financières, à quatre mois d'emprisonnement avec sursis durant quatre ans et à une amende de 25'000 francs. Elle a condamné B.X., pour complicité de défaut de vigilance en matière d'opérations financières,

BGE 129 IV 329 S. 330

à trois mois d'emprisonnement avec sursis durant trois ans et à une amende de 10'000 francs. Elle a confirmé pour le surplus le jugement du Tribunal de police du 11 janvier 2002. En bref, les faits à l'origine de la condamnation en vertu de l'art. 305ter CP sont les suivants: A.X., actif dans le domaine financier, était en relation d'affaires depuis plusieurs années avec E., avocat à Francfort. Le 25 octobre 1995, Me E. lui a écrit pour lui demander de fournir à l'un de ses clients, nommé D., une société anonyme de droit suisse. D. a rencontré A.X. à Genève en novembre 1995 et lui a acheté pour 14'000 francs la société Y. SA, dont B.X. était l'administratrice. Ne souhaitant pas être indiscret, A.X. n'a pas demandé à voir le passeport de son cocontractant. Aucun document n'a été signé à l'occasion de la vente. Selon les déclarations d'A.X., D. lui a expliqué avoir un client qui faisait du commerce international et agir à titre fiduciaire pour ce client. A.X. a ensuite entrepris auprès de la banque Z. les démarches nécessaires à l'ouverture d'un compte bancaire au nom de la société qu'il venait de vendre. Les documents d'ouverture du compte ont été remplis le 13 novembre 1995 et signés par B.X.; la formule A, datée du même jour, désigne D. comme ayant droit économique, avec comme adresse celle de l'avocat E. Seul D. avait la signature sur le compte. La banque Z. a fait savoir aux époux X. que l'élection de domicile effectuée par l'ayant droit économique du compte auprès de son avocat n'était pas admissible. Une seconde formule A, signée par B.X. et datée du 22 décembre 1995, a été adressée à Me E., puis récupérée à Francfort par les époux X. lors d'une réunion chez cet avocat, en présence de D. Il a alors été convenu que Me E. adresserait lui-même une copie du passeport de D. à la banque Z., ce qu'il a fait le 22 décembre 1995. Le compte auprès de la banque Z. a fait l'objet de plusieurs opérations en vertu d'ordres de transfert donnés par D. A.X. se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 5 mai 2003. Il conclut à son annulation. Le Procureur général genevois conclut au rejet du pourvoi.
Le Tribunal fédéral a partiellement admis le pourvoi en application de l'art. 277 PPF.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Le recourant conteste tomber sous le coup de l'art. 305ter al. 1 CP.

2.1 Cette disposition prévoit que celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer

des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende.

2.2 L'art. 305ter al. 1 CP réprime un délit propre pur (echtes Sonderdelikt): seule la personne qui, dans l'exercice de sa profession, accepte, garde en dépôt ou aide à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, peut commettre cette infraction comme auteur à titre principal; est donc visée la personne qui exerce une activité professionnelle dans le secteur financier (cf. URSULA CASSANI, Commentaire du droit pénal suisse, vol. 9, Berne 1996, art. 305ter CP n. 6; MARLÈNE KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, thèse Lausanne 1994, p. 141 ss; MARK PIETH, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, 2003, art. 305ter CP n. 8 ss). Le recourant est employé d'une société anonyme; dans le cadre de son activité professionnelle, il crée des sociétés, les administre, ouvre en leur nom des comptes bancaires et s'occupe de leurs déclarations fiscales. En l'espèce, il a vendu une société anonyme à un tiers et a entrepris les démarches nécessaires auprès d'une banque pour ouvrir un compte au nom de cette société, pour lequel le tiers acheteur

devait disposer de la signature. Par son activité professionnelle, il a donc mis à disposition d'un tiers une structure commerciale permettant des opérations financières.
Le recourant ne conteste pas être actif dans le secteur financier et à ce titre être exposé à l'art. 305ter CP pour avoir aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales. Il relève toutefois que cette disposition pénale aurait dû concerner en première ligne la banque, qui n'a pas été inquiétée. La critique n'est pas pertinente. La présente procédure n'a pas à déterminer si et dans quelle mesure des employés de la banque auraient engagé leur responsabilité pénale, mais uniquement si le comportement du recourant est constitutif de l'infraction réprimée par l'art. 305ter CP.

2.3 Selon le recourant, il n'a joué qu'un rôle d'intermédiaire entre Me E. et D.; il a valablement délégué à l'avocat allemand le devoir d'identifier l'ayant droit économique; cet avocat, avec qui il était en relation d'affaires depuis des années, a attesté que D. était l'ayant droit économique en transmettant à la banque une copie de son passeport par courrier du 22 décembre 1995. Le recourant en déduit qu'il a respecté son devoir de vérification et qu'aucun élément ne pouvait lui faire supposer que le tiers acheteur n'était pas l'ayant droit économique. Il serait disproportionné de lui imposer des vérifications

allant au-delà de celles effectuées par l'avocat allemand, en qui il avait toute confiance. Il relève s'être lui-même rendu en Allemagne en décembre 1995, où la réunion avec Me E. et D. a permis d'exclure tout doute. En conséquence, il doit être libéré de l'infraction. Il ajoute subsidiairement que l'instruction n'a pas établi que D. n'était pas l'ayant droit économique et que ce doute implique que seule la qualification de délit impossible peut être retenue.

2.4 Il ressort des constatations cantonales que lorsque le recourant a rencontré D. à Genève dans la première quinzaine de novembre 1995, celui-ci lui a indiqué qu'il n'agissait pas pour son compte mais à titre fiduciaire pour un tiers. Le recourant savait donc que son cocontractant, de l'aveu même de ce dernier, n'était pas l'ayant droit économique. Ce nonobstant, le recourant a sitôt entrepris les démarches pour ouvrir un compte bancaire et a transmis la formule A, datée du 13 novembre 1995, en identifiant son cocontractant comme l'ayant droit économique. Ensuite, la banque a souhaité connaître l'adresse exacte de D., une domiciliation chez Me E. telle qu'indiquée dans la formule A n'étant pas admissible. C'est donc à la requête de la banque et uniquement pour ce qui concerne l'adresse de D. qu'une seconde formule A a dû être remplie. Il n'a pas été constaté que, dans le laps de temps écoulé entre la première et la seconde formule A, lors du voyage du recourant en Allemagne, D. était revenu sur ses aveux faits à Genève, ni que le recourant avait obtenu un correctif plausible à ce propos de la part de Me E. En raison de l'aveu de D., il apparaît donc que le recourant a accepté de contrevenir aux devoirs de vigilance auxquels il était astreint. Cependant, il ressort de l'arrêt attaqué que le recourant a produit lors de la procédure une attestation de D. datée du 22 novembre 2002, dans laquelle celui-ci affirme être l'ayant droit économique du compte. La Chambre pénale a laissé ouverte la question de savoir si le contenu de ce document était digne de foi, considérant ce point sans pertinence.

2.5 Il convient à ce stade de se demander quelle incidence sur l'application de l'art. 305ter al. 1 CP peut avoir le fait que la personne identifiée est ou n'est pas l'ayant droit économique.

2.5.1 La majorité de la doctrine ne discute pas de cette problématique (cf. GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil II, 5e éd., Berne 2000, § 55 n. 50 ss; JÖRG REHBERG, Strafrecht IV, 2e éd., Zurich 1996, p. 368/369; STEFAN TRECHSEL, Kurzkommentar, 2e éd., Zurich 1997, art. 305ter CP n. 6 ss; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. 2, Berne 2002, art. 305ter CP n. 6 ss;

URSULA CASSANI, op. cit., art. 305ter CP n. 15 ss; MARLÈNE KISTLER, op. cit., p. 186 ss; MARK PIETH, op. cit., art. 305ter CP n. 17 ss). Sans aborder directement cette question, un auteur laisse supposer que la correcte identification de l'ayant droit économique exclut la punissabilité (cf. NIKLAUS SCHMID, Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, vol. II, 2002, § 6 n. 169). Enfin, différents auteurs traitent expressément de cette question et sont d'avis que celui qui ne procède pas avec le soin nécessaire à l'identification de l'ayant droit économique mais identifie malgré tout le bon ayant droit ne tombe pas sous le coup de l'art. 305ter CP, un élément objectif faisant défaut; autrement dit, pour eux, la seule violation du devoir de vigilance ne suffit pas à réaliser l'infraction, car il faut aussi que la personne identifiée ne soit pas l'ayant droit économique (cf. CHRISTOPH GRABER, Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken zu Art. 305ter Abs. 1 StGB, in RSDA 1995 p. 165; GEORG FRIEDLI, Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305ter Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, in Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?, Mark Pieth [éd.], 1992, p. 132; GUNTHER ARZT, Zur Rechtsnatur des Art. 305ter StGB, in RSJ 86/1990 p. 190/191; CHRISTINE EGGER TANNER, Die strafrechtliche Erfassug der Geldwäscherei, thèse Zurich 1999, p. 274/275).

2.5.2 Selon les deux derniers auteurs cités, l'art. 305ter al. 1 CP peut être interprété de deux manières possibles. Soit l'infraction est réalisée d'un point de vue objectif lorsque l'auteur n'identifie pas correctement l'ayant droit économique; soit elle l'est lorsque l'auteur ne vérifie pas avec la vigilance requise l'ayant droit économique. Dans la première interprétation, l'auteur, même s'il ne procède pas à des vérifications suffisamment vigilantes, n'est pas punissable s'il identifie malgré tout le bon ayant droit économique. Dans la seconde interprétation, l'auteur est punissable du simple fait de n'avoir pas vérifié avec toute la vigilance requise l'ayant droit économique. Pour les deux auteurs précités, qui privilégient la première hypothèse, cette double interprétation résulte d'une contradiction contenue dans le message du Conseil fédéral. Dans sa version allemande, la rubrique "Übersicht" mentionne d'une part que "strafbar ist nach Artikel 305ter Entwurf, wer es im berufsmässigen Handel mit Vermögenswerten unterlässt, die Identität des wirtschaftlich Berechtigten, das heisst seines wahren Geschäftspartners, festzustellen", et, d'autre part, que "die Verletzung der Identitätsprüfungspflicht als solche ist bereits das Delikt" (BBl 1989 II 1062). Autrement dit, le message indique en deux phrases d'une part qu'est punissable celui

qui omet de constater ("feststellen") l'identité de l'ayant droit économique et d'autre part que la seule violation du devoir d'identification constitue un délit. En quelque sorte, ces deux phrases opposent la constatation de l'identité de l'ayant droit économique à la vérification de l'identité de cet ayant droit. Cette différence ne se retrouve toutefois pas dans les versions française et italienne du message. Dans la version française, la première phrase précise que "se rend punissable au sens de l'art. 305ter du projet celui qui [...]omet de vérifier l'identité de l'ayant droit économique", alors que la seconde mentionne que "la seule violation du devoir d'identification en tant que tel constitue un délit" (FF 1989 II 962). En italien, le terme "accertare" (vérifier) est employé dans les deux phrases: "è punibile [...]chiunque ometta di accertare l'identità dell'avente economicamente diritto"; "la violazione dell'obbligo di accertare l'identità è già, come tale, elemento costitutivo del reato" (FF 1989 II 838). La divergence évoquée se retrouve aussi dans le texte légal. En effet, les versions française et italienne et la version allemande ne sont pas similaires, les premières punissant le comportement de celui qui "aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances" ("senza

accertarsi, con la diligenza richiesta dalle circostanze"), alors que la version allemande punit le comportement de celui qui aura omis de constater l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances ("wer [...]unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen").

2.5.3 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (ATF 127 IV 193 consid. 5b/aa p. 194/195). A l'égard de l'art. 305ter al. 1 CP, une interprétation littérale ne saurait être retenue, déjà pour le motif que les versions du texte

divergent quelque peu entre les versions allemande d'une part et française et italienne d'autre part (cf. supra, consid. 2.5.2). Selon le message du Conseil fédéral, "les éléments constitutifs objectifs [de l'art. 305ter CP]sont déjà remplis par l'omission de l'identification; conformément à cette construction, peu importe que les fonds concernés proviennent ou non d'une infraction" (FF 1989 II 989). En référence notamment à ce passage du message, la jurisprudence relève que l'infraction de l'art. 305ter CP est un délit de mise en danger abstraite. Le comportement interdit consiste à accepter des valeurs sans vérifier l'identité de l'ayant droit économique, malgré des indices laissant penser que le partenaire contractuel n'est pas le même que l'ayant droit économique. Ainsi, la violation du devoir d'identification suffit à elle seule. Peu importe de savoir si les valeurs patrimoniales ont été ou non obtenues par l'ayant droit économique au moyen d'une infraction (ATF 125 IV 139 consid. 3b p. 142).
La jurisprudence et la doctrine relèvent également que l'objet du devoir de vigilance mentionné à l'art. 305ter al. 1er CP est l'identification de l'ayant droit économique. Le point de référence est l'identité de l'ayant droit économique en tant que telle. Si l'identité est connue du titulaire du devoir de vigilance, une punissabilité est exclue, même si la provenance délictueuse des valeurs patrimoniales devait se révéler ultérieurement. Si la personne astreinte à cette vigilance ne vérifie pas l'identité malgré des indices révélateurs, elle est punissable en vertu de l'art. 305ter CP, quand bien même il ne devait y avoir aucune raison de douter de l'origine légale des valeurs patrimoniales (ATF 125 IV 139 consid. 3c p. 143; GÜNTER STRATENWERTH, op. cit., § 55 n. 52).

2.5.4 Les justifications doctrinales pour exclure la punissabilité lorsque l'ayant droit économique est correctement identifié sont en particulier les suivantes: L'art. 305ter CP n'est qu'une norme d'appoint par rapport à l'art. 305bis CP dans la lutte contre le blanchiment, l'important étant de connaître le véritable ayant droit économique, sans que la manière d'y parvenir ne soit déterminante (cf. CHRISTINE EGGER TANNER, op. cit., p. 275). L'art. 305ter al. 1 CP exige concrètement que l'auteur accepte, garde en dépôt ou aide à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers; il en découle que pour être punissable l'auteur doit avoir conclu une relation d'affaires avec un partenaire non identifié (cf. CHRISTOPH GRABER, op. cit., p. 165). Ces motifs s'accordent avec le but poursuivi par l'art. 305ter al. 1 CP. Cette norme pénale tend à assurer la transparence dans le secteur financier afin d'éviter que les blanchisseurs de capitaux ne tirent

profit de l'anonymat des relations pour se livrer à leurs activités criminelles. La connaissance du réel propriétaire économique des valeurs doit faciliter les enquêtes pénales. Le but ultime de la norme réside dans la protection de l'administration de la justice pénale (cf. MARLÈNE KISTLER, op. cit., p. 139; URSULA CASSANI, op. cit., art. 305ter CP n. 2; NIKLAUS SCHMID, op. cit., § 6 n. 40). On peut ainsi en déduire que l'objectif visé par la norme pénale est atteint lorsque l'ayant droit économique est identifié. L'identification, qui est au coeur de l'art. 305ter al. 1 CP, implique certes de procéder à des mesures de vérification avec toute la vigilance requise. Mais si en fin de compte une identification correcte a lieu, il ne paraît guère approprié, dès lors que le but recherché est atteint, d'appliquer l'art. 305ter CP à celui qui a accompli des vérifications insuffisantes. En ce sens, le résultat importe plus que la manière. La jurisprudence a d'ailleurs déjà laissé entendre, en distinguant le champ d'application de la Convention de diligence des banques et de l'art. 305ter al. 1 CP, que cette dernière disposition ne tendait pas à sanctionner des lacunes dans la procédure d'identification, mais plutôt une identification défectueuse de l'ayant droit économique (cf. ATF 125 IV 139 consid. 3d p. 145). Encore peut-on relever que lors des débats parlementaires, si la teneur du message du Conseil fédéral a été avalisée, la punissabilité a en particulier été associée à la violation du devoir d'identification et a été décrite comme découlant du fait pour l'auteur de n'avoir pas identifié l'ayant droit économique (cf. interventions Bonny, BO 1989 CN p. 1872, et Béguin, BO 1990 CE p. 201). En conséquence, il convient d'admettre que l'art. 305ter al. 1 CP ne saurait être appliqué en cas d'identification correcte de l'ayant droit économique, même si l'intermédiaire financier est parvenu à cette identification sans procéder avec toute la vigilance requise par les circonstances concrètes.

2.6 En l'espèce, la Chambre pénale n'a pas constaté si D. était ou non l'ayant droit économique (cf. supra, consid. 2.4). En laissant cette question ouverte, la Chambre pénale a omis de trancher un fait pertinent pour l'application du droit fédéral. En conséquence, le pourvoi doit être admis sur ce point et la cause doit être retournée en instance cantonale en application de l'art. 277 PPF pour compléter l'état de fait (ATF 123 IV 211 consid. 4b p. 217; ATF 119 IV 284 consid. 5b p. 287). En fonction de la réponse donnée à cette question, deux solutions sont possibles: - Si D. n'est pas l'ayant droit économique, la condamnation du recourant ne viole pas le droit fédéral. En effet, compte tenu de l'aveu

de D., le recourant ne pouvait pas l'identifier comme l'ayant droit économique dans ses démarches entreprises pour ouvrir un compte bancaire. Le recourant a ainsi volontairement accepté un ayant droit économique inexact. Il a de la sorte contrevenu à l'art. 305ter al. 1 CP (cf. CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2002, n. 67, p. 677). - Si D. est l'ayant droit économique, les circonstances concrètes n'impliquent pas l'acquittement du recourant mais un changement de qualification juridique, les conditions étant réalisées pour admettre un délit impossible de défaut de vigilance en matière d'opérations financières (cf. MARLÈNE KISTLER, op. cit., p. 228/229). Une telle qualification est susceptible d'être plus favorable au recourant. Le délit impossible est réglé à l'art. 23 CP. Selon cette disposition, le juge pourra atténuer librement la peine (art. 66 CP) à l'égard de celui qui aura tenté de commettre un crime ou un délit par un moyen ou contre un objet de nature telle que la perpétration de cette infraction était absolument impossible (al. 1). Pour le délit impossible, il existe une erreur sur les faits en défaveur de l'auteur. Selon la représentation que se fait l'auteur, il réalise un élément constitutif. En réalité, son comportement est inoffensif (ATF 126 IV 53 consid. 2b p. 57; ATF 124 IV 97 consid. 2a p. 99; GUIDO JENNY, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 23 CP n. 4 ss). En l'espèce, la situation du recourant n'équivaut pas à celle de l'auteur qui ne procède qu'à des mesures d'identification approximatives mais identifie malgré tout le bon ayant droit économique. Dans ce dernier cas, l'infraction n'est pas réalisée et l'auteur doit être libéré (cf. supra, consid. 2.5.4). Le recourant a procédé comme s'il avait identifié D. en tant

qu'ayant droit économique et a entrepris en ce sens les démarches utiles auprès de l'établissement bancaire, alors même que D. lui avait indiqué agir à titre fiduciaire pour un tiers. En pareille situation, le recourant ne saurait être libéré de l'infraction pour le motif que D. était pourtant l'ayant droit économique, aussi surprenant que ce renversement puisse apparaître. En effet, au moment d'accomplir les démarches d'ouverture du compte, parmi lesquelles la première formule A datée du 13 novembre 1995, le recourant ne pouvait qu'être certain en raison de l'aveu de son cocontractant que celui-ci n'était pas l'ayant droit économique. Le recourant a ainsi délibérément accepté un ayant droit économique inexact et a en conséquence manifesté sa volonté de violer l'art. 305ter al. 1 CP. Si en fin de compte la personne acceptée par le recourant se trouve malgré tout être l'ayant droit économique, on se trouve en présence d'un délit impossible.