

Financement international du terrorisme : les obligations des banquiers en Suisse

Patrick Blaser

Avocat au barreau de Genève
Etude Borel & Barbey

Ancien Président de la Chambre d'accusation de Genève



Les attentats terroristes perpétrés aux Etats-Unis le 11 septembre 2001 ont ébranlé la communauté internationale tout entière. À un point tel que des mesures drastiques ont rapidement été prises à travers le monde, notamment dans le domaine de la lutte contre le financement du terrorisme international.

Pour sa part la Suisse n'a pas été en reste. En effet, les autorités helvétiques ont pris les dispositions légales et administratives nécessaires en vue d'obtenir, notamment des milieux bancaires, l'identification et le blocage de fonds pouvant présenter des liens avec des activités terroristes. C'est dans ce cadre que s'inscrit le présent article qui analyse les obligations légales imposées aux banques en matière de lutte contre le financement du terrorisme.

Suite aux attentats terroristes du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté, le 28 septembre 2001, la résolution 1373 qui invite les Etats à prévenir et à réprimer sévèrement sur leur territoire le financement du terrorisme, à bloquer les fonds susceptibles d'être liés à des activités terroristes et, dans ce cadre, à assurer une coopération internationale la plus large qui soit.

De leur côté, les Etats-Unis ont adopté le 26 octobre 2001 une nouvelle loi de lutte anti-terroriste, le «USA Patriot Act», qui donne aux administrations américaines des pouvoirs accrus en matière de surveillance des télécommunications, d'accès aux données personnelles des citoyens et de contrôle des banques, notamment étrangères.

Par ailleurs le 31 octobre 2001, le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) a édicté, à l'attention des Etats, des recommandations spéciales contre le financement du terrorisme et fixé un délai à juin 2002 pour que les Etats appliquent ces recommandations.

Et ce ne sont que quelques exemples parmi d'autres.

En Suisse, les différentes autorités compétentes¹ ont fait un effort particulier de coordination envers les banques et les autres intermédiaires financiers en vue de faciliter leur tâche dans l'exécution de leurs obligations légales en matière d'identification et de blocage des avoirs

susceptibles d'être liés à des activités terroristes.

Avec toutefois un problème juridique à la clef : le droit pénal suisse ne comprend actuellement pas de disposition spécifique permettant de poursuivre et de réprimer le terrorisme et son financement.

Pour ce faire, les autorités suisses de poursuite judiciaire doivent recourir à un ensemble disparate de dispositions légales.

I Le financement du terrorisme selon le droit international

Puisque la notion de terrorisme, et de son financement, est, sous cette désignation spécifique, actuellement inconnue du droit pénal suisse, il convient d'en chercher une définition dans le cadre du droit international.

Sous cet angle, la Convention internationale des Nations Unies du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (ci-après : la Convention internationale du 9 décembre 1999) donne une définition générale du terrorisme selon laquelle constitue un acte terroriste tout «acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou tout autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa

nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque» (art. 2 chiffre 1 lettre b).

Par ailleurs, un certain nombre d'autres conventions internationales décrivent également différentes formes du terrorisme comme, par exemples, la Convention internationale contre la prise d'otage du 17 décembre 1979² ou la Convention internationale pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile du 23 septembre 1971.

S'agissant plus précisément du financement du terrorisme, la Convention internationale du 9 décembre 1999 prévoit que *«commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre des actes terroristes»*.

La Suisse a ratifié la quasi-totalité des conventions internationales des Nations Unies contre le terrorisme tout comme d'ailleurs la Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme.

C'est encore cette année que la Suisse devrait ratifier les deux dernières conventions des Nations Unies conclues en matière de terrorisme, soit celle du 15 décembre 1997 pour la répression des actes terroristes à l'explosif et celle du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme.

1. La Convention internationale des Nations Unies contre le financement du terrorisme du 9 décembre 1999

Concernant plus précisément la lutte contre le financement du terrorisme, la Convention internationale du 9 décembre 1999³ invite les Etats à imposer aux intermédiaires financiers un certain nombre d'obligations de diligence (art. 18 chiffre 1 lettre b i à iv), notamment :

- l'obligation d'identifier et de vérifier l'identité des véritables détenteurs de comptes ;
- l'interdiction d'ouvrir des comptes dont le titulaire ou le bénéficiaire n'est pas identifié ou identifiable ;
- l'obligation de signaler sans délai aux autorités compétentes toutes les *«opérations complexes, inhabituelles, importantes, et tous les types inhabituels d'opérations, lorsqu'elles n'ont pas de cause économique ou licite apparente»*.

Sur un plan plus général, la Convention internationale du 9 décembre 1999 invite également les Etats à prévoir des dispositions de droit interne permettant d'engager la responsabilité d'une personne morale sur le plan pénal, civil ou administratif lorsqu'une personne responsable de sa direction ou de son contrôle a commis, dans le cadre de son activité, une infraction liée à une activité terroriste (art. 5).

Enfin, en matière d'entraide judiciaire internationale, la Convention internationale du 9 décembre 1999 prévoit expressément qu'aucun Etat ne peut invoquer pour refuser l'exécution d'une demande d'entraide le secret bancaire (art. 12), le caractère fiscal de l'infraction (art. 13)⁴, ou son caractère politique (art. 14).

2. Les recommandations spéciales du GAFI contre le financement du terrorisme

La Suisse est également membre du GAFI. Les recommandations spéciales édictées le 31 octobre 2001 par cet organisme contre le financement du terrorisme comportent en substance les directives suivantes :

- Prendre des mesures immédiates pour ratifier et mettre en œuvre les instruments appropriés des Nations Unies (art. I).
- Ériger en infraction pénale le délit de financement du terrorisme, des actes terroristes et des organisations terroristes (art. II).
- Geler et confisquer les avoirs des terroristes (art. III).
- Dénoncer aux autorités les transactions suspectes liées au terrorisme (art. IV).
- Fournir la gamme la plus vaste possible d'assistance aux autorités opérationnelles et de réglementation d'autres pays dans les enquêtes sur le financement du terrorisme (art. V).
- Imposer aux systèmes alternatifs de paiement des obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux (art. VI).
- Renforcer des mesures d'identification dans les transferts électroniques de fonds, internationaux et domestiques (art. VII).
- S'assurer que les personnes morales, notamment les organisations caritatives, ne peuvent pas faire l'objet d'abus pour financer le terrorisme (art. VIII).

II Le terrorisme selon le droit suisse

Sur un plan général, le législateur suisse a toujours manifesté la volonté d'adapter son droit interne à l'évolution du droit international, notamment européen, et plus particulièrement, à prendre les mesures législatives nécessaires devant permettre d'appliquer en Suisse les recommandations du GAFI et celles de l'ONU.

S'agissant plus précisément du domaine de la lutte contre le financement du terrorisme, les autorités suisses ont, en exécution de la résolution 1373 de l'ONU, fait un examen complet de la législation suisse applicable en la matière.

Cet examen a fait l'objet d'un rapport daté du 19 décembre 2001 concernant la lutte anti-terroriste en Suisse, qui a été adressé au Comité de sécurité de l'ONU (ci-après : le rapport suisse pour l'ONU du 19 décembre 2001) en exécution de la résolution 1373 de l'ONU.

Dans le cadre de ce rapport, les autorités suisses soulignent que, si le droit pénal suisse ne contient effectivement aucune disposition spécifique sur le terrorisme et son financement, il convient toutefois de considérer que les dispositions actuelles du droit pénal suisse permettent de poursuivre efficacement en Suisse tout individu engagé dans des actes terroristes ainsi que dans le financement de ces actes.

Néanmoins force est de constater que les autorités suisses de poursuite pénale sont contraintes, dans ce domaine, de devoir recourir en réalité à toute une panoplie de dispositions pénales censées recouvrir l'ensemble de l'activité terroriste et de son financement.

1. Les actes terroristes

S'agissant des activités terroristes en tant que telles, il convient de se référer, selon le rapport suisse pour l'ONU du 19 décembre 2001, notamment aux infractions suivantes du Code pénal suisse (CPS) :

- infractions contre la vie (art. 111 CPS, meurtre ; art. 112 CPS, assassinat) ;
- infractions contre l'intégrité corporelle (art. 122 CPS, lésions corporelles graves) ;
- infractions contre le patrimoine (art. 140 CPS, brigandage ; art. 156 CPS, extorsion et chantage) ;
- infractions contre la liberté (art. 183 et 184 CPS, séquestration et enlèvement ; art. 185 CPS, prise d'otage) ;
- infractions contre la sécurité collective (art. 221 CPS, incendie intentionnel ; art. 224 CPS, emploi avec dessein délictueux d'explosifs ou de gaz toxiques ; art. 228 CPS, dommages aux installations électriques, hydrauliques ou de protection) ;
- infractions contre la paix publique (art. 258 CPS, menaces alarmant la population ; art. 260 quater CPS, mise en danger de la sécurité publique au moyen d'armes⁵⁾).

Toutefois il convient de relever qu'aucune de ces dispositions ne mentionne expressément l'élément constitutif spécifique de l'acte terroriste soit la commission d'infractions à l'encontre de civils dans le but de contraindre, notamment un gouvernement, à accomplir un acte qu'il n'est légalement pas tenu de faire.

Or sous l'angle de la «punissabilité», au regard de la fixation de la peine qui doit largement prendre en considération le mobile du délinquant (art. 63 CPS), cet élément constitutif est fondamental. Sous cet angle, le droit suisse paraît par conséquent lacunaire.

2. Les actes préparatoires d'actes terroristes

S'agissant des actes préparatoires à l'exécution d'actes terroristes planifiés, les auteurs du rapport suisse pour l'ONU du 19 décembre 2001 se réfèrent à l'art. 260 bis CPS qui réprime les actes préparatoires délictueux de «celui qui aura pris, conformément à un plan, des dispositions concrètes d'ordre technique ou d'organisation, dont la nature et l'ampleur indiquent qu'il s'apprêtait à passer à l'exécution» d'un crime.

Toutefois l'infraction prévue à l'art. 260 bis CPS est doublement imparfaite pour permettre de sanctionner une activité préparatoire d'actes spécifiquement terroristes.

D'abord parce que, à teneur de l'art. 260 bis CPS, seuls sont punissables les actes préparatoires relatifs à des infractions qui sont exhaustivement décrites dans cette disposition, soit le meurtre (art. 111 CPS), l'assassinat (art. 112 CPS), les lésions corporelles graves (art. 122 CPS), le brigandage (art. 140 CPS), la séquestration et l'enlèvement (art. 183 CPS), la prise d'otage (art. 185 CPS), l'incendie intentionnel (art. 221 CPS) et, depuis le 15 décembre 2000, le génocide (art. 264 CPS)⁶⁾.

Or, le terrorisme en tant que tel n'est pas cité ; et pour cause puisque le droit suisse ne connaît pas cette infraction spécifique.

Par ailleurs, et c'est plus inquiétant, des actes préparatoires pris en vue de commettre certains actes terroristes sous forme, par exemple, d'extorsion ou de chantage (art.

156 CPS), d'emploi avec dessein délictueux d'explosifs (art. 224 CPS), de menaces alarmant la population (art. 258 CPS) ou de mise en danger de la sécurité publique au moyen d'armes (art. 260 quater CPS), ne pourront pas être réprimés dans le cadre de l'art. 260 bis CPS puisque ces infractions ne sont pas désignées dans la liste exhaustive des crimes pour lesquels les actes préparatoires sont punissables.

Enfin parce que les actes préparatoires délictueux sont passibles d'une peine maximale de cinq ans de réclusion, ce qui paraît relativement clément au regard des infractions terroristes que l'auteur envisageait de commettre.

3. La participation à une organisation terroriste

S'agissant par ailleurs de réprimer l'appartenance à une organisation terroriste, le CPS contient une disposition (art. 260 ter) qui permet de réprimer toute forme de participation et de soutien à une organisation criminelle, c'est-à-dire 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».

Cette disposition n'apparaît toutefois pas non plus suffisamment adaptée pour réprimer la participation ou le soutien à une activité terroriste, puisque la peine maximale encourue est relativement modérée, soit cinq ans de réclusion au maximum.

III Le financement du terrorisme selon le droit suisse

S'agissant plus spécifiquement de la poursuite et de la répression du financement du terrorisme, trois dispositions du CPS peuvent être invoquées : l'art. 260 ter CPS (appartenance à une organisation criminelle), l'art. 305 bis CPS (blanchiment d'argent) et l'art. 305 ter CPS (défaut de vigilance en matière d'opérations financières).

S'agissant de l'art. 260 ter CPS, cette disposition présente néanmoins une lacune de taille pour la répression du financement du terrorisme. En effet, dans le cadre de l'art. 260 ter CPS, le fait de chercher à se procurer des revenus n'est punissable que pour autant que l'organisation concernée recoure à des moyens criminels. A contrario cela signifie que le fait que si l'organisation cherche à se procurer des revenus sans recourir à des moyens criminels, cette activité ne serait pas punissable sous l'angle de l'art. 260 ter CPS. Pire, le recours par l'organisation à des moyens constitutifs de délit, et non de crime, ne serait pas non plus punissable. Tel sera notamment le cas si l'organisation, pour se procurer des revenus, recourt, par exemple à titre d'intimidation, à des dommages à la propriété (art. 144 CPS), à des menaces (art. 180 CPS) ou à la contrainte (art. 181 CPS). En effet ces infractions constituent des délits, soit des infractions passibles de l'emprisonnement jusqu'à trois ans, et non des crimes, passibles de la réclusion (art. 9 CPS).

S'agissant de l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305 bis CPS), cette disposition présente aussi une lacune, également de taille, dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme. En effet, cette dispo-

sition réprime «celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime». Par conséquent l'art. 305 bis CPS ne s'applique que lorsque les fonds concernés proviennent de la commission d'un crime et non pas lorsque les fonds en question, destinés le cas échéant à financer une activité terroriste, ne sont pas d'origine criminelle. L'art. 305 bis CPS ne permet ainsi que de réprimer les cas de blanchiment d'argent et non ceux de noircissement d'argent.

Enfin l'art. 305 ter CPS vise uniquement l'omission qui peut être reprochée à un intermédiaire financier de n'avoir pas vérifié l'identité de l'ayant droit économique d'un compte avec la vigilance voulue. Il s'agit là d'une infraction mineure tant au regard de la peine (un an d'emprisonnement au maximum) que de la prescription (cinq ans selon l'art. 70 CPS).

En tout état les articles 305 bis et 305 ter CPS s'intègrent, par leur nature, mal à la lutte contre le financement du terrorisme puisque ces dispositions s'inscrivent dans le chapitre des dispositions pénales destinées à la répression des infractions perpétrées contre la justice (titre dix-septième du CPS : crimes ou délits contre l'administration de la justice, art. 303 à 311), et non dans celles destinées à protéger la sécurité des personnes et des biens.

IV Les obligations des banquiers selon les ordonnances du Conseil fédéral contre les Talibans et le groupe Al Qaida

Le Code pénal suisse n'est toutefois pas l'apanage des dispositions pénales permettant de réprimer l'activité terroriste et son financement.

Dans ce cadre, le Conseil fédéral suisse a en effet des compétences spécifiques lui permettant de rendre des ordonnances instituant des mesures à prendre à l'encontre d'un pays ou d'une entité nommément désigné.

Cette compétence du Conseil fédéral se fonde directement sur la Constitution fédérale suisse qui prévoit que le Conseil fédéral peut ordonner des mesures lorsque «la sauvegarde des intérêts du pays l'exige» (art. 184 al. 3) ou lorsqu'il s'agit de «parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure» (art. 185 al. 3).

Comme on peut le constater l'activité terroriste internationale n'est à nouveau pas expressément visée.

C'est toutefois sur cette base constitutionnelle que le Conseil fédéral se fonde pour ordonner des mesures à prendre dans le cadre d'activités terroristes.

Les mesures en question sont de différentes natures.

Cela va de l'interdiction de fournir tout équipement militaire à un pays déterminé à l'interdiction d'entrée et de transit en Suisse faite aux gouvernants des pays concernés en passant par le blocage des fonds de ces gouvernants et l'interdiction d'effectuer des transferts de fonds en leur faveur.

S'agissant de l'Afghanistan, le Conseil fédéral suisse avait rendu, avant même les attentats du 11 septembre 2001, une ordonnance datée du 20 octobre 2000 insti-

tuant des mesures à l'encontre des Talibans (ci-après : l'ordonnance contre les Talibans) ⁷.

Après les attentats du 11 septembre 2001 le Conseil fédéral suisse a rendu, le 7 novembre 2001, une nouvelle ordonnance instituant des mesures à l'encontre, spécifiquement, du groupe Al Qaida et de toute organisation pouvant lui être apparentée (ci-après : l'ordonnance contre Al Qaida).

Dans le cadre de ses ordonnances contre les Talibans et le groupe Al Qaida, le Conseil fédéral a prévu des dispositions qui sont directement applicables aux banquiers ainsi qu'à tous les autres intermédiaires financiers exerçant leur activité en Suisse.

Ces derniers ont d'abord l'obligation légale, en application de l'ordonnance contre les Talibans, de bloquer (plus précisément de «geler»), les avoirs de toute personne morale et physique désignée sur la liste établie par le Conseil fédéral qui est annexée à l'ordonnance (art. 3 al. 1). En règle générale les personnes désignées sur ces listes avaient eu des fonctions gouvernementales en Afghanistan sous le régime des Talibans.

Les listes annexées à l'ordonnance contre les Talibans reprennent en fait celles établies par le Comité de sanction compétent pour l'Afghanistan du Conseil de sécurité de l'ONU, lesquelles s'inspirent pour leur part de celles établies depuis les attentats du 11 septembre 2001 par l'administration du Président Bush. Ces listes sont périodiquement renouvelées.

Par ailleurs l'ordonnance contre les Talibans interdit de fournir, directement ou indirectement, des fonds aux personnes visées sur les listes (art. 3 al. 2).

A cela s'ajoute que l'ordonnance contre les Talibans fait obligation aux banquiers, ainsi qu'à tous les autres intermédiaires financiers, de déclarer les avoirs bloqués au Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) en indiquant le nom du bénéficiaire, l'objet et le montant des avoirs gelés (art. 4 al. 1 et al. 2).

A relever que l'ordonnance contre les Talibans a pris soin de définir soigneusement ce qu'il faut entendre par «avoirs». En substance constituent des avoirs tant les actifs financiers que les revenus de ces actifs quelle que soit leur forme ainsi que les créances et autres titres de crédit. La liste descriptive de ces avoirs est particulièrement longue (art. 5 lettre b).

Enfin, par gel des avoirs, il faut comprendre l'interdiction de toute gestion et de toute utilisation des avoirs (art. 5 lettre c).

Le gel des avoirs constitue en réalité un blocage ayant un caractère de «sanction» qui doit être maintenu jusqu'à l'échéance de l'ordonnance contre les Talibans ⁸.

Dans ce cadre le Seco peut toutefois autoriser des versements lorsque ces derniers (art 3 al. 3 et 4) :

- sont liés à «des projets en faveur de la démocratisation ou à des activités humanitaires» ;
- «servent à protéger des intérêts suisses» ;
- «servent à prévenir des cas de rigueur».

L'ordonnance contre les Talibans prévoit enfin des dispositions pénales spécifiques en cas de violation des diverses interdictions et obligations mentionnées ci-dessus (art. 6).

À titre de sanction, cette ordonnance prévoit les arrêts d'un maximum de trois mois, ce qui est relativement clément par rapport aux autres sanctions prévues par le Code pénal suisse, ou l'amende d'un maximum de

500 000 francs suisses, ce qui est par contre largement supérieur aux amendes prévues dans le Code pénal suisse, soit en règle générale 40 000 francs suisses (art. 48 CPS) ⁹.

De son côté, l'ordonnance contre le groupe Al Qaida érige en infraction pénale spécifique le fait, notamment, de s'associer en Suisse à un groupe interdit ou de lui apporter un soutien matériel, en particulier financier. Une telle infraction est passible d'emprisonnement (trois ans au maximum) ou de l'amende (40 000 francs suisses au maximum) ; ceci toutefois sous réserve d'autres dispositions pénales plus sévères, relevant notamment du Code pénal suisse (art. 2).

V La loi suisse sur le blanchiment d'argent

Suite aux attentats du 11 septembre 2001 le Président américain Bush a signé en date du 24 septembre 2001 un premier décret qui exhorte les gouvernements et banques étrangers à collaborer à la lutte américaine contre le terrorisme. Par ailleurs ce premier décret ordonne le blocage des avoirs bancaires de diverses entités et personnes physiques soupçonnées d'activités terroristes.

Pour sa part l'Office of Foreign Assets Control, US Treasury, a donné des précisions sur les entités et personnes physiques désignées sur la liste du Président Bush.

Par la suite le Président Bush a signé d'autres décrets comprenant de nouvelles listes d'entités et de personnes physiques dont les avoirs bancaires doivent aussi être bloqués.

Les autorités suisses, notamment la Commission fédérale des banques (CFB) et l'Autorité fédérale de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (ci-après : l'Autorité de contrôle LBA), ont transmis ces listes aux banques suisses ainsi qu'aux autres intermédiaires financiers.

1. Les obligations légales du banquier

Dans le cadre de ces transmissions l'Autorité de contrôle LBA a rappelé aux banques leur obligation légale de clarification telle qu'elle résulte de la loi fédérale sur le blanchiment d'argent du 10 octobre 1997, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998 (ci-après : LBA).

D'abord l'intermédiaire financier a l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant (art. 3 LBA) et d'identifier l'ayant droit économique (art. 4 LBA). Ces obligations doivent être renouvelées au cours de la relation d'affaires lorsque des doutes surviennent quant à l'identité du cocontractant ou de l'ayant droit économique (art. 5 LBA).

Selon l'art. 6 LBA, l'intermédiaire financier a ensuite l'obligation légale de clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsque :

- la transaction ou la relation d'affaires paraissent inhabituelles, sauf si leur légalité est manifeste ;
- des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs (art. 260 ter ch. 1 CPS).

Dans le cas particulier des attentats du 11 septembre 2001, l'Autorité de contrôle LBA a indiqué que le seul fait pour une banque d'entretenir une relation d'affaires avec l'une des entités ou personnes mentionnées sur l'une ou l'autre des listes du Président Bush donnait lieu à un soupçon fondé, au sens de l'art. 9 LBA, que les valeurs patrimoniales concernées avaient un rapport avec le blanchiment d'argent (art. 305 bis CPS) et qu'elles provenaient d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerçait un pouvoir de disposition sur ces valeurs (art. 260 ter CPS).

Dans un cas de soupçon fondé au sens de l'art. 9 LBA, la banque doit obligatoirement et sans délai dénoncer au Bureau fédéral de communication en matière de blanchiment d'argent (ci-après : le Bureau de communication LBA) la relation d'affaires entretenue avec l'entité ou la personne mentionnée sur les listes du Président Bush.

Cela entraîne comme conséquence que la banque doit, conformément à l'art. 10 al. 1 LBA, obligatoirement et immédiatement bloquer les fonds concernés pendant un délai maximum de cinq jours pendant lequel l'autorité pénale compétente rend une décision confirmant, ou non, la mesure de blocage interne prise par la banque (art. 10 al. 2 LBA).

Pendant ce délai il est fait interdiction à la banque d'informer les personnes concernées, et des tiers, de la mesure de blocage interne (art. 10 al. 3 LBA).

Dans ce cadre l'Autorité de contrôle LBA a adressé pas moins de huit différentes listes du Président Bush ¹⁰.

Toutefois l'ensemble de ces listes ne doit pas être traité juridiquement de la même façon. En effet, ces listes comprennent deux catégories d'entités et de personnes soupçonnées d'activités terroristes : celles qui sont directement liées aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 et celles qui ne le sont pas.

Dans le premier cas la banque doit obligatoirement procéder à une dénonciation au Bureau de communication LBA sans autres obligations préalables de vérification.

Dans le second cas la banque doit, conformément à l'art. 6 LBA, préalablement clarifier l'arrière-plan économique et le but de la transaction ou de la relation d'affaires en procédant à un devoir de diligence accru. Elle ne doit en outre procéder à une dénonciation au Bureau de communication LBA que dans la mesure où l'appréciation globale de la relation permet de mettre en évidence un soupçon fondé au sens de l'art. 9 LBA.

Cette obligation de dénonciation au Bureau de communication LBA s'ajoute à celle que l'intermédiaire financier doit encore faire au Seco (Secrétariat d'Etat à l'économie) en application de l'art. 4 de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre des Taliban. En effet, la dénonciation à l'une des deux autorités ne dispense pas les intermédiaires financiers d'en informer l'autre puisque les deux déclarations conduisent à deux procédures différentes et indépendantes l'une de l'autre ¹¹.

En application de ces directives, ce sont finalement 75 comptes bancaires qui ont été dénoncés au Bureau de communication LBA et, dans ce cadre, environ € 30 Mio ont été bloqués ¹².

2. La responsabilité pénale du banquier

En cas de dénonciation au Bureau de communication LBA selon l'art. 9 LBA, ou de l'art. 305 ter CPS, ainsi que de blocage des avoirs selon l'art. 10 LBA, la responsabilité pénale et civile de l'intermédiaire financier n'est pas engagée. Par conséquent, dans ce cadre, l'intermédiaire financier ne peut pas être poursuivi pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires ni être rendu responsable de violation de contrat. Cela pour autant toutefois que l'intermédiaire financier a fait preuve de la diligence requise par les circonstances (art. 11 LBA).

Par contre l'intermédiaire financier qui a violé son obligation de communiquer s'expose à une sanction pénale, soit une amende de 200 000 francs suisses au plus.

VI La recherche de délits d'initiés

Le Code pénal suisse connaît l'infraction de «délit d'initié», soit plus précisément «l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels» (art. 161 CPS)¹³.

Sur cette base, en cas d'actes terroristes, les autorités compétentes suisses, notamment la CFB, peuvent procéder à des investigations afin de déterminer si des terroristes potentiels, ou des personnes qui leur sont liées, ont effectué des opérations d'initiés auprès des bourses suisses.

Suite aux attentats du 11 septembre 2001, la CFB a procédé à ce genre d'investigation. Malgré l'absence de soupçons concrets, la CFB a tout de même chargé la SWX Swiss Exchange et l'Eurex Zurich de contrôler l'existence d'éventuelles transactions suspectes durant la période précédant les attentats. Ces organismes ont été chargés de remettre à la CFB des informations détaillées sur les transactions de titres particulièrement sensibles, notamment ceux de compagnies aériennes et de sociétés d'assurances¹⁴.

Ces investigations ont également été menées sur le plan de l'entraide administrative internationale. En particulier la CFB a reçu des demandes d'entraide de deux autorités américaines, soit la SEC (US Securities and Exchange Commission) et la CFTC (Commodity Futures Trading Commission) concernant d'éventuelles transactions suspectes portant sur les titres américains cotés aux bourses suisses. La CFB a également reçu des demandes d'entraide de la Cob (Commission française des opérations de bourse), du BAWe (Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel) et de la HCMC (Hellenic Capital Market Commission) concernant des transactions opérées sur les titres de sociétés actives dans le domaine aéronautique, de compagnies d'assurance, ainsi même que d'une chaîne de magasins de la grande distribution.

Toutefois l'analyse de l'ensemble des informations reçues a abouti au constat qu'aucune transaction suspecte pouvant être en relation avec les attentats du 11 septembre 2001 n'avait été identifiée sur l'une des bourses suisses¹⁵.

VII La responsabilité pénale primaire des banques

Actuellement le droit pénal suisse ne connaît pas la notion de la responsabilité pénale primaire des personnes morales en application du principe «*societas delinquere non potest*». Mais cela devrait changer.

En effet dans le cadre actuel de la révision du Code pénal suisse, le Conseil fédéral suisse a présenté un projet de norme permettant, sur le plan pénal, de sanctionner directement une entreprise¹⁶.

C'est d'ailleurs la seule amélioration du droit suisse préconisée par le rapport présenté par la Suisse le 19 décembre 2001 sur la lutte antiterroriste dans le cadre de la résolution 1373 de l'ONU. Dans ce cadre, le Conseil fédéral a manifesté l'intention de faire entrer en vigueur cette nouvelle norme le plus rapidement possible¹⁷.

A ce propos il convient de relever que plusieurs pays européens tendent à insérer dans leurs codes pénaux des réglementations sur la responsabilité pénale de l'entreprise, ou l'ont déjà fait.

Une telle disposition est d'ailleurs entrée récemment en vigueur dans le cadre du nouveau Code pénal français alors qu'elle est déjà connue de longue date dans le droit pénal de type anglo-américain (sous la désignation de *corporate liability*).

La Convention internationale du 9 décembre 1999 stipule d'ailleurs expressément que chaque Etat doit prévoir dans son droit interne la responsabilité d'une personne morale sur le plan pénal, civil ou administratif lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle a participé au financement d'une activité terroriste (art. 5).

La disposition finalement adoptée par le législateur suisse en matière de responsabilité pénale de l'entreprise prévoit de sanctionner d'une amende pouvant aller jusqu'à 5 millions de francs suisses :

- l'entreprise au sein de laquelle un crime ou un délit a été commis dans l'exercice d'activités commerciales conformes au but de l'entreprise lorsque l'infraction ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison d'un manque d'organisation de l'entreprise (art. 102 al. 1 projet CPS) ;
- l'entreprise au sein de laquelle une infraction particulière, expressément mentionnée dans la disposition, a été commise lorsqu'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction et cela indépendamment de la «punissabilité» de personnes physiques (art. 102 al. 2 projet CPS).

Dans ce dernier cas, les infractions mentionnées sont la participation à une organisation criminelle (art. 260 ter CPS), le blanchiment d'argent (art. 305 bis CPS), la corruption active de fonctionnaires suisses (art. 322 ter CPS), l'octroi d'un avantage (art. 322 quinquies CPS) et la corruption active de fonctionnaires étrangers (art. 322 septies CPS).

* *

En conclusion il ne paraît, en l'état actuel de la législation pénale suisse, pas possible de partager sans nuance l'avis des auteurs du rapport suisse du 19 décembre 2001 pour l'ONU selon lequel l'arsenal juridique suisse serait suffisant pour lutter efficacement contre le terrorisme et son financement.

Il est en particulier nécessaire d'appeler de ses vœux que le législateur suisse adopte, pour éviter toute situation juridique inconfortable, des normes spécifiques concernant le terrorisme et son financement à l'image de celles qui existent déjà au niveau du droit international.

En tout état il n'est pas possible d'attribuer les

lacunes actuelles du droit suisse, mises en évidence dans le présent article, à une volonté délibérée des autorités politiques helvétiques.

Au contraire, ces autorités ne cessent de manifester leur intention de se joindre au concert international de la lutte contre le terrorisme sous toutes ses formes, y compris celle de son financement.

Dans ce cadre, les autorités politiques et judiciaires suisses sont même allées jusqu'à prendre des mesures pour lutter contre le financement du terrorisme qui ne sont pas toujours rigoureusement compatibles avec les textes légaux actuellement en vigueur. ■

1 Ces autorités sont, notamment, la Commission fédérale des banques, le Ministère public de la Confédération, la Police criminelle fédérale, l'Office fédéral de la Justice, le Département fédéral des affaires étrangères notamment le Secrétariat d'Etat à l'économie, le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment.

2 Selon l'art. 1 de la Convention internationale contre la prise d'otages «Commet l'infraction de prise d'otages au sens de la présente Convention, quiconque s'empare d'une personne (ci-après dénommée "otage"), ou la détient et menace de la tuer, de la blesser ou de continuer à la détenir afin de contraindre une tierce partie, à savoir un Etat, une organisation internationale intergouvernementale, une personne physique ou morale ou un groupe de personnes, à accomplir un acte quelconque ou à s'en abstenir en tant que condition explicite ou implicite de la libération de l'otage».

3 Au 31 mars 2002 la Convention internationale du 9 décembre 1999 n'était toujours pas entrée en vigueur puisque le minimum de 22 Etats signataires prévu à l'art. 26 n'était pas encore atteint.

4 Sur cette question cf. Patrick Blaser, «L'entraide judiciaire pénale en matière fiscale entre la France et la Suisse», *Banque & Droit*, n° 78, p. 32 ss. et les références citées.

5 Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999. Elle a été introduite dans le CPS par la loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes (art. 41).

6 Cette nouvelle disposition relative au génocide a été introduite dans le cadre d'un nouveau titre du CPS (titre douze bis) consacré aux infractions contre les intérêts de la communauté internationale (*Recueil officiel* 2000 p. 2725 à 2729 ; *Feuille fédérale* 1999 p. 4911 et ss.).

7 Dans d'autres contextes le Conseil fédéral suisse a promulgué des ordonnances semblables notamment à l'encontre du Myanmar, le 2

octobre 2000, à l'encontre du Libéria, le 27 juin 2001 et, récemment, soit le 19 mars 2002 à l'encontre du Zimbabwe.

8 Directive de l'Autorité de contrôle LBA du 29 octobre 2001.

9 Certaines dispositions dérogent à cette règle comme par exemple l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305 bis CPS : amende maximum de 1 million de francs suisses).

10 Liste Bush 1 selon lettre d'information n° 4 du 12 octobre 2001; Listes Bush 2A et 2B selon lettre d'information n° 5 du 29 octobre 2001; Liste Bush 3 selon lettre d'information n° 6 du 26 novembre 2001; Listes Bush 5 et 6 selon lettre d'information n° 8 du 21 décembre 2001 ; Listes Bush 7 et 8 selon lettre d'information n° 9 du 25 janvier 2002.

11 Directive de l'Autorité de contrôle LBA du 29 octobre 2001.

12 Rapport de la CFB du 14 mars 2002, p. 4.

13 Sur la définition du délit d'initié selon le droit suisse et l'entraide administrative internationale en matière de délit d'initié cf. Patrick Blaser, «Délits boursiers : la coopération entre la Commission française des opérations en bourse (Cob) et les autorités suisses», *Banque & Droit*, n° 80, p. 6 et ss. et les références citées ; ainsi que Carlo Lombardini, «L'entraide internationale en matière boursière en droit suisse», *Banque & Droit* n° 74 p. 18 ss.

14 Effectuées par les participants de la SWX (warrants), d'Eurex (dérivés standardisés) et de la virt-x (*blue-chips* SMI).

15 Rapport de la CFB du 14 mars 2002 sur la lutte contre le financement du terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001 p. 4 et 5.

16 Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du Code pénal suisse, FF 1999 III p. 1943 et ss., «Titre septième : responsabilité de l'entreprise».

17 Rapport suisse du 19 décembre 2001 pour l'ONU p. 12.