



HAL
open science

L'infraction de blanchiment. Répression pénale et prévention en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Espagne, en Italie et en Suisse : note de synthèse

Daniela Borcan

► To cite this version:

Daniela Borcan. L'infraction de blanchiment. Répression pénale et prévention en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Espagne, en Italie et en Suisse : note de synthèse. 2016. hal-01991298

HAL Id: hal-01991298

<https://hal.science/hal-01991298v1>

Preprint submitted on 23 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



L'INFRACTION DE BLANCHIMENT

REPRESSION PENALE ET PREVENTION

ALLEMAGNE, ANGLETERRE ET PAYS DE GALLES,
ESPAGNE, ITALIE, SUISSE

Note de synthèse

Par

Daniela BORCAN, Docteur en droit, Université de Poitiers

A jour au 30 avril 2016

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

LEGISLATION DE L'UNION EUROPEENNE

Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (dite 1^{ère} directive anti-blanchiment)

Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001, modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (dite 2^{ème} directive anti-blanchiment)

Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (dite 3^{ème} directive anti-blanchiment) et

Directive 2006/70/CE de la Commission du 1^{er} août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des «personnes politiquement exposées» et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée

Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (dite 4^{ème} directive anti-blanchiment)

2

LEGISLATION INTERNATIONALE

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 1988, Vienne, 20 décembre 1988

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, à la recherche, à la saisie et à la confiscation des produits de la criminalité, STCE n° 141, Strasbourg, 8 novembre 1990

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STCE n° 198, Varsovie, 16 mai 2005

SYNTHESE

La présente note constitue la synthèse d'un rapport qui étudie, dans une perspective comparatiste, le blanchiment de capitaux dans cinq pays voisins de la France, à savoir l'Allemagne, l'Angleterre et le Pays de Galles¹, l'Espagne, l'Italie et Suisse.

Sont abordées ci-dessous :

- premièrement, **la répression pénale (I)**. Sont analysées **les dispositions légales** portant définition des infractions et des peines encourues (A) et **leur mise en œuvre** selon les modalités de preuve des éléments objectif et subjectif (B). Les monographies nationales détaillent cette mise en œuvre également à travers une évaluation du nombre des poursuites engagées et des condamnations prononcées ainsi que du niveau des peines prononcées (dans la mesure des statistiques disponibles). Elles présentent également la nature et l'éventuelle spécialisation des juridictions et des organes d'enquête ;

- deuxièmement, **les mesures et les dispositifs de prévention (II)**, avec un regard particulier pour le secteur non financier, et notamment les **professions du chiffre et du droit (A)**. Sont exposées les **principales obligations de prévention** et notamment l'obligation de vigilance et de déclaration de soupçon (B). Sont présentées les **modalités d'implication des professionnels dans la prévention (C)**.

En outre, les monographies nationales, non publiées ici, analysent la fraude fiscale, à la fois comme infraction préalable au blanchiment et domaine spécifique de la prévention de ce dernier.

Le cadre législatif de la lutte contre le blanchiment est tout d'abord international. Parmi les pays étudiés, les quatre pays membres de l'Union européenne ont ratifié les deux conventions des Nations unies, l'une contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988) et l'autre contre la criminalité transnationale organisée (New-York, 15 novembre 2000) ainsi que les deux conventions du Conseil de l'Europe relatives au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (Strasbourg, 8 novembre 1990 et Varsovie, 16 mai 2005) ; ces pays sont également adhérents au Groupe d'action financière (GAFI) et appliquent les Recommandations de celui-ci. Il en est de même pour la Suisse, réserve faite de la non-ratification par ce pays de la convention du Conseil de l'Europe de 2005.

¹ Ci-après l'Angleterre. Si le système anglais fait seul l'objet du rapport, nous pouvons préciser que la législation britannique anti-blanchiment est commune à l'Angleterre, à l'Ecosse et à l'Irlande du Nord et que des grandes similitudes existent dans la mise en œuvre des règles dans les trois juridictions.

Sont ensuite (et surtout) à mentionner les trois **directives européennes anti-blanchiment** (91/308/CEE, 2001/97/CE, 2005/60/CE), transposées par les quatre pays membres de l'Union, ainsi que la quatrième directive [(UE) 2015/849] qui a pour délai limite de transposition le 26 juin 2017. Ces dispositions du droit de l'Union européenne, d'harmonisation minimale, trouvent un écho législatif en Suisse, en raison des rapports étroits que la Confédération entretient avec l'Union et du fait qu'à l'arrière-plan des directives européennes se trouvent les Recommandations du GAFI (les dernières adoptées en février 2012).

Les grandes lignes des dispositions anti-blanchiment sont communes (car fidèles aux exigences internationales) alors que leur **mise en œuvre dans chaque Etat** peut faire apparaître, en raison des particularités nationales, des différences de réglementation. Ainsi, en Suisse, la pénalisation de l'évasion fiscale est récente et celle du blanchiment du produit ainsi obtenu date seulement du 1^{er} janvier 2016. De même en Angleterre, l'affaire *Panama Papers* a mis en lumière le fait que, si ce pays est lui-même relativement transparent d'un point de vue financier et dispose d'une législation nationale conforme aux standards internationaux (parfois même plus exigeante), les relations avec ses territoires d'outre-mer dépendants de la Couronne restent opaques et les règles applicables non conformes.

I. LA REPRESSION PENALE DU BLANCHIMENT

A. DISPOSITIONS LEGALES NATIONALES/FEDERALES

DEFINITION DES INFRACTIONS

Afin d'appréhender pénalement l'ensemble du phénomène de blanchiment, les standards européens et internationaux exigent, d'une part, l'incrimination des actes accomplis dans le but de dissimuler, de déguiser ou d'empêcher l'identification de l'origine délictueuse de biens et, d'autre part, des actes d'acquisition, de détention ou d'utilisation de biens délictueux, sans omettre l'incrimination particulière d'auto-blanchiment.

Les deux types d'**actes de blanchiment** cités sont incriminés dans les quatre pays de l'Union européenne étudiés, alors que le droit suisse ne pénalise que le premier type.

L'**auto-blanchiment** est puni sur le fondement d'une jurisprudence constante en Angleterre, en Espagne et en Suisse, mais, dans ce dernier pays, contre l'avis majoritaire de la doctrine. L'auto-blanchiment est aussi puni en Italie par une disposition légale expresse entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Enfin, en Allemagne où l'auto-blanchiment n'est pas à ce jour incriminé, un projet de loi visant à combler cette lacune, a été adopté par le *Bundestag* en avril 2016 et se trouve actuellement soumis au *Bundesrat*.

DEFINITION DES PEINES

Une autre voie d'action contre le blanchiment est celle de la promulgation et de l'application de peines dissuasives.

	<i>Allemagne</i>	<i>Espagne</i>	<i>Italie</i>	<i>Angleterre</i>	<i>Suisse</i>
Peines encourues	3 mois/5 ans et amende	6 mois/6 ans et amende	6 ans/12 ans et amende	6 mois maxi et/ou amende	3 ans maxi ou amende
Circonstances aggravantes	6 mois/10 ans et amende (bande organisée ; infraction d'habitude)	3 ans/6 ans et amende (bande organisée ; infraction d'habitude)		14 ans maxi et/ou amende	5 ans maxi et amende/ ou amende
Circonstances atténuantes <i>(notamment en cas d'imprudence)</i>	2 ans maxi ou amende	6 mois/2 ans et amende	4ans/8 ans et amende (3 ans/6 ans et amende si collaboration avec les enquêteurs)		

5

B. MISE EN ŒUVRE

Selon sa définition, le blanchiment est une infraction de conséquence, ce qui implique de rapporter la preuve que les biens considérés proviennent d'une infraction préalable (élément objectif) et que l'auteur connaissait cette provenance délictueuse (élément subjectif). L'ensemble des systèmes considérés font état de cette double difficulté de preuve et ont tous introduit des assouplissements jurisprudentiels des règles probatoires.

MODALITES DE PREUVE DE L'ELEMENT SUBJECTIF

Ainsi, en Allemagne, tandis que le code pénal requiert **la connaissance de l'origine délictueuse des biens**, la jurisprudence admet que la négligence et l'imprudence graves, comme le manque flagrant de vigilance débordant les limites du bon sens, peuvent suffire à caractériser l'infraction.

En Espagne, le code pénal punit au titre du blanchiment les seuls agissements intentionnels et l'interprétation de cette disposition conduit notamment à exiger la connaissance, par l'auteur, de l'origine délictueuse des biens. Depuis 2011, la jurisprudence espagnole admet, comme élément moral suffisant de l'infraction de blanchiment, l'imprudence consistant en un défaut de la diligence requise pour éviter une violation de la loi. La connaissance de l'origine délictueuse n'est pas constituée par le simple soupçon, mais par la conscience de l'anormalité de l'opération et la

possibilité, à partir d'indices dont une jurisprudence consolidée a dressé la liste, de déduire logiquement cette origine critiquable.

En Angleterre et en Suisse, la loi exige que l'auteur ait eu **la connaissance ou un soupçon de l'origine délictueuse des biens**. La jurisprudence anglaise interprète la disposition légale pour en déduire que la loi n'exige pas que le soupçon soit « clair », ni « solidement fondé et déterminé par des faits précis », ni basé sur des « motifs raisonnables » ; elle exige la preuve que la personne poursuivie ait pensé qu'il y avait une possibilité, autre qu'hypothétique, que ces faits délictueux existaient ; un sentiment vague de malaise, un doute, une impression fugace ne sont pas suffisants. La jurisprudence suisse demande que l'auteur ait eu connaissance de circonstances faisant naître « le soupçon pressant » de faits constitutifs d'un crime et qu'il se soit « accommodé » de l'éventualité de ces faits.

MODALITES DE PREUVE DE L'ELEMENT OBJECTIF

Aucun des systèmes étudiés n'exige une condamnation pour les faits délictueux préalables au blanchiment, ni même la preuve de la réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction préalable.

Sont, en revanche, recherchés et retenus : les circonstances dans lesquelles les biens ont fait l'objet de transactions (Angleterre), les indices dont la jurisprudence a dressé la liste (Espagne), tous les éléments factuels qui, interprétés selon la logique (Italie), conduisent à déduire sans ambiguïté l'existence des faits délictueux préalables.

Cependant, malgré ces assouplissements, une statistique suisse montre que le défaut de preuve de l'infraction préalable a constitué, dans les affaires de blanchiment soumises à la justice sur la période 2008-2012, le principal motif de classement et d'acquiescement.

6

II. LA PREVENTION DU BLANCHIMENT PAR LES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE ET DU DROIT

Les pays étudiés ont tous adopté une loi anti-blanchiment qui fournit le cadre national de la prévention du blanchiment. Elle définit les professionnels tenus des obligations de prévention et le contenu même de ces obligations. Elle fait généralement obligation aux organismes d'autorégulation professionnels d'élaborer, en application de ses dispositions, des bonnes pratiques à l'usage de leurs membres.

A. LES PROFESSIONNELS TENUS DES OBLIGATIONS DE PREVENTION

Les obligations de prévention du blanchiment ont été étendues au secteur non financier par la deuxième directive européenne anti-blanchiment (2001). A ce jour, dans les quatre Etats-membres de l'Union européenne étudiés, les professionnels du droit et du chiffre tenus d'obligations de prévention du blanchiment sont désignés dans une liste dressée par les lois nationales dans des termes proches de ceux de la troisième directive européenne anti-blanchiment (art. 2, §1, 3°). Ce sont les avocats, les notaires et les membres des autres professions juridiques indépendantes qui interviennent dans les opérations immobilières et financières énumérées par la loi, les auditeurs comptables, les experts-comptables, les conseillers fiscaux, les prestataires de services aux entreprises et *trusts* pour les opérations énumérées par la loi.

Dans chaque pays, cette liste est étoffée selon les particularités nationales des professions (notamment des professions juridiques indépendantes) : sont nommés en Allemagne les conseils en brevets ou les sociétés de recouvrement ; en Angleterre les praticiens de l'insolvabilité, les *barristers*, *solicitors* et *in-house lawyers* (conseils juridiques) ; en Espagne, les professionnels dont l'office est de tenir le Registre de la propriété immobilière et le Registre du commerce, des sûretés et des droits de propriété intellectuelle ; en Italie, toute personne qui prête des services d'expertise et de conseil à titre professionnel, en matière comptable et fiscale, y compris les associations d'entrepreneurs agissant pour leurs membres.

En Suisse, les obligations légales de prévention du blanchiment, ne concernent que les « intermédiaires financiers » et les « négociants de biens ». Ainsi, parmi les professionnels du droit, les avocats ne sont tenus des obligations de prévention que pour les opérations qui n'entrent pas dans l'activité première de leur profession, comme l'administration de sociétés, la gestion patrimoniale, le conseil en matière de placement, de dépôt ou de gestion de valeurs mobilières qui s'apparentent à l'intermédiation financière.

B. LES OBLIGATIONS DE PREVENTION

OBLIGATIONS DE VIGILANCE ET DE DECLARATION DE SOUPÇON

Il apparaît que, pour définir les obligations de prévention, les dispositions nationales suivent généralement fidèlement des exigences européennes et internationales. Sur de rares points, l'exigence nationale dépasse le standard européen d'harmonisation, par hypothèse conçu *a minima* (art. 5, troisième directive européenne) ; c'est le cas, par exemple, de la durée de l'obligation de conservation des documents relevée à dix ans par les législations allemande et espagnole (contre 5 ans, art. 30, même directive).

Ont été particulièrement analysées **les obligations de vigilance dans l'identification du client / du bénéficiaire effectif et l'obligation de déclaration de soupçon**. A ce sujet, ce sont les règles de bonne conduite élaborées par les organismes d'autorégulation qui apportent précisions et nuances.

Ainsi, pour satisfaire à la vigilance requise dans une affaire donnée, le manuel de bonnes pratiques des *solicitors* anglais mentionne qu'il ne suffit pas de « cocher des cases » pour satisfaire l'approche de prévention fondée sur l'évaluation des risques de blanchiment ; les recherches, qui doivent être raisonnables et proportionnés au risque détecté, peuvent aller jusqu'à une consultation spécifique auprès d'un professionnel plus spécialisé (par exemple, un spécialiste des *trusts* lorsqu'il s'agit d'identifier le bénéficiaire effectif).

De même, le Conseil national des barreaux italiens tranche, par exemple, en faveur de l'assujettissement des avocats à l'obligation de vigilance lorsqu'ils interviennent pour des transferts de droits réels immobiliers en cas de séparation, de divorce, de partage immobilier et, d'autre part, en faveur de leur non-assujettissement à l'obligation de déclaration de soupçon pour des opérations intervenues dans des procédures d'arbitrage assimilées à des procédures judiciaires.

CONCILIATION AVEC LE DEVOIR DE SECRET

Les normes internationales et européennes (par exemple, art. 23, § 2 troisième directive européenne ; art. 34, § 2, quatrième directive), les lois nationales et les règles de bonnes pratiques prévoient des mesures destinées à concilier l'obligation de déclaration de soupçon, propre à la réglementation anti-blanchiment avec le devoir de secret, à la fois traditionnel et inhérent à l'exercice de la mission des professionnels du droit.

Ainsi, dans l'exercice de la mission spécifique de ces professionnels, l'obligation de déclaration de soupçon ne s'applique pas ; le devoir de secret s'impose.

La définition du domaine spécifique de la mission est tout d'abord donnée par les directives européennes et les lois nationales anti-blanchiment : le secret couvre les informations reçues « lors de l'évaluation de la situation juridique du client » (mission de conseil) et « dans l'exercice de la mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure » (mission d'assistance et de représentation).

Cette définition est encore affinée par les règles de bonnes pratiques professionnelles. Ainsi, la *Law Society*, organisation professionnelle des sollicitors anglais estime que sont couverts par le secret de la procédure, le conseil donné à un client afin de lui éviter de commettre une infraction et la mise en garde quant au fait que ses agissements pourraient entraîner des poursuites ; en revanche, le secret ne couvre pas les communications par lesquelles sont recherchés ou fournis des conseils en vue de la commission d'infractions, que l'avocat soit ou non conscient que ses conseils sont utilisés à de telles fins.

Selon une approche similaire, le manuel des bonnes pratiques du barreau allemand détaille les hypothèses concrètes où la déclaration de soupçon s'impose tout en recommandant néanmoins d'éviter une méfiance de principe envers le client et de n'agir notamment qu'en présence d'un faisceau d'indices concordants (client cherchant à garder l'anonymat ou ayant fourni de fausses informations ; transactions dépourvues de raison fiscale, juridique ou économique ; société cliente ayant les caractéristiques d'une société écran, par l'absence de personnel et/ou de moyens de production, etc.).

8

EVALUATION DE L'IMPLICATION DE CES PROFESSIONNELS

Un premier levier permettant d'agir en faveur du respect des règles de prévention, est celui de **la dissuasion** par l'effet des sanctions administratives et pénales applicables en cas de défaillance. A ce sujet nous mentionnons, à titre d'exemple le cas de l'Allemagne où les professionnels tenus des obligations de prévention encourent, en cas de défaillance, une amende administrative pouvant aller jusqu'à 100 000 euros pour avoir failli aux obligations relatives à l'identification du client et jusqu'à 50 000 euros pour avoir failli à l'obligation de déclaration de soupçon, ce qui est 10 fois moins que le seuil minimum fixé, en vue d'une harmonisation, par la quatrième directive européenne (art. 59). En outre, dans ce même pays, la sanction par une déclaration publique de l'identité de celui qui a failli à ses obligations de prévention (même article) semble très mal accueillie par les milieux professionnels concernés.

Le second levier, très probablement le plus important en termes d'efficacité, est celui de **la formation**. Est à rappeler ici le rôle des organismes professionnels d'autorégulation, rôle

déjà évoqué et qui semble encore mis en lumière par certaines données statistiques ; ainsi, en Espagne, le nombre des déclarations de soupçon semble augmenter au fur et à mesure de l'engagement effectif de ces organismes dans la prévention.

Le Rapport 2014 du GAFI concernant l'Allemagne relève que les déclarations effectives de soupçon du secteur non-financier, ne représentent que 1% de l'ensemble des déclarations effectives transmises à la cellule de renseignements, alors que le nombre de personnes tenues d'obligations dépasse largement celui du secteur financier. Les explications avancées retiennent, d'une part, que le volume des transactions et l'importance des valeurs observées dans les deux secteurs sont différents et, d'autre part, que le secteur non financier est moins sensibilisé, formé et contrôlé en matière de blanchiment d'argent.

Un constat similaire apparaît dans le Rapport du GAFI qui analyse la situation de l'Espagne, la même année. Ainsi, la connaissance des risques de blanchiment chez les professionnels des secteurs financier et immobilier apparaît bonne, alors qu'elle l'est moins chez les professionnels des secteurs non financiers. Sont spécialement mentionnés les avocats qui, alors qu'ils interviennent régulièrement dans un secteur à haut risques (celui de la constitution de sociétés), perçoivent leurs obligations légales de prévention comme une « charge non nécessaire » ; le GAFI est donc conduit à insister sur la nécessité d'intensifier les inspections et les actions de prise de conscience.