

Document	<b>SJ 2000 II p. 304</b>
Auteur(s)	<b>Benoît Chappuis</b>
Titre	<b>La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence</b>
Publication	<b>La Semaine judiciaire - doctrine</b>
Editeur	<b>Bernard Bertossa, Laura Jacquemoud-Rossari, François Chaix, François Bellanger, Sylvain Marchand, Grégory Bovey</b>
Anciens Editeurs	<b>Bernard Corboz</b>
Maison d'édition	<b>Société genevoise de droit et de législation</b>

## **La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence**

par Benoît CHAPPUIS, diplômé d'études supérieures en droit, avocat, ancien Bâtonnier

---

**SJ 2000 II p. 304**

L'article qui précède met en lumière les relations qui existent entre le droit pénal et le droit civil. Faites d'un mélange paradoxal d'autonomie et de dépendance, ces relations doivent s'inscrire -- la professeure Cassani le dit -- dans un cadre censé assurer notamment une unité axiologique et téléologique. Un droit ne devrait pas déclarer licite ce que l'autre s'emploie à interdire. Des valeurs identiques devraient, idéalement, fonder les deux droits, même à des conditions différentes.

L'une des facettes de ces relations peut être illustrée de façon particulièrement intéressante lorsqu'il s'agit de cerner la notion de l'illicéité civile; elle est un sujet de prédilection pour observer la réalisation de l'unité axiologique. Comment, en effet, mieux examiner si deux droits tendent au même but et protègent des valeurs communes qu'en observant les comportements qu'ils s'accordent à prohiber?

L'occasion d'analyser la façon dont l'illicéité civile peut trouver sa source dans la loi pénale nous est donnée par un récent arrêt de la Cour de justice civile de Genève<sup>1</sup> rendu en matière de responsabilité civile du blanchisseur d'argent sale. La Cour avait à juger d'une action introduite par la victime d'une infraction qui réclamait le montant de son préjudice à une banque à laquelle elle reprochait d'avoir, par négligence, permis que le produit de l'infraction fût blanchi.

---

**SJ 2000 II p. 304, 305**

<sup>1</sup> Arrêt de la Cour de justice de Genève du 20 février 1998 dans la cause JAM c. B. Bank PLC, SJ 1998 646.

La question qui va nous occuper n'est pas de savoir s'il est souhaitable ou non que le blanchisseur soit tenu civilement responsable de son comportement négligent, ni de plaider en faveur de l'une ou l'autre thèses. Il ne sera pas non plus question d'un sujet d'envergure qui est celui de savoir quel est le lien de causalité entre le comportement du blanchisseur et le dommage subi par la victime de l'infraction commise en amont. Il va simplement s'agir d'analyser le mécanisme employé par la Cour pour fonder l'illicéité du comportement de la banque et de s'interroger sur la pertinence de la démarche.

Le point central qui va retenir notre attention est la façon dont on peut fonder l'illicéité civile du comportement du blanchisseur. On sait que, pour qu'un préjudice puisse être réparé sur la base de l'article 41 CO, il faut qu'il ait été causé de manière illicite. Dans l'arrêt précité, la Cour a considéré que l'illicéité du comportement de la banque résultait de l'art. 305 bis CP, disposition réprimant le blanchiment d'argent. Cette conclusion s'est imposée à la Cour quand bien même la banque n'avait fait preuve que de négligence dans sa façon d'agir alors que l'article 305 bis CP sanctionne quant à lui un acte intentionnel.

Un bref rappel s'impose: l'illicéité n'est pas définie par la loi civile et il convenait donc d'en cerner les contours. La conception qui s'est imposée au fil des années, tant en doctrine qu'en jurisprudence, est celle dite de l'illicéité objective: l'acte dommageable n'est illicite que pour autant qu'il lèse un droit absolu (vie, intégrité corporelle, propriété). A cet égard, il est de jurisprudence constante que le patrimoine n'est pas protégé en tant que tel<sup>2</sup> même si certains des éléments qui le composent (les biens qui sont la propriété d'un particulier au sens des articles 641 ss CC) le sont<sup>3</sup>.

L'acte est toutefois également illicite s'il contrevient à une norme de comportement destinée à protéger le lésé<sup>4</sup>. Cette norme peut précisément être l'une des dispositions de la loi pénale. Par ce biais, et à cette condition seulement, les éléments du patrimoine qui ne sont pas objet de droits absolus sont également protégés par la loi civile. Cette dernière ordonne alors la réparation des atteintes qui leur sont portées.

---

#### SJ 2000 II p. 304, 306

L'exemple classiquement donné est celui de l'escroquerie pénale: sa victime, dont seuls des droits relatifs (créances, prétentions contractuelles, etc.) auraient été atteints, est également victime d'un acte illicite entraînant une réparation civile.

Dans le cadre restreint de notre réflexion, nous allons nous concentrer sur l'illicéité d'un comportement dommageable qui trouverait sa source dans l'article 305 bis du CP parce que la transposition de cette norme nouvelle en droit civil illustre de manière frappante la question qui nous retient. En apparence pourtant, cette dernière ne semble pas poser des problèmes insurmontables: il suffit de déterminer d'une part si la norme pénale protège les intérêts des particuliers et, d'autre part, si le dommage subi par la victime est précisément de ceux que le respect de la norme était censé prévenir<sup>5</sup>. Une réponse affirmative à ces deux questions devrait conduire au constat que l'acte de blanchiment est illicite au sens de l'art. 41 CO.

Il est vrai que la première de ces questions, soit celle de la détermination du bien juridiquement protégé, n'est pas toujours tâche facile et la problématique du blanchiment d'argent sale a présenté à cet égard des difficultés particulières. Parce qu'il est classé parmi les crimes et délits contre l'administration de la justice, il ne s'imposait pas forcément à l'esprit que l'article 305 bis CP fût également une norme de protection des particuliers. On pourrait ainsi soutenir, en se basant exclusivement sur une interprétation systématique de la loi, que le seul bien juridiquement protégé est

---

<sup>2</sup> ATF 119 II 127 = JT 1994 I 299, 300; ATF 118 Ib 473 = JT 1994 I 650.

<sup>3</sup> La notion d'illicéité fait actuellement l'objet de réflexions approfondies en doctrine, notamment sur la question de l'illicéité de l'atteinte purement économique. Pour une analyse critique de la conception actuelle de l'illicéité et sur la présentation des thèses en présence, il est renvoyé ici à PETITPIERRE, Les fondements de la responsabilité civile, RDS 116 (1997), 274-285.

<sup>4</sup> ATF 124 III 297 = SJ 1998 460, 463; ATF n. p. du 19 décembre 1997, SJ 1998 553, 556.

<sup>5</sup> WERRO, Les nouveautés en droit de la responsabilité civile, in Journée juridique valaisanne 1998, Contrats et responsabilité civile, chômage et Lex Friedrich, Bramois, Institut universitaire Kurt Bösch, 1998, p. 15.



l'administration de la justice de sorte que l'article 305 bis CP ne peut fonder l'illicéité civile d'une atteinte portée à un particulier.

La jurisprudence<sup>6</sup> et la doctrine<sup>7</sup> ont toutefois retenu, avec des arguments propres à entraîner l'adhésion, que cette disposition ne protège pas uniquement l'administration de la justice. L'acte de dissimulation des biens illicitement obtenus peut également porter atteinte aux intérêts patrimoniaux de la victime de l'infraction de base de sorte qu'il y a lieu de retenir que la prohibition pénale de l'acte de blanchiment a également pour but la protection des intérêts patrimoniaux des particuliers. On retiendra donc ici que le bien juridiquement protégé par l'article 305 bis CP englobe les intérêts des particuliers, à tout le moins indirectement, et qu'à ce titre il peut servir de base à la détermination de l'illicéité civile.

---

SJ 2000 II p. 304, 307

Quant à savoir si l'illicéité pénale est transposable au droit civil sans autre exigence que celles qui viennent d'être rappelées, autre est la question. Dans le domaine de la responsabilité civile, le Code des obligations a certes développé des notions qui lui sont propres, différentes de celles du droit pénal, notamment en matière de faute, quand bien même il partage avec le droit pénal un mot commun. L'unité terminologique n'est ainsi pas toujours réalisée puisque, par le même vocable, on désigne deux concepts différents.

Ainsi en va-t-il, par exemple, de la notion de complice. L'art. 50 du Code des obligations prévoit qu'en matière de responsabilité, il n'y a pas lieu de distinguer l'auteur du complice ou de l'instigateur. La jurisprudence<sup>8</sup> a depuis longtemps retenu que la complicité civile peut survenir par négligence et ne nécessite aucune concertation préalable entre l'auteur et le complice.

En droit pénal, le mot est le même mais le concept est différent: le complice est celui qui aide autrui à commettre une infraction. Il n'est pas contestable qu'on ne peut être pénalement complice qu'intentionnellement (notamment par dol éventuel), l'article 25 CPS le stipulant expressément. On ne se rend pas donc pénalement complice par négligence d'une infraction. Même concevable, une telle complicité serait non punissable (art. 18 al. 1 CPS).

L'indépendance des deux droits conduit à la création de concepts proches -- les conséquences juridiques attachées à l'aide apportée à l'auteur d'un acte dommageable -- et appelés du même nom -- la complicité -- mais leur donne un contenu différent. L'un de ces droits, le droit civil, fidèle ainsi au système général de la responsabilité civile, connaît le complice négligent. L'autre droit ne veut le complice qu'animé d'intention, étant ainsi en harmonie avec la règle générale du droit pénal qui est, sauf exception, de ne réprimer que les comportements intentionnels. Il n'y a aucun emprunt d'un droit à l'autre; l'autonomie est totale même si les appellations sont identiques.

La question qui nous préoccupe présentement est toutefois complètement différente: il ne s'agit pas d'admettre l'existence de concepts homonymes et proches de contenu mais indépendants et divergents quant à leurs exigences. Il s'agit de savoir si un concept développé dans un droit peut y être emprunté isolément et transposé dans un autre droit où il sera utilisé dans des conditions différentes. En d'autres termes, peut-on considérer l'illicéité pénale en faisant abstraction de l'élément subjectif avec lequel il compose une norme déterminée et l'incorporer à l'article 41 CO?

---

SJ 2000 II p. 304, 308

---

<sup>6</sup> ATF 120 IV 323.

<sup>7</sup> Notamment CASSANI, Commentaire du droit pénal suisse, vol. 9, crimes et délits contre l'administration de la justice, art. 303-311 CP, Stämpfli, Berne 1996, n° 3 ss, 5 ad art. 305 bis CP, p. 63.

<sup>8</sup> ATF 104 II 184, consid 1 et 2.

<sup>9</sup> GRAVEN, L'infraction pénale punissable, Stämpfli, Berne 1995, 2ème édition, p. 58-59 et 99 et ss.



Tant la théorie du droit pénal<sup>9</sup> que celle du droit civil<sup>10</sup> enseignent qu'il faut rigoureusement distinguer les différents éléments de la responsabilité, au nombre desquels l'illicéité et la faute, notions qui ne se confondent ni en droit civil ni en droit pénal. Ce constat devrait conduire à la conclusion qu'il est aisé de fonder l'illicéité civile en se basant sur celle proclamée par le droit pénal: pour cerner la notion civile, il suffirait en effet d'examiner la notion pénale correspondante. Ainsi, si un comportement est tenu pour illicite par la loi pénale, c'est-à-dire aussitôt que la "typicité" du comportement est établie par rapport à la loi pénale, il faudrait alors en conclure qu'il l'est également en droit civil. Ce dernier puiserait son contenu dans une partie sélectionnée de la loi pénale.

Cette façon de procéder est celle qui a les faveurs de la jurisprudence et de la doctrine majoritaire. Il faut lui reconnaître une logique certaine -- la transposition d'une branche du droit à l'autre de notions similaires -- et une simplicité d'application. Prima facie, on ne saurait mieux répondre à l'exigence d'unité du droit qu'en procédant de la sorte puisqu'on assure l'identité des notions. Cela n'est toutefois pas certain, car on ne peut s'empêcher de trouver également un aspect artificiel à cette sorte de dissection de la norme qui, si elle est justifiée dans le cadre d'une analyse conduite au sein de l'un ou l'autre de ces droits -- pénal ou civil -- peut devenir critiquable lorsqu'il s'agit d'extraire une notion isolée pour l'incorporer à une norme tierce.

Peut-on, comme la jurisprudence le suggère, considérer une infraction pénale, sans la dénaturer, comme un ensemble d'éléments séparables ou, au contraire, faut-il la considérer comme un tout répondant à une logique interne et plus encore à l'expression d'une politique répressive qui fixe les conditions dans lesquelles un acte doit être réprimé? La loi elle-même ne donne guère d'indications sur la juste façon de procéder et peu d'auteurs ont abordé la matière avec un regard critique.

La question a évidemment une importance dans tous les cas où la loi pénale ne punit qu'un comportement intentionnel de l'auteur, soit la majorité des cas puisque l'article 18 al. 1 CP prévoit que, sauf disposition expresse de la loi, seul est punissable celui qui commet intentionnellement un crime ou un délit. Or, on sait qu'inversement la loi

---

**SJ 2000 II p. 304, 309**

civile rend indifféremment responsable l'auteur d'un acte illicite selon qu'il aura agi intentionnellement ou par négligence (article 41 CO).

Tel est précisément le cas de l'article 305 bis CP: seule l'intention rend punissable l'auteur d'un acte de blanchiment. Contrairement au projet initial Bernasconi<sup>11</sup> sur le blanchiment d'argent, le législateur n'a en effet pas retenu que la négligence pouvait suffire à placer l'auteur d'un acte de blanchiment sous le coup de la loi pénale. A cet égard, il faut relever qu'il n'est pas contestable que la formule (inspirée de celle du recel, art. 160 CP<sup>12</sup> "savait ou devait présumer" utilisée à l'art. 305 bis CP vise tant l'intention pure et simple que le dol éventuel mais non la négligence<sup>13</sup>.

On se souviendra d'ailleurs que la question avait donné lieu à un vif débat dans les milieux juridiques, économiques et politiques au moment de l'élaboration de la norme. Tenants de la punissabilité de la négligence et tenants de la thèse inverse s'étaient longuement affrontés sur la question. Les premiers craignaient que la norme manque son but en laissant la négligence impunie alors que les autres redoutaient que les transactions financières soient rendues difficiles à l'excès. Ce sont finalement les vues

---

<sup>10</sup> Par exemple DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2ème édition, Stämpfli, Berne 1982, p. 68. Pour une analyse critique, cf. WERRO, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund, RDS 116 (1997), 371.

<sup>11</sup> BERNASCONI, Le blanchissage d'argent en droit pénal suisse: rapport explicatif avec proposition de révision législative (nouvel art. 305 bis CP); par mandat du Département fédéral de justice et police, Département fédéral de justice et police, Berne 1986.

<sup>12</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse (législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance dans les opérations financières) du 12 juin 1989, FF 1989 II 961, 984.

<sup>13</sup> ATF 119 IV 242.



des ces derniers qui se sont imposées<sup>14</sup>. Que l'on approuve ou que l'on regrette ce choix, il faut en tout cas retenir que c'est un choix législatif clair qui est exprimé dans l'art. 305 bis CP et que c'est à dessein que la négligence a été laissée hors de son champ d'application. Pour ce seul motif déjà, il me paraît problématique de vouloir en faire abstraction.

Certains auteurs tranchent la question de la transposition de l'illicéité pénale dans la norme civile en affirmant que l'élément subjectif pénal n'a pas à être pris en considération dans le raisonnement civil sans toutefois véritablement révéler le fondement de leur avis. Ainsi Piotet pour qui "l'illicéité est une notion objective. L'acte qui est réprimé par le droit pénal, s'il est intentionnel est illicite et il le reste sur le plan civil notamment s'il est commis par négligence et n'est donc pas punissable."<sup>15</sup>. Si l'on retient avec Piotet l'idée que

---

**SJ 2000 II p. 304, 310**

l'illicéité serait une notion objective -- c'est d'ailleurs ce qu'énonce la jurisprudence -- on ne discerne toutefois guère pourquoi cela aurait pour conséquence inéluctable celle qui est énoncée par cet auteur. Le fait que l'illicéité pénale soit objective n'implique pas nécessairement que l'on puisse l'isoler des conditions qui l'entourent au sein de la norme avant d'être transportée dans un autre environnement pour y jouer un rôle qui peut aller largement au-delà du but de sa norme d'origine. On peut enfin déceler dans l'énoncé de Piotet une contradiction de langage qui nous ramène au coeur du sujet: comment parler d'un acte "réprimé" au plan pénal -- et partant illicite -- tout en envisageant simultanément sa non-punissabilité en cas de négligence. Le fait de réprimer un acte est résolument antinomique avec la notion de la non-punissabilité de ce même acte qu'évoque Piotet.

Autrement dit, force est de constater que le droit pénal réprime un acte à certaines conditions strictement nécessaires, dont le plus souvent l'existence de l'élément subjectif qu'est l'intention. Transposer du droit pénal en droit civil cet acte qui serait réputé "réprimé" quoique "non punissable" constitue non seulement une contradiction de langage mais également un travestissement de la norme pénale dont on n'utilise qu'une partie sachant qu'elle ne peut avoir d'existence si elle n'est pas liée au reste de la norme dont elle est extraite.

Cette façon de procéder nécessiterait à tout le moins que les stricts principes théoriques qui la sous-tendent soient d'application constante. Or, il faut remarquer que les distinctions théoriques ne sont, tant s'en faut, pas toujours respectées. Ainsi en matière d'homicide par négligence, la jurisprudence a-t-elle lié fortement la notion d'illicéité pénale à celle de faute. Déterminer le degré de diligence due, et donc déterminer l'éventuelle illicéité pénale d'un comportement en cas d'absence de cette diligence, se fait en tenant compte des circonstances personnelles de l'auteur. Cela revient pratiquement à un examen anticipé de la faute ce qui fait dire à Corboz<sup>16</sup> qu'on ne voit plus très bien sur quoi devrait porter l'examen de cette dernière lorsque le moment sera venu.

La confusion des notions va même plus loin lorsqu'on introduit, comme le fait la jurisprudence, dans l'examen de l'illicéité celui des notions de "prévisibilité" et d'"évitabilité" qui relèvent normalement de la causalité<sup>17</sup>.

La jurisprudence rendue en matière d'homicide par négligence fait ainsi montre d'un assez grand pragmatisme approuvé par un commentateur comme le juge fédéral Corboz qui expose que certaines

---

**SJ 2000 II p. 304, 311**

---

<sup>14</sup> Message du Conseil fédéral, FF 1989 II 961, 979.

<sup>15</sup> PIOTET, Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Stämpfli, Berne 1994, n° 321.

<sup>16</sup> CORBOZ, L'homicide par négligence, SJ 1994, p. 174, 187 et 196.

<sup>17</sup> CORBOZ, op. cit., p. 174, 186 et 204.

des distinctions opérées traditionnellement dans la doctrine, distinctions dont il attribue la paternité au goût méthodique de l'esprit germanique, ne sont que de peu d'utilité. Ainsi loin d'en être resté à l'examen successif des diverses conditions séparées (illicéité, faute, causalité) on a peu à peu passé à une analyse globalisante<sup>18</sup> du comportement de l'acte incriminé, reliant l'illicéité à la faute tout en y mêlant des éléments de causalité.

La pureté du principe cède le pas lorsque la difficulté de maintenir des distinguos abstraits pousse l'interprète aux confins de la logique. Ainsi en va-t-il des infractions par omission où le devoir juridique d'agir, la prévisibilité des conséquences ou la causalité hypothétique s'entremêlent pour former finalement un reproche global à l'auteur d'un comportement dommageable. A tout le moins dans le domaine de l'homicide par négligence, il est donc aujourd'hui impossible d'affirmer, comme le fait Piotet, que l'illicéité est une notion objective qui pourrait être isolée et détachée de la notion de faute. Cette approche ne me semble donc pas devoir conduire à un résultat qui s'impose.

Il faut alors s'interroger sur la question de savoir si la loi elle-même ne contiendrait pas des dispositions qui comporteraient des éléments de réponse à la question que nous nous posons: faut-il tenir compte de l'élément subjectif du droit pénal dans l'analyse de l'illicéité civile? C'est par l'affirmative -- mais à mon avis à tort -- que la jurisprudence y a répondu. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en matière de responsabilité civile du blanchisseur ayant agi par négligence, la Cour de justice, consciente de ce que la loi pénale ne réprime que l'intention, a surmonté la difficulté en invoquant l'art 53 al. 2 CO et la jurisprudence rendue en application de cette disposition légale<sup>19</sup>. Le rappel auquel la Cour a procédé est toutefois inexact. Sur la base de l'article 53 CO, la Cour a en effet estimé que le juge civil pouvait apprécier les faits de façon autonome et ne pas être "lié par les règles du droit pénal, notamment du point de vue de la faute"<sup>20</sup>. Forte de cette constatation, la Cour a retenu qu'il suffisait qu'on soit en présence d'un acte objectivement répréhensible pour fonder le caractère illicite d'un acte en droit civil.

Ce n'est ni ce que dit l'art. 53 al. 2 CO ni ce qu'énonce la jurisprudence. Le Code des obligations n'affirme pas que le juge civil n'est pas lié par les règles du droit pénal; il énonce que le jugement pénal ne lie pas le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage.

---

**SJ 2000 II p. 304, 312**

Même si la doctrine considère à juste titre que l'art. 53 CO est une norme peu claire<sup>21</sup> il apparaît qu'il s'agit principalement d'une règle de procédure donnant au juge civil une liberté d'appréciation de la faute par rapport à l'appréciation portée par le juge pénal. La doctrine ajoute d'ailleurs que, en l'absence d'une règle contraire en procédure cantonale<sup>22</sup>, cette liberté est donnée au juge civil non seulement en ce qui concerne l'appréciation de la faute mais également en matière d'appréciation de l'illicéité<sup>23</sup>.

L'art. 53 CO ne dit rien en revanche, malgré une note marginale ambiguë ("relation entre le droit civil et le droit pénal") sur la relation de fond entre ces deux droits. C'est donc dire que si l'interprétation de la Cour de la notion d'illicéité civile trouve à l'évidence son fondement dans la doctrine majoritaire, elle ne saurait en revanche trouver son assise dans l'art. 53 al. 2 CO dont la portée est, en réalité, beaucoup plus restreinte que celle qu'elle lui a attribuée.

Toujours en se demandant si la loi contient un élément de réponse à notre question, il faut se référer à une disposition méconnue mais intéressante qui est l'article 50 al. 3 CO: dans le cadre de la réglementation de la responsabilité plurale en cas d'acte illicite, cet alinéa prévoit que "le receleur n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part

---

<sup>18</sup> CORBOZ, op. cit, p. 174.

<sup>19</sup> Notamment l'ATF 108 II 422 = JT 1983 I 104.

<sup>20</sup> SJ 1998, 647.

<sup>21</sup> BREHM, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR; Stämpfli, Berne 1998, 2ème édition, n° 3 ad art. 53 CO.

<sup>22</sup> SJ 1932, 369.

<sup>23</sup> BREHM, op. cit. n° 26 ad art. 53 CO.



du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération". L'existence de cette disposition pourrait se révéler riche d'enseignements pour notre sujet puisque l'analogie entre le receleur et le blanchisseur est grande: tous deux commettent un délit du fait qu'ils traitent avec le produit d'une infraction commise en amont.

L'art. 50 al. 3 CO a été édicté à une époque où l'art. 305 bis CP n'existait pas et on peut s'interroger sur la question de savoir s'il n'y a pas une lacune qu'il conviendrait de combler en appliquant l'art. 50 al. 3 CO au blanchisseur. Quelle que soit la réponse donnée à cette question, il faut toutefois constater qu'elle ne résoudrait pas le problème que nous avons soulevé à savoir le rôle de l'élément subjectif. L'article 50 al. 3 CO, en rendant responsable le receleur, entend-il se référer à la notion pénale, soit celle de l'article 160 CP (144 aCP)<sup>24</sup>? Si tel est le cas, seul le receleur intentionnel est civilement responsable puisque l'art. 160 CP ne réprime pas le comportement

---

**SJ 2000 II p. 304, 313**

négligent. Brehm, dans son commentaire de l'art. 50 al. 3<sup>25</sup> répond sans hésitation que les conditions pénales sont transposables ("übertragbar") au droit civil. Cet avis devrait donc conduire à la conclusion que seul le comportement intentionnel est pris en compte par le Code des obligations, puisqu'il serait soumis aux mêmes conditions que la loi pénale.

Brehm apporte toutefois une précision qui vient troubler cette certitude: après avoir prôné la transposabilité des conditions, il affirme en effet que la norme pénale réprime tant l'intention que la négligence de sorte que la loi civile en ferait alors de même. La prémisse de son raisonnement est malheureusement inexacte: le recel, nous l'avons vu, n'est pas punissable par négligence. C'est donc sur la base d'un faux concept de droit pénal que Brehm construit sa transposition en droit civil. On ne sait si cet auteur, qui ne développe guère la question pour le surplus, aurait exposé de la même façon la "transposabilité" des conditions pénales s'il avait eu conscience que, contrairement au droit civil, le droit pénal ne tenait pas compte de la négligence dans ses conditions d'application.

En conclusion sur ce point, on doit retenir que l'art. 50 al. 3 CO n'apporte aucun élément susceptible d'entraîner l'adhésion dans un sens ou dans un autre.

Seul un auteur s'est à ce jour clairement prononcé sur la question. Aepli<sup>26</sup> retient, comme je viens de le faire, que la norme pénale comporte des éléments objectifs et des éléments subjectifs et que ceux-ci ne sont pas moins importants que ceux-là de sorte que la relation entre les uns et les autres est déterminante. A juste titre fait-il remarquer que le juge civil peut vouloir, dans sa réflexion sur l'illicéité, s'inspirer d'un élément d'une norme pénale. Il propose alors, et je pense que cette réflexion est fondamentalement exacte, de travailler par la voie de l'analogie et non par l'application directe lorsqu'il y a divergence entre les éléments subjectifs des deux normes. Aepli souligne à raison<sup>27</sup> que la démarche analogique implique que l'on s'interroge sur la question de savoir si une norme (la norme concrète de protection du patrimoine) qui a une conséquence juridique propre (par exemple une sanction pénale étatique) peut servir de base pour une autre conséquence juridique, à savoir l'obligation de réparer tout dommage résultant d'un comportement illicite.

---

**SJ 2000 II p. 304, 314**

La réflexion n'est, à mes yeux, pas seulement théorique, faite pour le seul goût de la classification juridique. L'application directe implique un automatisme, une transposition pour reprendre les termes de Brehm. Le comportement serait illicite au plan civil parce qu'il l'est au plan pénal, même si en affirmant cela, on dénature la

---

<sup>24</sup> A noter que si les textes français du Code des obligations et du Code pénal parlent tous deux de "receleur", les textes allemands emploient une terminologie divergente. Le Code des obligations parle de "Begünstiger" alors que le Code pénal retient le terme de "Hehler".

<sup>25</sup> BREHM, op. cit., n° 68 ad art 50 OR.

<sup>26</sup> AEPLI, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, RSJ 93 (1997), 405.

<sup>27</sup> AEPLI, op. cit., p. 408.



norme pénale parce qu'on en viole l'unité, constituée de la réunion d'un élément subjectif et d'un élément objectif. L'application par analogie, voire la création prétorienne de sources de responsabilité, impliquent une réflexion d'une tout autre nature et d'une tout autre ampleur de la part du juge. Même autorisé par la loi (art. 1 CC), c'est n'est qu'au terme d'une démarche motivée et relativement exceptionnelle que le juge procède de la sorte.

La création d'un état de chose dangereux<sup>28</sup>, la culpa in contrahendo et, plus récemment, la responsabilité fondée sur la confiance<sup>29</sup> sont autant de créations de la jurisprudence. Elaborés sur la base de réflexions de fond, ces concepts, qu'ils rencontrent l'adhésion ou la critique de la communauté juridique, revendiquent clairement leur nouveauté et cherchent à s'insérer dans la cohérence du système de la responsabilité civile.

L'unité téléologique, à laquelle se réfère la professeure Cassani, peut certes conduire à l'élaboration de deux systèmes obéissant à des conditions différentes mais tendant au même but: subsidiaire et constituant l'ultima ratio, le droit pénal n'appréhendera un comportement que pour autant qu'il soit intentionnel alors que le droit civil, dans le même souci de réparer une atteinte faite au patrimoine d'autrui, conditionnera son application déjà à la négligence. Mais le droit civil devra alors s'interroger sur la pertinence de sa solution comme il l'a fait dans des sujets divers comme ceux que je viens d'évoquer qu'il s'agisse de l'état de chose dangereux, de la culpa in contrahendo, de la responsabilité fondée sur la confiance mais également de tromperie intentionnelle, des renseignements inexacts et d'autres sujets encore.

La question qui se posait ici n'était donc pas de savoir, si le blanchisseur par négligence doit ou ne doit pas répondre du dommage subi par la victime de l'infraction de base. C'est un sujet en soi qui mériterait une réflexion approfondie. La conclusion à laquelle on parvient en revanche est que l'acceptation de la responsabilité civile du blanchisseur par négligence en prenant appui, par simple transposition, sur l'illicéité pénale extraite d'une norme réprimant exclusivement l'intention n'est pas satisfaisante parce qu'elle méconnaît le contenu véritable de l'art. 305 bis CP. Même si l'on veut approuver le résultat

---

**SJ 2000 II p. 304, 315**

auquel la Cour genevoise est parvenue -- la responsabilité de la banque et chacun peut avoir son avis sur le sujet -- la méthode est insatisfaisante parce que créant un lien artificiel entre le droit civil et le droit pénal<sup>30</sup>.

Il faut ajouter que le débat, pour autant que les thèses défendues par Aepli soient reprises par d'autres auteurs à l'avenir, n'est pas prêt de se conclure. L'avant-projet sur la révision du droit de la responsabilité civile contient en effet une définition (art. 13) selon laquelle il y a illicéité lorsque "le fait dommageable porte atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique". L'alinéa 2 de cette disposition, ajoute: "Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel"<sup>31</sup>. La problématique que je viens d'esquisser ne trouve pas de réponse dans cet avant-projet puisque la simple mention d'une "interdiction de l'ordre juridique" laisse entière la question de savoir s'il faut ou non faire abstraction de l'élément subjectif contenu dans cette interdiction<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Notion aujourd'hui abandonnée en tant que telle, ATF 124 III 297; ATF 123 III 306.

<sup>29</sup> ATF 120 II 331= JT 1995 I 359, ATF 121 III 350.

<sup>30</sup> Cette décision n'a pas donné lieu à des commentaires en doctrine sinon celui de THEVENOZ, RSDA, 4/99, p. 192, 195, le droit bancaire privé suisse, qui fait part de ses doutes quant à la solution retenue par la Cour en remarquant que "Fragwürdigerweise halten die Genfer Richter fest, der Vorsatz sei zwar ein subjektives Tatbestandsmerkmal der Strafnorm, jedoch keine Voraussetzung der Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR, wo Fahrlässigkeit ausreiche (vgl. Art. 53 OR)".

<sup>31</sup> RDS 116 (1997) p. 413.

<sup>32</sup> La question de la relation entre l'illicéité et la faute est du reste débattue dans le cadre de la responsabilité civile elle-même. Sur ce point, PETITPIERRE, op. cit. p. 280; TERCIER/WERRO, Les grandes notions de la RC: quoi de neuf? in Journées du droit de la circulation routière, Fribourg 1996, p. 29 et WERRO, Die Sorgfaltspflichtverletzung als





---

SJ 2000 II p. 304, 316