HAL
open science

L'INFRACTION DE BLANCHIMENT. Répression pénale et prévention. Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Espagne, Italie, Suisse.

Daniela Borcan, Michel Moreau, Jose Luis de La Cuesta, Pascal Descarpes, Rudi Fortson, Alain Macaluso, Lorenzo Picotti

To cite this version:

Daniela Borcan, Michel Moreau, Jose Luis de La Cuesta, Pascal Descarpes, Rudi Fortson, et al.. L'INFRACTION DE BLANCHIMENT. Répression pénale et prévention. Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Espagne, Italie, Suisse.. [Rapport de recherche] Ministère de la Justice. 2016. hal-02305869

HAL Id: hal-02305869

https://hal.science/hal-02305869v1

Submitted on 4 Oct 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

Révision et Synthèse par Daniela BORCAN, Docteur en droit, Juriscope

Sous la direction de Michel MOREAU, Professeur émérite

Avec la collaboration de

Jose Luis de la CUESTA, Professeur, Université du Pays Basque, Espagne

Pascal DESCARPES, Chargé de recherches, Université de Berne, Suisse

Rudi FORTSON, Professeur, Université Queen Mary – Londres, Royaume-Uni

Alain MACALUSO, Professeur, Université de Lausanne, Suisse

Lorenzo PICOTTI, Professeur, Université de Vérone, Italie

Etude réalisée à la demande du Ministère de la Justice,

Service des affaires européennes et internationales, Paris

A jour au 30 avril 2016

SOMMAIRE

L'INFRACTION DE BLANCHIMENT, REPRESSION PENALE ET PREVENTION,

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

SYNTHESE

I. La répression pénale du blanchiment
II. La prévention du blanchiment par les professionnels du chiffre et du droit

LE CAS DE L'ALLEMAGNE

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX
A. Dispositions légales
B. Evaluation des poursuites, des condamnations et des peines
C. Juridictions et organes d'enquête
II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONNELS DU DROIT ET DU CHIFFRE
A. Professionnels tenus des obligations de prévention
B. Obligations de prévention
CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT

LE CAS DE L'ANGLETERRE

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX
A. Dispositions légales et interprétation jurisprudentielle
B. Juridictions et organes de poursuite
II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE
A. Professionnels tenus des obligations de prévention
B. Obligations de prévention
C. Evaluation de l'implication des professionnels dans la prévention
CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT

LE CAS DE L'ESPAGNE

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX
A. Dispositions légales
B. Application jurisprudentielle
C. Juridictions et organes d'enquête
II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE
A. Professionnels tenus des obligations de prévention
B. Obligations de prévention
C. Evaluation de l'implication des professionnels dans la prévention
D. Prévention du blanchiment de capitaux issus de fraudes fiscales

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT

LE CAS DE L'ITALIE

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

A. Dispositions légales

B. Application jurisprudentielle

C. Juridictions et organes d'enquête

II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE

A. Professionnels tenus des obligations de prévention

B. Obligations de prévention

C. Prévention du blanchiment de capitaux issus de fraudes fiscales

D. Evaluation de l'implication des professionnels dans la prévention

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE ANTI-BLANCHIMENT

LE CAS DE LA SUISSE

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

A. Dispositions légales

B. Evaluation des poursuites, des condamnations et des peines

C. Juridictions et organes d'enquête

II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DES CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE

A. Professionnels tenus des obligations de prévention

B. Obligations de prévention

C. Prévention du blanchiment de capitaux issus de fraudes fiscales

D. Evaluation de l'implication de ces professions dans la prévention

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT

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 1ère 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 2ème 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 3ème directive anti-blanchiment) et

Directive 2006/70/CE de la Commission du 1er 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 4ème directive anti-blanchiment)

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

L'INFRACTION DE BLANCHIMENT

REPRESSION PENALE ET PREVENTION

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

SYNTHESE

6

Par

Daniela BORCAN, docteur en droit, Juriscope

Le présent rapport étudie, dans une perspective comparatiste, le blanchiment de capitaux. Il comporte la présente synthèse et cinq monographies nationales, à savoir l'Allemagne, l'Angleterre et le Pays de Galles[1], l'Espagne, l'Italie et Suisse.

Nous présentons 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 dispositifs de prévention** (II), avec un regard particulier pour le secteur non financier, et notamment les **professions du chiffre et du droit** (A). Sont analysées 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 considèrent 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 fait de la non-ratification par ce pays de la convention du Conseil de l'Europe de 2005.

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 règlementation. Ainsi, en Suisse, la pénalisation de l'évasion fiscale est récente et celle du blanchiment du produit

[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.

ainsi obtenu date seulement du 1er 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 1er 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.

	Allemagne	***Espagne***	***Italie***	***Angleterre***	***Suisse***
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 *(notamment en cas d'imprudence)*	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)		

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'acquittement.

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 règlementation 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 solicitors 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.).

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.

L’INFRACTION DE BLANCHIMENT

LE CAS DE L’ALLEMAGNE

Avec la collaboration de

Pascal DESCARPES, Chargé de recherches, Université de Berne

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Site du Ministère fédéral de la Justice : https://www.gesetze-im-internet.de

Code pénal (Strafgesetzbuch, StGB)

Code du placement de capitaux (Kapitalanlagegesetzbuch, KAGB)

Code des impôts (Abgabenordnung, AO)

Loi contre le trafic illicite de drogues et d'autres actes de criminalité organisée (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität, OrgKG)

Loi sur l'identification du produit de crimes graves, dite loi sur le blanchiment d'argent (Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten, Geldwäschegesetz – GwG)

Loi sur l´optimisation de la prévention du blanchiment d´argent (Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention, GwOptG)

Loi sur le système de crédit (Kreditwesengesetz, KWG)

Loi sur le contrôle des assurances (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG)

Loi sur le contrôle des services de paiement (Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz, ZAG)

Loi sur les services juridiques extrajudiciaires Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG)

Loi fédérale du barreau allemand (Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO)

Code de la profession d'avocat (Berufsordnung)

JURISPRUDENCE

BGH 5 StR 89/08, décision de la Cour fédérale de justice du 24 juin 2008

Haute cour administrative (Bundesverwaltungsgericht), 13.12.2011 – 8 C 24.10

RAPPORTS

Bundeskriminalamt, Financial Intelligence Unit (FIU), Germany, 2014 Annual report (Cellule fédérale de renseignement financiers, Allemagne, http://www.bka.de/nn_192960/EN/Publications/AnnualReportsAndSituationAssessments/FinancialIntelligenceUnitFiuGermany/financialIntelligenceUnitFiuGermany__node.html?__nnn=true

Financial Action Task Force (FATF), 3rd Follow-up report, Mutual Evaluation of Germany (Groupe d'action financière GAFI, 3e rapport de suivi, Evaluation mutuelle de l'Allemagne), 2014, http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/follow-up-report-germany-2014.html

Bundesrechtsanwaltkammer (Association fédérale du barreau), Verhaltensempfehlungen für Rechtsanwälte im Hinblick auf die Vorschriften des Geldwäschebekämpfungsgesetzes (GwG) und die Geldwäsche, § 261 StGB (Recommandations de comportement pour les avocats en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le blanchiment d'argent (GwG) et le blanchiment d'argent, § 261 StGB), http://www.brak.de/fuer-anwaelte/berufsrecht/

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

La législation allemande anti-blanchiment a été élaborée à partir des années 1990, avec la transposition des trois premières directives européennes sur le blanchiment d´argent (1991, 2001 et 2005[2]), par une loi contre le trafic illicite de drogues et d'autres actes de criminalité organisée (*OrgKG*) du 15 juillet 1992[3], suivie d'une loi sur l'identification du produit d'infractions graves (dite loi sur le blanchiment d'argent, *Geldwäschegesetz, GwG*) du 25 octobre 1993, reformée en 2008 et en décembre 2011 par la loi sur l´optimisation de la prévention du blanchiment d´argent[4].

A. DISPOSITIONS LEGALES

1. DEFINITION DE L'INFRACTION

Le blanchiment de capitaux est une infraction régie par le § 261 du Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*, StGB). Ce code (§ 12) connaît une classification bipartite des infractions, à savoir crimes (*Verbrechen*), punissables d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus et délits (*Vergehen*), punissables d'une peine d'emprisonnement de moins d'un an. Le blanchiment, qui est punissable d'une peine d´emprisonnement allant de 3 mois à 5 ans se définit comme un délit.

1.1. ELEMENT OBJECTIF

Il est possible de distinguer, dans la règlementation allemande, trois typologies de blanchiment.

Premièrement, l'alinéa premier du § 261 du Code pénal allemand incrimine **les faits de dissimulation des biens délictueux** : dissimuler l'origine délictueuse des biens ; empêcher ou compromettre l'identification de cette origine, la découverte de ces biens, leur confiscation ou leur saisie conservatoire.

Deuxièmement, l´alinéa 2 du § 261 du code pénal incrimine **les faits d'acquisition, de détention et d'utilisation de biens délictueux** en précisant qu´est punissable celui qui acquiert, détient ou utilise pour soi-même ou dans l'intérêt d'un tiers des biens dont il connaît, au moment des faits, l'origine délictueuse.

Enfin, les mêmes faits, perpétrés par l'auteur ou le complice de l'infraction préalable, ne sont pas incriminés ; autrement dit, **l'auto-blanchiment** n'est pas punissable en plus de

---

[2] 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 ; 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 ; 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 2005/60/CE du 26 octobre 2005.

[3] *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*" (OrgKG), 15.07.1992, BGBl. I S. 1302.

[4] *Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten* (loi sur l'identification du produit d'infractions graves), *Geldwäschegesetz* – GwG (loi sur le blanchiment de capitaux) du 25 octobre 1993, BGBl. I S. 1690 ; *Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention* (loi sur l´optimisation de la prévention du blanchiment de capitaux), 22.12.2011, BGBl. 2011 I S. 2959.

l'infraction préalable, sauf lorsque l'auteur ou le complice met en circulation le bien délictueux tout en dissimulant son origine (al. 9, dernière phrase). Le Rapport 2014 du GAFI recommandait qu'il soit remédié à cette lacune et prenait note de la date de fin 2014 pour la soumission du projet de loi portant incrimination de l'auto-blanchiment au *Bundestag*[5]. Le projet, déposé finalement le 8 février 2016, vient d'être adopté par le *Bundestag* en troisième lecture le 14 avril 2016. Il faut maintenant attendre l'adoption par le *Bundesrat* pour que cette incrimination soit effective.

Lorsque les faits sont commis à l'étranger, l'infraction de blanchiment n'est constituée que si ces faits sont aussi incriminés par la loi du lieu où ils ont été commis (al. 8).

La tentative et la complicité de blanchiment sont également punissables.

1.2. Element subjectif

Selon une décision de la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*) du 24 juin 2008[6], les faits constitutifs de blanchiment doivent avoir été commis intentionnellement et en connaissance de cause ; le manque d´attention ou l´inadvertance sont insuffisants pour que l'infraction soit constituée. Dans cette affaire, A avait été accusé de blanchiment pour avoir ouvert un compte en banque pour son ami B, lequel y avait déposé d´importantes sommes d´argent détournées des services sociaux, avec la complicité de C, travailleuse sociale. La cour a relaxé A car il n'avait pas été prouvé qu'il savait que le compte qu´il avait ouvert pour B était destiné à recueillir de l´argent frauduleux.

A défaut d'intention, lorsque l'auteur ignore l'origine délictueuse des biens, l'infraction de blanchiment n'est pas constituée. A titre d'exception, elle l'est néanmoins lorsque l'auteur ignore l'origine délictueuse des biens à la suite d'une négligence ou d'une imprudence (*Leichtfertigkeit, Fahrlässigkeit*) grave, comme un manque de vigilance flagrant débordant les limites du bon sens[7].

La preuve de l'élément subjectif constitue bien la principale difficulté de l'application des dispositions incriminant le blanchiment. Certains politiques et acteurs de la lutte contre le blanchiment d´argent réclament depuis de nombreuses années une réforme pénale (au niveau fédéral donc) afin de renverser l´obligation de preuve pour que ce soit le suspect qui apporte la preuve des circonstances l'ayant conduit à penser que les biens en question avaient une origine licite.

1.3. Infraction prealable. Cas de la fraude fiscale

L'origine délictueuse des biens consiste en cela que ces biens sont le produit de crimes ou de certains délits graves énumérés par le code pénal, tels que : certains délits en matière de stupéfiants ou d'impôts ; certains délits en matière de séjour des étrangers, de droit d´asile, de valeurs mobilières, de droits d´auteur ou de brevets, commis à titre commercial ou en bande organisée ; délits en lien avec une organisation terroriste.

---

[5] Financial Action Task Force (FATF), 3rd Follow-up report, Mutual Evaluation of Germany, June 2014, http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/follow-up-report-germany-2014.html.

[6] BGH 5 StR 89/08, décision de la Cour fédérale de justice du 24 juin 2008.

[7] § 15, StGB ; BGH, 01.07.2010, Az.: I ZR 176/08.

Plusieurs délits de la liste légale interviennent en matière fiscale.

Le produit des fraudes fiscales (délits) portant sur les taxes d'import-export et le produit du recel de ces sommes, peuvent constituer l'objet des agissements incriminés au titre du blanchiment (§ 261, al. 1, 3°, *StGB*). Il est de même pour le produit de toute évasion fiscale répétée (infraction d'habitude) ou commise en bande organisée, produit consistant dans des sommes qui n'ont pas été payées à l'administration fiscale alors qu'elles auraient dû l'être ou dans des remboursements fiscaux obtenus frauduleusement (§ 261, al. 1, dernière phrase, *StGB*).

La condamnation pour les faits délictueux préalable n'est pas nécessaire.

2. PEINES

2.1. PEINES PRINCIPALES

La peine principale encourue pour une infraction de blanchiment est de trois mois minimum jusqu´à cinq ans de privation de liberté.

En présence de circonstances aggravantes (§ 261, al. 4, *StGB*), la privation de liberté peut aller de six mois à dix ans d´emprisonnement. Ces circonstances sont retenues lorsque l´auteur de l´infraction agit de façon répétée (infraction d'habitude) ou comme membre d´une organisation qui s´est mise en place pour poursuivre des activités de blanchiment de capitaux (infraction en bande organisée).

La négligence flagrante telle que définie ci-dessus constitue une circonstance atténuante (§ 261, al. 5, StGB) qui entraîne l'application d'une peine de privation de liberté d'un maximum de deux ans ou d'amende.

2.2 PEINES COMPLEMENTAIRES

En sus, les sommes d´argent et les biens qui constituent l'objet du blanchiment peuvent être confisqués (art. 261, al. 7, *StGB*).

La peine complémentaire de l´interdiction d´exercice professionnel peut être prononcée, notamment à l'encontre d'avocats et de notaires coupables de blanchiment.

Une peine de suivi judiciaire comportant diverses obligations telles que l'obligation de se présenter à des intervalles réguliers devant des représentants de la police ou des agents de probation peut être prononcée à l'encontre des personnes physiques (§ 262, *StGB*).

2.3. PEINES APPLICABLES AUX PERSONNES MORALES

Quant aux personnes morales, la peine principale applicable est l'amende pouvant aller jusqu'à 100 000 euros (§ 17 (1) et (2), *GwG*).

B. EVALUATION DES POURSUITES, DES CONDAMNATIONS ET DES PEINES

Le rapport 2014 de **la cellule de renseignements financiers** allemande, (*Bundeskriminalamt*, *BKA*)[8], offre un aperçu des investigations financières menées par la police judiciaire (en nombre d'affaires), ainsi que de leur issue (en pourcentage). Ces chiffres doivent être nuancées par la précision que, sur l'ensemble de ces investigations financières, 13% seulement représentent des investigations pour soupçon de blanchiment (33% pour diverses fraudes financières, 7% pour infractions fiscales, 9% pour d'autres infractions en matière de drogues, procédures d'insolvabilité, etc., alors que pour 37% des investigations le domaine n'est pas renseigné).

Police judiciaire des *Länder* : cas où une investigation a été menée (N)		13 480 (+ 33% par rapport à 2013)
Issue des investigations (%)	Renvoi au services des impôts	8%
	Renvoi aux autres services de police	46%
	Demande de classement "avec reste de soupçon"	32%
	Demande de classement	9%
	Reste en cours d'investigation	3%
	Pas d´information	*2%*

Le parquet renseigne la *BKA* de tout commencement de poursuites ainsi que de l'issue de ces poursuites (art. 11, al. 8, *GwG*). Selon le même Rapport 2014 de la *BKA*[9], sur les 15 789 enquêtes ouvertes par les parquets allemands ayant fait l'objet d'un signalement à la *BKA*, seulement 3% (N = 414) ont abouti à : un jugement (N = 50), une ordonnance pénale (N = 254) ou à une mise en examen (N = 100), le reste n´étant pas détaillé. Ce nombre d´environ 500 procédures annuelles menées par les parquets demeure stable depuis 2011 ; il est considéré comme faible.

Le nombre de condamnations demeure lui aussi faible. En 2014, 365 condamnations ont été prononcées sur la base du premier alinéa du § 261 (blanchiment par dissimulation de biens délictueux), seulement 28 condamnations sur la base du deuxième alinéa du § 261 (blanchiment par acquisition, détention ou utilisation de biens délictueux), 33 sur la base du

---

[8] Bundeskriminalamt, Financial Intelligence Unit (FIU), Germany, 2014 Annual report, http://www.bka.de/nn_192960/EN/Publications/AnnualReportsAndSituationAssessments/FinancialIntelligenceUnitFiuGermany/financialIntelligenceUnitFiuGermany__node.html?__nnn=true, p. 16 et 17, § 2.2.1. et 2.2.2.

[9] *Ibidem*, p. 21, § 3.2.1.

quatrième alinéa du § 261 (blanchiment aggravé), et enfin 542 condamnations sur la base du cinquième alinéa du § 261 (blanchiment par négligence).

S'il n´y a pas de statistiques fédérales sur **le type de peine** prononcée selon le type d´infraction, il est cependant possible d´effectuer une comparaison entre le nombre de condamnations pour blanchiment et le nombre de personnes en établissement pénitentiaire condamnées pour blanchiment : au 31 mars 2014, 47 personnes étaient incarcérées pour blanchiment (35 sur la base du premier alinéa, une sur la base du deuxième alinéa, cinq sur la base du quatrième alinéa et six sur la base du cinquième alinéa). Par ailleurs, le Rapport du GAFI de 2014 relatif à l'Allemagne signale le faible caractère dissuasif des peines prononcées pour blanchiment. Ainsi, les peines d'emprisonnement de plus d'un an prononcées représentent 4% de l'ensemble des condamnations pour blanchiment, alors qu'elles représentent 9 % de l'ensemble des condamnations pour d'autres infractions[10].

C. JURIDICTIONS ET ORGANES D'ENQUETE

Comme évoqué ci-dessus (B), au sein de **la police fédérale**, la cellule de renseignements financiers, la **BKA**, en collaboration avec d'autres autorités fédérales, est chargée de collecter, analyser et comparer les déclarations effectives de soupçon et en informer les parquets des Länder ainsi que le parquet fédéral. Elle assure également un important rôle de prévention, par l'exécution de sa mission d'information des personnes assujetties aux obligations de prévention, quant aux typologies de blanchiment de capitaux détectées par elle.

Chaque *Land* dispose d´un **parquet général** (*Generalstaatsanwaltschaft*), auprès duquel est instituée une **Unité centrale pour la lutte contre la criminalité organisée et le blanchiment d´argent** (*Zentralstelle für die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und der Geldwäsche, ZOK*), compétente pour :

- la coordination, le contrôle et le soutien des procédures d´enquête menées auprès du procureur général ;

- la réception et l´analyse des déclarations effectives de soupçon avec une compétence autonome d´enquête. Selon le rapport 2014 de la *BKA*, ce sont environ 280 personnes travaillant auprès des parquets fédéral et fédérés qui sont en charge de cette mission ;

- être l'interlocuteur du Réseau Judiciaire Européen (RJE).

Une brève présentation de la *ZOK* de la Basse-Saxe permet de comprendre les activités de ces unités centrales. Créée en 1996, la *ZOK* de Basse-Saxe comprend un procureur qui dirige l´unité, cinq procureurs et trois collaborateurs, qui assurent par ailleurs d´autres tâches que celle de la *ZOK* (par exemple, les procédures d´extradition).

Les tâches de la *ZOK* sont les suivantes :

- conseiller et informer tous les services intervenant en matière de criminalité organisée, de cybercriminalité, de corruption, de la saisie des produits des infractions, de blanchiment d´argent et de coopération internationale. Ces services sont, entre autres, la police du *Land*, la police fédérale, les douanes, les services fiscaux et les administrations pénitentiaires. Les

---

[10] Financial Action Task Force (FATF), 3rd Follow-up report, Mutual Evaluation of Germany, June 2014, http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/follow-up-report-germany-2014.html, p. 5.

conseils et informations fournis servent par exemple à clarifier des points de droit comme la recevabilité de mesures d´enquête sous couverture – telles l´activité d´un agent sous un faux nom, les mises sur écoute téléphonique, l'interception de conversations privées, etc. ;

- mettre en commun des savoirs-faire et apporter des solutions. Il y a par exemple régulièrement des difficultés de collaboration du parquet avec les compagnies de téléphonie et d´internet ;

- faciliter la coopération entre parquets locaux, dans des affaires complexes où différents services (plusieurs parquets, plusieurs commissariats…) sont impliqués ;

- assurer la coordination avec les autres *ZOK* et avec le parquet général fédéral ;

- rédiger des rapports pour le gouvernement régional ;

- assurer des séminaires de formation, d´information et de collaboration.

Cette spécialisation n´existe pas au niveau des juges, dont l'indépendance se manifeste y compris dans leur obligation de formation continue et d'approfondissement de certains domaines[11].

II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONNELS DU DROIT ET DU CHIFFRE

Dans le secteur financier, la surveillance des risques de blanchiment de capitaux est chapeautée par l´Institution fédérale de contrôle des services financiers (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, *BaFin*).

Dans le secteur non financier, la mission de surveillance est généralement dévolue aux organismes professionnels d'auto-régularisation que sont, à titre d'exemple : pour les notaires, le président du tribunal compétent ; pour les avocats, le barreau du tribunal compétent ; pour les conseillers fiscaux, le bureau local des conseillers fiscaux ; pour les experts-comptables, la chambre locale des experts-comptables.

De façon générale, le nombre des structures effectives de contrôle est très grand (environ 200) ; cet état des choses est régulièrement dénoncé comme la source de lourdeurs et d'un manque de coordination qui nuit gravement à l'efficacité du système allemand anti-blanchiment.

A. PROFESSIONNELS TENUS DES OBLIGATIONS DE PREVENTION

Les professionnels du droit et du chiffre tenus par les obligations de prévention du blanchiment sont listés par la loi allemande sur le blanchiment (§2, al. 1, 7° à 9° et 13°, *GwG*),

[11] Pour un exemple de séminaire de formation dédié aux juges ayant à statuer dans des affaires de blanchiment (*Geldwäsche-Beauftragte*) https://www.akademie-heidelberg.de/sites/www.akademie-heidelberg.de/files/prospekte/Basis-Seminar_fuer_Geldwaesche-Beauftragte_12_2012_02_2013.pdf.

dans des termes proches de ceux de la troisième directive européenne anti-blanchiment (art. 2, §1, 3°) :

- les avocats, les conseils en brevets, les notaires, les personnes enregistrées conformément au § 10 de la loi sur les services juridiques extrajudiciaires[12] lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou l'exécution des opérations suivantes :

a) l'achat et la vente de biens immobiliers ou d'entreprises commerciales ;

b) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs ;

c) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuille ;

d) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction d'entreprises ;

e) la constitution, la gestion ou la direction de *trusts*, de sociétés ou de structures similaires,

ou lorsqu'ils effectuent au nom et pour le compte de leur client des transactions financières ou immobilières.

- les auditeurs comptables, les experts-comptables externes et les conseillers fiscaux,

- les prestataires de services aux entreprises et *trusts* lorsqu'ils prêtent les services suivants :

a) création d'une société ou de toute personne morale ;

b) occuper la fonction de dirigent ou de comptable d'une personne morale ou une autre fonction similaire ;

c) fournir un siège, une adresse commerciale, administrative ou postale et autres services connexes pour une personne morale, une société ou une entité juridique pouvant être qualifiée de « bénéficiaire effectif » d'un *trust* ;

d) agir en tant que *trustee* pour une entité juridique pouvant être qualifiée de « bénéficiaire effectif » d'un *trust*

e) occuper la fonction d'actionnaire d'une personne morale qui n'est pas une société cotée.

f) faire en sorte qu'une autre personne occupe une des fonctions visées au b°, d°, e°.

- les négociants de biens.

B. OBLIGATIONS DE PREVENTION

1. DEFINITION DES OBLIGATIONS

La loi allemande anti-blanchiment (*GwG*) met en œuvre l'arsenal européen des obligations de prévention.

Ainsi, **l'obligation générale de vigilance** (§3) peut se trouver renforcée (§ 6) ou simplifiée (§ 5), en raison de l´approche fondée sur le risque. Elle comprend : l'obligation d'identifier les partenaires contractuels et de contrôler leur identité (§ 4), l'obligation de recueillir des

[12] *Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen* (*Rechtsdienstleistungsgesetz - RDG*). Il s'agit notamment des sociétés de recouvrement et des conseils en matière de pensions et assurances sociales.

informations sur l'objet et la nature des relations commerciales ou professionnelles à nouer, l'obligation d'identification du « bénéficiaire effectif » (§ 3 al. 1, 2° et 3°), la surveillance continue de la relation d'affaires pour la mise à jour régulière des informations ayant trait à l'identification du client, du bénéficiaire effectif, de l'origine des actifs en jeu (§ 3 al. 1, 4°).

L'obligation de vigilance doit être exercée au moment de l'établissement de la relation d'affaires, au sujet de toute transaction d'une valeur de quinze mille euros ou plus et de tout transfert de fonds de mille euros ou plus, en présence de faits pouvant constituer des indices de blanchiment de capitaux ou encore en cas de doute quant à la véracité des informations obtenues en vue de l'identification du client ou du bénéficiaire effectif (§ 3 al. 2).

L'étendue et la nature des mesures prises en exécution de l'obligation générale de vigilance doivent être nuancées en fonction de l'approche fondée sur le risque, ce que l'assujetti devra être en mesure de prouver devant les autorités de contrôle (§ 3, al. 4).

Les données recueillies doivent être enregistrées et conservées pendant cinq ans (§ 8).

Les déclarations effectives de soupçon sont à adresser à l´Office fédéral de police criminelle (*Bundeskriminalamt*, *BKA*), plus précisément à son unité centrale pour les déclarations effectives de soupçon (*Zentralstelle für Verdachtsanzeigen*) et les parquets compétents (§ 10 à 12).

2. Conciliation avec les autres obligations professionnelles

Nous présentons ci-dessous, à titre d'exemple, **l'équilibre entre l'obligation au secret et l'obligation de déclaration de soupçon**, tel que défini par la pratique des **avocats** allemands.

L´avocat allemand est bien entendu tenu au secret professionnel. Le secret couvre toute information que l'avocat a pu acquérir en accomplissant sa mission[13] et cela même après la cessation de sa mission. L'affirmation de ce principe n'exclut pas l'existence d'exceptions expressément prévues par la loi[14].

Tel est le cas de l'obligation de déclaration de soupçon étendue aux avocats, à partir du 15 août 2002, **dès lors que ces derniers se livrent aux opérations énumérées par la loi** (§ 2 et 3, GwG ; cf. *supra*, A). Les avocats **n'y sont pas tenus dans l'exercice de leur mission de conseil juridique et judiciaire**, à l'exception du cas où ces conseils seraient donnés pour permettre une transaction illicite. Dans cette dernière hypothèse encore, l'avocat peut légitimement s'abstenir de déclarer lorsque, après avoir mis en garde son client quant aux conséquences pénale de la transaction, il estime que ce dernier y a renoncé (§ 11, GwG).

L'introduction de l'obligation de déclaration de soupçon a causé des incertitudes « considérables », que « Les recommandations de l'Association fédérale du barreau allemand » s'emploient à lever[15]. Globalement, ces recommandations s'attachent à permettre

---

[13] § 43a, al. 2, loi fédérale du barreau allemand, Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO.

[14] § 2, Berufsordnung, Code de la profession, 1er janvier 2015, adopté et révisé par l'Assemblée statutaire des avocats, *Satzungsversammlung*, organe de la Chambre fédérale des avocats, *Bundesrechtsanwaltkammer*, *BRAK*.

[15] Bundesrechtsanwaltkammer (Association fédérale du barreau), Verhaltensempfehlungen für Rechtsanwälte im Hinblick auf die Vorschriften des Geldwäschebekämpfungsgesetzes (GwG) und die Geldwäsche, § 261 StGB

une meilleure connaissance des cas où une déclaration de soupçon s'impose, tout en soulignant que le client ne doit pas pour autant être traité avec une méfiance de principe.

Tout d'abord, il existe une obligation d'identification du client dès qu'une relation contractuelle est établie entre l'avocat et son client (elle n'existe en principe pas dans la phase de la simple prise de contact). Les données permettant d'identifier le client sont couvertes par le secret, sauf lorsque certains indices laissent penser que l'opération envisagée par le client pourrait être constitutive de l'infraction de blanchiment, cas où une déclaration de soupçon s'impose. Plusieurs indices sont décrits un par un ; une recommandation est adressée aux avocats de s'appuyer plutôt sur un faisceau d'indices et de prendre la décision de déclarer uniquement au cas par cas :

- le client cherche à garder l'anonymat, tente de dissimuler son identité ou a fourni de fausses informations ;

- l'affaire soumise par le client à l'avocat consiste en des transactions manifestement non rentables, dépourvues de raison fiscale, juridique ou économique légitime ;

- les paiements effectués par le client sont en provenance d'un compte sans lien apparent avec le client ou domicilié dans un pays se trouvant sur la liste des pays non-coopératifs du GAFI ;

- la société cliente a les caractéristiques d'une société écran (absence de personnel et/ou de moyens de production).

3. EVALUATION DE L'IMPLICATION DES PROFESSIONNELS DANS LA PREVENTION

La dissuasion est une première clé pour obtenir l'implication des professionnels dans la prévention du blanchiment. Les personnes tenues des obligations de prévention encourent, en cas de défaillance, une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 euros (100 000 euros pour avoir failli aux obligations relatives à l'identification du client ; 50 000 euros pour avoir failli à l'obligation de déclaration de soupçon, § 17, *GwG*).

La formation est une deuxième clé. En Allemagne, les organismes d'autorégulation des professions dont les membres sont tenus des obligations de prévention ont élaboré des recueils de « bonnes pratiques ». Nous pouvons citer : les « Recommandations » de la Chambre fédérale du barreau (*Bundesrechtsanwaltkammer*) [16], celles de la Chambre fédérale des notaires (*Bundesnotarkammer*)[17] ou encore celles de la Chambre fédérale des experts-comptables (*Wirtschaftsprüferkammer*)[18].

Quant aux résultats de ces approches, les Rapports respectifs du GAFI et de la cellule allemande de renseignements financiers (*BKA*), de 2014[19] font état, tous secteurs confondus,

---

(Recommandations de comportement pour les avocats en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le blanchiment d'argent (GwG) et le blanchiment d'argent, § 261 StGB), http://www.brak.de/fuer-anwaelte/berufsrecht/

[16] http://www.brak.de/fuer-anwaelte/berufsrecht/

[17] http://www.bnotk.de/_downloads/Anwendungsempfehlungen/130712_Anwendungsempfehlungen_GwG.pdf

[18] http://www.wpk.de/uploads/tx_templavoila/WPK-Bekaempfung_der_Geldwaesche-Anwendungshinweise_01.pdf

[19] Financial Action Task Force (FATF), 3rd Follow-up report, Mutual Evaluation of Germany, June 2014, http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/follow-up-report-germany-2014.html; p. 11 ;

de 24 054 déclarations effectives de soupçon transmises à la cellule nationale de renseignements financiers, ce qui correspond à une augmentation de 26% par rapport à l´année 2013 (N= 19 095). Depuis le premier recueil statistique de ces déclarations effectives en 2003, leur nombre a été multiplié par 3,5.

Pour ce qui est du seul secteur non-financier, 245 déclarations effectives de soupçon ont été transmises en 2014, ce qui représente une hausse de 50% par rapport à l´année précédente. Dans le détail, les négociants de biens ont transmis 149 déclarations, les avocats 23 déclarations, les conseils fiscaux 7, les professionnels de l'audit 4, les notaires 1, les sociétés de recouvrement une déclaration.

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 obligées dans ce secteur dépasse largement celui du secteur financier. Ceci peut s´expliquer d´une part par le volume des transactions et valeurs traité par les deux secteurs, d´autre part par le fait que le secteur financier est davantage sensibilisé et contrôlé sur les questions de blanchiment d´argent. Cependant, bien que ce secteur demeure sous-représenté, il est néanmoins en constante progression sur le long terme.

4. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX ISSUS DE FRAUDES FISCALES

Si une personne assujettie aux obligations de prévention sait ou détient des indices permettant de supposer qu'un de ses clients s'est rendu coupable de fraude fiscale, elle est tenue de faire une déclaration de soupçon. Cette obligation demeure alors même que le client affirme s´être dénoncé lui-même auprès du fisc ou envisager de le faire (§ 11, al. 1er, 1°, *GwG*).

Plusieurs raisons expliquent le maintien de cette obligation. Premièrement, il n´est pas possible pour la personne assujettie de savoir si l'auto-dénonciation prétendue est effective. Deuxièmement, l'auto-dénonciation même effective interviendrait auprès de l'administration fiscale laquelle n'est pas tenue de transmettre au parquet. Enfin, cette auto-dénonciation pourrait ne pas permettre d'identifier les éventuels participants à l'infraction.

A défaut de déclaration, la personne assujettie se rendrait elle-même complice de l´infraction de fraude fiscale.

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT

Une bonne partie des changements introduits par la quatrième directive européenne anti-blanchiment interviennent sur des points qui relèvent du champ de la présente étude.

Bundeskriminalamt, Financial Intelligence Unit (FIU), Germany, 2014 Annual report, http://www.bka.de/nn_192960/EN/Publications/AnnualReportsAndSituationAssessments/FinancialIntelligenceUnitFiuGermany/financialIntelligenceUnitFiuGermany_node.html?__nnn=true, p. 8 et 9.

Parmi eux, certains n'entraîneront pas d'obligation de transposition pour Allemagne dans la mesure où les dispositions actuelles y satisfont déjà. Il en est ainsi pour **le catalogue élargi d´infractions préalables au blanchiment** : l'« activité criminelle » telle que définie par le 4° du troisième article de la directive, est déjà prise en compte par les dispositions de l'actuel § 261 du code pénal allemand[20].

D'autres changements suscitent des questionnements et devront entraîner des mesures législatives de transposition.

Ainsi, **l´approche élargie fondée sur les risques** (art. 6) a été accueillie sans surprise par les acteurs allemands dans la mesure où elle s´inscrit dans une évolution entamée au niveau européen depuis quelques années déjà. Cependant, ils estiment insuffisants les facteurs et éléments indicatifs de risque figurant aux annexes de la directive ; ces derniers se substituant désormais aux anciens critères de définition du champ d'application de l'obligation de vigilance, simplifiée ou renforcée, les acteurs allemands espèrent en conséquence l'élaboration de normes européennes et/ou nationales plus précises.

La **nouvelle définition des « bénéficiaires effectifs »**, à la fois dans le cas des sociétés que dans le cas des *trusts* et des fondations (art. 3, 6°), devrait mettre fin à certaines divergences actuelles d'interprétation des dispositions de la loi allemande anti-blanchiment.

Des questions se posent en Allemagne quant aux modalités pratiques d'inscription des données au registre des bénéficiaires effectifs que la directive requiert désormais. En effet, celle-ci prévoit d'une part, que « les sociétés et autres entités juridiques » doivent fournir au registre « outre des informations sur leur propriétaire légal, des informations sur le bénéficiaire effectif » et d'autre part, que « les entités assujetties ne s'appuient pas exclusivement sur le registre… pour remplir leurs obligations de vigilance à l'égard de la clientèle » (art. 30, § 1 et 8). A ce sujet, certains professionnels qui ont la qualité d' « entités assujetties » aux obligations régies par la directive, craignent que le législateur leur impose la tâche d´actualiser et de vérifier, dans le registre, les données relatives aux sociétés et autres entités juridiques, comme c´est déjà le cas dans une procédure analogue mise en place par la loi sur le système de crédit (*Kreditwesengesetz, KWG*, § 24c).

Quant à **la nouvelle définition des « Personnes Politiquement Exposées (PPE)** » (art. 3, 9°) qui comprend désormais les personnes exerçant ou ayant exercé des fonctions publiques importantes sur le territoire national (et pas seulement à l'étranger ou dans des organisations internationales), elles étaient, depuis 2011, déjà visée par la loi allemande anti-blanchiment (*GwG*). Il reste à voir si le législateur allemand va intégrer les propres termes de la nouvelle définition européenne dans la loi anti-blanchiment, ou bien va laisser l'interprétation et l'application de ces termes à la discrétion des autorités administratives de contrôle. Ainsi, dans un domaine voisin, la *BaFin*, institution fédérale de contrôle des services financiers, se livre à une telle interprétation afin de contrôler l'application du régime du crédit bancaire par les banques allemandes.

La nouvelle directive impose une harmonisation *a minima* des **sanctions administratives** applicables en cas de violation grave, répétée, systématique des obligations de prévention.

---

[20] Il en est de même, par exemple, de la grande partie des dispositions de l´article 12 de la 4e directive, relatives à la monnaie électronique, qui figurent déjà dans la loi allemande sur le système de crédit (*KWG*, § 25). Par conséquent, cette harmonisation européenne est très bien reçue en Allemagne.

L’amende administrative voit son seuil minimum fixé à un million d’euros ; elle devra s’accompagner d’une déclaration publique précisant l’identité de la personne ayant failli à ses obligations et la nature de sa défaillance (art. 59). En Allemagne, ce seuil minimum représente une multiplication par dix du montant de l´amende administrative actuellement prévue par la loi anti-blanchiment ; par ailleurs, la sanction d’inspiration anglo-saxonne « *name and shame* » semble peu accueillie.

L’INFRACTION DE BLANCHIMENT

LE CAS DE L’ANGLETERRE

Avec la collaboration de

RUDI FORTSON

Professeur, Université Queen Mary – Londre, Royaume-Uni

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Site du gouvernement britannique : http://www.legislation.gov.uk/new/2016-03-24?requested=2016-03-26

JURISPRUDENCE

http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/

RAPPORTS

UK Home Office, UK HM Treasury, National Risk Assessment of Money Laundering and Terrorist Financing,

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/468210/UK_NRA_October_2015_final_web.pdf

HM Treasury, Anti-money laundering and counter terrorist finance supervision report 2013-14,

https://www.gov.uk/government/publications/anti-money-laundering-and-counter-terrorist-finance-supervision-reports/anti-money-laundering-and-counter-terrorist-finance-supervision-report-2013-14

Written Question (Question écrite au parlement) n° 27588, 25 février 2016

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

La présente étude concerne principalement le droit applicable en Angleterre et au Pays de Galles. Cependant, les principales dispositions légales relatives au blanchiment de capitaux se trouvent dans la septième partie du *Proceeds of Crime Act 2002* (loi de 2002 sur les produits des infractions) en vigueur dans les trois juridictions qui constituent le Royaume-Uni, à savoir l'Angleterre et le Pays de Galles, l'Écosse et l'Irlande du Nord. L'Écosse a son propre système juridique et sa propre jurisprudence. Le système juridique de l'Irlande du Nord est largement conforme à celui de l'Angleterre et du Pays de Galles mais il existe un ensemble jurisprudentiel propre cette juridiction.

Malgré ces différences structurelles et constitutionnelles, il y a une grande similitude entre les trois juridictions pour ce qui est de la mise en œuvre des règles du Royaume-Uni régissant le blanchiment de capitaux.

A. DISPOSITIONS LEGALES ET INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE

1. HISTORIQUE DES DISPOSITIONS LEGALES

A la suite à la décision de la Chambre des Lords[21] dans l'affaire *R. v Cuthbertson*[22] (de 1981) qui avait retenu des circonstances limitées dans lesquelles les produits de la délinquance pouvaient être saisis, la commission Hodgson avait recommandé (en 1984) l'introduction d'une compétence générale de la *Crown Court* en vue de confisquer les produits du trafic de stupéfiants. Le Parlement a donc adopté le ***Drug Trafficking Offences Act 1986*** (loi de 1986 sur les infractions de trafic de stupéfiants)[23].

La première infraction de blanchiment de capitaux au Royaume-Uni s'y est trouvée régie, à l'article 24 intitulé « Complicité de recel du produit du trafic de stupéfiants ». Cette disposition ne s'appliquait alors qu'en Angleterre et au Pays de Galles. Toute personne qui, par son comportement, permettait à un trafiquant la détention ou le contrôle des produits de son trafic de stupéfiants, en sachant ou en soupçonnant cette personne d'être un trafiquant, commettait l'infraction régie à l'article 24. Par l'effet d'un renversement de la charge de la preuve, c'est l'accusé qui devait prouver qu'il ne savait ni ne soupçonnait qu'il s'agissait de produits du trafic de stupéfiants et que son intervention n'avait pas eu pour effet de permettre au trafiquant de détenir ou de contrôler les produits de ce trafic. L'accusé pouvait se défendre en établissant qu'il avait eu l'intention de révéler à un représentant de la police (sans l'avoir fait pour des motifs jugés raisonnables) un soupçon ou une conviction que ces produits provenaient de (ou étaient utilisés en relation avec) un trafic de stupéfiants (art. 24, §4). L'infraction entraînait l'application d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 14 ans de prison, en cas de compétence de la *Crown Court* ou 6 mois en cas de condamnation par une *Magistrates' Court*.

L'article 3.1 de la **convention des Nations Unies de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes** imposait à chaque Etat partie d'incriminer, en

---

[21] Précurseur de la Cour suprême du Royaume-Uni.

[22] [1981] A.C. 470.

[23] Drug Trafficking Offences Act 1986 (Commencement No 1) Order 1986, SI 1986/1488.

cas de commission intentionnelle, notamment : la conversion ou le transfert de biens, sachant que ces biens proviennent du trafic de stupéfiants ; le fait de dissimuler ou de déguiser les produits d'un tel trafic ; l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens en rapport avec le trafic de stupéfiants.

La convention des Nations Unies de 1988 a été transposée dans le droit du Royaume-Uni par le **Criminal Justice (International Cooperation) Act 1990** [loi sur la justice pénale (coopération internationale) de 1990] qui incrimine trois types de blanchiment : le fait de dissimuler ou de déguiser les produits de son propre trafic de stupéfiants ou ceux du trafic de stupéfiants d'autrui et le fait d'acquérir les produits du trafic de stupéfiants d'autrui « sans contrepartie ou moyennant une contrepartie insuffisante » (art. 14, § 1 à 3).

L'effet combiné de **la Convention du Conseil de l'Europe de 1990**[24] **et de la première Directive européenne anti-blanchiment**[25] a imposé aux Etats membres l'introduction de mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux provenant de toute une gamme d'infractions (et pas uniquement du trafic de stupéfiants).

L'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 exigeait de chaque Etat membre l'adoption "des mesures législatives et autres nécessaires pour définir comme infractions, dans son droit national, lorsqu'elles sont commises intentionnellement" :

(a) la conversion ou le transfert de biens, dont celui qui s'y livre sait que ce sont des « produits », dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de ces biens ou d'aider toute personne impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques des actes qu'elle a commis ;

(b) le fait de dissimuler ou de déguiser la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété réelle de biens ou des droits qui y sont liés, dont celui qui s'y livre sait que ce sont des produits ; et ;

(c) l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui s'y livre sait, au moment où il les réceptionne, que ce sont des produits.

En vertu de la première directive européenne anti-blanchiment, le Royaume-Uni était tenu de veiller à ce que le blanchiment de capitaux soit prohibé (art. 2) ; que les établissements financiers examinent les transactions qu'ils considèrent comme particulièrement susceptibles d'être liées au blanchiment de capitaux (art. 5), qu'ils rendent compte de faits qui "pourraient indiquer un blanchiment de capitaux" (art. 6) ; que les mesures soient étendues en totalité ou en partie aux professions particulièrement susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux (art. 12). Il faut noter que cette Directive n'exigeait pas la pénalisation du blanchiment de capitaux mais seulement son interdiction. Cependant, par une déclaration annexée à la Directive, tous les États membres ont pris l'engagement de faire du blanchiment de capitaux une infraction pénale, tout de moins en matière de trafic de stupéfiants.

Le Royaume-Uni a, par conséquent, ajouté au *Drug Trafficking Offences Act 1986*, les infractions suivantes (art. 23A, 26 B et 26C) : l'acquisition de biens provenant du trafic de

---

[24] Convention du Conseil de l'Europe de 1990 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.

[25] 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 1ère directive anti-blanchiment.

stupéfiants ; la non-révélation de la connaissance ou du soupçon de blanchiment de capitaux, et le fait d'alerter les personnes visées par une déclaration de soupçon.

En 1993, le blanchiment de capitaux issus d'infractions autres que le trafic de stupéfiants a été pénalisé par la ***Criminal Justice Act 1988*** (tel que modifiée par la *Criminal Justice Act de 1993* - loi de 1993 sur la justice pénale), au travers des infractions suivantes (art. 93A à 93D) : le fait d'aider autrui à conserver l'avantage tiré d'agissements criminels ; l'acquisition, la détention ou l'utilisation des produits d'agissements criminels ; la dissimulation ou le transfert de produits d'agissements criminels, et le fait d'alerter les personnes visées par une déclaration de soupçon.

En 1994, la ***Drug Trafficking Act 1994*** (loi de 1994 sur le trafic de stupéfiants, voir annexe E) abroge la plupart des dispositions de l'ancienne *Drug Trafficking Act 1986* et incrimine, en matière de trafic de stupéfiants, les infractions suivantes (art. 49 à 53) : la dissimulation ou le transfert de produits du trafic de stupéfiants ; le fait d'aider autrui à conserver l'avantage tiré du trafic de stupéfiants ; l'acquisition, la détention ou l'utilisation de produits du trafic de stupéfiants ; la non-révélation de la connaissance ou du soupçon de blanchiment de capitaux ; le fait d'alerter les personnes visées par une déclaration de soupçon.

Etant donné l'approche fragmentaire constatée plus haut, la septième partie de la ***Proceeds of Crime Act de 2002*** (***POCA***, loi de 2002 sur les produits d'infractions pénales) a codifié et étendu les mesures légales préexistantes.

Le Royaume-Uni a transposé les trois directives européennes anti-blanchiment, de 1991, 2001 et 2005, chacune faisant l'objet d'un ensemble révisé de réglementations[26].

La 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 (dite Convention de Varsovie), ouverte à la signature depuis le 16 mai 2005, a été signée par le Royaume-Uni le 29 septembre 2014. Ratifié le 27 avril 2015, avec des réserves, elle est entrée en vigueur le 1er août 2015.

2. DEFINITION DE L'INFRACTION

La *POCA* crée trois infractions de blanchiment de capitaux, à savoir (art. 327 à 329) :

- le fait de dissimuler, de déguiser, de convertir, de transférer, de supprimer des « biens de nature délictueuse »,
- le fait de conclure ou d'être impliqué dans un accord dont l'auteur sait ou soupçonne qu'il facilite l'acquisition, la conservation, l'utilisation ou le contrôle par autrui, de biens de nature délictueuse,
- l'acquisition, l'utilisation et la détention de biens de nature délictueuse.

---

[26] SI 1993/1933, SI 2003/3075 et SI 2007/2157, http://www.legislation.gov.uk/1993/1933 ; http://www.legislation.gov.uk/2003/3075 ; http://www.legislation.gov.uk/2007/2157.

La tentative, l'association de malfaiteurs, l'incitation, l'aide, l'instigation ou le conseil pour la commission d'une telle infraction sont également punis (art. 340, § 11).

2.1. ELEMENT OBJECTIF

2.1.1. Considérations communes aux trois infractions de blanchiment

Les faits peuvent indistinctement avoir commis sur le territoire du Royaume-Unis ou à l'étranger ; il suffit, en cas de commission à l'étranger, que ces actes puissent être considérés comme constitutifs d'une des infractions susmentionnées s'ils avaient été commis au Royaume-Uni. Est également indifférente la qualité de la personne ayant commis ces actes ou en ayant tiré avantage (art. 340, § 4 et 11, POCA 2002).

La situation, la consistance ou la nature juridique des biens importe peu. Il peut s'agir de biens situés n'importe où dans le monde ; il peut s'agir de capitaux, de biens meubles ou immeubles, transmissibles par voie successorale ou non, de biens corporels ou incorporels (art. 340, § 9 et 10, POCA 2002).

Il faut en revanche, que **ces biens aient un « caractère délictueux »,** c'est-à-dire qu'ils proviennent d'activités délictueuses lors de l'infraction présumée de blanchiment portant sur ces biens[27].

Plus précisément, « le caractère délictueux » des biens est reconnu en présence de deux conditions cumulatives (art. 340, § 3) : (a) ces biens constituent un avantage économique provenant d'agissements délictueux ou obtenu par une personne en raison d'agissements délictueux ou en rapport avec eux (totalement ou partiellement, directement ou indirectement) **et** (b) l'auteur présumé de l'infraction sait ou soupçonne l'origine de cet avantage. Pour les nécessités de l'approche comparée des systèmes, nous analyseront séparément chacune de ces deux conditions : la première ci-après, la seconde sous l'intitulé suivant « Elément subjectif ».

Ainsi, la simple intention d'utiliser des biens comme instrument d'une activité délictueuse ne suffit pas à leur conférer un « caractère délictueux » au regard des dispositions sur le blanchiment de capitaux[28]. Ainsi, les biens n'ont pas pris un caractère délictueux dans une affaire où une activité délictueuse était envisagée mais pas encore accomplie (ni même partiellement).

Le terme « **avantage »** est défini de manière large par la POCA 2002 (art. 340, § 5 à 7) et comprend non seulement les biens que l'auteur de l'infraction obtient directement en conséquence de l'infraction ou en relation avec elle, mais également tout « avantage pécuniaire » qu'il en obtient, telle la valeur d'une fraude fiscale ou celle d'une dette reportée[29].

Cependant, le terme avantage est extrêmement complexe et continue d'être débattu dans la jurisprudence. Les grandes lignes sont seulement esquissées ci-après.

---

[27] Voir l'arrêt R v GH de la Cour Suprême du Royaume-Uni ([2015] UKSC 24). Cette condition préalable a été définie dans la décision R v L, G, Q and M, également connue sous le nom Loizou and ors ([2005] EWCA Crim 1579), rendue sous le visa de l'art. 327(1) de la POCA 2002, et appliquée dans l'affaire Kensington International Ltd v Republic of Congo (Vitol Services Ltd, Third Party, [2008] 1 WLR 1144; [2007] EWCA Civ 1128), et dans R. v Akhtar, [2011] EWCA Crim 146; [2011] 4 All E.R. 417; [2011] 1 Cr. App. R. 37.

[28] R v Gillies, [2011] EWCA Crim 2140 ; R. v Geary (Michael), [2010] EWCA Crim 1925, [2011] 1 W.L.R. 1634.

[29] *R v Smith* [2001] UKHL 68 ; *R v Moran* [2001] EWCA Crim 1770 ; *R v Foggon* [2003] EWCA Crim 270 ; *R v Bowbotham* [2006] EWCA Crim 747 ; *R v Homer* [2006] EWCA Crim 1559 ; *R v IK* [2007] EWCA Crim 491 ; contre *R v Gabriel* [2006] EWCA Crim 229.

Premièrement, avantage ne signifie pas profit. Le juge examine ce qui a été obtenu, sans aucun examen comptable tendant à déterminer l'enrichissement personnel sur la base du profit réalisé par l'auteur de l'infraction après déduction des frais[30].

Deuxièmement, l'avantage doit être obtenu par l'auteur de l'infraction mais il n'est pas indispensable qu'il le conserve. Le juge s'intéresse surtout à ce que le prévenu a lui-même obtenu. La trilogie de décisions de la Chambre des Lords dans les affaires *R v May*, *R v Jennings*, et *R v Green*[31] a fourni les bases d'un ensemble de principes jurisprudentiels cohérents[32] (*R v May*, § 48(1)-(6)) :

- la législation anti-blanchiment est destinée à priver les prévenus de l'avantage qu'ils ont tiré de leurs agissements délictueux, qu'ils aient conservé ou non cet avantage, dans les limites de leurs avoirs saisissables. Elle ne prévoit pas de confiscation étendue à leurs héritiers ou autres ayants-droit. L'avantage obtenu est la valeur totale des biens ou de l'avantage obtenu, pas le bénéfice net du prévenu après déduction des frais ou de tous autres montants versés aux complices. Le fait que le prévenu a obtenu initialement des biens de nature criminelle, qu'il a ensuite partagés entre d'autres personnes, n'empêche pas d'estimer qu'il en a reçu le montant total[33] ;

- le juge doit procéder en posant les trois questions ci-après. Le prévenu a-t-il bénéficié des agissements délictueux ? Si c'est le cas, quelle est la valeur de l'avantage qu'il a ainsi obtenu ? Enfin, quelle somme peut être recouvrée auprès de lui ? ;

- les biens considérés sont ceux « obtenus » par le prévenu, à savoir des biens qu'il possède, que ce soit seul ou conjointement, et sur lesquels il exerce un pouvoir de disposition ou de contrôle. Tel est le cas d'une personne ayant ordonné le paiement de sommes ou le transfert de la propriété de certains biens à une autre personne, en échange d'un avantage pécuniaire notamment pour échapper à sa responsabilité liée à la détention de ces biens. Il est peu probable que de simples passeurs, dépositaires ou autres contributeurs mineurs à une infraction, rétribués par une indemnité spécifique et n'ayant aucun intérêt sur les biens ou les produits de la vente, soient qualifiés comme personnes ayant « obtenu » ces biens[34].

2.1.2. Faits constitutifs de chacune des trois infractions de blanchiment

Aux termes de **l'article 327 §1 de la *POCA 2002***, une personne commet l'infraction si elle dissimule, déguise, convertit, transfère ou supprime des biens à caractère délictueux depuis l'Angleterre et le Pays de Galles ou depuis l'Ecosse ou depuis l'Irlande du Nord. Cette

---

[30] Smith (1989) 89 Cr.App.R.235 ; *Banks* [1997] 2 Cr.App.R.(S.) 110 ; *Comiskey* (1990) 12 Cr.App.R.(S.) 562 ; *McDonald* (1990) 12 Cr.App.R.(S.) 457 ; *R v Aujla* [2008] EWCA Crim 637 ; *R v Chahal* [2015] EWCA Crim 816, CA ; *R v Harvey* (Cour Suprême du Royaume-Uni) [2015] UKSC 73; [2016] 2 WLR 37.

[31] *R v May* [2008] UKHL 28, *R v Jennings* [2008] UKHL 29 et *R v Green* [2008] UKHL 30.

[32] *Allpress,* [2009] EWCA Crim 8 ; *Mitchell* [2009] EWCA Crim 214 ; *Seager* [2009] EWCA Crim 1303 ; *Briggs-Price* [2009] 2 WLR 1101 (HL) ; *Sivaraman* [2008] EWCA Crim 1736 ; *White and others* [2010] EWCA Crim 978 ; *R v More* [2010] EWCA Crim 1224 ; *R v Warwick* [2013] NICA 13.

[33] *R v Carter and others* [2006] EWCA Crim. 416 ; *Glatt* [2006] EWCA Crim 605 [para.82] ; *Gibbons* [2002] EWCA Crim 3161, [2003] Cr.App.R.(S.)34.

[34] Passeurs de fonds et dépositaires de capitaux de la drogue, voir *R v Allpress and others*. [2009] EWCA Crim 8 ; capitaux blanchis par l'intermédiaire d'un compte bancaire, voir *Allpress* ; passeurs et mandataires dans une affaire de trafic d'êtres humains, voir *R v Anderson* [2010] EWCA Crim 615 ; *Clark and Severn* [2011] EWCA Crim 15 ; *R v Smith and others* [2011] EWCA Crim 66 (affaire jugée dans le contexte de la *Theft Act 1968*).

disposition légale crée une infraction unique qui peut être commise par plusieurs moyens, à savoir en convertissant, en transférant, etc. Dans le contexte, ces termes ont leur sens courant : par exemple, les biens à caractère délictueux sont « convertis » lorsqu'un prévenu, demeurant et travaillant à l'étranger, a fait en sorte que des capitaux soient versés sur son compte bancaire étranger puis retirés[35] ; on « supprime les biens depuis l'Angleterre et le Pays de Galles ou depuis l'Ecosse ou depuis l'Irlande du Nord », en déplaçant physiquement ces biens depuis (par exemple) l'Angleterre vers l'Ecosse ou ailleurs qu'au Royaume-Uni.

L'article 328 § 1 de la *POCA 2002* prévoit qu'une personne commet l'infraction si elle conclut ou se trouve impliquée dans un accord dont elle sait ou soupçonne qu'il facilite, par tout moyen, l'acquisition, la conservation, l'utilisation ou le contrôle de biens à caractère délictueux, par l'intermédiaire d'une autre personne ou pour son compte.

L' « autre personne » n'est pas nécessairement celle qui, à l'origine, a obtenu les biens en conséquence ou en relation avec des agissements délictueux.

L'infraction est réalisée lorsque l'accord que le prévenu conclut ou dans lequel il se retrouve impliqué, facilite l'acquisition, la conservation, l'utilisation ou le contrôle, par une autre personne, de biens qui étaient déjà à caractère délictueux au moment où l'accord « prend effet »[36]. Par exemple, A ouvre un compte bancaire pour que B puisse y déposer des fonds volés. L'infraction est réalisée dès que les fonds volés sont déposés sur le compte de D (l'accord prend effet à ce moment).

En revanche, les actes accomplis par les professionnels du droit, lors de l'assignation et l'obtention de mesures conservatoires comme le gel d'actifs et jusqu'à la décision finale ne constituent pas de tels faits. La Cour d'appel a affirmé[37] que les dispositions de l'article 328 ne sont pas destinées à modifier les règles du déroulement ordinaire du procès et que rien dans la lettre de l'article 328 ne permet d'y trouver une exception au « privilège » des professionnels du droit (cf. ci-dessous, II, B, 2°). Une décision judiciaire ne saurait constituer non plus l'accord visé à l'article 328.

L'article 329 §1 de la *POCA 2002* incrimine le fait pour une personne d'acquérir, d'utiliser ou de détenir des biens à caractère délictueux. Les termes « acquérir » et « utiliser » ont un sens ordinaire, non technique. Le fait de « détention » est acquis s'il est prouvé que l'accusé avait la garde ou le contrôle des biens.

2.1.3. Infraction préalable. Le cas de la fraude fiscale

Le principe est que toute infraction (*offense*, art. 340, §2, *POCA 2002*) peut constituer l'infraction préalable au blanchiment. Comme nous l'avons vu plus haut, le terme « avantage » tiré des agissements délictueux est défini de façon large et inclut par conséquent la valeur d'une **fraude fiscale**.

---

[35] R v Rogers et [2014] EWCA Crim 1680, [2015] 1 W.L.R. 1017 ; R v Fazal [2010] 1 W.L.R. 694 [2010] 1 Cr. App. R. 6 [2010] Crim. L.R. 309.

[36] *R. v GH* (Cour Suprême du RU) [2015] UKSC 24 ; [2015] 1 W.L.R. 2126 (SC) appliquant *Kensington International Ltd v Republic of Congo* [2007] EWCA Civ 1128 ; [2008] 1 W.L.R. 1144 et *R v Geary*, [2010] EWCA Crim 1925 ; [2011] 1 W.L.R. 1634 ; [2011] 1 Cr. App. R. 8 (p.73).

[37] *Bowman v Fels*, [2005] EWCA Civ 226 ; [2005] 1 WLR 3083 ; [2005] 4 All ER 609, CA.

Le ministère public n'est pas tenu de prouver l'infraction précise à l'origine de ces avantages. Il peut en effet (voir l'affaire *R v Anwoir*,[38] *R v F*,[39] *R v Kuchhadia*[40]) soit prouver que les biens proviennent d'agissements délictueux de nature spécifique soit prouver les circonstances dans lesquelles les biens ont fait l'objet de transactions, lesquelles permettent de déduire sans ambiguïté que ces biens proviennent d'agissements délictueux.

Les faits incriminés à l'article 329 de la *POCA 2002*, soit l'utilisation et/ou la détention des biens d'origine délictueuse peuvent être retenus à l'encontre de l'auteur des faits délictueux desquels proviennent ces biens (**auto-blanchiment**). Il est ainsi possible qu'une personne soit poursuivie pour blanchiment du produit de ses propres actes délictueux : par exemple, si après un vol à main armée, elle cache l'argent dans son grenier. L'article 329 permet dans ce cas une double condamnation.

La condamnation pour les faits délictueux préalables n'est pas indispensable. Une condamnation pour auto-blanchiment peut être prononcée alors même que l'auteur a été relaxé au titre des faits délictueux préalables en raison de l'absence de preuves suffisantes. Lorsque l'article 329 est utilisé à l'encontre de délinquants « de carrière » qui ont évité avec succès la condamnation principale, il peut se révéler être le seul moyen pour obtenir leur condamnation.

2.2. ELEMENT SUBJECTIF

2.2.1. Considérations communes aux trois infractions de blanchiment

La POCA exige la preuve d'une « connaissance » ou d'un « soupçon »[41].

Un arrêt de la Cour d'appel, *R v Da Silva*[42], précise le terme « soupçon », en indiquant que son élément essentiel est constitué par le fait que le prévenu doit avoir pensé qu'il y avait une possibilité, autre que spéculative, que les faits délictueux existent. Si un sentiment vague de malaise, un doute, une impression fugace ne seraient pas jugés suffisants, la loi n'exige toutefois pas que le soupçon soit « clair », ni « solidement fondé et déterminé par des faits précis », ni basé sur des « motifs raisonnables ».

En fixant le seuil de *mens rea* (l'élément subjectif de l'infraction) aussi bas que le soupçon, le Royaume-Uni a dépassé ses obligations internationales et européennes. La Convention des Nations Unies de 1988 (Vienne), comme la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 (Strasbourg) exigent seulement des Etats parties qu'ils pénalisent les faits de blanchiment de capitaux « lorsqu'ils sont commis intentionnellement ». Il en est de même pour les directives européennes anti-blanchiment, y compris la quatrième, qui définissent le « blanchiment de capitaux » en termes d'agissements intentionnelles, c'est-à-dire « en sachant que… les biens

---

[38] [2008] EWCA Crim 1354; [2009] 1 W.L.R. 980; [2008] 4 All E.R. 582; [2008] 2 Cr. App. R. 36.

[39] [2008] EWCA Crim 1868; [2008] Lloyd's Rep. F.C. 570; [2009] Crim. L.R. 45;

[40] [2015] EWCA Crim 1252, [2015] 1 W.L.R. 4895.

[41] D'autres dispositions de la 7e partie de la POCA (par ex. art.330) utilisent l'expression « motifs raisonnables de soupçonner ». Pour une analyse plus approfondie des termes « connaissance » (*knowledge*), croyance (*belief*), suspicion (*suspicion*), voir : Glanville Williams, Handling, *Theft and the Purchaser who takes a Chance* [1985] Crim LR 432 ; *Hall* [1985] Crim LR 377 ; *Toor* (1987) 85 Cr App R 116.

[42] Arrêt rendu dans le contexte de la CJA 1988 : [2006] EWCA Crim 1654. Le raisonnement retenu dans cette affaire a été appliquée dans d'autres : *R v Afolabi* [2009] EWCA Crim 2879 ; *K v National Westminster Bank, HMRC* [2006] EWCA Civ 1039 ; *Shah and another v HSBC Private Bank (UK) Ltd (No 2)* [2012] EWHC 1283. Voir aussi *R v Gillard* (1988) 87 Cr App R 189; *R v Hall* (1985) 81 Cr App R 260.

proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité » alors que « la connaissance, l'intention ou la motivation requises pour qualifier les actes visés … peuvent être établies sur la base de circonstances de fait objectives ». Dans l'affaire *Montila*[43], la Chambre des Lords fait ce constat que, aux termes de ces instruments internationaux, le « soupçon raisonnable » n'entraîne pas la responsabilité pénale.

2.2.2. Eléments subjectifs propres à chacune des trois infractions de blanchiment

Les infractions régies aux articles 327 et 329 exigent que le ministère public prouve que l'auteur présumé « sait ou soupçonne » que les biens constituent un avantage tiré « d'agissements criminels » (art. 340 §3).

L'infraction régie à l'article 328 exige la preuve de deux éléments moraux distincts. Premièrement, le prévenu doit « savoir ou soupçonner » que l'accord facilite l'acquisition, la conservation, l'utilisation ou le contrôle de biens à caractère délictueux par ou pour le compte d'une autre personne. Deuxièmement, comme précisé plus haut, dans la définition de « biens à caractère délictueux » (art. 340 §3) figure un autre élément moral, à savoir le fait que le prévenu « sait ou soupçonne » que les biens constituent ou représentent, pour une autre personne, un avantage économique tiré d'agissements délictueux.

2.3. MOYENS DE DEFENSE

Les « moyens de défense » constituent une technique procédurale qui permet d'invoquer des circonstances de fait, énumérées par la loi, pour exclure les poursuites sur le fondement des trois infractions de blanchiment, alors que les éléments constitutifs sont réunis. 38

Plusieurs de ces moyens de défense sont communs aux trois infractions régies aux articles 327 à 329 de la *POCA 2002*, l'un est propre à l'infraction régie à l'article 328.

2.3.1. Les moyens de défense communs aux trois infractions de blanchiment

Premièrement, comme moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 327 à 329 de la POCA 2002, une personne peut se prévaloir de l'une des circonstances suivantes :

- d'avoir fait une déclaration de soupçon, avant pendant ou après l'accomplissement de l'acte, à un représentant de la police, à un agent des services fiscaux et douaniers ou à un autre agent désigné par la loi, aux termes de l'article 338 ;
- avoir eu l'intention de faire une telle déclaration, en en étant empêché par une excuse raisonnable ;
- avoir agi dans l'exercice d'une fonction tendant à la mise en exécution d'une disposition légale relative aux agissements délictueux ou à un avantage tiré de tels agissements.

Si la déclaration est antérieure à la commission de l'acte prohibé, la personne doit avoir reçu, de la part de l'agent, une « autorisation adéquate »[44] pour agir. A défaut, le prévenu doit

---

[43] *R v Montilla and others* [2005] 1 Cr. App. R 26.

[44] Une personne a une « autorisation adéquate » dans l'un des trois cas suivants (art. 335, POCA 2002) : l'autorisation est donnée par l'une des personnes à laquelle la révélation est faite ; sept jours ouvrés se sont écoulés depuis sa

fournir de bonnes raisons pour ne pas avoir fait cette déclaration avant l'accomplissement de l'acte ; sa déclaration ultérieure se fait à son initiative.

Quand le prévenu, en accomplissant l'acte prohibé, ne savait pas ou ne soupçonnait pas que les biens constituaient un avantage tiré d'agissements délictueux en faveur d'une personne, il n'y a pas d'infraction s'il fait, de sa propre initiative, une déclaration dès qu'il éprouve par la suite un soupçon.

Deuxièmement, les infractions ne sont pas constituées si le prévenu « sait ou a des motifs raisonnables de croire » que les agissements délictueux ont été commis en dehors du Royaume-Uni, dans un lieu où ils n'étaient pas illégaux (art. 327 §2A).

2.3.2. Le moyen de défense propre au blanchiment par acquisition, utilisation ou détention de biens d'origine délictueuse

Aucune infraction n'est commise si le prévenu a acquis, utilisé ou pris possession des biens d'origine délictueuse en échange d'une contrepartie « adéquate » (art. 329 § 2, c° et 3, c°, *POCA 2002*). Ainsi, l'infraction de blanchiment n'est pas constituée lorsqu'une personne vend de la nourriture, au prix du marché, à une personne qu'elle être un trafiquant de drogues.

La loi qualifie de contrepartie « inadéquate », celle qui est « significativement inférieure à la valeur des biens » et de contrepartie « inexistante » celle fournie par une personne qui soupçonne que les biens ou les services fournis « pouvaient aider les agissements délictueux ».

Il ressort de l'affaire *Hogan* ([2007] EWCA 978) que pour qu'une contrepartie soit qualifiée d'adéquate, le tribunal doit examiner l'ensemble des circonstances, y compris la manière dont la contrepartie a été versée, et ne pas se limiter à la seule considération du montant payé qui serait d'ordinaire considéré comme juste au regard de l'état des marchandises. En outre, la question du caractère adéquat de la contrepartie est distincte de la question de savoir si le prévenu connaissait, croyait ou soupçonnait les biens litigieux de constituer un avantage tiré d'agissements délictueux.

3. Peines applicables

Les trois infractions de blanchiment prévoient le même type de peines principales : devant une *Magistrates' Court*, il s'agit d'une peine d'emprisonnement inférieure à six mois ou d'une amende ou des deux ; devant la *Crown Court*, il s'agit d'une peine d'emprisonnement inférieure à 14 ans ou d'une amende ou des deux (art. 334, §1, *POCA 2002*).

B. Juridictions et organes de poursuite

Ce sont **les juridictions** de droit commun qui, en principe, statuent en matière de blanchiment. L'infraction de blanchiment est une infraction dite des deux voies (*either way offences*) ou hybride, catégorie intermédiaire entre les infractions légères (*summary offences*) et les infractions graves (*indictable offences*). Pour les affaires de cette catégorie hybride, la *Magistrates' Court*, tribunal qui reçoit d'abord toutes les affaires, renvoie les plus graves vers

---

déclaration sans qu'elle ne reçoive d'avis de refus d'autorisation d'accomplir l'acte ; un délai de trente-et-un jours s'est écoulé, à compter de la réception de l'avis refusant l'autorisation d'accomplir l'acte et aucune autre consigne de la part de la police n'a été reçue. Le délai moratoire existe pour donner à la police l'opportunité d'enquêter sur le matériel révélé et, si nécessaire, d'agir, par exemple en obtenant une ordonnance de saisie-conservatoire.

la *Crown Court* qui seule peut appliquer les peines les plus lourdes et conserve les moins graves, pour prononcer elle-même une peine plus légère.

Pour ce qui est des **poursuites pénales**, le *Crown Prosecution Service*, l'organe de poursuite de droit commun est également chargé des poursuites en matière d'infractions régies par la *POCA 2002* et ses règlements. Il s'appuie néanmoins sur certains organes spécialisés tels que la *Financial Conduct Autority* (*FCA*, compétente pour autoriser l'entrée des opérateurs économiques sur le marché et garantir la protection des consommateurs).

D'autres organes spécialisés ont vu leurs compétences absorbées par ces deux organismes Ainsi, le *Revenue and Customs Prosecution Service*, compétent pour la poursuite des infractions en matière d'impôts directs, TVA et droits de douane a fusionné avec le *Crown Prosecution Service* en 2010 ; l'*Office for Fair Trading*, compétent en matière de protection des consommateurs et concurrence a fusionné avec la FCA en 2014. Ce mouvement semble répondre aux critiques passées d'inefficacité des poursuites due à l'éparpillement des compétences.

II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE

Au Royaume-Uni, la prévention du blanchiment est régie principalement par les *Money Laundering Regulations 2007* (*MLR 2007*) qui ont transposé en droit britannique les exigences de la troisième directive européenne anti-blanchiment (dans l'attente de la transposition de la 4ème directive européenne anti-blanchiment).

A. PROFESSIONNELS TENUS DES OBLIGATIONS DE PREVENTION

La liste des personnes assujetties à des obligations définies de prévention est conforme à celle de la troisième directive européenne (art. 2). Des professionnels du droit et du chiffre se voient ainsi imposer ces obligations dès lors qu'ils interviennent[45] en qualité d'auditeurs, de praticiens de l'insolvabilité, d'experts-comptables externes et de conseillers fiscaux, de prestataires de services aux sociétés, aux *trusts* ou à d'autres entités similaires. Les membres des professions juridiques indépendantes (*solicitors, barristers, in-house lawyers*) y sont soumis également, mais uniquement pour leurs services juridiques ou notariés, apportés lors des transactions financières ou immobilières suivantes (transactions à haut risque de blanchiment) :

- l'achat et la vente de biens immobiliers ou d'entreprises commerciales ;
- la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs du client ;
- l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles ;

[45] art. 3, *MLR 2007* ; Law Society, *Anti-money laundering Practice note*, octobre 2013, § 1.4.3, http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/aml/.

- la réunion des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ;

- la constitution, la gestion ou la direction de trusts, de sociétés ou d'autres structures similaires.

Les développements ci-dessous se concentrent, à titre d'exemple significatif, sur le statut des *sollicitors*.

B. OBLIGATIONS DE PREVENTION

Les obligations définies par la troisième directive européenne comme moyens de prévention du blanchiment, ont été transposées dans la législation britannique. A ce titre on peut citer les *MLR 2007* qui régissent l'obligation de vigilance à l'égard de la clientèle et l'obligation de conservation de données (art. 5 s. et 19 s.) et la *POCA 2002* qui pénalise le défaut de déclaration de soupçon (art. 330 s.).

1. DEFINITION ET SANCTION DES OBLIGATIONS

Pour qu'elles soient bien comprises et exécutées, ces obligations ont été explicitées par les organismes d'autorégulation professionnelle impliquées dans le système de prévention. Ainsi, la *Law Society*, organisme professionnel des *sollicitors* d'Angleterre et du Pays de Galles, a publié un véritable manuel de bonnes pratiques destiné à aider les *sollicitors* à respecter leurs obligations résultant du dispositif légal anti-blanchiment. Bien que ces pratiques ne soient pas obligatoires, l'autorité de contrôle de la profession (*Solicitors Regulation Authority, SRA*) a fait savoir que, dans sa mission de régulateur de la conduite professionnelle, et d'autorité de surveillance de l'application de la réglementation anti-blanchiment, elle prendra en compte le respect de ces pratiques.

A titre d'exemple, **l'obligation de vigilance à l'égard de la clientèle** est largement détaillée. Aux fins de l'identification du client, plus de dix pages détaillent les informations à recueillir selon la qualité de celui-ci (personne physique ou morale, société selon sa nature et son siège, *trust*, fondation, association, église, agence gouvernementale, etc.). Le cas de l'intervention du *sollicitor* en tant qu'exécuteur testamentaire est également envisagé.

Des développements importants (dix autres pages) sont relatifs à l'identification du bénéficiaire effectif de l'opération envisagée en fonction de la qualité du client et offrent la clé de la compréhension de la structure de propriété et de contrôle du client. Si les premières informations doivent être recherchées auprès du client, d'autres dès lors qu'elles sont disponibles ailleurs, doivent aussi être recueillies. Une mise en garde est formulée : le professionnel doit considérer la capacité et la volonté de son client de l'éclairer sur le véritable bénéficiaire de l'opération. Des changements dans les instructions données par le client ou dans les actions prévues devraient être considérés comme des indices du fait que quelqu'un essaie de manipuler le dispositif en place à des fins délictueuses. Une approche prudente et nuancée est conseillée. S'il ne suffit pas de « cocher des cases » pour satisfaire l'approche de prévention fondée sur l'évaluation du risque de blanchiment, seule efficace dans ce domaine, il est toutefois rare qu'il faille pousser les vérifications touchant l'identification du bénéficiaire effectif aussi loin que celles concernant le client. Les recherches, raisonnables et proportionnées au risque détecté, peuvent aller jusqu'à une consultation spécifique auprès

d'un spécialiste des *trusts*. La notion de contrôle d'un *trust* fait elle-même l'objet de larges développements et d'exemples pratiques.

Les obligations de vigilance renforcées, dans les hypothèses prévues par la 3e directive européenne, sont également détaillées. Des recommandations sont formulées concernant l'identification d'un client qui serait une « personne politiquement exposée ». Sont à prendre en considération des fonds en provenance d'un compte gouvernemental, une correspondance sur papier à entête officiel, des éléments des échanges avec le client ou une personne proche du client. A défaut d'une certitude, le fait de soupçonner que le client est une personne politiquement exposée devrait donner lieu à l'application de mesures de vigilance renforcée.

L'obligation de déclaration de soupçon fait l'objet de pas moins de trois incriminations pénales (art. 330 à 332, *POCA 2002*) à travers lesquelles on peut déceler les traits de cette obligation. Premièrement, est puni le professionnel qui omet de faire la déclaration de soupçon alors que : il sait, soupçonne ou a des motifs raisonnables de savoir ou de soupçonner qu'une personne est impliquée dans un blanchiment de capitaux ; il est à même d'identifier une personne impliquée dans un blanchiment ou d'identifier des biens objet d'un blanchiment ; ou il n'a pas effectué la déclaration de soupçon dès que cela avait été possible. Deuxièmement, est puni l'agent désigné pour recueillir les déclarations de soupçon qui omet de révéler les informations qu'il détient ou les soupçons qu'il a quant à l'implication d'une autre personne dans le blanchiment. Ces deux infractions sont punies, selon la gravité des faits et la nature de la procédure, soit de cinq ans d'emprisonnement, une amende ou les deux (*Crown Court*), soit de six mois d'emprisonnement, une amende de 5 000 livres ou les deux (procédure sommaire, *Magistrates' Court*). La troisième incrimination concerne les personnes qui préviennent la personne soupçonnée du fait qu'une déclaration de soupçon a été effectuée à son encontre ; l'auteur est passible respectivement d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure à deux ans ou une amende ou les deux ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure à trois mois ou d'une amende inférieure à 5 000 livres ou des deux.

2. DOMAINE D'APPLICATION DES OBLIGATIONS

Le système anglais connaît, comme d'autres systèmes nationaux, la tension entre l'obligation de secret propre à la déontologie professionnelle et l'obligation de déclaration de soupçon à la *National Crime Agency* (*NCA*) propre à la règlementation anti-blanchiment.

Le secret professionnel (*legal professional privilege*) garantit au client que certains documents et informations fournis aux avocats ne pourront jamais être divulgués. Il reconnaît le droit humain fondamental du client d'être franc avec son conseiller juridique, sans crainte de divulgation ultérieure, à son préjudice. Il est un droit absolu qui ne peut être devancé par aucun autre intérêt. Le secret professionnel a un domaine d'application plus restreint que le devoir de confidentialité : il ne protège que les communications confidentielles relevant de l'un des deux chefs de secret, le secret de la consultation (*advice privilege*) et le secret de la procédure (*litigation privilege*). La règle est applicable aux *barristers*, aux *solicitors* et à leurs employés, ainsi qu'aux *in-house lawyers* (conseils juridiques).

Au titre du **secret de la consultation**, les communications entre un avocat, agissant en sa qualité d'avocat, et son client, sont couvertes par le secret professionnel dès lors qu'elles sont établies, dans un cadre juridique, afin d'obtenir un conseil juridique, de la part d'un avocat qui exerce alors des compétences directement liées à l'exercice de ses fonctions professionnelles

d'avocat. Ces communications ne sont donc pas protégées simplement parce qu'elles ont lieu entre l'avocat et son client.

La jurisprudence a reconnu qu'étaient couverts par le secret un mémoire de frais et honoraires ou encore une information communiquée avant le paiement de toute provision d'honoraires, par des clients potentiels, dans le but de permettre l'élaboration du conseil demandé[46].

En revanche, la jurisprudence a estimé que n'étaient pas couvertes par le secret les informations suivantes : notes prises lors des audiences ouvertes au public ou les échanges écrits ou oraux avec l'avocat de la partie adverse ; livre des comptes du client ; liste des rendez-vous dans un mémoire d'honoraires ; actes de transfert de propriété[47].

Au titre du **secret de la procédure**, plus large que le secret de la consultation, sont protégées les communications confidentielles existant après le début de la procédure, ou avant, lorsque cette dernière est très probable, entre l'avocat et son client, la partie adverse et l'avocat de celle-ci ou un tiers concerné par la procédure. Ces communications doivent exclusivement ou principalement permettre de demander ou d'obtenir des conseils relatifs à la procédure, d'obtenir des preuves à utiliser lors de la procédure ou des informations permettant de constituer de telles preuves.

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 relative à des agissements qui pourraient entraîner des poursuites[48]. Le secret ne couvre pas les documents qui sont eux-mêmes constitutifs d'une infraction, ni les communications par lesquelles sont recherchés ou fournis des conseils touchant la commission d'infractions[49], que l'avocat soit ou non conscient que ses conseils sont utilisés à de telles fins[50].

C. EVALUATION DE L'IMPLICATION DES PROFESSIONNELS DANS LA PREVENTION

Une étude complète et détaillée intitulée « Évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et le financement du terrorisme au Royaume-Uni » a été publiée en octobre 2015 par le Ministère de l'Intérieur et le Trésor britanniques (ci-après rapport 2015)[51]. Des renseignements utiles sont aussi consultables dans le rapport 2013-2014 du trésor britannique intitulé « Rapport 2013-14 relatif à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme »[52].

---

[46] *Chant v Brown* (1852) 9 Hare 790 ; *Minster v Priest* [1930] AC 558.

[47] *Parry v News Group Newspapers* (1990) 140 New Law Journal 1719 ; *Nationwide Building Society v Divers Solicitors* [1999] P.N.L.R. 53 ; *R v Manchester Crown Court*, ex p. Rogers [1999] 1 W.L.R. 832 ; *R v Inner London Crown Court ex p. Baines & Baines* [1988] QB 579.

[48] *Bullivant v Att-Gen de Victoria* [1901] AC 196 ; *Butler v Board of Trade* [1971] Ch 680.

[49] *R v Cox & Railton* (1884) 14 QBD 153.

[50] *Banque Keyser Ullman v Skandia* [1986] 1 Lloyds Rep 336.

[51] Voir notamment § 6.39 à 6.63 relatifs au secteur comptable et § 6.68 à 6.71 relatifs au secteur juridique et judiciaire, UK Home Office, *UK* HM Treasury, *National Risk Assessment of Money Laundering and Terrorist Financing*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/468210/UK_NRA_October_2015_final_web.pdf

[52] HM Treasury, *Anti-money laundering and counter terrorist finance supervision report 2013-14,*

Ainsi, en 2013/2014, la cellule britannique de renseignements financiers (UK Financial Intelligence Unit, UKFIU) est celle qui, parmi toutes les cellules de renseignements des Etats membres de l'Union européenne, a reçu le plus grand nombre de déclarations de soupçon (354 000 déclarations contre 24 054 déclarations reçues par la cellule allemande). Ce nombre constitue une augmentation de plus de 10% par rapport à l'année précédente.

Il ressort de ces rapports que la plupart des services fournis par le secteur juridique sont attrayants pour les délinquants qui cherchent à dissimuler la provenance délictueuse de fonds, et que certains professionnels du droit agissent, certains consciemment d'autres inconsciemment, en tant que facilitateurs d'opérations de blanchiment d'argent.

Le rapport 2015 fait état :

- de la participation active d'un *soliciter* à la dissimulation de fonds illicites (issus de la corruption) d'une « personne politiquement exposée » étrangère, à la dissimulation de l'identité de cette personne, des actions entreprises par ce solliciter pour empêcher les contrôles et les poursuites des organes spécialisés ;

- d'un grand cabinet d'avocats spécialisé dans la défense pénale qui, au courant de l'activité délictueuse d'un client pour la défense duquel il était déjà intervenu, a accepté par la suite de conduire des opérations de fusion pour ce même client, sans soumettre de déclaration de soupçon ;

- de la fréquence des transactions immobilières ayant pour but le blanchiment de fonds illicites. Une enquête menée par l'autorité de surveillance des solicitors (*Solicitors Regulation Autority, SRA*) sur un nombre de 100 cabinets montre qu'un quart d'entre eux avait déjà été sollicité par un client pour une telle opération.

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT

Le 20 mai 2015, le Parlement européen et le Conseil ont adopté une quatrième directive 2015/849/EU anti-blanchiment qui doit être transposée dans les droits nationaux au plus tard le 26 juin 2017 ; elle se substituera, à cette date, à la troisième directive, ainsi qu'à la directive de mise en œuvre 2006/70/CEE. Le gouvernement du Royaume-Uni a déclaré (en réponse à une question écrite)[53] qu'il y aurait une période de consultation de trois mois en 2016 avant que la quatrième directive ne soit mise en œuvre en 2017.

https://www.gov.uk/government/publications/anti-money-laundering-and-counter-terrorist-finance-supervision-reports/anti-money-laundering-and-counter-terrorist-finance-supervision-report-2013-14

[53] Written Question (Question écrite) n° 27588, 25 février 2016.

L’INFRACTION DE BLANCHIMENT

LE CAS DE L’ESPAGNE

Avec la collaboration de

José Luis de la Cuesta

Professeur, Directeur de l’Institut basque de criminologie

Université du Pays basque, San Sébastien, Espagne

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

https://www.boe.es/diario_boe/

http://noticias.juridicas.com/base_datos/

Ancien Code pénal, modifié par les lois organiques n° 1/1988 du 24 mars 1988 portant réforme du Code pénal et n° 8/1992 du 23 décembre 1992, portant modification du Code pénal et de la loi de procédure criminelle en matière de trafic de drogues

Code pénal (CP) introduit par la loi organique n° 10/1995, du 23 novembre 1995, modifié par les lois organiques n° 15/2003 du 25 novembre 2003 et n° 5/2010 du 22 juin 2010

Loi de procédure criminelle (LECrim)

Loi n° 10/2010 du 28 avril 2010 pour la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme

Loi n° 7/2012, du 29 octobre 2012 de modification de la règlementation fiscale et budgétaire et d'adéquation de la réglementation financière pour l'intensification des actions de prévention et de lutte contre la fraude

Décret royal n° 304/2014, du 5 mai 2014 approuvant le règlement d'application de la loi n° 10/2010 (règlement d'application)

Décret royal n° 1558/2012, du 15 novembre 2012 ; (fraude fiscale)

Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° EHA/114/2008 du 29 janvier 2008 relatif à certaines obligations des notaires dans le domaine de la prévention du blanchiment d'argent

Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° EHA/2963/2005, du 20 septembre 2005, portant réglementation de l'Organe centralisé de prévention du blanchiment des capitaux auprès du Conseil général du notariat

Arrêté du ministre de l'économie et de la compétitivité n° ECC/2402/2015, du 11 novembre 2015 portant réglementation de l'Organe centralisé de prévention du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme auprès du Collège des professionnels chargés des Registres de la propriété immobilière, du commerce, des sûretés et de la propriété intellectuelle

Arrêté du ministère des finances et de l'administration publique n° HAP/72/2013 du 30 janvier 2013

JURISPRUDENCE

Décisions du Tribunal Suprême, 2ème Chambre, [TRIBUNAL SUPREMO, SALA PENAL]

Date	ROJ	ECLI
STS 19.5.2015	STS 2084/2015	ES:TS:2015:2084
STS 29.4.2015	STS 1925/2015	ES:TS:2015:1925
STS 4.11.2015	STS 477/2015	ES:TS:2015:477
STS 2.12.2014	STS 5492/2014	ES:TS:2014:5492
STS 26.11.2014	STS 5075/2014	ES:TS:2014:5075
STS 9.6.2014	STS 2563/2014	ES:TS:2014:2563
STS 7.11.2014	STS 468/2014	ES:TS:2014:468
STS 6.11.2014	STS 1097/2014	ES:TS:2014:1097
STS 7.10.2014	STS 4281/2014	ES:TS:2014:4281
STS 11.12.2013	STS 5836/2013	ES:TS:2013:5836
STS 26.3.2013	STS 1649/2013	ES:TS:2013:1649
STS 20.11.2013	STS 726/2013	ES:TS:2013:726
STS 5.12.2012	STS 8701/2012	ES:TS:2012:8701
STS 5.12.2012	STS 8676/2012	ES:TS:2012:8676
STS 9.11.2012	STS 8463/2012	ES:TS:2012:8463
STS 9.7.2012	STS 4934/2012	ES:TS:2012:4934
STS 2.11.2011	STS 7441/2011	ES:TS:2011:7441
STS 21.3.2011	STS 1864/2011	ES:TS:2011:1864
STS 15.11.2011	STS 676/2011	ES:TS:2011:676
STS 20.10.2010	STS 7053/2010	ES:TS:2010:7053
STS 23.9.2010	STS 4967/2010	ES:TS:2010:4967
STS 9.3.2010	STS 1156/2010	ES:TS:2010:1156
STS 28.1.2010	STS 551/2010	ES:TS:2010:551
STS 5.10.2006	STS 7204/2006	ES:TS:2006:7204
STS 24.10.2005	STS 6440/2005	ES:TS:2005:6440
STS 2.12.2004	STS 7842/2004	ES:TS:2004:7842
STS 9.10.2004	STS 6340/2004	ES:TS:2004:6340
STS 19.12.2003	STS 8288/2003	ES:TS:2003:8288
STS 29.9.2001	STS 7339/2001	ES:TS:2001:7339
STS 10.1.1999	STS 34/1999	ES:TS:1999:34
STS 23.5.1997	STS 3613/1997	ES:TS:1997:3613

MANUELS, ARTICLES, RAPPORTS

ABEL SOUTO, M. (2011) “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la LO 5/2010, de 22 de junio”, en La Ley Penal, núm. 79, pp. 1 ss.

ABEL SOUTO, M. (2014) Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España, en Abel Souto / Sánchez Stewart, IV Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Tirant lo Blanch, Valencia,pp.137 ss.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E. (2011), “La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español”, en Un Derecho Penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, dirigido por Muñoz Conde, Lorenzo Salgado, Ferré Olivé, Cortés Bechiarelli y Núñez Paz. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 116 a 140.

BLANCO CORDERO, I. (1998), Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales. Edit. Comares. Granada.

BLANCO CORDERO, I (2015), El Delito de Blanqueo de Capitales, 4ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

COCA VILA, I. (2013), “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos”, en Silva Sánchez (Dir) / Montaner Ferández (coord.), Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reaciones corporativas, Atelier, Barcelona, pp. 287 ss.

COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES E INFRACCIONES MONETARIAS, Memoria de información estadística 2010-2013,

(http://www.tesoro.es/sites/default/files/ESTADISTICAS%202013.pdf)

DE ALFONSO LASO, D. (2010), “La modificación del delito de blanqueo de capitales, arts. 301 y 302 CP”, en La reforma penal del 2010: análisis y comentarios, dirigidos por Quintero Olivares. Edit. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, pp. 253 ss.

DE ANDRÉS PÉREZ, S. (2015), “Principales novedades de la Cuarta Directiva sobre prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”, Diario La Ley, n. 8641, 9 nvembre. Ref. D-415. (http://www.broseta.com/wp-content/uploads/2015/11/Principales-novedades-de-la-Cuarta-Directiva-sobre-PBCFT.pdf)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / PEREZ MACHIO, A.I. (2015), "La lucha económico-financiera contra la trata de seres humanos: el ordenamiento jurídico español", en M.Poelemans / M.Richard González / M.R.Gutiérrez Sanz / I.Riaño Brun (coords.), El Fenómeno de la Prostitución. Cooperación franco-española en la lucha contra la trata de seres humanos / Le Phénomène de la Prostitution. La coopération franco-espagnole dans la lutte contre la traite des êtres humains, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.307 ss.

LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M. (2015), El nuevo marco regulatorio del blanqueo de capitales, Bosch, Barcelona.

MINISTERIO DEL INTERIOR (2015), Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2014, Madrid,

(http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2014_126150729.pdf/112c5a53-cb2d-4b5d-be12-4a3d5b5d057e)

RAGUÉS I VALLÉS, R. (2007), La ignorancia deliberada en Derecho Penal, Atelier, Barcelona.

RUBÍ BLANC, L (2014), “Los órganos de autorregulación de las profesiones liberales”, en Abel Souto / Sánchez Stewart, IV Congreso Internacional…, cit., pp.45 ss.

SANCHEZ STEWART, N (2015), La cuarta Directiva europea para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo: principales novedades”, El Notario del siglo XXI, n.63 (http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/opinion/opinion/5379-la-cuarta-directiva-europea-para-la-prevencion-del-blanqueo-de-capitales-y-la-financiacion-del-terrorismo-principales-novedades)

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2010), “Los delitos patrimoniales y económico-financieros”, en Diario La Ley, núm. 7534, pp. 1 ss.

VIDALES RODRIGUEZ, C. (dir.), 2015, Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales, Tirant lo Blanch, Valencia.

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

En Espagne, les faits de blanchiment de capitaux provenant du trafic de drogues ont été spécialement incriminés pour la première fois en 1988, à l'article 546 bis, f° du Code pénal de l'époque[54]. Cette réforme a été poursuivie par une loi organique n° 8/1992 du 23 décembre 1992, dont les dispositions constituaient une transposition presque littérale de la Convention de Vienne[55].

Un nouveau Code pénal, adopté en 1995 et entré en vigueur en mai 1996, incrimine le délit[56] de blanchiment aux articles 301 et suivants[57], plusieurs fois reformés, notamment par les lois organiques n° 15/2003 du 25 novembre 2003 et n° 5/2010 du 22 juin 2010.

A. DISPOSITIONS LEGALES

1. DEFINITION DE L'INFRACTION

1.1. ELEMENT OBJECTIF

A ce jour, le Code pénal espagnol définit **deux délits de blanchiment**.

Le premier (art. 301.1, CP) est constitué par :

- le fait d'acquérir, de posséder, d'utiliser, de convertir ou de transmettre des biens, en sachant qu'ils proviennent d'une activité délictueuse, ou par
- n'importe quel autre acte visant à dissimuler l'origine illicite du bien ou à aider un des participants à l'infraction ou aux infractions à en éviter les conséquences légales.

L'incrimination des simples possession et utilisation des biens, introduite en 2010 en application des obligations formulées par la Convention dite de Palerme[58], entraîne la punition des actes de consommation ou de jouissance du bénéfice illicite (De Alfonso Laso 2010, 256), critiquée par une partie importante de la doctrine espagnole (Berdugo Gómez de la Torre, Fabián Caparrós 2011, 133) en raison du fait que ces conduites n'ont pas la capacité de transformer les biens ni celle de favoriser la dissimulation de leur origine (Silva Sánchez 2010, 7).

La jurisprudence considère l'incrimination de l'article 301.1 comme « omni-compréhensive » et entend par l'expression légale « n'importe quel acte » :

---

[54] introduit par une loi organique n° 1/1988 du 24 mars 1988.

[55] Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Vienne, 1988.

[56] Le Code pénal espagnol nomme l'infraction pénale (infracción penal) « délit » (delito), lequel peut être commis intentionnellement ou par imprudence. Il en existe trois catégories : délits graves, moins graves et légers (art. 13), qui donnent lieu à l'application de peines graves (par exemple, l'emprisonnement de plus de cinq ans), moins graves (l'emprisonnement de trois mois à cinq ans) et légères (par exemple l'amende correspondant à une privation de liberté de jusqu'à trois mois) (art. 33).

[57] au chapitre XIV, « Du recel et autres conduites assimilées » (devenu lors de la réforme 2010 « Du recel et le blanchiment des capitaux ») du titre XVIII, « Infractions contre le patrimoine et contre l'ordre socioéconomique » du deuxième livre.

[58] Convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée, New-York, 2000.

- toute opération réalisée personnellement ou par personne interposée, sur des biens de provenance délictueuse (STS 6.11.2014) ;
- une diversité de conduites qui constituent généralement des délits de résultat, ce qui lui permet d'admettre également la tentative (STS 6.11.2014) ;
- des omissions, notamment de la part des personnes tenues d'obligations de faire par la règlementation administrative de prévention du blanchiment (STS 9.11.2012) ;
- certains comportements des professionnels de la banque et du droit. A ainsi été condamné pour blanchiment un avocat qui avait contribué avec son expertise à donner apparence légale à d'importantes sommes d'argent qu'une organisation criminelle tentait d'introduire dans les circuits financiers légaux, par l'acquisition d'immeubles (Blanco Cordero, 2015, 624 et 675 ss) ;

A son tour, le législateur admet explicitement que l'activité délictueuse préalable au blanchiment puisse être le fait d'un tiers ou le fait du sujet actif du blanchiment lui-même et incrimine ainsi également l'« auto-blanchiment » (art. 301.1 II), soit une conduite en principe étrangère aux figures traditionnelles du blanchiment et du recel construites sur le délit antécédent commis par un tiers (Blanco Cordero, 2015, 632 ss). En effet, par le passé, la jurisprudence considérait que l'auto-blanchiment était puni par la peine prononcée en raison du délit le précédant. Ce n'est que le 18 juillet 2008 que le Tribunal Suprême[59] a admis le cumul des peines applicables respectivement au délit originel et à l'auto-blanchiment successif. Depuis, la jurisprudence prononce parfois des peines réduites pour éviter des cumuls disproportionnées, notamment dans des affaires de moindre gravité (STS 26 novembre 2014), et lorsque les comportements n'étaient pas à même d'assurer l'introduction des biens illicites dans le commerce (STS 29 avril 2015). Elle a aussi refusé la qualification d'auto-blanchiment en raison de la possession, par l'auteur du délit précédant, des biens qui en sont issus (STS 26 novembre 2014).

Un deuxième délit de blanchiment (art. 301.2, CP) est constitué par les conduites postérieures tendant à cacher ou à dissimuler la vraie nature, l'origine, le placement, la destination, le transfert de droits sur les biens, y compris le transfert de droits de propriété, en sachant qu'ils proviennent d'un délit de blanchiment ou d'auto-blanchiment ou d'un acte de participation à ces infractions. Il est ainsi possible d'incriminer une deuxième opération de blanchiment portant sur des biens ayant déjà fait l'objet de blanchiment ou acquis en remplacement de tels biens, dans le but d'appréhender pénalement tout acte destiné à rompre la chaine d'indices conduisant à l'origine illicite des biens, accompli par des personnes n'ayant participé ni au délit originel ni au premier délit de blanchiment (Blanco Cordero, 1998).

1.2. Element subjectif

Sachant qu'aux termes de l'article 12 du Code pénal espagnol « les actes commis et les omissions survenues par imprudence ne sont punis que lorsque la loi le dispose expressément », les faits de blanchiment décrits ci-dessus (art. 301.1 et 301.2, CP) sont

[59] HYPERLINK "http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-de-18-de-julio-de-2006-sobre-Art--301-de-CP-y-concurso-real

punissables en principe uniquement lorsqu'ils sont commis **intentionnellement**[60]. L'élément intentionnel doit pouvoir être constaté à l'égard de tous les aspects de la conduite incriminée ; il se retrouve notamment dans la connaissance de l'origine illicite des capitaux à blanchir ; la jurisprudence exige des conduites orientées vers les buts énumérés dans l'incrimination légale, à savoir cacher, dissimuler ou aider (SSTS 20.10. 2010, 20.2.2013, 11.12.2013, 7.11.2014, 9.6.2014, 29.4.2015) ; elle admet régulièrement le dol éventuel [v. *infra* I, B, 2, b)].

Par exception, l'article 301.3 du code pénal incrimine le blanchiment **par imprudence grave** et s'applique à un nombre élargi de sujets qui, dès lors qu'ils omettent d'accomplir leurs devoirs de surveillance ou de dénonciation, peuvent être poursuivis en tant que participants au délit de blanchiment (Silva Sánchez 2010, 7 ; Abel Souto 2011, 7).

Si, dans un premier temps, la jurisprudence n'avait qualifié de blanchiment par imprudence que les conduites des seules personnes tenues à des obligations de faire par la règlementation administrative de prévention du blanchiment[61], la jurisprudence récente retient que le délit de blanchiment par imprudence n'est pas une infraction spéciale, à savoir une infraction dont le cercle d'auteurs potentiels serait restreint (STS 2.11.2011) ; toute personne peut en être l'auteur à défaut d'avoir manifesté la diligence nécessaire pour éviter le dommage prohibé par la loi (STS 9.11.2012).

L'article 301.3 vise « les faits », ce qu'indiquerait que toutes les conduites incriminées à l'article 301.1 et 2 dès lors qu'elles sont intentionnelles, sont également incriminées en cas d'imprudence grave. La doctrine signale néanmoins que ne peuvent être commis par imprudence des actes caractérisés par des buts spécifiques, tels que le but de cacher ou de dissimuler l'origine illicite des biens ou d'aider la personne ayant participé à l'infraction dont sont issus ces biens à éviter les conséquences légales de cette participation.

1.3. DELIT PREALABLE. LE CAS DE LA FRAUDE FISCALE

Depuis 2003, il est possible de retenir la qualification de blanchiment (art. 301, CP[62]) en raison de **toute activité délictueuse préalable** (quelle que soit sa position sur l'échelle de gravité des infractions – *delitos graves, menos, leves*, art. 13, CP). Une condamnation en raison du délit préalable n'est pas non plus exigée. Sont sans incidence sur la qualification du blanchiment lui-même : l'irresponsabilité ou l'exemption personnelle de peine du participant au fait pénal préalable, la prescription du fait pénal préalable, l'absence de consommation, le fait qu'il ait été perpétré à l'étranger ou l'absence d'incrimination pénale du fait par la loi du lieu de commission (art. 301.4, CP ; STS 19.12.2003). Par ailleurs, des faits qualifiés de tentative ou de préparation punissable peuvent suffire (Blanco Cordero, 2015, 380).

Plus particulièrement, **le délit de fraude fiscale** peut constituer le délit préalable au délit de blanchiment de capitaux depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 10/2010 du 28 avril 2010 pour la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (art.1.2, II), adoptée suite à d'importants débats doctrinaux (Blanco Cordero, 2015, 466 ss),). De plus,

---

[60] La réforme de 1992 qui avait incriminé des faits de blanchiment par imprudence, avait été très critiquée par une partie importante de la doctrine.

[61] Une partie de la doctrine plaide toujours pour cette solution, voir Blanco Cordero, 2015, 900 s.

[62] Cet article, dans sa version en vigueur entre 1988 et 1995, exigeait une infraction préalable en matière de drogues et dans sa version en vigueur entre 1995 et 2003, un délit préalable grave.

depuis que la réforme de 2010 permet que le blanchiment soit constitué par la possession de biens d'origine délictueuse et incrimine l'auto-blanchiment, la jurisprudence accepte la double poursuite de celui qui, étant l'auteur d'un délit fiscal est également l'auteur du blanchiment de capitaux, hypothèse pouvant justifier le prononcé de peines sévères. L'action peut être mise en route par l'administration fiscale elle-même.

Plusieurs types de fraudes fiscales sont incriminés par le Code pénal espagnol (art. 305 et ss)[63] :

- la fraude fiscale *stricto sensu* (art. 305 et 305 bis) constituée par le non-paiement d'impôts et la jouissance de bénéfices fiscaux d'un montant supérieur à 120 000 € ;
- l'obstruction fiscale et les autres infractions comptables (art. 310) ;
- la fraude à l'obtention de subventions et le détournement de subventions d'un montant supérieur à 120 000 € (art. 308) ;
- la fraude aux intérêts de l'Union européenne (art. 305.3 et 306, CP).

La preuve de l'existence du délit de fraude fiscale préalable au blanchiment implique l'identification du contribuable et la fixation du montant de l'impôt impayé, lequel doit être à la fois supérieur au montant minimum fixé par le Code pénal et recouvrable : l'impôt doit être échu et le droit de recouvrement de l'administration non prescrit. Certains auteurs font remarquer que l'application de la législation fiscale, très complexe en matière de régularisation des déclarations fiscales, de calcul de l'impôt et d'application des délais de prescription du droit de recouvrement est inhabituelle pour le juge pénal et qu'en pratique, une décision judiciaire définitive relative au délit fiscal sera un préalable indispensable à une condamnation pour blanchiment de capitaux (Blanco Cordero, 2015, 535).

1.5. Circonstances aggravantes

Le Code pénal définit trois catégories de circonstances aggravantes.

Premièrement, il s'agit de la gravité du fait et des circonstances personnelles de l'auteur (art. 301.1 I).

Deuxièmement, il s'agit de la provenance des biens de certaines infractions particulières (art. 301.1 II et III) et notamment : du trafic de stupéfiants ou substances psychotropes incriminé aux articles 368 à 372 ; d'infractions portant atteinte à l'administration publique telles que la corruption, le trafic d'influence, l'abus de fonctions et l'exercice d'activités interdites aux fonctionnaires ; d'infractions aux règles de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme.

La liste légale des infractions constituant des circonstances aggravantes suscite bien des critiques. D'une part, on a signalé l'absence des infractions de trafic d'organes ou d'armes et l'absence de la traite d'êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle laquelle constitue une infraction plus grave que celles concernant les stupéfiants tant en raison du *modus operandi* que par l'atteinte portée à des valeurs juridiques de la plus grande importance (De la Cuesta Arzamendi/Pérez Machio, 2015). D'autre part, on a signalé le fait que la présence des infractions portant atteinte à l'administration publique, aux règles de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, dont la justification serait la lutte contre la corruption, ne trouve pas

[63] Titre XIV, « Des délits contre le Trésor et contre la Sécurité sociale », Livre II.

appui dans les traités internationaux. En effet, si la lutte contre le blanchiment des biens provenant de la corruption est une exigence de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, du 22 juillet 2003, relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé et des directives 2005/60/CE et 2006/70/CE[64], ces textes n'exigent pas d'aggravation de peine (Blanco Cordero, 2015, 365).

Troisièmement, constitue une circonstance aggravante, l'appartenance à une organisation dédiée au blanchiment ou le fait d'en être le chef, l'administrateur ou la personne en charge de l'organisation. Pour retenir l'existence d'une « organisation », une jurisprudence uniforme requiert : une pluralité de personnes, une distribution des tâches, une attribution planifiée des moyens et une structure hiérarchique avec une certaine stabilité ou une vocation de continuité ; la pluralité d'actes n'est pas exigée (STS 26.3.2013 et 21.3.2011).

2. PEINES

2.1. PEINES PRINCIPALES

Les modalités de base du délit de blanchiment sont punies d'une peine de prison de six mois à six ans et d'une peine d'amende d'un montant égal à trois fois la valeur des biens blanchis (art. 301.1). Le blanchiment par imprudence grave est puni d'une peine de prison de six mois à deux ans et de la même peine d'amende (art. 301.3).

En présence de circonstances aggravantes, le juge est tenu de prononcer une peine se situant dans la moitié supérieure de la fourchette légale (art. 301.1 II et III), sauf pour le chef, l'administrateur ou la personne en charge d'une organisation dédiée au blanchiment qui encourt une peine de prison de six à neuf ans pour le blanchiment simple et de deux à trois ans pour le blanchiment par imprudence.

2.2. PEINES COMPLEMENTAIRES

Une large gamme de peines complémentaires peut être prononcée :

- l'interdiction d'exercer une profession ou une industrie pendant un à trois ans et la fermeture temporaire jusqu'à cinq ans ou la fermeture définitive de l'établissement (art. 301.1), prononcée selon la gravité des faits et des circonstances personnelles du délinquant ;
- l'interdiction particulière d'un poste dans la fonction publique, d'une profession ou d'une industrie pendant trois à dix ans, lorsque l'auteur avait agi dans l'exercice d'une fonction publique, d'une profession ou d'un métier relevant des domaines cités par la loi[65] (art. 303 II, CP). Une décision du Tribunal suprême (STS 19.12.2003) a exclu l'application

[64] 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 ; Directive 2006/70/CE de la Commission du 1er 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.

[65] L'auteur est entrepreneur, intermédiaire du secteur financier, médecin, pharmacien, vétérinaire, psychologue, fonctionnaire, travailleur social, enseignant ou éducateur.

de cette circonstance aggravante aux avocats, profession considérée comme non couverte par l'énumération légale ;

- la confiscation des gains obtenus (art. 301.5 et 127, CP) ;
- l'interdiction de s'approcher de (et/ou de communiquer avec) la victime ou d'autres personnes, de son domicile ou de lieu de travail, peine complémentaire applicable à tout délit contre la propriété et l'ordre socioéconomique (art. 57, CP)

En outre, les peines d'emprisonnement d'une durée supérieure à dix ans s'accompagnent en Espagne de l'interdiction absolue pendant la durée d'exécution de la peine (art.55). Les peines d'emprisonnement d'une durée inférieure peuvent s'accompagner des peines complémentaires suivantes : suspension dans l'emploi ou le poste occupé ; interdiction spéciale du droit de suffrage passif ; autres interdictions spéciales (art. 56, CP).

2.3. Peines applicables aux personnes morales

En 2010, la responsabilité pénale des personnes morales a été introduite en droit pénal espagnol pour certaines infractions, dont le blanchiment. Cette responsabilité est indépendante de (et se rajoute à) celle de la personne physique dont les agissements constituent son fondement, dès lors qu'une infraction a été commise (art. 31 bis, CP) :

- au nom ou pour le compte de la personne morale et pour son bénéfice, par ses représentants légaux ou par les personnes autorisées à prendre des décisions en son nom, ou ayant des facultés d'organisation et de contrôle en son sein ;

- dans l'exercice des activités sociales, pour le compte et le bénéfice direct ou indirect de la personne morale, par ceux qui, étant soumis à l'autorité des personnes physiques ci-dessus, ont commis les faits en raison du défaut de surveillance et de contrôle de la part de celles-ci.

La peine principale applicable aux personnes morales reconnues coupables de l'infraction de blanchiment est l'amende de deux à cinq ans ou de six mois à deux ans[66] selon que le délit commis par la personne physique est punissable d'une peine de prison de plus de cinq ans ou de cinq ans au plus (art. 302.2, CP).

Des peines complémentaires peuvent aussi être prononcées : la dissolution, la suspension des activités (jusqu'à cinq ans), la fermeture des locaux et établissements (jusqu'à cinq ans), l'interdiction temporaire jusqu'à cinq ans ou l'interdiction définitive des activités à l'occasion desquelles le délit a été commis ou favorisé, l'interdiction d'obtention de subventions et d'aides publiques, l'interdiction de bénéficier d'avantages fiscaux ou de la sécurité sociale (jusqu'à 15 ans), l'intervention judiciaire pour la sauvegarde des droits des travailleurs ou des créditeurs (jusqu'à cinq ans) (art. 303.2 II en relation avec art. 33.7 b) à g)). Ces peines peuvent être prononcées, à titre accessoire, contre les entités sans personnalité juridique, en cas de délits commis avec leur collaboration ou en leur sein (art. 129, CP).

[66] Le montant journalier de la peine d'amende est de 30 à 5 000 €. Pour les besoins du calcul du montant de l'amende, on considère qu'un mois a 30 jours et une année 360 jours (art. 50, al. 3 et 4, CP).

B. APPLICATION JURISPRUDENTIELLE

1. DIFFICULTES DE PREUVE

La principale difficulté rencontrée dans la pratique espagnole est, comme dans beaucoup d'autres pays, celle de **la preuve de l'activité délictueuse préalable**, qui a donné lieu à une jurisprudence contradictoire.

La ligne plus exigeante, celle qui requiert une condamnation définitive en raison de l'infraction préalable, a été abandonnée il y a longtemps par une jurisprudence qui avait pris appui sur l'absence d'exigence légale dans ce sens (STS 29.9.2001). Si certaines décisions jurisprudentielles réclament que tous les éléments constitutifs de l'infraction préalable soient prouvés (STS 24.10.2005 et 9.3.2010), la plupart (STS 5.10.2006) réclament la preuve que les biens proviennent d'une activité non seulement illicite, mais délictueuse, sans exiger la preuve des autres éléments constitutifs de l'infraction préalable.

Une deuxième difficulté est celle de la preuve de l'élément subjectif de l'infraction de blanchiment, à savoir **la connaissance par l'auteur de la provenance délictueuse des biens**.

La jurisprudence n'exige pas une connaissance de l'activité délictueuse en tous ses éléments et détails (STS 2.12.2004). Bien que le simple soupçon ne soit pas suffisant, la connaissance demandée est pratique, résulte de l'expérience (STS 28.1.2010, 2.12.2014, 19.5.2015), et peut se traduire dans la conscience de l'anormalité de l'opération et la possibilité de déduire logiquement des circonstances l'origine délictueuse de l'argent (STS 9.7.2012).

2. SOLUTIONS

2.1. ASSOUPLISSEMENT DE LA PREUVE DES FAITS

A défaut de preuve directe de la provenance délictueuse des biens et de la connaissance que l'auteur a pu en avoir, une jurisprudence uniforme admet la preuve par des indices : l'existence de certains faits impossibles à prouver directement est déduite d'autres faits ou circonstances (Blanco Cordero, 2015, 822).

Une jurisprudence consolidée, dont l'origine se trouve dans la STS 23.5.1997, retient habituellement comme indices (STS 23.9.2010, voir aussi STS 4.11. 2015) :

- l'importance du montant objet du blanchiment ;
- la relation de l'accusé avec certains groupes, personnes ou activités illicites ;
- l'anormalité ou le caractère disproportionné de l'augmentation du patrimoine de l'accusé ;
- la nature et les caractéristiques des opérations économiques (par exemple l'utilisation d'importantes quantités d'argent liquide) ;
- le défaut ou l'insuffisance de justification des revenues ayant financé les opérations ;
- l'existence de sociétés-écran ou de réseaux financiers ne prenant pas appui sur des activités économiques légales, susceptibles de preuve ;

- et même le silence de l'accusé qui ne fournit aucun élément pouvant constituer une défense (STS 9.10.2004).

Dans le même temps, la jurisprudence exige :

- que ces indices soient multiples, concomitants au fait à prouver, se renforçant réciproquement et pleinement prouvés (exigence répétée du Tribunal constitutionnel). Exceptionnellement, un indice unique peut être considéré suffisant en raison de son poids particulier ;

- qu'à partir des indices retenus, l'existence des faits incriminés constitue une conséquence naturelle, non équivoque, raisonnable selon les règles de la logique et de l'expérience (et non arbitraire, absurde ou infondée) ;

- que la décision judiciaire énonce expressément les indices retenus ainsi que le raisonnement ayant permis d'en déduire l'existence des faits punissables et la participation du sujet.

2.2. ASSOUPLISSEMENT DE LA PREUVE DE L'ELEMENT SUBJECTIF

Un développement parallèle à la ligne jurisprudentielle de la preuve des faits par des indices consiste dans l'assouplissement de la preuve de l'élément subjectif du délit de blanchiment.

Même si le Code pénal emploie l'expression « sciemment », la jurisprudence admet depuis longtemps (STS 10.1.1999) le dole éventuel, à savoir la connaissance de la provenance délictueuse des biens déduite d'indices suffisamment concordants. L'élément subjectif de l'intention punissable a été retenu à l'encontre de l'accusé qui :

- a agi avec une indifférence manifeste vis-à-vis de soupçons clairs et consistants de provenance délictueuse des biens, lesquels auraient dû le conduire à des vérifications (STS 15.11.2011) ou
- allègue son ignorance, mais avait été conscient, s'est douté ou aurait pu se douter de l'anormalité des circonstances (par exemple, en présence d'une demande de transport d'une grande quantité d'argent liquide dans une valise).

De tels indices permettent de retenir un blanchiment intentionnel ou tout de moins, pour certaines lignes jurisprudentielles minoritaires, un blanchiment par imprudence. Et ceci non seulement à l'encontre de l'accusé qui serait un professionnel tenu d'obligations particulières de vigilance, mais aussi à l'encontre de n'importe quel citoyen, car le devoir de diligence incombe à tous et les oblige à dénoncer le risque de blanchiment lors de certaines opérations économiques (Blanco Cordero, 2015, 826).

Depuis l'année 2000, bien que selon certaines décisions du Tribunal suprême l'ignorance délibérée est constitutive seulement d'un blanchiment par imprudence, la plupart des décisions retiennent le dole éventuel, considérant que l'accusé ne peut pas opposer son ignorance quand les faits sont de telle nature que n'importe qui aurait pu soupçonner qu'il s'agissait de faits de blanchiment (Ragués i Vallés, 2007, 21). C'est le cas lorsque l'auteur renonce volontairement à se renseigner.

Pour la jurisprudence majoritaire, la seule situation où le dole éventuel ne peut pas être retenu (et par conséquent le blanchiment non plus, seule la condamnation pour blanchiment

par imprudence étant encore possible) est celle où l'absence de représentation du risque d'origine délictueuse des biens est absolue, à savoir la situation caractérisée par un manque de soupçon absolu. A défaut, le dole éventuel est constitué dès lors que l'on prouve le choix du sujet de demeurer dans l'ignorance, choix prolongé dans le temps et motivé par l'espoir d'éviter ainsi les risques de responsabilité pénale.

Le dole éventuel a été retenu à l'égard d'un sujet ayant décidé de réaliser l'action délictuese malgré des soupçons consistants et clairs, avec une indifférence manifeste quant à la provenance délictueuse des biens, décidé à agir indépendamment de la situation et de l'existence d'importants soupçons portant sur le risque de blanchiment (STS 15.11.2011 et le commentaire de Blanco Cordero, 2012, 705).

Un certain renversement de la charge de la preuve se produit ainsi : ce n'est plus la connaissance de la provenance illicite qui est à prouver mais l'abstention de l'inculpé quant à toute recherche de renseignements sur cette provenance (STS 7.10.2014).

3. EVALUATION DES ENQUETES, DES CONDAMNATIONS ET DES PEINES

En 2014, le Groupe d'action financière (GAFI) a publié son évaluation du dispositif espagnol anti-blanchiment (le Rapport d'évaluation mutuelle de l'Espagne, dorénavant, Rapport du GAFI)[67]. Bien que cette évaluation soit globalement positive, se trouvent épinglés :

- l'insuffisance de l'effet dissuasif des sanctions pénales, en raison de la courte durée des peines d'emprisonnement et des interdictions prononcées (la pratique étant de prononcer la peine minimale) et de la fréquence des peines d'amende qui constituent le type de sanction le plus appliqué ;
- la durée des procédures.

Pour une vue quantitative du nombre d'enquêtes et de condamnations et de la répartition des différents types de peines prononcées, nous pouvons nous référer aux statistiques publiées par la Commission de prévention du blanchiment des capitaux et des infractions financières (*Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias* ; dorénavant CPBC).

3.1. NOMBRE D'ENQUETES

Le Rapport 2010-2013 de la Cellule nationale de renseignements financiers (CPBC)[68] fait état du nombre d'enquêtes pour blanchiment ouvertes par an.

	2010	2011	2012
Nombre total d'investigations pour blanchiment initiées par an	430	452	436
Personnes investiguées pour blanchiment comme activité principale	1.097	663	1.452
Personnes investiguées pour blanchiment comme activité connexe	5.772	7.275	4.742
Nombre total de groupes investigués pour blanchiment comme activité principale	22	26	35

[67] http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Spain-2014.pdf, consulté le 13 avril 2016, notamment p. 44, 45 et 59.

[68] *Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, Memoria de información estadística 2010-2013*, tableaux 15 et 16, p. 25, tableau 17, p. 27 et tableau 18, p. 28,

http://www.tesoro.es/sites/default/files/ESTADISTICAS%202013.pdf, consulté le 23.03.2016.

Nombre total de groupes investigués pour blanchiment comme activité connexe	97	117	111

L'Annuaire du Ministère de l'intérieur[69] présente l'évolution des enquêtes pour faits de blanchiment entre 2009 et 2014 :

Ouvertures d'enquête						
	2009	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**
Contre le patrimoine	646.096	626.498	805.355	817.391	772.715	719.282
Blanchiment	116	177	171	199	243	230
Total « délits graves et moins graves »	896.561	871.143	1.117.293	1.111.695	1.056.445	1.002.555
Enquêtes menées à bien						
	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Contre le patrimoine	121.043	121.225	151.828	154.328	167.949	155.776
Blanchiment	111	160	149	182	241	216
Total « délits graves et moins graves »	343.365	339.183	427.996	416.559	423.720	406.801
Gardes à vue/Mises en accusation						
	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Contre le patrimoine	102.5893	101.160	139.723	140.565	142.625	124.973
Blanchiment **- comme activité principale** **- comme activité connexe (*)**	254	289 1.310	422 1.438	567 1.428	597 2.364	803
Total délits graves et moins graves	303.479	291.863	389.729	378.730	374.807	348.265

3.2. Nombre des condamnations et gravite des peines

Le Rapport 2010-2013 de la CPBC[70] publie les statistiques suivantes relatives au nombre et à la gravité des condamnations survenues durant la période considérée, pour des faits de blanchiment.

	Nombre des condamnés		
Durée de la peine privative de liberté	**2011**	**2012**	**2013**
Jusqu'à 6 mois	43	30	30
De 6 mois à un an	5	9	12
D'un an à 2 ans	20	40	19
De 2 à 3 ans	4	7	10
De 3 ans à 4 ans	15	11	33
De 4 ans à 5 ans	7	10	9

[69] Ibidem, p. 31 et *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2014,* Madrid, 2015, http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2014_126150729.pdf/112c5a53-cb2d-4b5d-be12-4a3d5b5d057e, consulté le 5 avril 2016.

[70] *Comisión de Prevención, op. cit.*, p. 42 ss et 71.

De 5 à 6 ans	1	2	3
De 7 à 8 ans	-	2	-
TOTAL	**95**	**111**	**116**

	2011	2012	2013
Montant total des peines d'amende	**183.597.883,23 €**	**556.008.442 €**	**665.870.149,75 €**
Nombre des peines d'amende			
De moins de 10.000 €			32
De 10 000 à 99 999 €			17
De 100 000 à 249 999 €			10
De 250 000 à 499 999 €			8
De 500 000 à 999 999 €			12
De 1 000 000 à 1 999 999 €			10
De 2 000 000 à 2 999 999 €			7
De 3 000 000 à 4 999 999 €			10
De 5 000 000 à 9 999 999 €			3
De 10 000 000 à 99 999 999 €			4
De 100 000 000 à 200 000 000 €			3
Total			**116**

Total des confiscations judiciaires	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**
Entreprises et sociétés de commerce (nombre)	8	35	56	2
Comptes bancaires (nombre)	41	67	123	168
Argent liquide (montant)	4.800.000	4.400.000	16.500.000	2.200.000
Immeubles (nombre)	31	150	122	214
Véhicules et embarcations (nombre)	66	83	129	97
Autres (nombre)		2	36	6
- Lingots d'or				1,625

Total des confiscations – organes de police	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**
Comptes bancaires gelées	s/d	47	1.010	468
Cartes de crédit	s/d	12	19	701
Euros	6.611.715	35.680.552	22.969.739	25.949.021
Autres devises	422.600 £		7.685 $	138.778(devises-valeur en euros)
Automobiles	402	370	872	888
Camions	6	22	225	94
Motocyclettes	36	44	67	72
Embarcations	12	18	64	55

Ordinateurs	230	248	253	470
Téléphonie mobile	969	2.149	1.675	2.012
Immeubles	64	74	48	23
Propriété immobilière	14	10	8	17
Bijoux (unités)	116	385	636	2.906

C. JURIDICTIONS ET ORGANES D'ENQUETE

Au sein des organes d'enquête, il existe déjà des compétences spéciales en matière de délinquance économique et de blanchiment de capitaux, alors que la compétence des juridictions demeure générale.

Le rapport 2014 du GAFI souligne que la collaboration et le caractère conjoint des interventions de ces différents organes devraient être améliorés, et qu'un rôle plus important de contrôle et de coordination devrait être dévolu aux procureurs et aux juges (p. 45).

1. LES JURIDICTIONS

Le jugement des affaires de blanchiment relève en principe de la juridiction ordinaire. Par exception, l'*Audiencia Nacional*, qui siège à Madrid, a une compétence exclusive pour certaines infractions pénales telles que la falsification de monnaie et de cartes de crédit et le trafic de drogues commises par des organisations ou des groupes criminels, compétence qui s'étend, en vertu de la loi, à tous les délits connexes. A ce titre, l'*Audiencia Nacional* traite les cas de blanchiment les plus complexes et importants.

Le Rapport du GAFI pour l'année 2014 signale que l'Espagne pourrait améliorer l'efficacité judiciaire dans les domaines de la délinquance économique en général et du blanchiment de capitaux en particulier en augmentant le nombre de juges spécialisés dans ces domaines, au sein des *Audiencias Provinciales* et des Tribunaux supérieurs de justice. Le rapport recommande la mise en place d'une formation spécialisée autant pour les juges d'instruction que pour les juges (p. 44), pour une amélioration des capacités à apprécier les preuves et à identifier les typologies du blanchiment (p. 71).

2. LE MINISTERE PUBLIC

Une spécialisation existe déjà en revanche au sein du ministère public (*Fiscalía*) où des procureurs spécialisés traitent des affaires de drogues, de corruption ou de criminalité organisée. Ainsi, *Fiscalía Antidroga* est le parquet compétent en matière de blanchiment de capitaux provenant du trafic de drogues et *Fiscalía contra la Corrrupción y la Criminalidad Organizada* celui compétent en matière de blanchiment de capitaux commis par des groupes criminels organisés, nationaux ou transnationaux.

3. LA POLICE

Des spécialisations existent aussi au sein de la police nationale. La Brigade centrale d'investigation du blanchiment et anticorruption (*Brigada Central de Investigación de Blanqueo de Capitales y Anticorrupción*), assure l'investigation et la poursuite policière des faits délictueux en matière de blanchiment de capitaux, la localisation et la récupération des actifs. La Brigade centrale d'intelligence financière (*Brigada Central de Inteligencia Financiera*)

collabore directement avec le Service exécutif de la CPBC (SEPBLAC) et assure aussi des investigations en matière de blanchiment. Ces deux Brigades font partie de l'Unité centrale Délinquance économique et fiscale (*Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal, UDEF*), aux côtés de la Brigade centrale Délinquance économique et fiscale, la Brigade d'investigation de la Banque d'Espagne et l'Unité Corruption et criminalité organisée.

Au sein de la *Guardia Civil*, il existe un Groupe Blanchiment de capitaux, au Département Délinquance spécialisée et drogues de l'Unité centrale opérative (*Unidad Central Operativa, UCO*), compétent pour l'investigation de toute affaire de blanchiment (quelle que soit sa typologie et son importance).

Au sein du Ministère de l'intérieur, il existe un Centre d'intelligence contre le terrorisme et le crime organisé (*Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, CITCO*), responsable de l'élaboration des stratégies d'intelligence criminelle et de la résolution des conflits survenus niveau opérationnel lors des investigations policières et un Bureau national d'investigation de la fraude (*Oficina National de Investigación del Fraude*) au sein du Département d'inspection financière et fiscale (Lombardero Expósito, 2015, 437 ss).

II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE

La loi n° 10/2010 et son règlement d'application (décret royal n° 304/2014 du 5 mai 2014, dorénavant, le Règlement) transpose en droit espagnol la troisième directive européenne anti-blanchiment et introduit pour la première fois une règlementation unitaire des différents régimes de prévention des faits de blanchiment et de financement du terrorisme.

La Cellule nationale de renseignements financiers (CPBC) est chargée de la mise en œuvre des dispositions de la loi n° 10/2010 et de la détermination des politiques nationales de prévention du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme (art. 44, loi n° 10/2010 et art. 62, règlement d'application). Placée sous la tutelle du Ministère de l'économie, elle agit en plein, par son Comité permanent et par le Comité d'intelligence financière, instance chargée de l'analyse du risque national en matière de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (art. 65, Règlement d'application). Plus de 20 organismes-clé collaborent avec la CPBC (art. 62.2, Règlement d'application).

Les organes d'appui de la CPBC sont son Secrétariat et son Service exécutif (art. 45, loi n° 10/2010). C'est ce dernier (le SEPBLAC) qui est « l'unité d'Intelligence financière » ou la « cellule nationale de renseignements financiers » espagnole (art. 67.1, Règlement d'application) compétente pour recevoir les déclarations de soupçon (art. 45.4 c), loi n° 10/2010), qu'il traite avec l'appui du Comité d'intelligence financière.

Pour chaque situation de risque de blanchiment avéré, le SEPBLAC communique un rapport d'intelligence financière (art. 46, loi n° 10/2010) au ministère public ou aux juridictions, aux organes de police ou administratifs compétents. Il est également investi de pouvoirs de contrôle du respect des obligations établies par la loi, qu'il exerce ponctuellement ou en application du Plan annuel d'orientation approuvé par la CPBC (art. 47, loi n° 10/2010). Devant

les juridictions, les rapports d'inspection ont, à la différence des rapports d'intelligence financière, valeur probatoire, sans préjudice des droits de la défense (art. 47.3 II, loi n° 10/2010).

A. PROFESSIONNELS TENUS DES OBLIGATIONS DE PREVENTION

L'article 2.1 de la loi n° 10/2010 dresse la liste des professionnels tenus par les obligations légales. Parmi eux, aux côtés des professionnels des établissements bancaires et de crédit, des promoteurs immobiliers et autres professionnels exerçant des activités d'agence, de commission ou d'entremise dans la vente et l'achat d'immeubles et des commerçants en joaillerie, métaux précieux, objets d'art et antiquités, se trouvent plusieurs catégories de professionnels du droit et du chiffre [m), n) et ñ)] :

- les auditeurs comptables, les experts-comptables externes et les conseillers fiscaux ;

- les notaires et 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 (ci-après, les professionnels chargés des Registres) ;

- les avocats, les procureurs et les membres des professions indépendantes.

1. LES AVOCATS, LES PROCUREURS ET LES MEMBRES DES PROFESSIONS INDEPENDANTES

Les avocats, les procureurs et les membres de professions indépendantes sont tenus des obligations légales de prévention uniquement lorsqu'ils prennent part aux opérations énumérées par la loi (Coca Vila, 2013, p.297).

Principalement, il s'agit d'opérations de vente et achat de biens immeubles ou d'entités commerciales, de gestion de fonds, de valeurs ou d'autres actifs, de l'ouverture ou de la gestion de comptes bancaires, d'épargne et de valeurs, de l'organisation des apports pour la création, le fonctionnement ou la gestion de sociétés, de *trusts* ou d'autres entités analogues, enfin de toute opération financière ou foncière (art. 2.1, ñ), loi n° 10/2010).

Accessoirement, s'y ajoutent les opérations suivantes[71] : contribuer à la constitution de sociétés ou d'autres personnes morales ; exercer des fonctions de direction ou de secrétariat d'une société, de membre d'une association ou des fonctions similaires pour d'autres personnes morales, ou désigner une personne pour l'exercice de tels fonctions ; offrir une domiciliation sociale ou une adresse commerciale, postale, administrative, ainsi qu'autres services similaires à une personne morale ou à une entité similaire ; exercer des fonctions de responsabilité dans un *trust* ou une entité similaire, ou désigner une personne pour l'exercice de tels fonctions ; exercer des fonctions d'actionnaire pour le compte d'une autre personne, sauf pour le compte de sociétés inscrites à un marché réglementé et soumises à des exigences d'information conformes au droit de l'Union européenne ou à des normes internationales équivalentes, ou désigner une personne pour l'exercice de tels fonctions.

Auprès du barreau, il existe déjà, depuis 2006, une Commission spéciale de prévention du blanchiment de capitaux (*Comisión Especial de Prevención del Blanqueo de Capitales*)

[71] Opérations énumérées sous o), au même article 2.1 où la loi n° 10/2010 ne cite pas expressément les professionnels du droit, comme elle le fait sous ñ) ; il reste qu'il s'agit d'opérations pour lesquelles les professionnels du droit sont régulièrement amenés à intervenir, même s'ils n'en ont pas le monopole.

chargée d'aider le Conseil général des avocats (*Consejo General de la Abogacía Española*) notamment pour déterminer les mesures de prévention à adopter : législatives, organisationnelles, de communication ou concernant les relations avec les institutions (Lombardero Expósito, 2015, 439 ss). Des demandes de création d'un organe central de prévention du barreau s'intensifient (v. *infra*, les organes centraux de prévention des notaires et des professionnels chargés des Registres).

2. Les notaires et les professionnels charges des Registres

Par ailleurs, une règlementation spécifique applicable aux notaires, bien qu'antérieure à la loi n° 10/2010, demeure en vigueur[72]. L'arrêté du ministre de l'économie et des finances n° EHA/114/2008 du 29 janvier 2008 relatif à certaines obligations des notaires dans le domaine de la prévention du blanchiment d'argent institue l'Organe centralisé de prévention en matière de blanchiment de capitaux au sein du Conseil général des notaires[73], et met à la charge des ceux-ci des obligations spécifiques de prévention du blanchiment des capitaux, notamment quand ils prêtent leur concours aux actes juridiques suivants (art. 1) : actes de constitution, de transmission ou d'extinction de droits réels portant sur des immeubles ou des entités commerciales ; actes de création ou actes relatifs au fonctionnement ou à la gestion de personnes morales ou autres entités similaires ; vente ou achat de valeurs négociables et d'instruments financiers.

Les obligations spécifiques définies (art. 2 à 10) sont relatives à : l'identification des personnes physiques et morales, la conservation des documents, la communication des opérations concernant le mouvement des moyens de paiement et la collaboration avec le SEPBLAC (qui reçoit les déclarations de soupçon des notaires par l'intermédiaire de l'Organe centralisé de prévention) , l'introduction et le respect de procédures de contrôle interne et de communication, le respect de la confidentialité, l'introduction de systèmes d'évaluation du respect de ces obligations par les notaires et la création de fichiers automatisés des donnés.

Un mouvement similaire a eu lieu récemment parmi les professionnels chargés des Registres : un Organe centralisé de prévention a été créé en 2015 par ordre ministériel n° ECC/2402/2015, du 11 novembre 2015.

3. Les auditeurs comptables

Par la nature de leur mission de vérification des comptes, les auditeurs comptables sont en contact direct avec certains indices des risques de blanchiment notamment lorsqu'ils constatent l'inexistence ou le contenu insuffisant des manuels de procédures de prévention du blanchiment, lorsqu'ils vérifient les procès-verbaux des organes de direction et d'administration ou la correspondance avec le SEPBLAC, ainsi que lorsqu'ils analysent, le cas échéant, le rapport de l'expert externe en prévention du blanchiment.

Les auditeurs sont dans l'obligation de communiquer au SEPBLAC les indices ou la certitude qu'ils ont pu acquérir que des opérations auditées seraient des opérations de

---

[72] En vertu de la disposition dérogatoire unique du décret royal n° 304/2014, du 5 mai 2014 d'approbation du règlement d'application de la loi n° 10/2010, du 28 avril 2010.

[73] Egalement régit par l'ordre du ministre de l'économie et des finances n° EHA/2963/2005, du 20 septembre 2005, portant réglementation de l'Organe centralisé de prévention du blanchiment des capitaux auprès du Conseil général du notariat.

blanchiment de capitaux, obligation qui doit être accomplie sans en informer la direction de l'entreprise auditée, alors même qu'il s'agirait d'éléments affectant d'une façon significative les comptes annuels.

Par ailleurs, les auditeurs comptables sont ces professionnels qui, une fois agréés par le SEPBLAC, sont appelés à être désignés comme « experts externes » chargés de la révision périodique des politiques de contrôle interne des entités soumises à cette obligation légale.

B. OBLIGATIONS DE PREVENTION

La loi n° 10/2010 impose à tous les sujets obligés le respect d'un ensemble d'obligations de diligence, d'information, de communication, de collaboration et de contrôle interne, lesquelles se traduisent en ce qui concerne les professionnels du droit et du chiffre de la façon ci-dessous.

1. DEFINITION DES OBLIGATIONS

Les obligations de diligence sont les suivantes (art. 3 ss, loi n° 10/2010) :

- identifier le client, personne physique ou morale qui souhaite établir une relation professionnelle ou intervenir dans des opérations engageant un montant égal ou supérieur à 1 000 € ;

- identifier le bénéficiaire réel de l'opération, à savoir la personne qui détient le contrôle effectif des personnes et instruments juridiques engagés ; s'il s'agit d'une personne morale, la ou les personnes possédant ou contrôlant, de façon directe ou indirecte, plus de 25% du capital ou des droits de vote ;

- obtenir de la part du client une information suffisante sur l'objectif et nature de son activité professionnelle ou de son entreprise, en s'assurant de sa véracité à travers les documents remis par le client lui-même (art. 6, Règlement d'application) ou à travers des sources indépendantes en présence d'un risque supérieur à la moyenne ;

- analyser le niveau de risque. Le risque, élément-clé du nouveau règlement d'application, oblige à une analyse approfondie en vue de concentrer les efforts de prévention et de diligence sur les clients ou les services présentant un risque plus important de blanchiment. Le résultat de l'analyse doit être consignée par écrit, doit identifier et évaluer les risques par rapport à la typologie du client, à l'aide d'indicateurs tels que : sa localisation géographique, son activité, sa dimension, les systèmes de mouvement et de transmission des fonds, la forme de paiement des honoraires, la complexité de la structure de propriété, le service demandé. Le système d'analyse doit être soumis à révision périodiquement ;

- suivre et réviser ces informations, avec un niveau de diligence correspondant au niveau du risque : diligence normale, simplifiée ou renforcée notamment si certaines responsabilités publiques sont exercées ou l'ont été durant les deux années précédentes par le client, sa famille ou ses proches. Le manuel des procédures devra établir la périodicité des révisions, sans pouvoir permettre un intervalle de plus d'un an vis-à-vis de clients pour lesquels le risque est au-dessus de la moyenne.

Des obligations d'information, de communication et de collaboration (art. 17 ss, loi n° 10/2010) naissent une fois que le professionnel du droit ou du chiffre détecte un risque de blanchiment. Il s'agit de :

- examiner spécialement le client ou l'opération pouvant générer ou favoriser un fait de blanchiment ou de financement du terrorisme[74] et consigner les résultats même si la décision de ne pas renseigner le SEPBLAC est prise ;

- communiquer au SEPBLAC tout fait ou opération étant probablement ou avec certitude en relation avec des faits de blanchiment ou de financement du terrorisme et lui transmettre copie des documents d'identification du client, des déclarations de celui-ci, des informations apportées par le client ou obtenues de sources fiables, ainsi que la documentation contractuelle et les résultats des analyses menées. Il doit également être mis fin à l'opération et à la relation professionnelle avec le client, sauf si cela risque de mettre en danger l'investigation en provoquant l'alerte du client ;

- communiquer périodiquement au SEPBLAC les opérations qui doivent l'être aux termes de la loi, ainsi que l'information et la documentation demandées par celui-ci, complètement et dans les délais ;

- ne pas révéler au client ni à des tiers, les communications faites au SEPBLAC ni l'examen des opérations terminées ou en cours ;

- conserver les documents concernant l'accomplissement des devoirs imposés par la loi pendant au moins dix ans (art. 25, loi n° 10/2010).

Les obligations de contrôle interne supposent (art. 26 ss, loi n° 10/2010) :

- la conservation de tous les documents obtenus ou générés en application des mesures de diligence pendant au moins dix ans ;

- l'élaboration d'une politique d'admission des clients et de procédures adéquates permettant de garantir l'exécution des obligations légales de prévention, notamment à l'aide d'un « manuel de prévention du blanchiment de capitaux » ;

- la désignation d'un représentant devant le SEPBLAC, parmi les personnes exerçant des fonctions d'administration ou de direction ;

- la mise en place d'un organe interne de contrôle ;

- l'examen annuel par un expert externe agréé par le SEPBLAC ; l'expert désigné ne doit pas avoir prêté de services rétribués dans les trois ans antérieurs ou postérieurs à la rédaction de son rapport ;

- la formation annuelle des employés tenant compte des risques du secteur et de la typologie des clients, à l'aide d'un plan annuel de formation, approuvé par l'organe de contrôle interne ;

- la protection des employés intervenus lors d'une communication au SEPBLAC, quelle que soit leur fonction, de direction ou d'exécution ;

---

[74] La CPBC a élaboré un Catalogue d'opérations de risque de blanchiment et financement du terrorisme pour les professionnels. (Blanco Cordero, 2015, 718).

- l'application de politiques et de procédures adéquates en vue d'assurer des hauts standards étiques dans le choix des employés.

Les sanctions applicables en cas de non-respect de ces obligations sont détaillées au chapitre VIII de la loi n°10/2010.

En outre, les sujets tenus des obligations légales de prévention, sont également tenus d'assurer la protection de leurs personnels ayant effectivement communiqué des indices, par des mesures à même de garantir la confidentialité concernant leur identité et leur protection contre toute menace (art. 30, loi n° 10/2010).

2. DOMAINE D'APPLICATION DES OBLIGATIONS

2.1. CONCILIATION AVEC LES AUTRES OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES

Parmi les différentes catégories d'obligations ci-dessus, imposées aux professionnels du chiffre et du droit, au moins deux sont susceptibles d'entrer en conflit avec leurs autres obligations professionnelles : d'une part, l'obligation de communiquer au SEPBLAC les opérations suspectes et d'autre part, l'obligation de ne pas révéler l'existence de cette communication au client.

La loi (art. 24) aménage l'obligation de non-révélation en la présumant accomplie lorsque les sujets obligés « essayent de dissuader un client de s'engager dans une activité illégale », dès lors que cela n'empêche pas la communication de l'information :

- aux organes centralisés de prévention et aux organes d'investigation pénale,
- entre les entités financières appartenant au même groupe,
- entre les professionnels du chiffre d'une part, et les professionnels du droit d'autre part, lors de l'exercice de leurs activités professionnelles au sein de la même entité juridique ou du même réseau,
- entre les professionnels appartenant à la même catégorie professionnelle (soit du chiffre, soit du droit) qui se trouvent soumis à des obligations équivalentes de secret professionnel et de protection des données personnelles et qui échangent de l'information exclusivement dans le but de la prévention des risques de blanchiment de capitaux.

Par conséquent, avec l'aménagement légal décrit ci-dessus, l'obligation de communication ne peut céder devant l'obligation au secret professionnel. La protection du déclarant est assurée par l'article 23 de la loi n° 10/2010 : « La communication d'informations, de bonne foi, aux autorités compétentes conformément à cette loi, par les sujets obligés ou, exceptionnellement, par leurs administrateurs ou employés, ne constitue pas une violation des restrictions en matière de divulgation d'informations établies contractuellement ou par une disposition légale, règlementaire ou administrative, et n'engage pas leur responsabilité ».

Une seule exception est admise, à la faveur du droit à la défense (Blanco Cordero, 2015, 6782 ss ; Coca Vila 2013, p. 288 ss et 303 ss). L'article 22 de la loi n° 10/2010 reconnaît la suprématie de l'obligation des avocats au secret professionnel et affirme leur non-assujettissement aux obligations de diligence, de communication d'indices et de collaboration avec le SEPBLAC, dès lors que l'information reçue du client ou le concernant est obtenue à

l'occasion de « l'évaluation de la situation juridique du client »[75] ou dans l'exercice de la défense lors de procédures judiciaires, ou en relation avec celles-ci, y compris le conseil relatif à l'engagement ou à l'évitement d'un procès, que l'information ait été reçue avant, pendant ou après le procès.

2.2. EXONERATIONS

Certaines obligations légales et règlementaires s'adressent plutôt à des structures ou organisations d'une certaine dimension et volume de négoce. La législation identifie ainsi les sujets obligés occupant moins de 10 personnes et dont le volume de négoce actuel ou le bilan général annuel n'excède les 2 millions d'euros.

Les microstructures occupant moins de dix employés et dont le bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros, y compris dans les domaines du chiffre et du droit, sont exonérés des obligations suivantes (art. 31.1, Règlement d'application, 2.1 i) à u), loi n° 10/2010) :

- l'obligation d'établir une procédure de contrôle interne et d'analyse du risque,
- l'obligation d'adopter un manuel de procédures internes de prévention,
- l'obligation de former les employés à la prévention des risques ; seul le représentant devant le SEPBLAC devra recevoir une formation externe,
- l'obligation de conservation pendant au moins dix ans de la documentation obtenue ou produite en application des mesures de diligence (art. 28.2 III, Règlement d'application)

Les structures employant moins de 50 personnes et dont le bilan annuel est inférieur ou égal à 10 millions d'euros ne sont pas tenues de créer un organe de contrôle interne (art. 35.2 II, Règlement d'application).

Enfin, les entrepreneurs ou professionnels individuels ne sont pas tenu de l'obligation d'examen annuel des mesures de contrôle interne par un expert externe (art. 28.4, loi n° 10/2010).

C. EVALUATION DE L'IMPLICATION DES PROFESSIONNELS DANS LA PREVENTION

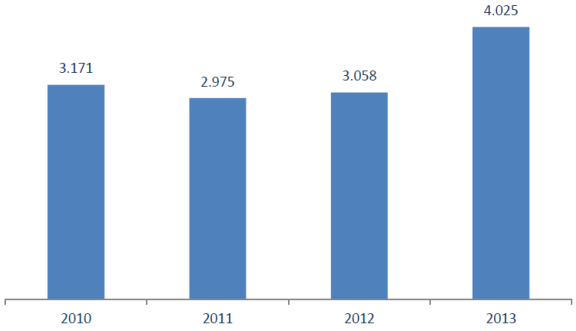
Le Rapport du GAFI recommande aux secteurs non financiers à haut risque, d'intensifier les efforts pour améliorer : la motivation de leurs membres à appliquer l'arsenal législatif déjà existant, l'information de ceux-ci quant aux risques propres à leur profession, ainsi que le contrôle de la mise en œuvre de leurs obligations.

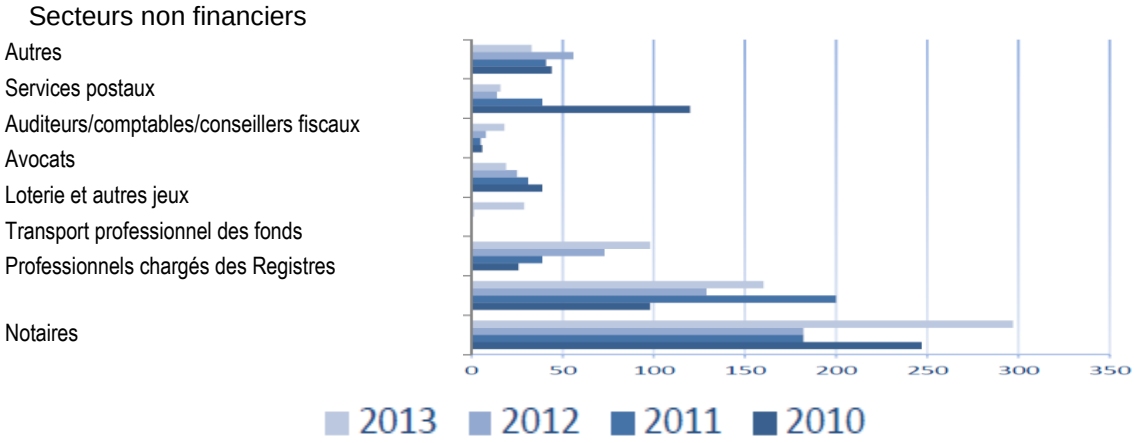
Le nombre total des déclarations de soupçon reçues par le SEPBLAC entre 2010 et 2013, ainsi que leur distribution par secteurs d'activité figure dans le Rapport de la CPBC pour cette période[76].

---

[75] Ce sont les termes de la quatrième directive européenne anti-blanchiment.

[76] *Comisión de Prevención…, op. cit,* p. 8, 14 et 15.





Professionnels du droit et du chiffre (en chiffres, cf. tableau ci-dessus)	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**
Notaires	247	182	182	297
Professionnels chargés des Registres	98	200	129	160
Avocats	39	31	25	19
Auditeurs/comptables/conseillers fiscaux	6	5	8	18

Le Rapport de la CPBC[77] souligne l'importance du nombre des déclarations provenant des notaires et des professionnels chargés des Registres, professions au sein desquelles ont été créés des organes centralisés de prévention, chargés de recueillir les déclarations de soupçon et de les transmettre au SEPBLAC (cf. supra II.A.2).

Aux termes du Rapport du GAFI, **la connaissance des risques** chez les professionnels des secteurs financier et immobilier est bonne, alors qu'elle l'est moins chez les professionnels des secteurs non financiers (p. 43 et 105). Sont spécialement nommés les avocats qui, alors qu'ils interviennent régulièrement dans un secteur à hauts risques, celui de la création de sociétés (p. 117), verraient leurs obligations légales de prévention comme une « charge non nécessaire » (p.104), ce qui conduit le GAFI à insister sur la nécessité d'intensifier les inspections et les actions de prise de conscience. En revanche, les notaires sont très conscients de leur importante fonction de contrôle et de la nature décisive des renseignements en leur possession (p.104). Quant aux auditeurs et experts-comptables l'impression est qu'ils

[77] *Ibidem*, p.15. Il y a en Espagne environ 3 000 notaires, 1 080 professionnels chargés des Registres, 2 603 auditeurs comptables (dont 1 400 personnes physiques et 1 203 personnes morales) et 1 115 conseillers fiscaux. Le nombre d'avocats exerçants est de 150 000 ; on compte aussi environ 100 000 avocats inscrits comme non exerçants.

respectent formellement leurs obligations, mais n'ont pas réellement une bonne connaissance des risques.

Plusieurs décisions de l'*Audiencia Nacional* ont retenu que la simple distribution d'un « manuel » ou la tenue d'un séminaire de très courte durée constitue une exécution insuffisante de l'obligation d'établir et mettre en œuvre un plan annuel de formation aux risques (SSAN 22.1.2005; 21.2.2010; 26.2.2013 ; Blasco Díaz *in* Vidales Rodríguez, 2015, 171-2).

Plusieurs **instruments de contrôle interne** des risques ont été mis en place ces dernières années. Nous avons déjà cité les organes centralisés de prévention déjà opérationnels chez les notaires et les professionnels chargés des Registres, le projet de création d'un tel organe au sein du barreau et l'existence, auprès du Conseil général des avocats, de la Commission spéciale de prévention du blanchiment de capitaux (cf. *supra* II. A. 2).

Le Conseil général des notaires a également mis en place l'Index unique informatisé (*Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado*, Blanco Cordero 2015, 272 ss). Deux fois par mois, toute information recueillie par les notaires y est incluse ; les autorités compétentes y ont accès et même, pour les organes de police et le SEBPLAC, un accès en ligne. C'est à partir de cet Index qu'en 2014, une base de données des titulaires de droits réels constitués ou transmis et des personnes intervenues aux opérations portant sur des droits réels a vu le jour. Un système d'alerte avertit automatiquement les autorités compétentes de tout acte nouveau formalisé devant un notaire par une personne physique ou morale ayant fait l'objet d'une recherche antérieure. A travers une liste d'environ 60 indicateurs clés, l'Index facilite désormais la détection des activités suspectes et permet une évaluation complète du risque. Par ailleurs, l'Organe central de prévention des notaires travaille au développement d'une base de données de personnes assumant des responsabilités publiques au niveau national.

D. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX ISSUS DE FRAUDES FISCALES

La loi n° 7/2012, du 29 octobre 2012 réformant la prévention et la lutte contre la fraude fiscale permet l'adoption de mesures provisoires en présence d'indices d'activité délictueuse contre le Trésor public, comporte des dispositions d'aide à l'investigation patrimoniale, de limitation des paiements en liquide (2 500 € maximum) et introduit de nouvelles obligations d'information concernant les biens situés à l'étranger. En raison du grand nombre de cas de non-déclaration de biens situés à l'étranger, des obligations précises et des mesures de régularisation ont été introduites (décret royal n° 1558/2012, du 15 novembre 2012 ; ordre n° HAP/72/2013 du 30 janvier 2013).

Les données détenues par l'administration fiscale et douanière peuvent être communiquées au SEPBLAC (Fabra Valls in Vidales Rodríguez, 2015, 322 ss) et même à la police, sans autorisation judiciaire préalable. On demande actuellement l'élargissement des possibilités de collaboration de la police avec les agents de l'administration fiscale sous le même statut que les policiers comme, par exemple, les fonctionnaires du Service de surveillance douanière. Enfin, l'article 69 du règlement d'application de la loi n° 10/2010 prescrit le détachement, au service du SEPBLAC, d'une unité de l'Agence nationale de l'administration des impôts (*Agencia Estatal de Administración Tributaria*).

Un Fichier national des titulaires de comptes et de valeurs devrait voir le jour en mai 2016 (Blanco Cordero, 2015, 264 ss).

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT

Le système espagnol satisfait déjà aux principales exigences introduites par la Directive UE/21015/849 (De Andrés Pérez, 2015 ; Sánchez Stewart 2015). En effet,

- la fraude fiscale est déjà acceptée comme un des délits préalables au blanchiment, dès lors qu'elle porte sur une somme supérieure à 120 000 € par an et par impôt ;

- le système d'évaluation des risques, introduit dans un premier temps sur la base des recommandations du SEPBLAC d'avril 2013, constitue maintenant une exigence expresse du règlement d'application de la loi n° 10/2010 ;

- le montant maximum des paiements en liquide a déjà été fixé en Espagne à 2.500 € par la loi n° 7/2012, du 29 octobre 2012 ;

- l'obligation de conservation des documents pendant un délai minimum de 10 ans a été introduite dès 2010 (art. 25.1, loi n° 10/2010), assurant une sévérité accrue par rapport à l'exigence minimale des cinq années de conservation figurant à l'article 5 de la Directive ;

- la responsabilité des personnes morales en raison des conduites de leurs organes et représentants, est engagée en Espagne depuis 2010 (art. 31 bis, CP) notamment en raison de l'absence du contrôle par les organes de direction ou les représentants de la personne morale.

Un certain nombre d'exigences de la 4e Directive sont néanmoins à transposer. Ainsi, par exemple :

- les obligations de (pleine) vigilance doivent remplacer les obligations simplifiées de vigilance qui avaient été admises dans certaines hypothèses ;

- l'expression « personnes politiquement exposées » doit remplacer l'expression actuellement présente dans la législation espagnole « personnes assumant des responsabilités publiques » ;

- de nouvelles obligations doivent être introduites en matière de protection des données ainsi qu'à la charge des « fournisseurs de jeux ». Ainsi, l'obligation d'identifier les personnes souhaitant acheter ou vendre des fiches de jeu pour une valeur égale ou supérieure à 2 000 € (art. 7.5, loi n° 10/2010) qui pesait sur les seules casinos, devra s'étendre à tous les « fournisseurs de jeux » ;

- un nouveau registre des titulaires de droits réels devra voir le jour, comportant plus d'informations que celles actuellement enregistrées dans les bases de données des notaires, des avocats ou des registres marchands.

Quelques incertitudes demeurent également. Par exemple,

- quelles professions sont couvertes par l'expression « autres professionnels du droit indépendants » ? ;
- quelles situations sont couvertes par les expressions « déterminer la position juridique du client » ou « le défendre lors d'une procédure judiciaire » ? Les procédures administratives et disciplinaires sont-elles concernées ?

L’INFRACTION DE BLANCHIMENT

LE CAS DE L’ITALIE

Avec la collaboration de

Lorenzo Picotti

Professeur

Université de Vérone, Italie

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

http://www.gazzettaufficiale.it ; http://www.camera.it ; http://www.normattiva.it

Code pénal, dernièrement modifié par la loi n° 41 du 23 mars 2016,

http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale

Code des lois anti-mafia, des mesures préventives et des nouvelles dispositions sur la documentation anti-mafia, conformément aux articles 1 et 2 de la loi n° 136 du 13 août 2010, introduit par le décret-loi n° 159 du 6 septembre 2011

Loi n° 186 du 15 décembre 2014, relative à l'identification et au retour des fonds détenus à l'étranger, au renforcement de la lutte contre l'évasion fiscale et à l'auto-blanchiment

Projet de « loi de délégation européenne 2015 » (A.C. 3540, 2015) portant délégation au gouvernement pour la transposition de directives européennes et la mise en œuvre d'autres actes de l'Union européenne, http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/ID0022.pdf

Décret-loi n° 231 du 21 novembre 2007 de transposition de la directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, ainsi que de la directive 2006/70/CE portant mesures d'exécution

Décret-loi n° 231 du 8 juin 2001 régissant la responsabilité administrative des personnes morales, des entreprises et des associations, y compris des entités sans personnalité juridique, conformément à l'article 11 de la loi n° 300 du 29 septembre 2000

Décret-loi n° 74 du 10 mars 2000, portant une nouvelle discipline des infractions relatives à l'impôt sur le revenu et à la taxe sur la valeur ajoutée, conformément à l'article 9 de la loi n° 205 du 25 juin 1999

Décret-loi n °306 du 8 juin 1992 portant modifications urgentes du nouveau Code de procédure pénale et des mesures d'application de la loi contre la délinquance mafieuse, converti avec modifications en la loi n° 356 du 7 août 1992

Décret-loi 152 du 1991 converti en loi n° 203 du 1991, portant mesures urgentes en matière de lutte contre la criminalité organisée et de bon fonctionnement de l'activité administrative

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

Code déontologique des Barreaux, en version italienne ou française

http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-avvocati/codice-deontologico-forense.html

Avis n° 62 du 24 octobre 2012 du Conseil National des Barreaux

http://www.codicedeontologico-cnf.it/?tag=622012 (consulté le 29 avril 2016).

JURISPRUDENCE CITEE

www.cortecassazione.it.

Cass., S.U., 26.11.2009 (30.3.2010) n. 12433

Corte di Cass. pen., sez. VI, 15 ottobre 2008 n. 495

Corte di Cass. pen., sez. II, 7 settembre 2009, n. 34511

Corte di Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2011, n. 25960

Corte di Cass. pen. sez. I, (ud. 18-01-2013) 23-05-2013, n. 22050

Corte di Cass. pen., sez. II, 22 giugno 2015 n. 26208

Corte di Cass. pen. sez. II, (ud. 26-11-2015) 21-01-2016, n. 2725

Corte di Cass. pen. sez. II, (ud. 03-10-2014) 23-10-2014, n. 44156

RAPPORTS

Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (Cellule italienne de renseignements financiers), Rapporto Annuale dell'Unità di Informazione Finanziaria (Rapport annuel de la Cellule de renseignements finnanciers), Roma, maggio 2015 https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2015/rapp-annuale-2014.pdf

FATF, Italy FATF mutual evaluation. Second biennal update. Report from Italy (GAFI, Evaluation mutuelle de l'Italie, 2e mise à jour intervenant tous les deux ans, 2013

http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/Second_Biennial_Update_Feb2013_Italy.pdf

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

A. DISPOSITIONS LEGALES

1. DEFINITION DE L'INFRACTION

1.1. ELEMENT OBJECTIF

Le Code pénal italien incrimine le blanchiment à travers trois types d'infractions, à savoir l'infraction de blanchiment, l'infraction dite « d'utilisation » dont l'auteur est différent de l'auteur de l'infraction préalable et l'infraction d'auto-blanchiment (art. 648 bis, 648 ter et 648 ter 1, cf. Annexe).

Le blanchiment (qui se dit en italien *riciclaggio*, littéralement recyclage, art. 648 bis, CP) est constitué en présence de l'une des trois conduites citées par le code : la substitution, le transfert ou d'autres opérations, à même d'entraver l'identification de l'origine délictueuse de l'argent, des biens ou des autres avantages objets de cette conduite.

La « substitution » est la substitution du produit blanchi au produit illicite, comme par exemple le dépôt d'argent sale sur un compte bancaire.

Le « transfert » viserait, selon la doctrine, exclusivement dans des actes juridiques interpersonnels ; en revanche, selon la jurisprudence, le transfert ne doit pas être entendu uniquement dans son sens juridique, mais peut également consister dans le déplacement effectif, matériel du bien.

Les « autres opérations » recouvrent toutes les conduites qui visent à entraver l'origine délictueuse de l'argent, des biens et des autres avantages qui constituent l'objet du blanchiment. La jurisprudence retient à ce titre toute opération qui vise à effacer les traces documentaires (*paper trail*), y compris les interventions tendant à modifier le produit même de façon minimale pour en masquer l'origine délictueuse, comme par exemple le maquillage d'une voiture volée. Elle parvient à appréhender ainsi les personnes intervenant dans la circulation juridique de l'argent, des biens et des valeurs, dès lors qu'elles entrent en relation avec les capitaux illicites.

« En général, l'élément essentiel de l'incrimination de blanchiment est représenté par les activités susceptibles d'entraver l'identification de l'origine illicite du produit (cela s'étend à tous ceux qui sont impliqués dans la circulation juridique de l'argent, des biens et des valeurs, etc. dès lors qu'ils entrent ainsi en relation avec des capitaux illicites). »

L'utilisation (art. 648 ter, CP) est constituée par l'emploi, dans une activité économique ou financière, de l'argent, des biens et des autres avantages provenant d'infractions, lorsque le sujet qui utilise ce produit n'est pas l'auteur ni le complice de l'infraction préalable, ni l'auteur ni le complice d'une infraction de blanchiment ou de recel.

L'utilisation inclut toute forme d'emploi du produit d'origine illicite dans un secteur approprié pour en engranger des profits : selon la jurisprudence, l'expression « activité économique ou

financière » doit être interprétée selon les articles 2082, 2135, 2195 du Code civil italien afin d'inclure notamment toute activité d'échange et de distribution des biens et des services et pas seulement l'activité de production au sens étroit.

Cette infraction, définie comme distincte de l'infraction de blanchiment, avait été créée pour sanctionner ceux qui interviennent dans cette dernière étape (qui est aussi la plus dangereuse) du mouvement du produit d'origine illicite, laquelle comporte l'introduction définitive des capitaux illicites sur le marché légal. Cependant, peu de condamnations ont été prononcées à ce titre, en raison des difficultés rencontrées pour retenir la constitution de l'infraction d'utilisation comme infraction distincte du blanchiment.

L'auto-blanchiment, infraction introduite dans le code pénal en 2014 (art. 648 ter 1, al. 1, CP, introduit par la loi n° 186 du 15 décembre 2014, entré en vigueur le 1er janvier 2015), est le fait de celui qui, ayant commis ou ayant participé à la commission d'une infraction intentionnelle, utilise, substitue ou transfère dans des activités économiques, bancaires, financières, entrepreneuriales ou spéculatives, de l'argent, des biens ou d'autres avantages, provenant de la commission de ladite infraction, de manière à entraver l'identification de leur origine.

L'auto-blanchiment peut donc être constitué par des conduites de « substitution » ou de « transfert », mais pas par « toutes autres opérations visant à entraver concrètement l'identification de l'origine délictueuse du produit », comme c'était le cas pour le blanchiment.

Il peut également être constitué par des actes d'« utilisation » (al. 1), mais pas par la seule utilisation ou jouissance personnelle du bien (al. 4). Ainsi, il n'est pas certain que l'auto-blanchiment puisse être retenu à l'encontre de celui qui, après avoir commis une infraction ayant généré un produit, utilise ou emploie ce produit illicite pour acheter un immeuble dans lequel il habite avec toute sa famille.

1.2. Element subjectif

Le dol caractérise les trois infractions de blanchiment, d'utilisation et d'auto-blanchiment. Pour la première de ces infractions le dol consiste en la conscience et la volonté de commettre des opérations susceptibles d'entraver l'identification de l'origine illicite du produit et pour la deuxième, en la conscience et la volonté d'utiliser le produit illicite à des fins économiques et financières ; dans les deux cas le sujet a connaissance de l'illicéité de l'opération et de la provenance illicite du produit. Pour caractériser l'auto-blanchiment, le dol sera plus facile à prouver car par hypothèse, l'auteur de l'infraction de blanchiment est aussi l'auteur (ou le complice) de l'infraction principale.

1.3. Infraction prealable. Cas particulier des infractions fiscales

Les trois infractions définies par le Code pénal italien nécessitent **la commission préalable d'une infraction intentionnelle ou tout de moins la tentative d'une telle infraction**.

Selon la jurisprudence, l'infraction de blanchiment n'exige pas une constatation judiciaire, à titre principal ou à titre incident, de l'infraction principale, ni même l'identification de ses auteurs. Il suffit qu'on puisse constater l'existence d'une infraction préalable sur la base des éléments factuels relevés et interprétés selon la logique. Il n'est pas non plus nécessaire que les actes délictueux préalables soient punissables : des actes délictueux contre lesquels le

droit de poursuite serait éteint ou des actes commis par un auteur non responsable pénalement seraient suffisants (art. 170 et 648, al. 3, CP).

En ce qui concerne **les infractions fiscales**, la question de savoir si elles peuvent constituer l'infraction préalable au blanchiment est très débattue en doctrine en raison d'une part, des spécificités de certaines infractions fiscales et d'autre part, de la difficulté concrète à identifier (à calculer) le produit objet du blanchiment dans le cadre des procédures judiciaires.

Le décret-loi n° 74 du 10 mars 2000 définit les infractions fiscales en matière d'impôt sur le revenu ou de TVA et fixe les seuils quantitatifs qui constituent les différentes fraudes fiscales en infractions.

Une partie de la doctrine italienne considère que le blanchiment ne peut pas être retenu à l'encontre de celui qui, par une fraude fiscale, a empêché la diminution de son patrimoine, mais par hypothèse n'a pas obtenu d'enrichissement (au sens stricte d'augmentation) de ce patrimoine, qui seul peut faire l'objet d'une dissimulation constitutive de blanchiment. Dans cette opinion, la seule hypothèse d'enrichissement patrimonial pouvant être retenue pour fonder une condamnation pour blanchiment, serait celle d'un remboursement injustifié de TVA.

Malgré cela, la jurisprudence considère les infractions fiscales, indépendamment de la forme d'impôt, comme une des sources du produit qui peut faire l'objet de l'infraction de blanchiment ainsi qu'objet de saisie.

Une notion plus claire de l'infraction de blanchiment pourrait résoudre, sans doute, ce genre de problèmes ; à cet égard, une commission d'étude (instituée en juin 2013, par le ministre de la justice, sous la présidence du professeur Giovanni Fiandaca, pour élaborer des propositions de réforme en matière de criminalité organisée, dite Commission Fiandaca) a proposé l'ajout, à l'article 648 bis du code pénal, d'un référence expresse au produit provenant de la commission d'une infraction fiscale ou douanière.

1.4. CIRCONSTANCES AGGRAVANTES ET ATTENUANTES

Une première **circonstance aggravante** consiste dans le fait d'avoir commis les actes délictueux dans l'exercice d'une activité professionnelle (art. 648 bis, al. 2, 648 ter, al. 2, 648 ter.1, al. 5) ; toutes les activités professionnelles sont concernées, l'activité bancaire et financière est expressément visée (art. 648 ter.1, al. 5). La règle constitue une application de la politique de lutte contre l'abus de fonctions ; elle s'applique dans tous les cas où la fonction ou la qualification professionnelle a concrètement facilité la commission de l'infraction de blanchiment.

Une deuxième circonstance aggravante, définie par le Code des lois anti-mafia de 2011 (art. 71) et le décret-loi 152 du 1991[78], consiste dans le fait que les actes délictueux sont commis par un assujetti aux obligations de prévention, compétent pour prendre une décision définitive en ce domaine. Elle entraîne une augmentation pouvant aller d'un tiers jusqu'à la moitié de la peine.

---

[78] Code des lois anti-mafia, des mesures préventives et des nouvelles dispositions sur la documentation anti-Mafia, conformément aux articles 1 et 2 de la loi n° 136 du 13 août 2010, introduit par le décret-loi n° 159 du 6 septembre 2011 ; décret-loi 152 du 1991 converti en loi n° 203 du 1991, portant mesures urgentes en matière de lutte contre la criminalité organisée et de bon fonctionnement de l'activité administrative

Deux types de **circonstances atténuantes** sont applicables aux infractions étudiées. D'une part, si l'infraction principale est punie de la réclusion dont le maximum est inférieur à cinq ans, l'auteur de l'infraction de blanchiment ou d'utilisation bénéficie d'une circonstance atténuant la peine encourue jusqu'à un tiers (art. 65, CP).

D'autre part, si l'auteur de l'infraction d'auto-blanchiment s'est efficacement engagé pour limiter les conséquences ultérieures de sa conduite ou pour assurer les éléments de preuve de l'infraction et l'identification des biens, de l'argent et d'autres avantages provenant de l'infraction, la diminution de la peine encourue est de moitié (art. 648-ter.1, al. 6, CP).

2. Peines

2.1. Peines principales, complementaires et accessoires

Les infractions de blanchiment et d'utilisation sont punies d'une **peine principale** de réclusion de 4 à 12 ans et d'une amende d'un montant de 5 000 à 25 000 euros. L'auto-blanchiment est puni de la réclusion de 2 à 8 ans et de la même peine d'amende.

La saisie du produit de l'infraction est à la fois une **peine complémentaire** et une peine de substitution (prononcée par le juge à la demande conjointe de l'auteur des faits et du procureur, cf. art. 444, CPP).

Premièrement, les biens qui constituent l'objet de l'infraction font obligatoirement l'objet d'une saisie ; le cas échéant, celle-ci s'opère « par équivalent » et porte alors sur de l'argent, des biens ou d'autres avantages en la possession de l'auteur des faits ou d'une personne interposée, à hauteur de la valeur des biens dont la saisie est impossible.

Deuxièmement, lorsqu'une infraction de blanchiment est retenue à charge, le juge peut prononcer la saisie de l'argent, des biens et des autres avantages dont le condamné ne peut pas justifier l'origine et dont la valeur est disproportionné par rapport à ses revenus ou à son activité économique, dès lors qu'ils se trouvent en sa possession ou en la possession d'une personne interposée, à quelque titre que ce soit (art. 12, sexies, décret-loi n °306 du 8 juin 1992).

Plusieurs **peines accessoires** (applicables automatiquement en raison de la peine principale) sont prévues : l'interdiction de toute fonction publique (perpétuelle pour une condamnation égale ou supérieure à cinq ans et provisoire pour une condamnation égale ou supérieure à trois ans) ; l'interdiction de l'exercice d'une profession (lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice de la profession) ; « l'interdiction légale » (pendant l'exécution de la peine de réclusion égale ou supérieure à cinq ans) soit l'interdiction d'accomplir des actes de disposition ou d'administration ; l'interdiction d'exercer des fonctions de direction (en cas de condamnation égale ou supérieure à six ans pour des faits ou des abstentions constituant un abus de son pouvoir de direction) (art. 19 et 20, CP).

Celui qui participe à l'infraction de blanchiment encourt les mêmes peines que l'auteur, quelle que soit sa participation.

2.2. Peines applicables aux personnes morales

Le droit italien consacre la responsabilité des personnes morales.

En matière de blanchiment, une peine d'amende est édictée. Elle se trouve augmentée lorsque l'infraction dont est issu le produit à blanchir est punie d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de plus de 5 ans. L'interdiction d'activité et l'interdiction d'exercer des fonctions de direction sont également prévues. (art. 25, décret-loi n° 231/2001).

B. APPLICATION JURISPRUDENTIELLE

1. DIFFICULTES DE PREUVE

En matière de preuve, la principale difficulté est la preuve du dol, à savoir la connaissance que l'auteur des faits a pu avoir de l'origine délictueuse de l'objet de sa conduite.

Les juges prononcent désormais des condamnations pour blanchiment en présence d'un dol simplement éventuel, dont la Cour de cassation a précisé les contours.

Le dol éventuel existe chaque fois que l'auteur, qui se représentait la possibilité de l'origine délictueuse des capitaux, n'aurait pas agi autrement même en ayant la certitude de cette origine. Pour la Cour de cassation, statuant toutes sections réunies dans une affaire de recel (Cass., S.U., 26.11.2009 (30.03.2010) n. 124333), le dol éventuel nécessite plus qu'une simple raison de soupçon vis-à-vis de laquelle l'auteur aurait manifesté uniquement une attitude psychologique de négligence, d'insouciance ou d'indifférence ; le dol est constitué en présence d'éléments actuels, claires et univoques, ayant obligé l'auteur à effectuer un choix conscient entre commettre l'infraction de recel ou s'abstenir de toute action. Il doit ressortir de ces éléments que l'auteur a accepté le risque d'une origine délictueuse du produit.

La jurisprudence a appliqué cette définition du dol éventuel afin de condamner pour blanchiment le *financial manager*, à savoir celui qui met à disposition ses comptes bancaires de dépôt pour des transactions portant sur de l'argent issu d'opérations de *phishing*. (Après avoir volé des données informatiques type « banque en ligne pour les particuliers », des tiers parviennent à retirer de l'argent des comptes bancaires des victimes, qu'ils versent et récupèrent ensuite à travers les comptes dudit *financial manager*). Les juges ont retenu le dol éventuel du *financial manager* dès lors qu'a été apportée la preuve d'indices à même de laisser supposer l'origine délictueuse de l'argent objet des transactions, même en absence de toute information expresse sur son origine.

Ont été retenus des indices tels que : le *financial manager* a été engagé à travers internet et par un sujet dont l'identité est inconnue ; l'argent provient d'Italie, d'un sujet à identité inconnue et doit être transféré par le *financial manager* à l'étranger vers un sujet à identité (encore une fois) totalement inconnue ; la raison de la transaction n'est pas précisée et le montant de la rémunération est disproportionné par rapport au service prêté.

2. EVALUATION DES POURSUITES, DES CONDAMNATIONS ET DES PEINES

En matière de blanchiment, peu de statistiques ont été publiées et lorsqu'elles l'ont été, leurs sources et leurs objets d'analyse sont disparates.

Selon les données ISTAT (*Istituto nazionale di Statistica*) de l'année 2014 :

- en 2012, il y a eu 1 230 cas de poursuites judiciaires pour blanchiment ;

- en 2011, 715 personnes ont été condamnées pour l'infraction de blanchiment (dont 530 à une peine de réclusion) et 30 pour l'infraction d'utilisation (dont 26 à une peine de réclusion ; plus de la moitié de ces peines étaient supérieures à un an).

Pour l'année 2015, les seules données disponibles sont celles fournies par le parquet de Milan qui indique avoir fini de traiter 25 dossiers de blanchiment sur un total en cours de 48 et 3 dossiers d'utilisation sur un total en cours de 11 (pour la période 1er janvier- 15 septembre 2015).

C. JURIDICTIONS ET ORGANES D'ENQUETE

Généralement, la répression des infractions de blanchiment est attribuée aux autorités judiciaires ou d'investigation de droit commun ; nous pouvons néanmoins citer les parquets de Rome et de Milan au sein desquels il existe une spécialisation en matière économique.

II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE

En Italie, le décret-loi n° 231/2007 avait transposé à la fois la troisième directive anti-blanchiment 2005/60/CE et la directive 2006/70/CE portant mesures de mise en œuvre ; il constitue ainsi le « texte unique » de la prévention du blanchiment, le « décret anti-blanchiment » du système juridique italien.

Les articles 5 à 9 du décret cité accordent au Ministère de l'Economie la compétence pour définir les politiques de prévention du blanchiment et du financement au terrorisme et légitiment les autres intervenants tels la cellule de renseignement financiers et les ordres professionnels.

La cellule italienne de renseignements financiers (*Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, UIF*) est l'autorité administrative nationale en matière d'anti-blanchiment ; créée auprès de la Banque nationale d'Italie (*Banca d'Italia*), elle est autonome et compétente pour recevoir les déclarations de soupçon, les analyser et les évaluer en vue de leur transmission à l'autorité judiciaire ou aux organes d'investigation tels que l'Unité spéciale de police des opérations de change de la Garde financière (*Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza*) et la Direction d'investigation anti-mafia (*Direzione Investigativa Antimafia*).

Parmi ses compétences, on peut citer :

- la suspension pendant cinq jours ouvrables des opérations faisant objet d'une déclaration de soupçon, à la demande des organes d'enquête ou de l'autorité judiciaire, ou d'office, lorsque cette mesure n'affecte pas l'enquête ;
- les pouvoirs d'investigation à l'égard des assujettis aux obligations anti-blanchiment, pour l'application des sanctions administratives ;
- des activistes d'analyse, d'évaluation et de prospection des phénomènes de blanchiment et des réponses fournies par le système anti-blanchiment ;

- la coopération nationale et internationale dans le domaine.

A. PROFESSIONNELS TENUS DES OBLIGATIONS DE PREVENTION

L'article 12 du décret anti-blanchiment énumère les professionnels du droit et du chiffre tenus des obligations de prévention du blanchiment :

a) les personnes inscrites au registre public des conseillers commerciaux, des experts-comptables et des conseillers du travail et de l'emploi ;

b) toutes les autres personnes qui prêtent des services d'expertise et de conseil à titre professionnel, en matière comptable et fiscale, y compris les associations d'entrepreneurs et de commerçants ;

c) les notaires et les avocats, lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou l'exécution de transactions portant sur : le transfert, à tout titre, de droits réels portant sur des biens immobiliers ou des entreprises ; la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ; l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles; l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ; la constitution, la gestion ou la direction de sociétés, d'établissements, de *trusts*, de fondations ou de structures similaires ;

d) les prestataires de services aux sociétés et aux *trusts* qui ne relèvent pas déjà des points précédents.

B. OBLIGATIONS DE PREVENTION

1. DEFINITION DES OBLIGATIONS

Ces professionnels sont soumis à toutes les obligations anti-blanchiment prévues par la troisième directive européenne.

L'obligation de vigilance est définie, à l'article 16 du décret anti-blanchiment, dans des termes proches de ceux des articles 7 et 8 de la troisième directive. Le seuil des 15 000 euros de valeur de la transaction menée entraîne l'application de l'obligation de vigilance. Le législateur italien la rend applicable également aux opérations dont la valeur est indéterminée. Lorsque l'identification du client n'est pas possible, le professionnel est tenu de ne pas établir la relation d'affaires ou de mettre un terme à cette relation (art. 16, décret anti-blanchiment ; art. 9, § 5, 3e directive).

Selon l'approche fondée sur le risque, des obligations de vigilance renforcée ont été introduites, en présence de risques élevés de blanchiment et notamment dans les trois hypothèses de risque avéré envisagées par la directive, à savoir le cas où le client n'est pas présent en personne, le cas des relations bancaires transfrontalières et le cas des rapports avec des personnes politiquement exposées (art. 28, décret anti-blanchiment ; art. 13, 3e directive).

En vertu des **obligations de conservation et d'enregistrement** (art. 36 et 38, décret anti-blanchiment), les professionnels sont tenus d'enregistrer, dans les trente jours qui suivent l'acquisition des informations, l'acceptation ou la fin de leur mission, dans le système

informatique unique, les données acquises. Ils doivent conserver les preuves de l'exécution de leur obligation de vigilance et des prestations réalisées, pendant une période de dix ans à compter de la fin du rapport professionnel ou de l'exécution de leur prestation (contre 5 et 10 ans, art. 30, 3e directive).

Les professionnels assujettis sont également tenus d'**obligations de communication** des infractions aux limitations relatives à l'utilisation de l'argent liquide et des titres au porteur et des infractions aux interdictions concernant l'ouverture et l'utilisation des comptes bancaires et d'épargne anonymes. Cette communication se fait au Ministre de l'économie et des finances, compétent pour prononcer des sanctions administratives et à la Police financière (*Guardia di Finanza*), compétente en matière fiscale.

Les professionnels sont également tenus aux **déclarations de soupçon** (art. 41, décret anti-blanchiment). La déclaration doit être faite sans délai (ou, si possible, avant la conclusion de l'opération), directement ou à travers l'ordre professionnel, à la cellule de renseignements, lorsque les assujettis « connaissent ou ont des bonnes raisons pour suspecter la commission ou la tentative d'opérations de blanchiment ou de financement au terrorisme. Le soupçon doit être lié aux caractères, à la pertinence ou à la nature de l'opération, ou à toute circonstance connue en raison des fonctions exercées, de la capacité financière, de l'activité du sujet, des éléments acquis dans le cadre de la prestation ou après la fin du mandat ».

Le blanchiment objet de la déclaration de soupçon est défini différemment de l'infraction de blanchiment. Ainsi, une déclaration de soupçon de blanchiment doit être formulée en présence (art. 2, décret anti-blanchiment) :

a) de conversion ou de transfert de biens, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité délictueuse ou d'une participation à une telle activité, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de ces biens ou d'aider toute personne impliquée dans une telle activité à échapper aux conséquences juridiques des actes qu'elle a commis ;

b) du fait de dissimuler ou de déguiser la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété réels de biens ou des droits qui y sont liés, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité délictueuse ou d'une participation à une telle activité ;

c) de l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui s'y livre sait, au moment où il les réceptionne, qu'ils proviennent d'une activité délictueuse ou d'une participation à une telle activité ;

d) de la participation à l'un des actes visés aux points a), b) et c), le fait de s'associer pour commettre, tenter de commettre, aider, inciter ou conseiller quelqu'un à commettre un de ces actes ou faciliter l'exécution d'un tel acte.

Aux fins de la déclaration, le professionnel évalue les éléments objectifs et subjectifs dont il dispose en raison de son mandat ou de l'exécution de son obligation de vigilance envers la clientèle, sans être tenu à des enquêtes supplémentaires ; en outre, il doit s'abstenir, si possible, de la réalisation de l'opération suspecte avant d'effectuer la déclaration, pour permettre à la cellule de renseignements d'exercer son pouvoir de suspension

2. DOMAINE D'APPLICATION DES OBLIGATIONS

2.1. CONCILIATION AVEC LES AUTRES OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES

Les professions juridiques et surtout les avocats doivent concilier leurs obligations anti-blanchiment et leurs obligations au secret professionnel et de loyauté envers le client.

Le code pénal italien (art. 622) punit la violation du **secret professionnel** en cas de dévoilement *injustifié* du secret acquis en raison de l'exercice d'une profession ou d'un art et son utilisation pour le bénéfice propre ou celui d'un tiers. La « juste cause », celle qui exonère de l'obligation au secret, ne peut consister que dans une disposition légale portant exonération expresse.

Tel est le cas du décret anti-blanchiment (art. 41, al. 6) qui prévoit que : « les déclarations de soupçon, effectuées en bonne foi et en vertu de cet article, ne constituent pas une violation des obligations de loyauté, de secret professionnel ou de restriction à la divulgation d'informations imposées par contrat ou par une disposition législative, réglementaire ou administrative, et n'entraînent, pour l'entité assujettie, pour ses employés ou ses dirigeants, aucune responsabilité d'aucune sorte, même dans une situation où ils n'avaient pas une connaissance précise de l'activité délictueuse sous-jacente et ce, indépendamment du fait qu'une activité illicite s'est effectivement produite ».

Si les avocats sont également tenus d'une **obligation de loyauté** envers leurs clients, ils sont dans le même temps tenus d'exercer leur mandat dans le but de la réalisation de la justice. Or, la discipline anti-blanchiment en fait partie, comme le respect de l'ensemble du système juridique. Ainsi, en vertu des règles déontologiques[79] de sa profession l'avocat doit, dans l'activité de défense et dans l'intérêt du client « respecter les lois et les principes de la Constitution, du système juridique de l'Union européenne, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[80] ».

Le décret anti-blanchiment garantit la confidentialité de la déclaration (qui s'effectue par voie électronique) et de l'identité du déclarant laquelle ne peut être dévoilée que sur la base d'une décision judiciaire et pour les nécessités de l'enquête relative aux actes ayant fait l'objet de la déclaration.

2.2. EXONERATIONS

Les professionnels assujettis sont exonérés de l'obligation de vigilance lorsqu'ils prêtent leurs services à certaines catégories de clients (par exemple, l'administration publique).

Les professionnels du droit et du chiffre sont exonérés de l'obligation de déclaration de soupçon pour toute information sur une transaction suspecte, reçue ou obtenue alors qu'ils examinent la situation juridique du client, dans l'exercice des droits de défense ou de représentation du client en vue d'une procédure, pour éviter une procédure ou lors d'une procédure judiciaire, lors des conseils préliminaires à une procédure, que ces informations

---

[79] Code déontologique des Barreaux, *Codice deontologico forense,* consultable en version italienne ou française sur le site du Conseil italien des Barreaux (consulté le 29 avril 2016).

http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-avvocati/codice-deontologico-forense.html

[80] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dite Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome, le 4 novembre 1950.

soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure (art. 12, § 2, décret anti-blanchiment). L'exonération n'est donc pas liée à l'ouverture ou au déroulement d'une procédure judiciaire. Concernant la discipline anti-blanchiment lors de procédures d'arbitrage, le Conseil national des barreaux[81] considère que, dans le silence de la loi, il convient d'assimiler ces procédures aux procédures judiciaires.

En revanche, aucune exonération ne devrait s'appliquer à l'obligation de vigilance envers la clientèle[82]. Ainsi, les avocats sont assujettis à cette obligation lorsqu'ils interviennent par exemple, pour des transferts immobiliers dans les causes de séparation, de divorce, de partage immobilier, dès lors la valeur des actifs est égale ou supérieure à 15 000 euros, car de telles procédures impliquent la cession de droits réels sur les biens immobiliers.

Enfin, le conseil national des barreaux[83] déplore le fait qu'il n'y ait pas en principe d'obligation de déclaration, ni d'obligation de vigilance à l'égard d'un client en matière de contrat de location car cet acte juridique n'est pas translatif de droits réels et ne constitue pas une activité économique. Cependant, force est de constater que par la stipulation d'un loyer anormalement élevé, un propriétaire et un locataire complices peuvent parvenir à dissimuler des sommes d'origine illicite.

C. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX ISSUS DE FRAUDES FISCALES

Si le décret anti-blanchiment ne comporte pas de dispositions expressément consacrées à la prévention du blanchiment de capitaux issus de fraudes fiscales, une bonne part de ses dispositions ont pour but de contrer directement la fraude fiscale et constituent d'importants instruments à cet effet. 86

On peut nommer les dispositions qui limitent le montant des transferts d'argent liquide et de titres au porteur (art. 49), le devoir des assujettis aux obligations de prévention de tenir les informations recueillies à la disposition des organes d'enquête et autres autorités notamment fiscales (art. 36).

D. EVALUATION DE L'IMPLICATION DES PROFESSIONNELS DANS LA PREVENTION

Pour ce qui est des **déclarations effectives de soupçon**, le rapport 2014 de la cellule italienne de renseignements[84] fait état de 71 758 déclarations de soupçon, nombre qui marque une augmentation de 11,10% par rapport à l'année précédente. L'ensemble du secteur non financier a effectué 2390 déclarations, dont 2186 provenait des notaires et 7 des avocats (contre 14 en 2013).

Un certain nombre d'**actions de contrôle interne** peuvent être recensées au sein des différentes professions.

---

[81] Consiglio Nazionale Forense (Rel. Cons. Merli), parere 24 ottobre 2012, n. 62 (Conseil national des Barreaux, avis n° 62 du 24 octobre 2012), http://www.codicedeontologico-cnf.it/?tag=622012

[82] *Ibidem.*

[83] *Ibidem.*

[84] *Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia* (Cellule italienne de renseignements financiers), *Rapporto Annuale dell'Unità di Informazione Finanziaria* (Rapport annuel de la Cellule de renseignements finnanciers), Roma, maggio 2015 https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2015/rapp-annuale-2014.pdf

Premièrement, en vertu du décret anti-blanchiment et des principes régissant le système judiciaire, les catégories et les ordres professionnels, sous le contrôle du Ministère de la Justice, doivent encourager et contrôler l'application et le respect des obligations de prévention par les professionnels assujettis et s'assurer qu'ils adoptent les mesures indispensables pour la formation du personnel et des collaborateurs en matière d'anti blanchiment.

Deuxièmement, les catégories et les ordres professionnels ont une obligation propre d'information de la cellule de renseignement en cas d'omission de déclaration de soupçon ou d'opération pouvant être liée au blanchiment ou au financement du terrorisme, dont ils ont connaissance.

Troisièmement, ils ont aussi un important rôle de support et de consultation dans la discipline anti-blanchiment. A ce propos il faut nommer les « signaux d'anomalie », lesquels, sur proposition de la cellule de renseignements, font l'objet d'arrêtés du Ministère de la Justice et de l'Intérieur ; ils expliquent les critères et les principes d'une déclaration de soupçon, à la fois pour guider concrètement les professionnels et pour réduire sensiblement leur pouvoir d'appréciation dans l'exécution des obligations anti-blanchiment.

Enfin, l'implication de professionnels en matière anti-blanchiment est renforcée et facilitée par les indications et les lignes directrices émises par les ordres professionnels ; celles-ci visent à développer des bonnes pratiques dans le respect des dispositions législatives en matière anti-blanchiment.

Le Conseil National du Notariat (*Consiglio Nazionale del Notariato*), après avis du Ministère de l'Economie, de la cellule de renseignements et de la *Guardia di Finanza*, a adopté en avril 2014, les lignes directrices relatives à la vigilance des notaires à l'égard de la clientèle, en vertu du premier alinéa de l'article 8 du décret-loi n° 231/2007[85].

Le Conseil National des Barreaux (*Consiglio Nazionale Forense*), sur demande des ordres professionnels, émet des avis en matière des obligations anti-blanchiment ; à cet égard il faut nommer l'avis n° 62 du 24 octobre 2012[86] qui explique les mesures pratiques à adopter en matière anti-blanchiment et les cas où il faut s'abstenir de la déclaration de soupçon (cf. ci-dessous, II, B, 2, b).

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE ANTI-BLANCHIMENT

Suite à l'entrée en vigueur de la quatrième directive anti-blanchiment et du règlement européen 2015/847[87], le Parlement italien a approuvé le 27 avril 2016 le projet de « loi de

---

[85] http://www.notariato.it/it/i-controlli-antiriciclaggio

[86] Consiglio Nazionale Forense (Rel. Cons. Merli), parere 24 ottobre 2012, n. 62 (Conseil national des Barreaux, avis n° 62 du 24 octobre 2012), http://www.codicedeontologico-cnf.it/?tag=622012

[87] Directive (UE) 2015/849 du 20 mai 2015 (dite 4e directive anti-blanchiment) relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ; Règlement (UE) 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds et abrogeant le règlement (CE) n° 1781/2006

délégation européenne 2015 » (A.C. 3540, 2015) [88] qui est actuellement soumis au Sénat. L'article 14 du projet de loi précise les principes et les critères que le Gouvernement devra observer pour la transposition de la directive et la mise en œuvre du règlement, lesquels recouvre, sans surprise, l'essentiel des nouveautés de la quatrième directive :

- l'introduction d'une approche fondée sur le risque et la règlementation de l'analyse nationale du risque de blanchiment et de financement du terrorisme ;

- la mise à jour de la liste des destinataires des obligations de prévention du blanchiment,

- l'introduction d'un nouveaux système obligations de vigilance renforcée et simplifiée, l'abolition de l'exonération de l'obligation de vigilance à l'égard d'un client qui est un établissement financier ou de crédit établi dans un pays tiers imposant des obligations de prévention équivalentes, l'instauration d'un devoir de vigilance renforcé à l'égard des personnes politiquement exposées et des personnes travaillant pour des organisations internationales ainsi que l'élaboration d'une définition claire de ces notions ;

- l'organisation de la transparence des informations relatives aux bénéficiaires effectifs, notamment dans le cas des personnes morales et des *trusts*, par l'ouverture d'une rubrique spécifique, avec accès réservé, au registre du commerce ;

- le renforcement des instruments qui assurent la protection de la confidentialité des déclarations de soupçon et de la sécurité des déclarants ;

- le renforcement du rôle et des pouvoirs de le cellule de renseignements (UIF), pour améliorer la coordination et la coopération entre les autorités nationales et supranationales en matière de réception et d'analyse des déclarations de soupçon et des autres informations relatives aux activités de blanchiment et aux infractions préalables associées à celles-ci ;

- la révision globale du régime de sanctions liées à la lutte contre le blanchiment, afin de limiter les cas d'incrimination pénale aux plus graves hypothèses de violations des mesures préventives et d'adapter la gravité et la typologie des sanctions administratives.

Les réformes à venir devraient également intégrer, autant que cela n'a pas déjà été accompli, les recommandations formulées par le GAFI en 2013[89].

---

[88] Projet de « loi de délégation européenne 2015 » (A.C. 3540, 2015) portant délégation au gouvernement pour la transposition de directives européennes et la mise en œuvre d'autres actes de l'Union européenne, http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/ID0022.pdf, consulté le 2 mai 2016.

[89] *FATF, Italy FATF mutual evaluation. Second biennal update. Report from Italy* (GAFI, Evaluation mutuelle de l'Italie, 2e mise à jour intervenant tous les deux ans, Rapport de l'Italie, 2013.

http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/Second_Biennial_Update_Feb2013_Italy.pdf

L’INFRACTION DE BLANCHIMENT

LE CAS DE LA SUISSE

Avec la collaboration de

Alain MACALUSO, Professeur, Université de Lausanne

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recueil-systematique.html

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0. Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA) du 10 octobre 1997, RS 955.0.

Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Ordonnance sur le blanchiment d'argent, OBA) du 11 novembre 2015, RS 955.01

Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA) du 3 juin 2015, RS 955.033.0.

JURISPRUDENCE

Décision de la Haute cour administrative de 2011 Bundesverwaltungsgericht, 13.12.2011 – 8 C 24.10

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

En droit pénal suisse, le blanchiment de capitaux (appelé blanchiment d'argent) fait l'objet d'un dispositif législatif complet s'articulant néanmoins autour de deux dispositions du Code pénal : l'art. 305bis du Code pénal[90] qui réprime le « blanchiment d'argent » proprement dit et l'article 305ter qui réprime le défaut de vigilance en matière d'opérations financières. L'arsenal juridique suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent est complété notamment par une loi fédérale sur le blanchiment d'argent[91] et ses ordonnances d'application[92]. Dans la présente étude, il ne sera toutefois fait référence que dans la mesure utile à ces différentes autres normes.

Selon la conception suisse du blanchiment, celui-ci est conçu comme un acte d'entrave à la confiscation de valeurs patrimoniales liées à la commission d'infractions prélables bien déterminées : le blanchisseur empêche ou rend plus difficile la confiscation pénale des valeurs patrimoniales concernées. Il en découle que là où une confiscation pénale n'est pas possible (par exemple parce que les valeurs en cause ne sont plus disponibles, ou en raison de la prescription), il ne peut non plus y avoir de blanchiment.

92

A. DISPOSITIONS LEGALES

Aux termes du premier paragraphe de l'article 305bis du Code pénal suisse : « 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 ou d'un délit fiscal qualifié, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

1. DEFINITION DE L'INFRACTION

1.1. AUTEUR

Le blanchiment d'argent est un délit commun qui peut être commis par toute personne, le texte légal n'apportant aucune restriction quant au cercle des auteurs potentiels de l'infraction[93].

---

[90] Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (Code penal, CP), RS 311.0. https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recueil-systematique.html

[91] Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA) du 10 octobre 1997, RS 955.0.

[92] Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Ordonnance sur le blanchiment d'argent, OBA) du 11 novembre 2015, RS 955.01 et Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA) du 3 juin 2015, RS 955.033.0.

[93] Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 119 IV 59, considérant (c.) 2b)/bb). Le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération suisse. Ses arrêts peuvent être trouvés à l'adresse : http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm.

De jurisprudence constante et en dépit d'une opinion dominante contraire en doctrine, il est admis par le Tribunal fédéral que l'auteur de l'infraction préalable peut être « son propre blanchisseur »[94]. Ainsi, le droit pénal suisse incrimine **l'auto-blanchiment**.

Enfin, l'entreprise peut également être directement poursuivie pour blanchiment d'argent, en application et aux conditions de l'art. 102 al. 2 CP (sous le titre « Responsabilité [pénale] de l'entreprise ») :

- en principe, la responsabilité pénale de l'entreprise est subsidiaire à celle de ses agents. « Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise » ;

- par exception, en cas de blanchiment, « l'entreprise est punie indépendamment de la *punissabilité* (n. s.) des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction » ;

- la peine encourue est une amende de cinq millions de francs suisses au plus. « Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise » ;

1.2. ELEMENT OBJECTIF

93

1.2.1 Un acte d'entrave

Le comportement sanctionné par l'art. 305bis ch. 1 CP est l'« acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales ». Réprimant un délit de mise en danger, la loi requiert simplement que l'acte soit « propre » à causer une entrave, non pas qu'il la cause effectivement[95].

La loi énumère divers types d'entrave (à l'identification de l'origine, à la découverte, à la confiscation). Cependant, la jurisprudence met uniquement l'accent sur l'acte susceptible d'entraver la confiscation[96] (laquelle suppose comme préalable la découverte des valeurs et l'identification de leur origine criminelle) en considérant que l'art. 305bis CP ne peut entrer en jeu pour des valeurs patrimoniales qui ne sont pas, ou plus, sujettes à la confiscation au sens de l'art. 70 CP[97].

Le blanchiment peut être réalisé par tout acte qui est propre à entraîner l'un des effets prévus par la loi[98], c'est-à-dire à entraver l'établissement d'un lien entre l'infraction préalable et la valeur patrimoniale qui en provient ou à faire échapper cette valeur à la mainmise des

---

[94] ATF 126 IV 255, c. 3a).

[95] FF 1989 II 961, p. 983 ; ATF 127 IV 20, c. 3a).

[96] ATF 137 IV 79, c. 3.2.

[97] ATF 129 IV 238, c. 3.3.

[98] ATF 122 IV 211, c. 2.

autorités. L'acte doit donc être propre à introduire la valeur patrimoniale dans l'économie légale[99].

1.2.2. Une valeur patrimoniale

Toute « valeur patrimoniale » peut faire l'objet d'un blanchiment d'argent. La notion de « valeur patrimoniale » est extrêmement large et comprend « tous les avantages pécuniaires imaginables », c'est-à-dire tout objet, droit ou valeur estimable en argent[100]. L'intitulé de l'article 305bis du Code pénal, « Blanchiment d'argent », ne reflète donc pas la portée réelle de la norme, dans la mesure où n'est pas seulement visé l'argent, sous forme liquide ou scripturale, mais bien toute « valeur patrimoniale »[101], selon la terminologie helvétique.

Les valeurs patrimoniales susceptibles de blanchiment doivent **provenir** d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié. La jurisprudence retient à cet égard qu'il faut **un lien suffisamment étroit entre l'infraction préalable au blanchiment et les avantages pécuniaires qui en résultent**[102]. Si ce lien semble aller de soi pour le produit direct de l'infraction (*producta sceleris*), cela est moins évident pour le produit indirect. Le blanchiment d'argent se définissant comme un acte susceptible d'entraver la confiscation, la jurisprudence s'est donc référée aux principes qu'elle a dégagés en droit de la confiscation : pour qu'on puisse parler de « provenance » au sens de l'art. 305bis CP, la Haute Cour considère qu'« il doit exister entre le crime et l'obtention des valeurs patrimoniales un rapport de causalité tel que la seconde apparaisse comme la conséquence directe et immédiate du premier »[103]. De ce fait, l'acte de blanchiment peut aussi, si la condition est remplie, porter sur le produit indirect de l'infraction préalable, comme les valeurs de remplacement[104].

Sans jugement de condamnation définitif, il peut être difficile d'apporter la preuve que les valeurs patrimoniales proviennent d'une infraction préalable qui soit un crime ou un délit fiscal qualifié. La jurisprudence a donc assoupli les exigences en la matière : il n'est pas nécessaire de connaître en détail les circonstances de l'infraction préalable, son auteur ou de savoir si ce dernier a été poursuivi ou non[105]. Il suffit donc de démontrer avec suffisamment de précision que les valeurs patrimoniales en question peuvent être attribuées à une infraction grave, passible d'une peine privative de liberté supérieure à trois ans (crime) ou qui soit constitutive d'un délit fiscal qualifié.

---

[99] ATF 119 IV 59, c. 2a).

[100] FF 1998 II 961, p. 981.

[101] Par exemples, des titres, droits de créance, métaux et pierres précieux, meubles, immeubles et droits y relatifs (cf. FF 1989 II 961, p. 982).

[102] ATF 138 IV 1, c. 4.2.1.

[103] ATF 138 IV 1, c. 4.2.3.2. En anglais, on utilise les termes *« paper trail »*. Il s'agit de pouvoir reconstituer la « trace documentaire ».

[104] Arrêt du Tribunal fédéral 6S.426/2006 du 28 décembre 2006, c. 2.2.

[105] ATF 120 IV 323, c. 3d).

1.3. ELEMENT SUBJECTIF

Le blanchiment d'argent est une infraction intentionnelle, exigeant que l'auteur ait agit avec conscience et volonté (art. 12, CP). Le dol éventuel suffit[106]. En outre, l'art. 305bis CP précise que l'auteur « savait ou devait présumer » que les valeurs patrimoniales provenaient d'une infraction préalable. Il n'est pas nécessaire, selon la jurisprudence, que l'auteur connaisse la nature concrète de l'infraction, mais il faut qu'il « ait connaissance de circonstances faisant naître le soupçon pressant de faits constituant légalement un crime et qu'il s'accommode de l'éventualité que ces faits se soient produits »[107]. Même si le blanchisseur ne connaît pas la définition légale du « crime », le fait qu'il envisage et accepte une provenance résidant dans une infraction susceptible d'entraîner une sanction pénale importante, est suffisant[108].

1.4. INFRACTION PREALABLE. LE CAS DE LA FRAUDE FISCALE

La valeur patrimoniale doit provenir d'**une infraction préalable qui doit être un crime ou un délit fiscal aggravé**, au sens de la classification tripartite des infractions (crimes, délits et contraventions) du droit pénal suisse. Ainsi : « Sont des crimes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans. Sont des délits les infractions passibles d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire. » (art. 10, §2 et 3, CP)[109].

Depuis le 1er janvier 2016, est également incriminé le blanchiment du « produit» des **infractions fiscales aggravées** définies à l'article 186 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct et à l'article 59 alinéa 1er, 1er paragraphe de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes[110], soit une soustraction d'impôts directs réalisée au moyen de « titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu dans le dessein de tromper l'autorité fiscale » [111]. Ces infractions fiscales étant des délits (passibles d'une peine privative de liberté n'excédant pas 3 ans ou d'une peine pécuniaire), elles ne pouvaient pas jusque-là constituer l'infraction préalable au blanchiment. Les Recommandations du GAFI de 2012[112]

---

[106] ATF 110 IV 242, c. 2b) ; FF 1989 II 981, p. 984.

[107] Arrêt du Tribunal fédéral 6B_729/2010 du 8 décembre 2011, c. 4.5.1. Il est à noter qu'à l'époque l'infraction préalable visée par le blanchiment ne pouvait être qu'un crime, raison pour laquelle nulle mention n'est faite du délit fiscal qualifié.

[108] Arrêt du Tribunal fédéral 6S.426/2006 du 28 décembre 2006, c. 2.3.

[109] A titre d'exemple, il en va ainsi du vol (art. 139, CP), de l'escroquerie (art. 146, CP), de l'abus de confiance (art. 158, CP), de la gestion déloyale aggravée (art. 158, § 2, CP), du trafic de drogue (art. 19, al. 2, loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes, loi sur les stupéfiants, LStup du 3 octobre 1951, RS 812.121.), de la corruption d'agents publics (art. 322ter ss, CP), mais aussi de certaines infractions fiscales qualifiées comme des escroqueries fiscales dirigées contre certains impôts indirects dans un contexte transnational, essentiellement de contrebande (TVA transnationale, droits de douane ou d'accise).

[110] Art. 186 de la Loi fédérale l'impôt fédéral direct (LIFD) du 14 décembre 1990, RS 642.11 et art. 59 al. 1 1er paragraphe de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) du 14 décembre 1990, RS 642.14.

[111] Par « fraude fiscale », il faut entendre « l'usage de titres faux, falsifies ou inexacts quant à leur contenu dans le dessein de tromper l'autorité fiscale et dans le but de commettre une soustraction d'impôt » (FF 2014 585, p. 648).

[112] Message concernant la mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012 du 13 décembre 2013, in : FF 2014 585.

ont entraîné une modification législative en la matière, entrée en vigueur le 1er janvier 2016. Le Code pénal (art. 305bis, § 1bis) appréhende désormais le « délit fiscal qualifié » défini comme une « fraude fiscale » par renvoi aux deux autres dispositions légales citées, débouchant sur une soustraction d'impôt par période fiscale de plus de 300 000 francs suisses (CHF). Ce montant se réfère ainsi à l'impôt éludé et non à la somme non déclarée.

Quant à la fiscalité indirecte, l'article 14, alinéa 4 de la loi sur le droit pénal administratif[113] a été complété, de sorte à ne plus être limité uniquement au trafic transfrontalier de marchandises, mais pour comprendre aussi d'autres domaines (contributions ; impôt anticipé ; droits de timbre ; TVA interne)[114]. L'infraction à l'article cité étant déjà un crime, elle pouvait donc déjà avant la réforme législative, constituer l'infraction préalable au blanchiment.

En outre, l'auteur « est aussi punissable lorsque **l'infraction principale a été commise à l'étranger** et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise » (art. 305bis § 3, CP). Cette disposition requiert donc que l'infraction préalable soit punissable dans l'État où elle a été commise (quelle que soit la classification de cette infraction dans l'ordre juridique interne de l'Etat sur le territoire duquel elle a été commise) et qu'elle soit qualifiée comme crime ou délit fiscal qualifié au sens du droit suisse[115].

1.5. Circonstances aggravantes

96

La loi envisage, de manière non exhaustive, trois circonstances aggravantes.

Premièrement le cas lorsque l'auteur « agit comme membre d'une organisation criminelle » (lit. a). La notion d'organisation criminelle se réfère à celle de l'art. 260ter CP qui définit l'organisation criminelle comme un groupe structuré de trois personnes au moins, constitué en vue de commettre des crimes[116].

La deuxième hypothèse envisagée est celle de l'auteur « [agissant] comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent » (lit. b) ; c'est le cas lorsque deux personnes au moins s'unissent et s'adonnent à la pratique continue du blanchiment d'argent[117].

Enfin, une circonstance aggravante sera retenue contre l'auteur qui « réalise un chiffre d'affaires ou un gain important en faisant métier de blanchir de l'argent ». La jurisprudence considère comme important un chiffre d'affaires de CHF 100 000[118] et un gain de CHF

---

[113] Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) du 22 mars 1974, RS 313.0.

[114] FF 2014 585, p. 604.

[115] ATF 126 IV 255, c. 2bb). Cette jurisprudence, antérieure au 1er janvier 2016, ne fait référence qu'au crime dès lors que l'art. 305bis CP ne s'intéressait pas encore aux valeurs patrimoniales provenant des délits fiscaux qualifiés.

[116] FF 1989 II 981, p. 985.

[117] FF 1989 II 981, p. 986.

[118] ATF 129 IV 188, c. 3.2.1.

10 000[119]. Qui plus est, cette dernière condition doit être cumulée avec l'exigence d'un exercice professionnel pour que la circonstance aggravante soit retenue[120].

Le blanchiment d'argent aggravé étant un crime, les valeurs patrimoniales blanchies de la sorte sont elles-mêmes susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle opération de blanchiment (en série), l'infraction préalable étant alors le blanchiment d'argent réalisé sur le territoire suisse.

2. PEINES PENALES ET SANCTIONS ADMINISTRATIVES

2.1. PEINES PENALES PRINCIPALES

L'auteur de l'infraction de **blanchiment d'argent simple** encourt une peine privative de liberté de trois ans maximum ou une peine pécuniaire (art. 305bis, § 1, CP) d'un montant maximal de CHF 1 080 000 (art. 34, § 1 *cum* § 2, CP). Notons que les personnes morales sont passibles d'une amende maximum de CHF 5 000 000 (art. 102, al. 1, CP).

L'art. 305bis § 1 CP réprime donc un délit, la peine privative de liberté ne dépassant pas trois ans (art. 10, § 3, CP). Le fait de savoir si la peine encourue par son auteur est plus ou moins sévère que celle à laquelle s'expose l'auteur de l'infraction préalable dépend de la gravité de cette dernière. Lorsqu'il s'agit d'un crime, la sanction encourue par le blanchisseur est moins sévère, alors qu'il en va autrement en présence d'un délit fiscal qualifié. Dans cette dernière hypothèse en effet, et l'auteur du blanchiment d'argent et l'auteur de l'infraction préalable s'exposent à une peine privative de liberté de trois ans au plus[121].

Le **blanchiment d'argent aggravé** est un crime, son auteur s'exposant à une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou à une peine pécuniaire (art. 305bis ch. 2 CP). Lorsqu'une peine privative de liberté est prononcée, une peine pécuniaire l'est également, la sanction maximale étant ici de CHF 1 500 000. (art. 305bis, § 2, CP *cum* art. 34, § 2, CP).

2.2. PEINES PENALES COMPLEMENTAIRES ET SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Le Code pénal (art. 67, al. 1) permet d'**interdire une activité** à la personne qui, « dans l'exercice d'une activité professionnelle », « a été condamné à une peine privative de liberté de plus de six mois ou à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende » « s'il y a lieu de craindre qu'il [commettra] un nouveau crime ou délit dans l'exercice de cette activité ».

S'agissant des **sanctions administratives** parallèles, il est difficile de les recenser pour en dépeindre un tableau global, compte tenu de la variété des auteurs des infractions. Par

---

[119] ATF 129 IV 253, c. 2.2.

[120] Agit par métier celui qui commet des infractions à plusieurs reprises, dans l'intention d'en tirer des revenus, en étant prêt à récidiver et en conduisant son activité de manière professionnelle (ATF 116 IV 319, c. 2).

[121] Tant l'art. 186 al. 1 LIFD que l'art. 59 al. 1 LHID prévoient que l'auteur d'une fraude fiscale peut être puni « de l'emprisonnement ou d'une amende de 30 000 francs au plus ». Sous la terminologie de l'ancien droit des sanctions, la durée de l'emprisonnement était de trois ans au plus (art. 36 ancien CP, disponible sous : https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/200612010000/311.0.pdf); on parlerait donc de délit aujourd'hui, cf. art. 10 al. 3 CP.

exemple, la condamnation pénale d'une personne occupant une fonction dirigeante au sein d'une banque ou détenant des parts dans celle-ci est susceptible de remettre en cause, pour la banque, l'autorisation d'exercer son activité. En effet, ladite personne ne présenterait plus la garantie d'une activité irréprochable exigée par la loi (art. 3, al. 2, c° et c$^{bis°}$, loi sur les banques[122] ; art. 10, al. 2, d°, loi sur les bourses[123]). La loi sur la surveillance des marchés financiers (art. 31 et 33, LFINMA) prévoit également des mesures pour le rétablissement de l'ordre légal, dont l'interdiction d'exercer. Enfin, la loi sur la libre circulation des avocats[124] (loi sur les avocats, LLCA) prévoit également des mesures disciplinaires, comme l'interdiction de pratiquer (art. 17 al. 1 let. d et e LLCA).

B. EVALUATION DES POURSUITES, DES CONDAMNATIONS ET DES PEINES

L'Office fédéral de la statistique publie annuellement une statistique policière recensant le nombre d'infractions au Code pénal dénoncées et poursuivies. En 2015, le nombre d'affaires touchant les articles 305bis et 305ter du Code pénal était de 347 (367 en 2014 ; 346 en 2013 ; 322 en 2012)[125].

En outre, l'Office fédéral de la police a publié en octobre 2014 un rapport intitulé « Jugements prononcés en Suisse en matière de blanchiment d'argent »[126] qui révèle une stabilité générale de la question du blanchiment d'argent au cours des quinze dernières années en Suisse. Il note que, pour la période envisagée, à savoir 2008-2012, le défaut de preuve quant à l'infraction préalable a constitué le principal motif de classement et d'acquittement. 1472 décisions en relation aux articles 305bis et 305ter du Code pénal sont disponibles, dont près de la moitié sont des condamnations (726 jugements, 49 %) et quelque 40 % (579) des classements. Une grande majorité (70 %, 510 condamnations) des délinquants a été condamnée pour blanchiment d'argent simple (2008 : 84%) ; seuls 13 % (97 condamnations) des cas ont donné lieu à une condamnation pour blanchiment d'argent qualifié (2008 : 12 %) et les jugements sanctionnant un défaut de vigilance (2 %, 12 condamnations) sont rares (2008 : 1,5 %), note le rapport.

[122] Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) du 8 novembre 1934, RS 952.0.

[123] Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) du 24 mars 1995, RS 954.1.

[124] Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA) du 23 juin 2000, RS 935.61.

[125] Ces informations se trouvent sur la publication de l'OFS : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/02/key/02/01.Document.148233.xls.

[126] Il est disponible à l'adresse suivante :

https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/publiservice/publikationen/berichte/geldwaeschereiurteile_okt2014-f.pdf.

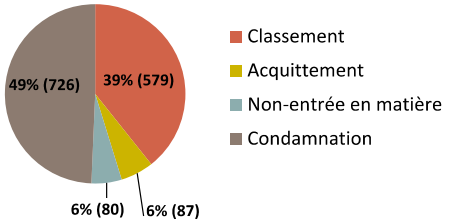


Diagramme 1: *Décisions judiciaires en rapport avec les art. 305bis et 305ter CP, 2008-2012.*

C. JURIDICTIONS ET ORGANES D'ENQUETE

Pour les infractions de blanchiment d'argent[127] les autorités pénales cantonales sont compétentes pour leur poursuite et leur jugement (art. 22, CPP). Par exception, ces infractions peuvent être soumises à la juridiction fédérale (art. 23, CPP) « lorsque les actes punissables ont été commis soit pour une part prépondérante à l'étranger, soit dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux (art. 2, al. 1, loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP[128]).

Le Ministère public de la Confédération est organisé en différentes unités spécialisées, dont des unités dédiées à la lutte contre la criminalité économique. Il dispose également de centres de compétence, dont un en matière d'économie et de finance. Le Tribunal pénal fédéral fait quant à lui office d'autorité de première instance (art. 2, al. 2, LOAP) ; il est à la fois l'autorité de recours contre les décisions du Ministère public de la Confédération (Cour des plaintes) et autorité de jugement pour les affaires de compétence fédérale (Cour des affaires pénales). En dernier ressort, le Tribunal fédéral peut être saisi d'un recours en matière pénale dans les deux situations (art. 78 et 80, al. 1, loi sur le Tribunal fédéral[129]).

II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DES CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE

La loi fédérale sur la mise en œuvre des Recommandations du GAFI de 2012[130] a été adoptée le 12 décembre 2014. L'introduction d'obligations de prévention renforcée du blanchiment de capitaux a fait partie intégrante de cette mise en œuvre.

---

[127] ...et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication (art. 305ter CP, cf. infra).

[128] Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP) du 19 mars 2010, RS 173.71.

[129] Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005, RS 173.110.

[130] Loi fédérale sur la mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action financière, cf. FF 2014 9465.

Le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) est la « cellule nationale de renseignements financiers dans la lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment d'argent, la criminalité organisée et le financement du terrorisme » (art. 1 al. 1 let. b de l'Ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent[131]).

Il est chargé d'assister les autorités de poursuite pénale en la matière, notamment en faisant le relais entre, d'une part, les intermédiaires financiers et, d'autre part, les organes de poursuite pénale. En effet, il est l'autorité qui « reçoit et analyse les communications des intermédiaires financiers » et des autres personnes tenues des obligations de préventions et transmet le cas échéant ces communications aux autorités de poursuite pénale (art. 1, al. 2, a° et b°, OBCBA).

A. PROFESSIONNELS TENUS DES OBLIGATIONS DE PREVENTION

Pour être assujetti aux obligations définies par la LBA il faut exercer, à titre professionnel, une activité d'intermédiaire financier ou de négociant[132].

Notre démarche consistera donc à définir ces deux notions, en considérant aussi le cas de l'avocat selon qu'il agit dans le cadre de son activité « typique » ou en qualité d'intermédiaire financier.

100

1. INTERMEDIAIRES FINANCIERS ET NEGOCIANTS

On distingue deux catégories d' **« intermédiaires financiers »**. La première réunit les « personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers » (art. 2, al. 3, LBA). Une liste des activités considérées comme de l'intermédiation financière figure dans l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent[133]. Les professionnels composant cette première catégorie doivent obtenir une autorisation d'exercer de la FINMA[134] ou d'un organisme d'autorégulation[135]. La deuxième catégorie d'intermédiaires financiers comprend les professionnels déjà soumis à surveillance en vertu de lois spéciales : il s'agit notamment des banques, des maisons de jeux, etc. (art. 2, al. 2, LBA).

---

[131] Ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA) du 25 août 2004, RS 955.23.

[132] Art. 2 al. 1, LBA : « La présente loi s'applique: a. aux intermédiaires financiers; b. aux personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement (négociants) ».

[133] Art. 2, al. 2, ordonnance du 11 novembre 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Ordonnance sur le blanchiment d'argent, OBA), RS 955.01.

[134] La FINMA est l'autorité de surveillance du marché financier suisse.

[135] Cf. *infra* 2.3.

Dans les deux cas, pour conduire à un assujettissement aux obligations de prévention, l'activité d'intermédiation financière doit être exercée à titre professionnel[136]. Certains critères généraux ont été établis (art. 7, OBA)[137].

La catégorie de **« négociant »** réunit « les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement » (art. 2, al. 1er, b°, LBA). Les dispositions réglant le rôle des négociants sont subsidiaires aux dispositions régissant le sort des intermédiaires financiers. Les premières ne s'appliquent donc que lorsque les négociants ne sont pas déjà considérés comme des intermédiaires financiers au sens de la LBA, pour la même activité[138].

A la différence des intermédiaires financiers, les négociants peuvent se limiter à des opérations uniques ne s'inscrivant pas dans le long terme. Pour être assujetti à la prévention, un négociant doit réaliser, en Suisse, une opération dans le cadre de laquelle il perçoit un montant en espèces de plus de CHF 100 000 (art. 8a, al. 1, LBA)[139]. Si le client s'acquitte de son dû par le biais d'un intermédiaire financier, les négociants ne sont en revanche pas soumis aux obligations de la LBA[140]. 101

L'activité de négociant doit également être exercée à titre professionnel[141], mais il suffit d'une seule transaction pour entrer dans le champ d'application de la LBA.

2. Notaires et avocats

S'agissant de l'avocat, il convient de distinguer selon qu'il exerce une activité « typique » ou non. En effet, selon l'art. 9 al. 2 LBA : « les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du code pénal ». Or, parmi les activités couvertes par le secret professionnel, le Tribunal fédéral a distingué les activités typiques (ou spécifiques) des

---

[136] Pour exercer à titre professionnel, il faut une activité économique indépendante orientée vers l'obtention d'un revenu durable. Ce n'est pas le nombre d'opérations qui compte, mais leur contexte. Les ventes réalisées dans un cadre privé ne sont pas concernées.

[137] On tend à éviter, par exemple, que la gestion de fortune pratiquée pour des personnes proches ne soit soumise à la loi. Ainsi, (art. 7, al. 1, a°, OBA), il faut que l'intermédiaire financier tire un produit brut de plus de CHF 50 000 durant une année civile pour être soumis à la LBA. Des critères plus spécifiques à chaque type d'activité sont ensuite prévus concernant les opérations de credits (art. 8, OBA), à propos des transmission de fonds ou de valeurs (art. 9, OBA), ou s'agissant de l'activité de négoce (art. 10, OBA). Cf. Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des Recommandations GAFI, https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=59396), p. 6 (ci-après : Rapport explicatif GAFI).

[138] Rapport explicatif GAFI, p. 7.

[139] Rapport explicatif GAFI, p. 5.

[140] Pour le surplus, notons que c'est en général dans la position d'un vendeur, partie à un contrat de vente, que l'on imagine le négociant (la vente est le contrat par lequel une personne s'engage à livrer et transférer à une autre la propriété d'une chose [ou d'un droit], contre le paiement d'un prix, cf. P. Tercier/P. G. Favre, Les contrats spéciaux, 4e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 68).

[141] Rapport explicatif GAFI, p. 8.

activités purement commerciales qui ne constituent pas le propre de la profession d'avocat[142]. Les activités typiques de l'avocat consistent à représenter les parties en justice et à dispenser des conseils juridiques, y compris du conseil fiscal. Elles comprennent également la rédaction de documents de nature juridique ou le fait d'assister une partie dans une négociation. En revanche, toute autre activité est considérée comme atypique ou non traditionnelle[143].

Il n'est ainsi pas rare en pratique de voir des avocats exercer la mission d'administrateur de sociétés. Bien que fréquente, cette activité est tenue pour purement commerciale[144]. Qu'il exerce des activités de gestion de patrimoine, de conseils en matière de placement ou de dépôt et de gestion de valeurs mobilières, l'avocat peut parfaitement être qualifier d'intermédiaire financier[145]. En pratique, il est donc conseillé à l'avocat d'être au clair sur ses activités et déterminer ainsi s'il est ou non assujetti à la LBA.

B. OBLIGATIONS DE PREVENTION

L'intermédiaire financier – tel que défini plus haut – est soumis à plusieurs obligations[146]. Nous concentrerons notre analyse sur certaines d'entre elles uniquement.

---

[142] Voir notamment : ATF 114 II 105 ; ATF 112 Ib 606, JdT 1987 IV.

[143] ATF 130 II 193, c. 5.1. Précisons qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer des prestations impliquant des considérations juridiques pour que l'activité soit considérée comme typique. En effet, la simple écoute du récit de certains faits par le client rentre dans le champ d'application des activités spécifiques.

[144] La solution est la même pour les participations à des associations ou d'autres personnes morales, pour les activités de gestion de fortune ou de courtage (B. CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I : le cadre légal et les principes essentiels, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 22.). Les personnes titulaires d'un brevet d'avocat qui travaillent comme juristes dans une entreprise, une banque ou autres, ne bénéficient, quant à eux, pas de la réserve de l'art. 9 al. 2 LBA (F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 3540). Ils sont donc soumis aux obligations de prévention que nous détaillerons par la suite.

[145] F. BOHNET/V. MARTENET, Précis de droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 3534.

[146] Dont voici la liste figurant dans la LBA : (1) la vérification de l'identité du cocontractant lors de l'établissement de la relation d'affaires (art. 3), (2) l'identification de l'ayant droit économique, notamment lorsque le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique ou qu'il est une société de domicile (art. 4), (3) le renouvellement de l'identification du cocontractant/de l'ayant droit économique si des doutes surviennent au cours de la relation (art. 5), (4) l'identification de l'objet et du but de la relation d'affaires souhaitée (art. 6, al. 1), (5) la clarification de l'arrière-plan économique et du but d'une transaction, notamment si des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime (art. 6, al. 2), (6) la documentation des transactions effectuées ainsi que des clarifications requises en vertu de la LBA (art. 7), (8) la résiliation de la relation d'affaires (sous réserve de l'art. 9, al. 1 l et b), (9) la communication au bureau de communication en matière de blanchiment d'argent – le MROS, dont nous traiterons par après –, notamment en cas de soupçons fondés que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires proviennent d'un crime (art. 9), (10) le blocage des valeurs patrimoniales en cas de communication et obligations liées (art. 10 et 10a).

1. L'OBLIGATION DE VIGILANCE DANS L'IDENTIFICATION DU CLIENT ET DU BENEFICIAIRE EFFECTIF

L'intermédiaire financier est tenu d'identifier « l'ayant droit économique », soit le bénéficiaire effectif de l'opération envisagée, « avec la diligence requise par les circonstances » (art. 4, al. 1, LBA). Si le cocontractant est une personne morale, il est demandé à l'intermédiaire financier de déterminer les personnes qui, de manière reconnaissable pour lui, contrôlent effectivement la personne morale[147]. La jurisprudence définit l'ayant droit économique comme la personne à qui les valeurs appartiennent réellement du point de vue économique[148].

Lorsqu'il y a un doute sur la qualité de bénéficiaire effectif du cocontractant, il faut requérir de ce dernier une déclaration écrite indiquant la personne physique qui est le bénéficiaire effectif[149]. Si l'intermédiaire financier estime que le cocontractant et le bénéficiaire effectif sont une seule et même personne, il doit constituer la preuve par écrit (art. 7, LBA).

L'obligation d'identification du client n'existe pas pour de simples opérations de caisse, à moins qu'une transaction ou plusieurs transactions paraissant liées entre elles, atteignent une somme importante (art. 3, al. 2, LBA) ou qu'il existe des indices de blanchiment.

Le défaut de vigilance de l'intermédiaire financier peut être constitutif d'une **infraction pénale** : « celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire » (art. 305ter, al. 1, CP). 103

Il est alors sans importance que les valeurs patrimoniales proviennent d'une infraction préalable[150] ou au contraire soient d'origine parfaitement licite (contrairement à l'infraction de blanchiment).

L'auteur doit avoir opéré cet acte de gestion en « [omettant] de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances », alors que des indices laissaient penser que le partenaire contractuel n'est pas l'ayant droit économique des valeurs en cause[151].

L'identification de l'ayant droit économique par l'intermédiaire financier doit se faire avec la « vigilance que requièrent les circonstances » et qui s'apprécie en tenant compte des règles propres à chaque profession[152].

---

[147] FF 2014 585, p. 661.

[148] ATF 125 IV 139, c. 3b ; cf. aussi FF 1989 II 961, p. 989.

[149] Art. 4 al. 2 LBA : « si le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique ou qu'il y a un doute à ce sujet, lorsque le cocontractant est une société de domicile ou une personne morale exerçant une activité opérationnelle, ou lorsqu'une opération de caisse d'une somme importante au sens de l'art. 3 al. 2 LBA est effectuée ».

[150] Arrêt du Tribunal fédéral 6B_726/2009 du 28 mai 2010, c. 3.1.1.

[151] ATF 125 IV 139, c. 3b.

[152] ATF 125 IV 139, c. 3.1.

L'infraction est intentionnelle mais le dol éventuel est suffisant[153].

2. L'OBLIGATION D'EXAMEN PARTICULIER DE CERTAINES OPERATIONS, DE CONSIGNATION DES OPERATIONS, DE CONSERVATION ET DE COMMUNICATION DES DOCUMENTS

Dans certaines situations, l'intermédiaire financier a l'obligation de clarifier l'arrière-plan d'une transaction ou d'une relation d'affaires. Cette obligation s'impose si une transaction ou une relation d'affaires paraît inhabituelle ou s'il existe des indices que les valeurs patrimoniales passant par lui proviennent d'un crime, sont à la disposition d'une organisation criminelle ou servent le financement du terrorisme[154]. Depuis l'adaptation du droit suisse aux Recommandations du GAFI, trois cas de figure dans lesquels l'intermédiaire financier doit clarifier l'arrière-plan d'une transaction, ont été ajoutés :

- lorsque des indices laissent penser que les valeurs patrimoniales proviennent d'un délit fiscal qualifié[155] (art. 6, al. 2, b°, LBA),

- lorsque la transaction comporte un risque accru de blanchiment (art. 6, al. 2, c°, LBA)[156],

- lorsque les données du cocontractant concordent ou présentent de grandes similitudes avec celles transmises à l'intermédiaire financier par son organisme d'autorégulation[157].

Les documents établis par l'intermédiaire financier devront être conservés dix ans après la cessation de la relation d'affaires ou après la fin de la transaction. La conservation des documents doit permettre de satisfaire, dans un délai raisonnable, les éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités chargées des poursuites pénales (art. 7, al. 2 et 3, LBA).

3. L'OBLIGATION DE DECLARATION D'INFRACTION ET L'OBLIGATION DE DECLARATION DE SOUPÇON

Dans certaines situations, l'intermédiaire financier doit informer la cellule de renseignements financiers, à savoir le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (*Money Laundering Reporting Office, MROS*)[158] de ses soupçons à propos d'un

---

[153] FF 1989 II 961, p. 990.

[154] Voir, par exemple, N. BÉGUIN, L'avocat face à la révision GAFI 2012, Revue de l'avocat 2015, p. 256 ss, p. 257 s.

[155] Nous avons déjà défini ce terme dans l'étude de l'art. 305bis al. 1bis CP, cf. *supra* 1.1.1.1/B).

[156] C'est par exemple le cas lors de relations avec des personnes politiquement exposées étrangères. Cette notion est définie à l'art. 2a al. 1 let. a LBA.

[157] Les organismes d'autorégulation (OAR) sont organisés selon le droit privé suisse, pour faire contrôler le respect des obligations de diligence visant à éviter le blanchiment d'argent (cf. https://www.finma.ch/fr/autorisation/organisme-d-autoregulation-oar/). Les intermédiaires financiers doivent adhérer à un OAR (ou obtenir l'autorisation de la FINMA) lorsqu'ils ne sont pas soumis à surveillance par une autre loi spéciale. Lorsque c'est le cas, ce dernier leur transmet des données « communiquées et publiées par un autre Etat concernant des personnes et des organisations qui, conformément à la résolution 1373 du Conseil de sécurité (2001), ont été listées dans cet Etat comme menant ou soutenant des activités terroristes » (art. 22a al. 1 LBA).

[158] Voir la presentation de cette institution et de son role, *infra*.

partenaire contractuel[159]. C'est notamment le cas s'il sait ou présume, sur la base de « soupçons fondés », que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec un acte de blanchiment ou proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal aggravé[160] (art. 9, al. 1, LBA)[161].

Une communication au bureau compétent ne conduit pas immédiatement et automatiquement à un blocage des valeurs patrimoniales[162]. Ce n'est le cas que si le bénéficiaire effectif figure sur une liste communiquée par l'organisme d'autorégulation du professionnel concerné (art. 10, al. 1bis, LBA). L'intermédiaire financier est tenu de ne pas informer son client de la communication au MROS et durant l'analyse de la situation par ce dernier, d'exécuter les ordres du client (art. 10a, al. 1, LBA)[163].

En outre, l'intermédiaire financier qui effectue une communication de soupçons n'engage ni sa responsabilité pénale, ni sa responsabilité civile[164]. De même, les personnes qui participent à ce processus de communication voient leur identité protégée (art. 9 al. 1ter et 32, al. 3, LBA) [165]. 105

En revanche, **le défaut de communication peut être constitutif d'infraction pénale**. La LBA sanctionne pénalement les intermédiaires financiers qui violent leur obligation de communiquer au MROS en cas de soupçon fondé de blanchiment d'argent (art. 9 LBA *cum* art. 37 LBA). Il s'agit d'une contravention assortie d'une peine d'amende dont le montant maximum est fixé à CHF 150 000 en cas de violation par négligence de l'obligation de communiquer et de CHF 500 000 en cas de commission intentionnelle. Notons que l'infraction peut également être imputée aux entreprises en application de la loi fédérale sur le droit pénal

---

[159] Les formes d'une telle communication sont réglées par l'art. 3 de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (OBCBA, RS 955.23).

[160] Pour les obligations de prévention concernant les délits fiscaux, cf. *infra* 3.

[161] L'art. 9 LBA précise dans quels autres cas l'intermédiaire financier est tenu de communiquer ses soupçons au MROS, nous ne les listons pas ici.

[162] N. BÉGUIN, L'avocat face à la révision GAFI 2012, Revue de l'avocat 2015, p. 256 ss, p. 259.

[163] Agissant ainsi, l'intermédiaire financier se rendrait théoriquement coupable de blanchiment d'argent (au sens de l'art. 305bis, CP). Toutefois, sa responsabilité pénale doit être considérée comme tenue en échec par l'existence d'une exoneration au sens de l'art. 14 CP (existence d'un "fait justificatif legal"). Bien que l'art. 11 LBA n'étende pas expressément l'exonération de responsabilité pénale et civile à ce cas, le MROS est d'avis que l'intermédiaire financier ne se rend pas coupable de blanchiment. Voir le Rapport annuel du bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, Publication de l'Office fédéral de la police, Berne, avril 2015, p. 54 s (ci-après : Rapport annuel MROS).

[164] Art. 11 LBA (exclusion de la responsabilité civile et pénale) : « Quiconque, de bonne foi, communique des informations en vertu de l'art. 9 ou procède à un blocage des avoirs en vertu de l'art. 10 ne peut être poursuivi pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires, ni être rendu responsable de violation de contrat (al. 1). L'al. 1 s'applique également à l'intermédiaire financier qui procède à une communication au sens de l'art. 305ter, al. 2, CP, et aux organismes d'autorégulation qui procèdent à une dénonciation au sens de l'art. 27, al. 4 (al. 2) ». Il en va de même pour le cas où l'intermédiaire financier procèderait à un blocage des avoirs de son client (art. 10, LBA).

[165] C. LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, Genève/Zurich/Bâle 2016, N 635.

administratif, auquel cas l'amende est limitée à CHF 5 000 ou CHF 50 000 lorsqu'il s'agit d'une entreprise soumise à la loi sur la surveillance des marchés financiers[166], comme une banque (art. 49, LFINMA).

C. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX ISSUS DE FRAUDES FISCALES

Comme nous l'avons déjà mentionné, le législateur a passablement modifié le système suisse du blanchiment d'argent en introduisant au rang des infractions préalables, en sus des crimes, les **délits fiscaux aggravés** (art. 305bis, § 1bis, CP, entré en vigueur le 1er janvier 2016). A partir d'un certain montant d'impôts soustraits par période fiscale (CHF 300 000), les délits fiscaux sont désormais considérés comme des infractions préalables au blanchiment d'argent.

En présence d'indices de blanchiment de produits liés à des délits fiscaux qualifiés, les intermédiaires financiers sont donc soumis aux mêmes obligations de prévention que pour les autres infractions préalables au blanchiment, et notamment aux obligations déjà décrites de diligence, de communication de soupçon et de blocage des avoirs déjà décrites.

L'intermédiaire financier doit adapter son système de surveillance afin de pouvoir mettre efficacement en évidence les fonds provenant d'infractions fiscales qualifiées[167]. Il s'agit d'être particulièrement attentif aux infractions à l'impôt sur le bénéfice et le revenu (suisse et étranger), aux infractions à l'impôt anticipé (suisse et les impôts étrangers similaires) ainsi qu'aux cas de fraude aux impôts indirects (suisses et étrangers, principalement la TVA). 106

Le Règlement OAR-FSA/FSN (art. 40) détaille les modalités d'exécution de l'obligation particulière d'éclaircissement par l'intermédiaire financier confronté à des indices de délit fiscal aggravé. Ainsi, « pour l'évaluation de l'existence d'une infraction fiscale qualifiée l'intermédiaire financier peut se baser sur le taux d'imposition maximal du pays du domicile fiscal du client, pour estimer si l'impôt soustrait dépasse le seuil de CHF 300'000 par période fiscale fixé à l'art. 305bis chiffre 1bis CP ».

Rappelons enfin que, lorsque l'avocat agit comme conseiller fiscal, il exerce une activité reconnue comme « typique »[168] de sa profession ; il est donc tenu au secret professionnel (art. 321 CP). Cependant, étant soumis personnellement aux règles du Code pénal au même titre que tout autre justiciable, l'avocat s'expose aux sanctions de l'art. 305bis CP s'il prête intentionnellement assistance à des actes pouvant relever du blanchiment d'argent. En outre, le seul fait qu'une instruction pénale soit ouverte contre lui lève le secret professionnel qui ne couvre plus des activités soupçonnées d'être illicites[169].

---

[166] Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA) du 22 juin 2007, RS 956.1.

[167] SUTER CH./REMUND C., Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2015, p. 54 ss, p. 72.

[168] Arrêt du TF 1B_380/2012 du 20.08.2012.

[169] B. CHAPPUIS, Le secret de l'avocat – quelques questions actuelles, Revue de l'avocat 2016, p. 55 ss, p. 58.

D. EVALUATION DE L'IMPLICATION DE CES PROFESSIONS DANS LA PREVENTION

Le nombre des communications de soupçon enregistrées auprès du MROS a connu une hausse de 24% entre 2013 et 2014[170], alors qu'entre 2006 et 2011, les communications avaient déjà presque triplé. En 2014, ce sont 1 753 communications qui ont été reçues pour un montant total de plus de 3 milliards de francs suisses. Les banques sont les intermédiaires financiers qui effectuent le plus ces communications (85,3%), suivent les sociétés de transfert de fonds, les fiduciaires, les gérants de fortune puis les avocats (avec uniquement dix communications durant l'année sur toute la Suisse). On remarque que le nombre de communications portant sur des soupçons d'actes de corruption a plus que doublé par rapport à 2013. Enfin, notons que 72% des communications ont donné lieu à des transmissions aux organes chargés des poursuites pénales.

Les organismes d'autorégulation (OAR) jouent un rôle primordial dans le contrôle du respect des obligations de prévention du blanchiment d'argent.

La LBA (art. 25) oblige expressément ces organismes à prendre des **règlements pour préciser les obligations de prévention, dans le contexte professionnel** qui leur est propre. A ce jour, toutes les personnes exerçant une activité d'intermédiation financière doivent obtenir une autorisation de la FINMA (l'autorité de surveillance du marché financier suisse) ou adhérer à un organisme d'autorégulation (ces organismes étant eux-mêmes reconnus et surveillés par la FINMA).

Dans le milieu bancaire, il convient de signaler la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB)[171]. Révisée en 2015 pour être mieux adaptée aux Recommandations du GAFI, la CDB fournit de très utiles informations aux banquiers suisses au sujet des obligations consacrées par la LBA.

Dans le milieu juridique et judiciaire auquel s'intéresse plus particulièrement la présente étude, il convient de souligner l'existence et le rôle de l'organisme d'autorégulation de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires (OAR-FSA/FSN) qui ont édicté, en exécution de l'obligation qui leur est faite par la LBA (art. 25), un Règlement (ci-après Règlement OAR-FSA/FSN[172]) ayant pour but d'aider les avocats et notaires qui agissent en tant qu'intermédiaires financiers.

Par exemple, concernant l'obligation de vérification de l'identité du cocontractant lors de l'établissement de la relation d'affaires (art. 3 LBA), le Règlement précise :

- la somme (CHF 25 000) au-dessus de laquelle cette obligation existe même pour des opérations de caisse (art. 22) ;

---

[170] Les statistiques successivement présentées et bien d'autres sont consultables dans le Rapport annuel MROS, p. 8 ss.

[171] Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16) entre l'Association suisse des banquiers (« ASB ») d'une part et les banques signataires (« les banques ») d'autre part, du 1er juin 2015, à consulter sur : http://www.swissbanking.org/fr/medienmitteilung-20150630. Pour l'Association Suisse d'Assurances, cf. http://www.sro-svv.ch/fr/textes-juridiques/reglement.html ; concernant les gérants de patrimoine, cf. http://www.oarg.ch/statuts.htm.

[172] Le Règlement de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires (Règlement OAR-FSA/FSN), http://www.sro-sav-snv.ch/fr/bases-legales/reglementation-oar.

- les indices qui font naître l'obligation d'identification du bénéficiaire effectif, tels que le fait que le tiers agissant par procuration n'a pas de lien suffisamment étroit avec le cocontractant, le fait que les valeurs patrimoniales apportées par le cocontractant sont hors de proportion avec sa situation financière connue ou en présence d'autres « constatations insolites » (art. 30, not. al. 2).

Concernant l'obligation d'examen particulier des opérations comportant un risque accru, c'est le Règlement qui définit la notion de « risque accru », à l'aide de plusieurs indices parmi lesquels la qualité du cocontractant d'une personne politiquement exposée. Cette dernière notion est elle-même définie de façon à comprendre à la fois les PPE étrangères et « domestiques », les personnes exerçant des fonctions de direction au sein d'organisations intergouvernementales et au sein de fédérations sportives (art. 41, not. al. 3). L'obligation de conservation de documents concerne une période de dix ans (art. 50, al. 2).

Ce sont notamment les OAR qui se chargent de **la formation continue** des intermédiaires financiers et de leur personnel. Tous prévoient, dans leurs règlements, l'obligation de suivre une formation au moment de l'affiliation et de renouveler cette formation régulièrement. Comme nous l'avons déjà indiqué, les OAR sont sous la surveillance de la FINMA, autorité étatique.

108

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT

La Suisse n'étant pas un Etat membre de l'Union européenne, elle n'est pas, en principe[173], tenue de mettre en œuvre les directives élaborées par le Conseil et le Parlement européen. Si on ne peut pas parler d'impact direct de la quatrième directive européenne anti-blanchiment en Suisse, on peut en revanche rappeler l'importance des règles de l'UE pour la Confédération helvétique qui entretient avec l'UE des rapports primordiaux dans de nombreux domaines (circulation des personnes, échanges commerciaux, recherche, etc.). Les autorités ainsi que l'ensemble des juristes suisses gardent donc toujours un œil sur l'évolution du droit communautaire.

Alors que les Recommandations du GAFI conduisaient l'UE à adopter la quatrième directive susmentionnée, la Suisse a adapté son droit aux exigences[174] du GAFI. C'est essentiellement l'assimilation des délits fiscaux aux infractions préalables au blanchiment d'argent qui a fait

---

[173] Il existe certaines exceptions dans lesquelles la Suisse s'est engagée à la reprise du droit communautaire et de sa jurisprudence. Pour un exemple, cf. art. 16 § 2 de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681.

[174] On peut douter du bienfondé du terme « recommandation ». La plupart des pays membres du GAFI ont en effet *de facto* abandonné le droit d'apprécier et de décider de façon autonome si les Recommandations du GAFI étaient justifiées ou non. Peu importe le besoin réel de nouvelles normes, les Recommandations sont incorporées dans l'ordre juridique des Etats membres. Du même avis, cf. C. LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, 3e éd., Genève/Bâle/Zurich 2016, N 34 ss.

couler le plus d'encre. La mise en œuvre des Recommandations 2012 a donné lieu à une « levée de boucliers massive »[175] avant de provoquer l'inquiétude des milieux concernés, anxieux de s'exposer à de nombreuses sanctions. Pour les éviter, il a fallu prendre de très importantes mesures. Il convient de rappeler qu'il y a encore quelques décennies – quelques années même – l'activité d'intermédiation financière profitait d'une législation plutôt libérale. Depuis peu, les normes en vigueur se sont devenues beaucoup plus nombreuses et plus complexes.

Les dernières modifications du droit suisse ont fait l'objet d'un accueil mitigé, notamment dans les milieux académiques. Cette fois-ci, ce n'est pas tant l'objectif recherché qui est critiqué, que le caractère souvent imprécis et mal coordonné des nouvelles normes, lesquelles posent certaines questions, notamment au regard du principe de la légalité de la norme pénale (en particulier sous l'angle du défaut de précision de ces normes). Certains reprochent également au législateur un *« Swiss finish »*[176] parfois jugé excessif. On lit même que les nouvelles dispositions en matière de délinquance fiscale font l'effet de « phares d'une Ferrari posés sur une deux-chevaux »[177]. On utilise, en effet, des instruments modernes et sophistiqués malgré les carences du droit pénal fiscal suisse actuel. En outre, les intermédiaires financiers seront appelés à acquérir une connaissance détaillée du droit fiscal étranger et de la situation de leurs clients afin de respecter leurs devoirs de communication. La tâche des professionnels dans ce domaine risque donc de se compliquer significativement[178]. Enfin, l'activité d'intermédiation financière exercée par certains avocats se trouvera, selon certains, rendue sensiblement plus complexe[179].

---

[175] Pour reprendre les termes de SUTER CH./REMUND C., Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2015, p. 54 ss, p. 70. Voir les références citées.

[176] Nous reprenons ici l'expression utilisée en doctrine, entre autres, par N. BÉGUIN, L'avocat face à la révision GAFI 2012, Revue de l'avocat 2015, p. 256 ss, p. 263. L'expression *« Swiss finish »* représente l'ensemble des exigences légales suisses qui vont au-delà de celles prévues dans les réglementations des autres places financières. Pour la définition, cf. Commission fédérale des banques, Suppression du « Swiss finish », Rapport explicatif pour l'audition, Berne, Septembre 2008, disponible sur : https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/regulier/konsultationen/20080916_03_f.pdf.

[177] U. CASSANI, L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent : considération de *lege ferenda*, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier 2013, p. 12 ss, p. 24. Cette solution est « politiquement contestée », selon PH. FISCHER ET AL., Développements actuels en droit pénal, fiscal et réglementaire : impacts significatifs sur la profession d'avocat, Revue de l'avocat 2015, p. 418 ss, p. 424.

[178] U. CASSANI, L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales : Much Ado About (Almost) Nothing, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier 2015, p. 78 ss, p. 90.

[179] N. BÉGUIN, L'avocat face à la révision GAFI 2012, Revue de l'avocat 2015, p. 256 ss, p. 263. fiascales : Much Ado About (Almost) Nothing, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier 2015, p. 78 ss.

Table des matières

L'INFRACTION DE BLANCHIMENT

REPRESSION PENALE ET PREVENTION **1**

ALLEMAGNE, ANGLETERRE ET PAYS DE GALLES, ESPAGNE, ITALIE, SUISSE **1**

SOMMAIRE **3**

Bibliographie générale *5*

SYNTHESE ..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

I. La répression pénale du blanchiment *8*

A. Dispositions légales nationales/fédérales 8

Définition des infractions 8

Définition des peines 9

B. Mise en œuvre 9

Modalités de preuve de l'élément subjectif 9

Modalités de preuve de l'élément objectif 10

II. La prévention du blanchiment par les professionnels du chiffre et du droit *10*

A. Les professionnels tenus des obligations de prévention 10

B. Les obligations de prévention 11

Obligations de vigilance et de déclaration de soupçon 11

Conciliation avec le devoir de secret 12

Evaluation de l'implication de ces professionnels 12

LE CAS DE L'ALLEMAGNE **15**

Bibliographie *16*

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX 17

A. Dispositions légales *17*

1. Définition de l'infraction 17

1.1. Elément objectif 17

1.2. Elément subjectif 18

1.3. Infraction préalable. Cas de la fraude fiscale 18

2. Peines 19

2.1. Peines principales 19

2.2 Peines complémentaires 19

2.3. Peines applicables aux personnes morales 19

B. Evaluation des poursuites, des condamnations et des peines *20*

C. Juridictions et organes d'enquête *21*

II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONNELS DU DROIT ET DU CHIFFRE 22

A. Professionnels tenus des obligations de prévention *22*

B. Obligations de prévention *23*

1. Définition des obligations 23

2. Conciliation avec les autres obligations professionnelles 24

3. Evaluation de l'implication des professionnels dans la prévention 25

4. Prévention du blanchiment de capitaux issus de fraudes fiscales 26

CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT 26

LE CAS DE L'ANGLETERRE **29**

Bibliographie *30*

I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX 31

A. Dispositions légales et interprétation jurisprudentielle *31*
1. Historique des dispositions légales 31
2. Définition de l'infraction 33
2.1. Elément objectif 34
2.1.1. Considérations communes aux trois infractions de blanchiment 34
2.1.2. Faits constitutifs de chacune des trois infractions de blanchiment 35
2.1.3. Infraction préalable. Le cas de la fraude fiscale 36
2.2. Elément subjectif 37
2.2.1. Considérations communes aux trois infractions de blanchiment 37
2.2.2. Eléments subjectifs propres à chacune des trois infractions de blanchiment 38
2.3. Moyens de défense 38
2.3.1. Les moyens de défense communs aux trois infractions de blanchiment 38
2.3.2. Le moyen de défense propre au blanchiment par acquisition, utilisation ou détention de biens d'origine délictueuse 39
3. Peines applicables 39
B. Juridictions et organes de poursuite *39*
II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE 40
A. Professionnels tenus des obligations de prévention *40*
B. Obligations de prévention *41*
1. Définition et sanction des obligations 41
2. Domaine d'application des obligations 42
C. Evaluation de l'implication des professionnels dans la prévention *43*
CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT 44

LE CAS DE L'ESPAGNE 45

Bibliographie *46*
I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX 50
A. Dispositions légales *50*
1. Définition de l'infraction 50
1.1. Elément objectif 50
1.2. Elément subjectif 51
1.3. Délit préalable. Le cas de la fraude fiscale 52
1.5. Circonstances aggravantes 53
2. Peines 54
2.1. Peines principales 54
2.2. Peines complémentaires 54
2.3. Peines applicables aux personnes morales 55
B. Application jurisprudentielle *56*
1. Difficultés de preuve 56
2. Solutions 56
2.1. Assouplissement de la preuve des faits 56
2.2. Assouplissement de la preuve de l'élément subjectif 57
3. Evaluation des enquêtes, des condamnations et des peines 58
3.1. Nombre d'enquêtes 58
3.2. Nombre des condamnations et gravité des peines 59
C. Juridictions et organes d'enquête *61*
1. Les juridictions 61
2. Le ministère public 61
3. La police 61
II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE 62
A. Professionnels tenus des obligations de prévention *63*

1. Les avocats, les procureurs et les membres des professions indépendantes 63
2. Les notaires et les professionnels chargés des Registres 64
3. Les auditeurs comptables 64
B. Obligations de prévention 65
1. Définition des obligations 65
2. Domaine d'application des obligations 67
2.1. Conciliation avec les autres obligations professionnelles 67
2.2. Exonérations 68
C. Evaluation de l'implication des professionnels dans la prévention 68
D. Prévention du blanchiment de capitaux issus de fraudes fiscales 70
CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT 71

LE CAS DE L'ITALIE 73

Bibliographie 75
I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX 77
A. Dispositions légales 77
1. Définition de l'infraction 77
1.1. Elément objectif 77
1.2. Elément subjectif 78
1.3. Infraction préalable. Cas particulier des infractions fiscales 78
1.4. Circonstances aggravantes et atténuantes 79
2. Peines 80
2.1. Peines principales, complémentaires et accessoires 80
2.2. Peines applicables aux personnes morales 80
B. Application jurisprudentielle 81
1. Difficultés de preuve 81
2. Evaluation des poursuites, des condamnations et des peines 81
C. Juridictions et organes d'enquête 82
II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE 82
A. Professionnels tenus des obligations de prévention 83
B. Obligations de prévention 83
1. Définition des obligations 83
2. Domaine d'application des obligations 85
2.1. Conciliation avec les autres obligations professionnelles 85
2.2. Exonérations 85
C. Prévention du blanchiment de capitaux issus de fraudes fiscales 86
D. Evaluation de l'implication des professionnels dans la prévention 86
CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE ANTI-BLANCHIMENT 87

LE CAS DE LA SUISSE 89

Bibliographie 91
I. REPRESSION DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX 92
A. Dispositions légales 92
1. Définition de l'infraction 92
1.1. auteur 92
1.2. Elément objectif 93
1.2.1 Un acte d'entrave 93
1.2.2. Une valeur patrimoniale 94
1.3. Elément subjectif 95
1.4. Infraction préalable. Le cas de la fraude fiscale 95
1.5. Circonstances aggravantes 96

2. Peines pénales et sanctions administratives 97
2.1. Peines pénales principales 97
2.2. Peines pénales complémentaires et sanctions administratives 97
B. Evaluation des poursuites, des condamnations et des peines 98
C. Juridictions et organes d'enquête 99
II. PREVENTION DU BLANCHIMENT DES CAPITAUX PAR LES PROFESSIONS DU DROIT ET DU CHIFFRE 99
A. Professionnels tenus des obligations de prévention 100
1. Intermédiaires financiers et négociants 100
2. Notaires et avocats 101
B. Obligations de prévention 102
1. L'obligation de vigilance dans l'identification du client et du bénéficiaire effectif 103
2. L'obligation d'examen particulier de certaines opérations, de consignation des opérations, de conservation et de communication des documents 104
3. L'obligation de déclaration d'infraction et l'obligation de déclaration de soupçon 104
C. Prévention du blanchiment de capitaux issus de fraudes fiscales 106
D. Evaluation de l'implication de ces professions dans la prévention 107
CONCLUSION. L'IMPACT DE LA QUATRIEME DIRECTIVE EUROPEENNE ANTI-BLANCHIMENT 108