

GROUPE DE RECHERCHE EN MATIÈRE
PÉNALE ET CRIMINELLE (GREPEC)

**FONDEMENTS ET OBJECTIFS
DES INCRIMINATIONS ET DES PEINES
EN DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL**

Sous la coordination de Diane BERNARD, Yves CARTUYVELS,
Christine GUILLAIN, Damien SCALIA et Michel VAN DE KERCHOVE



Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit pénal européen en matière de blanchiment

John A.E. VERVAELE

Professeur de droit pénal des affaires et de droit pénal européen
à l'Utrecht Law School, Pays-Bas

Professeur de droit pénal européen au Collège d'Europe, Bruges, Belgique

Introduction : première approche des fondements et objectifs de l'incrimination

Le blanchiment des capitaux, en tant que construit social, date déjà des années 1920 quand les lavandières d'Al Capone à Chicago furent utilisées comme façade pour déguiser des transactions financières liées aux profits illégaux du trafic d'alcool et de la prostitution. Mais Al Capone et d'autres ne furent pas condamnés pour blanchiment des capitaux liés aux délits principaux, mais pour fraude fiscale. L'entreprise de Monsieur Klein avait monté dans les années 1950 un schéma frauduleux d'achat-vente de whisky au Canada, à travers un intermédiaire à New York et un complice à Cuba et avait ainsi éludé des impôts. Les profits étaient versés à Klein par le biais de comptes en banque secrets. Klein n'avait pas non plus été poursuivi pour blanchiment de capitaux, mais pour *conspiracy to defraud* (le Klein-*conspiracy* est aujourd'hui inséré dans la législation pénale¹). La construction juridique du blanchiment des capitaux est en effet beaucoup plus récente. Cette construction juridique contient deux volets bien différents : un volet préventif et un volet répressif. Le volet juridique préventif s'est développé depuis les années 1970, au début sous forme d'autorégulation dans le droit bancaire², plus tard encadré par du droit public (co-régulation), et le volet juridique répressif date des années 1980, avec la législation de l'Italie³ et des États-Unis comme précurseurs⁴. L'incrimination de blanchiment de capitaux est donc un phénomène juridique récent. Auparavant, l'incrimination de recel servait comme instrument pour incriminer une partie des actes de

¹ 18 USC & 371 (1988).

² Voy. *Bank Secrecy Act* (1970) aux États-Unis et recommandations I du Comité de Bâle (autorités de surveillance bancaire), http://www.bis.org/list/bcbs/lang_fr/tid_21/index.htm.

³ Déjà en 1978 a été introduit dans le Code pénal italien l'article 648bis sur la substitution de l'argent ou de valeurs provenant d'un vol à main armée aggravé, d'une extorsion aggravée et d'un enlèvement aux fins d'extorsion. L'article 648bis a été modifié en 1990 et 1993 afin d'étendre son champ d'application.

⁴ *Money Laundering Control Act* (1986) aux États-Unis.

blanchiment, mais connaissait toutes sortes de limitations juridiques et ne pouvait pas s'appliquer aux auteurs mêmes du délit principal. Il était donc impossible de poursuivre l'auto-blanchiment.

Pour presque tous les pays, le blanchiment de capitaux en tant qu'incrimination a été introduit dans la législation pénale et dans la législation administrative par le biais de l'incorporation des obligations internationales. En d'autres mots, sauf quelques pays comme les États-Unis ou l'Italie, la source politique du phénomène juridique se trouve donc dans le droit international public, c'est-à-dire au-delà du processus classique de genèse du droit pénal comme expression de la souveraineté nationale. La genèse du blanchiment de capitaux comme incrimination dans le droit international public n'est pas non plus un exemple type du processus classique. Dans le processus classique, des États s'accordent sur le contenu d'une convention, le signent, le ratifient et le transposent en droit interne (selon la situation idéale). Au moment de la signature et/ou de la ratification, ils accompagnent le cas échéant les obligations de réserves et/ou de déclarations.

En ce qui concerne le contenu, le droit international public a, au cours des dernières décennies, imposé des changements de grande ampleur qui ont ébranlé substantiellement le système de justice pénale. En particulier, trois paradigmes, celui de la guerre contre la drogue, de la guerre contre le crime organisé et de la guerre contre le terrorisme – tous les trois originaires des États-Unis – ont été incorporés dans l'agenda international et ont entraîné une longue liste de réformes de la justice pénale avec une influence décisive sur la genèse des normes pénales, sur la forme des enquêtes et sur la coopération policière et judiciaire en la matière. Le criminalisation du blanchiment de capitaux est impossible à comprendre indépendamment de ce contexte. Les trois paradigmes mentionnés ont en commun une définition commune des profils de dangerosité qui justifie non seulement l'élargissement du filet (*netwidening* – *function creep*) de contrôle social, mais surtout l'élargissement du filet du *ius puniendi* de l'État et de la communauté internationale. Cet élargissement du filet ne se concrétise pas seulement dans l'incrimination massive des associations criminelles, au-delà du vieux concept de bande de malfaiteurs ou de *conspiracy*, des actes préparatoires et du support matériel (*aiding and abetting*), donc par un élargissement en amont. Il se concrétise aussi par un élargissement en aval, soit centré sur le butin : les avoirs/produits du crime. Ce dernier contient au fond deux composantes : le blanchiment de capitaux comme incrimination et la confiscation élargie comme sanction autonome⁵. Le butin s'est converti en coupable (*guilty property*) et tant la confiscation que l'incrimination du blanchiment de capitaux sont des outils, dans l'approche paradigmatique, pour stopper la criminalité organisée. En réprimant les auteurs pour blanchiment de

⁵ J.A.E. VERVAELE, « La saisie et la confiscation à la suite d'atteintes punissables aux États-Unis », *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, vol. 78, pp. 974-1003.

capitaux, y
duits de leur
point de v

Le champ
trafic de c
criminalité
avec les pa
de la « con
est particu
floue. En c
n'est en se
de fait un
constitutif
incriminat
l'associatic
port à la c
se convert
tion crimi

La genèse
rente auss
conventio
internatio

Le droit p
blanchime
lité organi
le cadre d
En d'autre
ceux du c
liés à l'int

Après cet
il est tem
blanchime
concentre
prévues a
fait com
chiment.
phénomè
avoirs/de

⁶ U. CASSA
nale », in
(éd.), Int

capitaux, y compris les auteurs des délits principaux, et en les privant des produits de leurs activités illicites, on veut obtenir qu'il ne soit plus intéressant d'un point de vue économique de commettre des délits⁶.

Le champ d'application de cette nouvelle approche était au début limité au trafic de drogues, mais s'est étendu avec les nouveaux paradigmes contre la criminalité organisée et le terrorisme à toute criminalité grave. Vu la liaison avec les paradigmes, le lien entre l'incrimination de l'association criminelle (ou de la « conspiracy ») comme infraction principale et le blanchiment de capitaux est particulièrement importante, car la logique de produits du crime devient floue. En effet, l'incrimination de l'association criminelle ou de la « conspiracy » n'est en soi pas basée sur la commission des délits. Le simple fait d'instaurer de fait une association avec le but de commettre des délits est un élément constitutif suffisant. À cet égard, l'incrimination de blanchiment s'étend d'une incrimination en aval du butin vers une incrimination d'usage du butin de l'association et elle constitue donc aussi un outil proactif et anticipatif par rapport à la commission des infractions concrètes. Dans ce cas-ci, le blanchiment se convertit en un déguisement de l'origine de fonds pour constituer l'association criminelle.

La genèse du blanchiment de capitaux en droit international public est différente aussi sur le plan formel, car nous allons découvrir que la forme classique conventionnelle a été complétée par de nouvelles sources et méthodes de droit international public.

Le droit pénal européen a évidemment un agenda propre. La lutte contre le blanchiment est également liée à la lutte contre le trafic de drogue, la criminalité organisée et le terrorisme, mais fait aussi partie des mesures à prendre dans le cadre du marché intérieur et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En d'autres mots, les fondements et objectifs sont partiellement les mêmes que ceux du droit international public et partiellement propres, en tant qu'ils sont liés à l'intégration européenne.

Après cette première approche du fondement et de l'objectif du blanchiment, il est temps de nous centrer sur l'évolution historique de la pénalisation du blanchiment des capitaux. Dans le cadre de cette contribution, je voudrais me concentrer principalement sur l'incrimination de blanchiment et sur les peines prévues afin de pouvoir analyser leurs fondements et objectifs. Cependant, il faut commencer par identifier les caractéristiques des incriminations de blanchiment. En effet, il faut faire une distinction nette entre l'incrimination du phénomène du blanchiment en tant que tel, c'est-à-dire le blanchiment des avoirs/des produits des infractions principales de blanchiment et l'incrimina-

⁶ U. CASSANI, « Combattre le crime en confisquant les profits ; nouvelles perspectives d'une justice transnationale », in S. BAUHOFFER, N. QUELOZ et E. WYSS, *Criminalité économique*, Zürich, Ruegger, 1999 ; W. C. GILMORE (éd.), *International efforts to combat money laundering*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

tion pénale des commissions et/ou omissions qui dérivent des obligations imposées par les obligations de prévention. Les auteurs de blanchiment de capitaux, que je voudrais qualifier d'incrimination primaire, sont les personnes physiques et/ou morales qui commettent le délit de blanchiment (comme auteur principal, instigateur ou participant). Ils peuvent aussi être les auteurs des infractions principales, quoique cela soit exclu dans quelques pays par application du principe *ne bis in idem*. Les auteurs des infractions liées à la prévention, que je voudrais qualifier d'incriminations secondaires, sont des personnes physiques et/ou morales qui sont tenues de respecter des obligations de prévention (identification du client, conservation des pièces et des informations, surveillance des transactions suspectes, obligation de déclaration aux cellules de renseignement financier (CRF, etc.), comme les établissements de crédit, les établissements financiers, les professions libérales (comptables, avocats, notaires), ou autres prestataires de services aux sociétés et fiducies, agents immobiliers, commerçants d'œuvres d'art ou de matériaux précieux, casinos, etc.

Dans l'analyse historique, il faudra examiner de plus près les incriminations tant primaires que secondaires, et ceci tant sous l'angle des éléments constitutifs que sous l'angle des peines applicables. Pour le blanchiment de capitaux comme incrimination primaire, il s'agit surtout des peines privatives de liberté, mais aussi des amendes et de la confiscation. Pour le blanchiment de capitaux comme incrimination secondaire, il y a d'autres peines qui entrent en jeu, comme des sanctions disciplinaires, la suspension ou la révocation de l'habilitation, la publication, etc.

Je voudrais aborder notre matière par une double lecture de l'évolution historique. La première lecture est celle du droit international public, soit d'envergure globale, soit d'envergure régionale européenne (Conseil de l'Europe). La deuxième lecture est celle du droit d'intégration dans le cadre des Communautés européennes et de l'Union européenne. Cette double lecture devrait nous donner des réponses quant aux fondements et objectifs des incriminations de blanchiment de capitaux et des peines, leur évolution et leur variation selon le contexte institutionnel et/ou l'inter-connexité institutionnelle.

Comme indiqu
naissent dans le
Le gouvernem
sant à une con
l'ONU. Cette
garder la polit
substances psyc
de 1971⁹.

Section 1 Convention d

La Convention
contient une ir
autonome, bier
dans le texte.

Dans le comm
contenu et le
directement in
domaine¹¹. Da
blanchiment de
de référence es
constitutifs, l'a
couramment d
sont visées dar
biens illégaux ;
de détenir ou
culière, car ell

⁹ W. GILMORE, *Dir*
Conseil de l'Eur
Londres, Butter
¹⁰ Convention uni
¹¹ Convention sur
Convention de
19 décembre 19
Idem, § 3.41.

Chapitre 1

Évolution historique des incriminations en matière de blanchiment de capitaux dans le droit international public⁷

Comme indiqué auparavant, les incriminations de blanchiment de capitaux naissent dans le paradigme « *war on drugs* », fortement soutenu par les États-Unis. Le gouvernement de Reagan le convertit en agenda international, aboutissant à une convention cardinale en la matière : la Convention de Vienne de l'ONU. Cette convention contient un amalgame de mécanismes pour sauvegarder la politique de l'ONU en matière de prohibition des stupéfiants et des substances psychotropes, déjà mis en place dans les Conventions de 1961⁸ et de 1971⁹.

Section 1

Convention de Vienne (1988)¹⁰

La Convention de Vienne est la première convention internationale qui contient une incrimination de blanchiment comme incrimination primaire et autonome, bien que l'expression « blanchiment d'argent » n'ait pas été employée dans le texte.

Dans le commentaire de la convention, l'ONU admet expressément que le contenu et le libellé de l'obligation d'incrimination de blanchiment sont directement inspirés de la législation alors en vigueur aux États-Unis dans ce domaine¹¹. Dans son article 3(1), elle oblige les États parties à incriminer le blanchiment des capitaux issus de trafic de stupéfiants. Le seul délit principal ou de référence est donc le trafic de stupéfiants. En ce qui concerne les éléments constitutifs, l'article 3(1) incrimine les trois phases de blanchiment, qui sont couramment désignées comme l'acquisition, l'utilisation et la possession, et qui sont visées dans la Convention comme : (1) la conversion ou le transferts des biens illégaux ; (2) la dissimulation ou le déguisement et (3) le fait d'acquérir, de détenir ou d'utiliser ces biens. Néanmoins, elle le fait d'une manière particulière, car elle opère une distinction entre la première et la deuxième phase,

⁷ W. GILMORE, *Dirty Money : the Evolution of Money Laundering Counter-Measures*, Strasbourg, Presse du Conseil de l'Europe, 1995 ; et R. PARLOUR (éd.), *Butterworths Guide to Money Laundering Law and Practice*, Londres, Butterworths, 1995.

⁸ Convention unique sur les stupéfiants.

⁹ Convention sur les psychotropes.

¹⁰ Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988.

¹¹ *Idem*, § 3.41.

d'une part, et la troisième phase, d'autre part. En effet, dans un premier temps, elle oblige d'incriminer l'acquisition et l'utilisation :

- a) convertir ou transférer des avoirs provenant d'un trafic illicite de stupéfiants, dans le but d'en dissimuler ou déguiser l'origine illicite (art. 3.1.b.i);
- b) dissimuler ou déguiser la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété de ces avoirs (art. 3.1.b.ii).

Mais dans un deuxième temps, elle oblige d'incriminer la troisième phase (possession), ainsi que d'autres comportements :

- a) acquérir, détenir ou utiliser ces biens en ayant connaissance de leur origine illicite (art. 3.1.c.i.);
- b) inciter ou amener publiquement à commettre le blanchiment (art.3.1.c.iii);
- c) participer (assistance, aide, conseils) à une infraction de blanchiment (art. 3.1.c.iv),

sous réserve des principes constitutionnels et des concepts fondamentaux des systèmes juridiques nationaux. En d'autres mots, l'obligation et l'articulation des incriminations de ce deuxième groupe sont clairement limitées par la souveraineté nationale par le biais de cette clause de sauvegarde. La clause de sauvegarde reprend, bien qu'en termes plus restrictifs, la clause figurant au paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de 1961. La clause de sauvegarde a pour but d'éviter que l'incrimination entre en conflit, dans certains États, avec la liberté d'expression ou des principes généraux du droit pénal (*lex certa* par exemple). Le texte est rédigé d'une manière qui n'oblige pas les États à incriminer l'auto-blanchiment, mais qui leur laisse la possibilité de le faire. Il est également important de souligner que l'obligation d'incrimination se limite aux délits commis de manière intentionnelle. Le délinquant doit avoir su que le bien provenait d'« une des infractions » spécifiées, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire d'établir qu'il avait connaissance de l'infraction spécifique qui avait été commise. Néanmoins, la convention précise que l'intention peut être déduite de circonstances factuelles objectives.

Une autre question à envisager est celle de savoir si des personnes morales doivent être considérées comme pouvant être pénalement responsables de blanchiment d'argent. La Convention de 1988 est muette sur ce point. Il n'y a donc aucune obligation dans ce sens.

La convention ne contient pas d'obligations relatives aux incriminations secondaires en matière de blanchiment. Il n'y a donc pas de pont entre les mesures préventives élaborées au sein du droit bancaire sous forme d'autorégulation et l'intervention du droit international public en la matière.

En ce qui concerne les peines pour le blanchiment des capitaux comme incrimination primaire, la convention impose dans l'article 4(a) que l'incrimination de blanchiment soit rendue punissable de sanctions tenant compte de la gravité des infractions principales, telles que l'emprisonnement ou d'autres peines

privatives
tion de ces
cumulative
tenir comp
nisation cr
tion n'intr
peines plu
doit être
monisation
régimes de
l'exigence
prévoit de
La confis
graphe 4(
Conventio
ciples, bl
confiscati
que de b
Tant la su
question c
prouver c
la définiti
n'interdit

Section Conven

Au sein c
tive au b
crime. L
l'Austral
Conseil

La Conv
judiciair
des proc
étendu l
principa
de la co

¹² <http://>
¹³ G. STE
versity
¹⁴ « Infr
suscep

privatives de liberté, l'imposition d'amendes et la confiscation. L'énumération de ces types de sanctions n'entend pas être exhaustive ni nécessairement cumulative. Au moment de l'imposition de la peine, les juridictions doivent tenir compte des circonstances aggravantes, comme la participation à une organisation criminelle, le statut de fonctionnaire public, la récidive, etc. La convention n'introduit donc pas une catégorie spécifique d'infractions graves avec des peines plus élevées. En outre, pour les infractions de blanchiment, l'extradition doit être possible (art. 6). Ce dernier critère contient notamment une harmonisation indirecte de la peine, car l'extradition dépend dans la plupart des régimes de procédure pénale d'un seuil minimal de la peine maximale. En plus, l'exigence de double incrimination est écartée par cette obligation. L'article 5(1) prévoit des obligations spécifiques relatives à la confiscation.

La confiscation est expressément considérée comme une sanction au paragraphe 4(a) de l'article 3, et donc pas comme une mesure de prévention. La Convention de Vienne a donc clairement établi un pont entre infractions principales, blanchiment et confiscation. L'article 5 est formulé de telle façon que la confiscation tant des produits tirés des infractions, y compris le blanchiment, que de biens d'une valeur équivalente sont compatibles avec la convention. Tant la substitution des avoirs que la confiscation de la valeur sont possibles. La question de savoir si une condamnation doit avoir été prononcée ou s'il suffit de prouver que les biens dont il s'agit ont été tirés d'un comportement relevant de la définition d'une infraction doit être réglée par le législateur national. Le texte n'interdit pas des formes de confiscation qui n'exigent pas de condamnation.

Section 2

Convention de Strasbourg (1990)¹²

Au sein du Conseil de l'Europe a été négociée une nouvelle Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. La convention a été ratifiée par quarante-sept États européens et par l'Australie. En effet, la convention est ouverte à des États non membres du Conseil de l'Europe. Les États-Unis ne l'ont pas ratifiée.

La Convention de Strasbourg a surtout élaboré des obligations de coopération judiciaire relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime¹³. En ce qui concerne notre analyse, la convention a étendu les infractions principales de blanchiment aux profits de toute infraction principale (article 1(e))¹⁴, mais les États peuvent émettre des réserves. L'article 6 de la convention contient une obligation d'incrimination de blanchiment.

¹² <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/141.htm>.

¹³ G. STESSENS, *Money Laundering: a New International Law Enforcement Model*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

¹⁴ « Infraction principale » désigne toute infraction pénale à la suite de laquelle des produits sont générés et susceptibles de devenir l'objet d'une infraction selon l'article 6 de la présente Convention.

Il est très clair et aussi reconnu dans la note explicative que les termes et les éléments constitutifs de cet article s'inspirent dans une large mesure de la Convention de Vienne de 1988. La seule différence substantielle se trouve dans la formulation de l'article 6(d) sur la participation, qui est beaucoup plus large dans ses termes. La Convention de Strasbourg contient aussi dans l'article 6 (2-3) une formulation beaucoup plus élaborée relative à l'élément moral de l'infraction.

Le paragraphe 6 (3a) prévoit l'incrimination du comportement négligent, tandis que l'alinéa suivant concerne une personne qui fait des affaires en toute légalité avec un criminel, en sachant qu'elle est payée par des produits du crime, mais qui ne voit pas dans ce fait un obstacle à une relation d'affaires. Le cas évoqué au paragraphe 3(c) concerne une personne qui facilite une activité criminelle¹⁵. Il est donc clair que l'incrimination ne se limite plus au comportement intentionnel.

La Convention de Strasbourg ne contient pas d'obligations secondaires en matière de blanchiment et n'entre pas non plus dans le champ d'harmonisation des peines, sauf en ce qui concerne la confiscation. Comme dans la Convention de Vienne, la confiscation n'est pas conçue comme une mesure provisoire, mais comme une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une ou plusieurs infractions pénales, peine ou mesure aboutissant à la privation permanente du bien¹⁶. La confiscation est obligatoire (art. 2 et art. 13) et fait partie du mécanisme de coopération élaboré dans les articles 13 et suivants, mais des États peuvent formuler des déclarations par lesquelles ils la limitent aux infractions ou catégories d'infractions précisées dans la déclaration (art. 2(2)).

Section 3

Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI-FATF) – G7 (1989) et ses quarante recommandations (1991)¹⁷

Le GAFI a été créé lors du Sommet du G7 qui s'est tenu à Paris en 1989 et était au début composé de pays membres du G7, de la Commission européenne et de huit autres pays. En 1992, le nombre de membres du GAFI est passé de seize initialement à vingt-huit. En 2000, le GAFI comptait déjà trente et un membres. Il avait pour mission d'examiner les techniques et orientations du blanchiment de capitaux et de présenter les mesures pour lutter contre le blanchiment de capitaux lié au trafic de drogues¹⁸. En avril 1990, moins d'un an après sa

¹⁵ Rapport explicatif, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/141.htm>.

¹⁶ Art 1 (d).

¹⁷ <http://www.fatf-gafi.org/fr/>

¹⁸ U. CASSANI, « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent », *Revue de droit suisse*, n° 127, II, 2008, pp. 347-352 ; J.A.E. VERVAELE

création, le C
mandations pr
le blanchime

Les recomm
de prévention
elles contien
quant à l'ide
tions, la surv
nement fin:
CRF, etc. L
public mais
mination de
confèrent le
base de la C

Dans la réfor
poux sur la C
infraction pé
auteurs, les r
sonne moral
que, « dans l
être mise en

En matière c
aux Conven

En ce qui co
imposent, da
nées et dissu
morales et à
libérales visé
explicitement

Le GAFI es
titution inte
mouvoir la
opérationne
recommand
elles se sont
lau) de fait
d'évaluation

« Economic
Research Ha

¹⁹ Voy. aussi, L
ministres du
1990).

²⁰ <http://www>

création, le GAFI a publié un rapport contenant une série de *Quarante recommandations* présentant un plan complet des actions nécessaires pour lutter contre le blanchiment de capitaux lié au trafic de drogues.

Les recommandations du GAFI imposent pour la première fois des obligations de prévention de blanchiment au-delà de l'autorégulation de Bâle I. En effet, elles contiennent de multiples recommandations de droit public régulateur quant à l'identification du client, la conservation des pièces et des informations, la surveillance des transactions suspectes, la création de cellules de renseignement financier (CRF, etc.), la notification des transactions suspectes à ces CRF, etc. Les recommandations ne se limitent pas au volet préventif de droit public mais contiennent aussi des dispositions en ce qui concerne l'incrimination de blanchiment même. La recommandation 4 impose que les pays confèrent le caractère d'infraction pénale au blanchiment de capitaux sur la base de la Convention de Vienne.

Dans la réforme de 1996, les recommandations s'alignent pour les délits principaux sur la Convention de Strasbourg qui étend les délits principaux à toute infraction pénale à la suite de laquelle des produits sont générés. Quant aux auteurs, les recommandations n'imposent pas la responsabilité pénale de la personne morale mais le GAFI a, dans sa sixième recommandation, exprimé l'avis que, « dans la mesure du possible », cette responsabilité pénale devrait pouvoir être mise en cause¹⁹.

En matière de peines, les recommandations du GAFI se limitent à un renvoi aux Conventions de l'ONU.

En ce qui concerne les obligations secondaires, les recommandations du GAFI imposent, dans la recommandation 35, que des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives soient applicables aux personnes physiques, aux personnes morales et à leurs dirigeants (institutions financières, entreprises, professions libérales visées par les obligations de prévention). La recommandation stipule explicitement que ces sanctions peuvent être pénales, civiles ou administratives.

Le GAFI est donc un organisme intergouvernemental informel (pas une institution internationale) qui a pour mandat d'élaborer des normes et de promouvoir la mise en œuvre efficace de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles pour lutter contre le blanchiment de capitaux. Quoique les recommandations du GAFI constituent du droit non contraignant (*soft law*), elles se sont converties dans des normes internationales contraignantes (*hard law*) de fait (*pas de iure*). En effet, le G7 a imposé dès le début un mécanisme d'évaluations mutuelles par des pairs²⁰ qui surveillant dans les États la mise en

¹⁹ « Economic crimes and money laundering : a new paradigm for the criminal justice system ? », in B. UNGER, *Research Handbook on Money Laundering*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.

²⁰ Voy aussi, *La responsabilité pénale des entreprises : Recommandation n° R(88) adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 20 octobre 1988 et Mémoire explicatif* (Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990).

²¹ <http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/evaluationsmutuelles/>.

œuvre de ces recommandations tant du point de vue du droit et de l'organisation (*law in the books*) que du point de vue de leur mise en pratique (*law in action*). Les évaluations sont très détaillées et se répètent régulièrement. Pour chaque recommandation, une évaluation est donnée : conforme, largement conforme, partiellement conforme ou non conforme. Les rapports ne contiennent pas seulement des évaluations, mais aussi un plan d'action recommandé pour améliorer le système de lutte anti-blanchiment. En cas de défaillances excessives, le pays est soumis à un suivi permanent. En cas d'amélioration, le régime normal de suivi (rapport tous les deux ans) s'applique. À titre d'illustration, en 2005, le GAFI a publié son troisième rapport d'évaluation mutuelle sur la Belgique. En 2007, 2009 et 2011, des rapports de suivi ont été publiés par le GAFI sur la Belgique. Les rapports de suivi regardent de près la mise en œuvre du plan d'action. Les évaluations du GAFI ont dans la pratique pour effet que certains pays sont listés pour non-conformité avec certaines recommandations. La publication des rapports et la publicité font en sorte qu'un mécanisme de *naming and shaming* et de *blacklisting* oblige les États à changer leur législation et/ou leurs pratiques. Dans quelques cas, les législateurs ont été contraints à agir endéans les semaines suivantes pour faire face aux réactions négatives des marchés financiers.

Le GAFI est donc devenu un acteur principal de législation en la matière, mais aussi un acteur de surveillance de la pratique des États. Le *blacklisting* des États est parfois plus grave qu'une sanction financière directe. Le fait que le GAFI soit devenu législateur de fait des normes internationales en matière de blanchiment des capitaux, y compris des normes qui touchent l'incrimination, l'organisation judiciaire, la coopération internationale en matière pénale, etc., est surprenante. En effet, un organe politique de l'exécutif (G7) qui ne fait pas partie des institutions internationales formelles définit des obligations pénales pour les États. Juridiquement, ce ne sont que des recommandations, mais par le biais des évaluations et suivis, elles sont politiquement contraignantes. En d'autres mots, le processus classique de création des normes pénales internationales par le biais des conventions, de leur signature et de leur ratification est écarté dans ce domaine et remplacé par une *regulatory agency* informelle.

De l'analyse, on peut aussi déduire que le GAFI s'est greffé sur les obligations existantes, tant d'autorégulation que conventionnelles et les a élaborées comme un cadre intégré dans les recommandations. Ces recommandations sont très détaillées, sauf en matière de peines.

Section 4

Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (1999) – ONU

En 1999, une nouvelle convention pour faire face au terrorisme est signée, avec comme cible spécifique la répression du financement du terrorisme. Dans

l'article 2, le s'agit de l'actes de ter doivent ten de relation tembre 200

Section 5 Convention organisée

La Conventi nelle en la (art. 6), les ou de crim autonome la commissi commettar principales graves sont peine priv: ans ou d'u sée, de cor concerne intentionn qu'élémen factuelles

La Conventi aussi expli expliciter

En ce qui sanctions pour les o tion oblig chiment.

²¹ Voy. sec
²² <http://w>

l'article 2, la convention oblige d'incriminer le financement du terrorisme. Il s'agit de l'usage de fonds, de nature légale ou illégale, afin de commettre des actes de terrorisme. L'article 4 oblige de prévoir des peines appropriées qui doivent tenir compte de la gravité des actes commis. La convention n'avait pas de relation directe avec le blanchiment, mais ceci va changer après le 9 septembre 2001²¹, d'où l'importance de cette convention.

Section 5

Convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée (2000) – ONU²²

La Convention de Palerme est en réalité la synthèse de l'évolution conventionnelle en la matière. En ce qui concerne la définition du délit de blanchiment (art. 6), les éléments constitutifs ne dépendent pas d'un élément transnational ou de criminalité organisée. L'incrimination a donc fait l'objet d'une définition autonome et couvre tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant. Elle oblige de prévoir un éventail extrêmement large d'infractions principales, qui doit inclure au moins les infractions graves. Les infractions graves sont définies comme les actes constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde, ainsi que les infractions de criminalité organisée, de corruption et d'entrave au bon fonctionnement de la justice. En ce qui concerne l'élément moral, les obligations pénales se limitent aux infractions intentionnelles, mais la connaissance, l'intention ou la motivation, en tant qu'éléments constitutifs d'une infraction peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives.

La Convention de Palerme est la première convention qui inclut d'une manière aussi explicite et élaborée le volet préventif. L'article 7(3) renvoie d'ailleurs explicitement aux recommandations du GAFI.

En ce qui concerne les peines, la Convention de Palerme se limite à exiger des sanctions pénales qui tiennent compte de la gravité des infractions, et ceci tant pour les obligations primaires que pour les obligations secondaires. La convention oblige aussi, dans son article 12, à des sanctions de confiscation pour blanchiment.

²¹ Voy. section 6 et s.

²² <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-f.pdf>.

Section 6

Résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU (2001)

Après les attentats terroristes du 11 septembre 2001, l'ONU s'est clairement décidée pour une approche nouvelle, qui va au-delà de l'approche classique conventionnelle en matière de terrorisme. Par des résolutions du Conseil de sécurité, basées sur le chapitre VII de la Charte, l'ONU a fait de la lutte contre le terrorisme une priorité cardinale et a imposé aux États des obligations spécifiques, indépendamment du fait de savoir s'ils avaient effectivement signé et/ou ratifié les conventions en matière de terrorisme de l'ONU, y compris la Convention sur le financement du terrorisme. Le Conseil de sécurité a décidé d'instaurer, par le biais de la résolution 1373²³, un comité de monitoring (Comité contre le terrorisme – CCT) afin d'évaluer la mise en œuvre au sein des États, tant au niveau législatif qu'au niveau de la pratique. Le système de monitoring fut copié sur celui du GAFI en matière de blanchiment, et a donc comme but de savoir si les États ont incriminé d'une manière autonome le financement de terrorisme ; s'ils ont mis en place les mesures préventives afin d'identifier des transactions suspectes ; s'ils ont outillé les autorités financières et judiciaires avec les pouvoirs et moyens financiers suffisants ; s'ils ont mis en place les instruments de coopération administrative et internationale au niveau international, etc.

En deuxième lieu, le Conseil de sécurité a décidé d'élargir sa liste d'organisations terroristes et de terroristes au niveau de l'ONU et d'obliger les États à mettre en œuvre des *smart sanctions* contre ces organisations et ces personnes²⁴. Ces sanctions sont en effet des mesures préventives, comme le gel des fonds, le gel des comptes en banque, l'interdiction de visa, etc. mais qui peuvent avoir un effet très punitif pour l'organisation et/ou la personne concernée. En effet, l'ONU a copié la pratique du *blacklisting*, mise en place par l'Administration Clinton – et encore en vigueur aujourd'hui sous l'Administration Obama –, pratique par laquelle des personnes et des organisations sont considérées comme dangereuses sans qu'il y ait nécessité d'établir et/ou de suspecter l'existence d'infractions terroristes. Ce *listing* est donc une pratique de l'exécutif qui élargit considérablement le filet, au-delà de la notion classique d'atteinte à des biens juridiques²⁵.

Section 7

Extension du pouvoir régulateur de l'exécutif : GAFI renforcé

Les événements du 11 septembre 2001 et le suivi politique et juridique ont aussi eu pour conséquence que le G7 a étendu en 2001 le mandat du GAFI

²³ UN Doc. S/RES/1373, 28 septembre 2001.

²⁴ Par ex. : Résolution 1333 (2000) du 19 décembre 2000.

²⁵ L. VAN DEN HERIK, « The Security Council's Targeted Sanctions Regimes : In Need of Better Protection of the Individual », *Leiden Journal of International Law*, 20-4 (2007), pp. 797-807.

pour int
la lutte
dations
recomm
domaine
quatre-v
le financ
les quar
ont été
mandati
membre

L'object
de ses av
GAFI es
cier. Sa
applicati
plus vast
cement
aussi au

La versi
structure
et le fina
recomm
au finan
du terro
ment au
organisa
lien avec
rer que
capitaux

Il est do
au regar
terroris
blanchir
avoirs d
En plus,
de sanct
sécurité
de la pro

²⁶ Pour la
setobs

ANTHEMIS

pour intégrer les efforts de lutte contre le financement du terrorisme à ceux de la lutte contre le blanchiment de capitaux. Ceci aboutit à huit recommandations spéciales en matière de financement du terrorisme. Les révisions des recommandations de 2003, élaborant une approche plus ciblée dans les domaines présentant des risques élevés ont été approuvées par plus de cent quatre-vingts pays. En 2008, le mandat du GAFI a été étendu à la lutte contre le financement de la prolifération des armes de destruction massive. En 2012, les quarante recommandations, ainsi que les huit recommandations spéciales ont été mises à jour et consolidées dans un nouveau texte de quarante recommandations. En 2012, le mandat du GAFI, qui compte déjà trente-six membres²⁶, a été renouvelé jusqu'en 2020.

L'objectif principal n'est plus d'éradiquer la criminalité organisée en la privant de ses avoirs, mais de protéger l'intégrité du système financier international. Le GAFI est donc devenu un instrument de gouvernance économique et financier. Sa méthode de régulation exécutive quant à la genèse des normes et à leur application s'est étendue du blanchiment de capitaux à une matière beaucoup plus vaste. Raison pour laquelle les recommandations ont été élargies au financement du terrorisme, à la prolifération des armes de destruction massive, mais aussi aux sanctions financières liées au terrorisme (le *blacklisting* de l'ONU).

La version consolidée de 2012 a conservé dans ses grandes lignes la même structure. Elle oblige à incriminer le blanchiment, le financement du terrorisme et le financement de la prolifération des armes de destruction massive. Selon la recommandation 5, les pays devraient conférer le caractère d'infraction pénale au financement du terrorisme sur la base de la Convention sur le financement du terrorisme, et devraient conférer le caractère d'infraction pénale non seulement au financement des actes terroristes mais également au financement des organisations terroristes et des individus terroristes, y compris en l'absence de lien avec un ou plusieurs actes terroristes spécifiques. Les pays devraient s'assurer que de telles infractions sont des infractions principales de blanchiment de capitaux.

Il est donc clair que l'extension de la criminalisation en matière de terrorisme, au regard de la liaison avec des associations terroristes et la criminalisation du terrorisme sans actes terroristes, aboutit en soi à une infraction principale de blanchiment. On établit donc un lien entre l'inversion de fonds (légaux) et les avoirs du crime par le biais de l'incrimination du financement du terrorisme. En plus, la recommandation 6 oblige les pays à mettre en œuvre les régimes de sanctions financières ciblées conformément aux résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU en matière de financement du terrorisme et de financement de la prolifération des armes de destruction massive.

²⁶ Pour la liste des membres et des observateurs : <http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/aproposdugafi/membre-setobservateurs/>.

Les infractions principales peuvent être définies par rapport à l'ensemble des infractions, par rapport à un seuil lié soit à une catégorie d'infractions graves, soit à la peine privative de liberté dont est passible l'infraction principale (méthode du seuil), par rapport à une liste d'infractions principales ou par une combinaison de ces méthodes.

La note explicative indique néanmoins que dans les pays qui adoptent la méthode du seuil, les infractions principales devraient au minimum comprendre toutes les infractions relevant de la catégorie des infractions graves en vertu de leur droit interne ou inclure les infractions passibles d'une peine maximale de plus d'un an d'emprisonnement ou, pour les pays qui ont établi dans leur système juridique un seuil minimum pour les infractions, les infractions principales devraient comprendre toutes les infractions passibles d'une peine minimale de plus de six mois d'emprisonnement. Il ne devrait pas être nécessaire qu'une personne soit condamnée pour une infraction principale pour pouvoir prouver qu'un bien constitue le produit du crime. Les pays peuvent cependant prévoir que l'infraction de blanchiment de capitaux ne s'applique pas aux personnes qui ont commis l'infraction principale, lorsque cela est contraire aux principes fondamentaux de leur droit interne.

La recommandation 3 se réfère à la Convention de Vienne, à la Convention de Palerme et à la Convention sur le financement du terrorisme en matière de confiscation. Les pays devraient envisager d'adopter des mesures permettant la confiscation de tels produits ou instruments sans condamnation pénale préalable ou des mesures obligeant l'auteur présumé de l'infraction d'apporter la preuve de l'origine licite des biens présumés passibles de confiscation, dans la mesure où une telle obligation est conforme aux principes de leur droit interne.

En ce qui concerne la sauvegarde des obligations secondaires et les peines à imposer, les recommandations de 2012 ne contiennent pas de nouveautés substantielles.

Un examen des rapports d'évaluation mutuelle²⁷ fait ressortir que les principaux facteurs expliquant des notations inférieures concernent en général :

- une mise en œuvre inadéquate ou déficiente des Conventions de Vienne et de Palerme pour ce qui est des éléments physiques/matériels du délit de blanchiment de capitaux ;
- une couverture insuffisante des infractions principales du GAFI, et, parmi elles, les délits d'initié et de manipulation des marchés et le financement de terrorisme se sont révélés problématiques dans la grande majorité des pays ;
- une incrimination insuffisante du délit d'association en vue de blanchir des capitaux.

²⁷ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/evaluations/evaluation_reports_FR.asp.

Section 8 Convention

En se basant sur la Convention relative au blanchiment de capitaux et au terrorisme dans le blanchiment. Toutefois, mais les mesures prises en matière pénale : a) lorsqu'il s'agit de blanchiment ou b) lorsqu'il s'agit de blanchiment. L'alinéa 1er (il suffit qu'il y ait eu un blanchiment) ne s'applique pas la certitude graphique 3.b. par le tribunal, sur prononce sur conscient que à la question.

À la suite des recommandations formulées dans la Convention, il est recommandé de se baser sur la Convention principale (sur le blanchiment, elle ne peut pas prouver de qu'il y a eu un blanchiment de capitaux et de blanchiment illégitime).

La Convention contient des obligations en matière de blanchiment.

La Convention (notamment le

²⁸ Convention 198 des produits du

Section 8

Convention de Varsovie (2005)²⁸ – Conseil de l'Europe

En se basant entre autres sur les rapports du GAFI, la Convention de Varsovie relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme inclut donc le financement du terrorisme dans son champ d'application. L'article 9 oblige à l'incrimination de blanchiment. Il n'y a rien de nouveau en ce qui concerne les éléments constitutifs, mais le paragraphe 3 contient une clause facultative qui permet également aux parties de sanctionner pénalement l'auteur présumé d'une infraction pénale : a) lorsqu'il a soupçonné que le bien était le produit d'une infraction et/ou b) lorsqu'il aurait dû être conscient que le bien était le produit d'une infraction. L'alinéa a. prévoit un élément moral moins subjectif et pourrait s'appliquer à une personne qui réfléchit un peu à la question de l'origine des produits (il suffit qu'elle suspecte que le bien est le produit d'une infraction), mais n'a pas la certitude que le bien en question a une originelle criminelle. Le paragraphe 3.b. prévoit l'incrimination du comportement négligent, dans le cas où le tribunal, sur la base d'une évaluation objective des éléments de preuve, se prononce sur la question de savoir si l'auteur de l'infraction aurait dû être conscient que le bien était le produit d'une infraction, qu'il ait ou non réfléchi à la question. Les obligations de ce paragraphe sont donc facultatives.

À la suite des évaluations menées au sein du GAFI et en conformité avec les recommandations de ce dernier, la convention restreint aussi la possibilité de formuler des réserves quant à l'étendue des délits principaux. Quant à la relation entre infraction principale et blanchiment, l'article 9(5) impose qu'une condamnation pour blanchiment doit être possible en l'absence de condamnation préalable ou concomitante au titre de l'infraction principale. Il suffit donc de se baser sur un ensemble d'éléments de preuve factuels pour l'infraction principale (sans nécessité de condamnation) pour qu'on puisse poursuivre et juger le blanchiment. En plus, en ce qui concerne la condamnation pour blanchiment, elle est, selon l'article 9(6), possible dès lors qu'il est prouvé que les avoirs proviennent d'une infraction principale, sans qu'il soit nécessaire de prouver de quelle infraction précise il s'agit. La distance entre le blanchiment des capitaux et l'incrimination nouvelle, introduite par quelques États, d'enrichissement illégal, devient de plus en plus réduite.

La Convention de Varsovie n'harmonise pas les peines à appliquer, mais elle contient des obligations en matière de confiscation et de coopération judiciaire en matière de confiscation qui dérivent de la Convention de Palerme.

La Convention de Varsovie inclut aussi des mesures détaillées de prévention (notamment les art. 12 et 13), mais n'impose pas de peines à cet égard. Elle

²⁸ Convention 198 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, 2005.

s'aligne sur les recommandations du GAFI et s'inspire largement des directives communautaires de l'Union européenne²⁹.

Chapitre 2

Évolution historique des incriminations en matière de blanchiment de capitaux dans le droit européen d'intégration des Communautés européennes et de l'Union européenne

Section 1

Introduction : blanchiment et compétence pénale des Communautés européennes et de l'Union européenne

Les Communautés européennes et l'actuelle Union européenne ont approuvé dans le passé trois directives en matière de blanchiment, datant de 1991, 2001 et 2005. La Commission européenne a essayé de manière constante d'imposer par le biais d'une directive communautaire l'obligation d'incriminer le blanchiment de capitaux, mais en vain. Les États membres n'ont pas voulu d'obligations pénales dans le droit communautaire et ont donc refusé d'approuver des directives ayant un contenu pénal. Ceci n'est pas seulement le cas pour le blanchiment, mais pour toutes les matières. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht en 1992 a été insérée une compétence pénale dans le cadre de la politique JAI (Justice et Affaires Intérieures) au sein du troisième pilier, sans pour autant affecter les compétences du droit communautaire (premier pilier). En matière de blanchiment de capitaux, une harmonisation très timide a été imposée par une convention du troisième pilier dans le cadre de la lutte contre la fraude communautaire. Avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1998, ce troisième pilier a été renforcé. L'Union européenne a surtout renforcé les obligations en matière de confiscation. Jusqu'en 2007, la question se posait de savoir si une compétence juridique pénale existait dans le cadre du droit communautaire (premier pilier). En 2007, la Cour de justice³⁰ a confirmé cette compétence, de manière fonctionnelle, mais a décidé aussi que la nature et la sévérité des sanctions pénales devait être établie dans une décision-cadre du troisième pilier. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, aucune initiative législative n'a été prise pour imposer des obligations pénales en matière de blanchiment. Le Traité de Lisbonne a éliminé la structure des piliers. L'harmonisation du blanchiment de capitaux est prévue textuellement dans l'article 83(1), article qui s'occupe des euro-infractions au sein de l'espace

²⁹ Voy. chapitre 2.

³⁰ C.J.C.E., 23 octobre 2007, aff. C-440/05, *Commission c. Conseil*.

de liber
quatriè
en mati
de gel e
contien
directiv
obligati
il est ut
tences a
politiqu

Section
Comm
à la pro
du blar

Dans sa
dérants
financie
et la cor
la lutte c
le conte
Vienne
rités de :
nion qu
mesures
Dans la
capitaux
étend d
drogue,

Dans l'a
nation,
interdict

La direc
matière
dans l'ar
sanction

³¹ COM (...
³² http:// ...
³³ Consid ...
³⁴ Directi ...
cier au

de liberté, de sécurité et de justice. En 2012, la Commission a proposé une quatrième directive en matière de blanchiment, une proposition de règlement en matière de virement des fonds et une proposition de directive en matière de gel et de confiscation des avoirs de crime. Aucune de ces propositions ne contient d'obligations en matière pénale. Toutefois, une autre proposition de directive est prévue pour début 2014, qui aurait comme but d'imposer des obligations pénales en matière de blanchiment de capitaux. Pour notre analyse, il est utile de suivre la chronologie des traités, car ils déterminent les compétences au niveau européen et donc les marges d'appréciation en matière de politique criminelle.

Section 2

Communauté européenne et première directive relative à la protection de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (1991)

Dans sa première proposition de 1990³¹, la Commission évoque dans les considérants comme objectifs de protéger l'intégrité des institutions et marchés financiers, le marché intérieur et la libre circulation des capitaux et des services et la confiance du public. Ce n'est qu'en dernière instance qu'elle mentionne la lutte contre le trafic de drogue et la criminalité organisée. En ce qui concerne le contenu de la directive, elle se réfère pour le volet pénal à la Convention de Vienne et pour le volet préventif à l'autorégulation du Comité de Bâle (autorités de surveillance bancaire du groupe des Dix)³². La Commission émet l'opinion que le blanchiment de capitaux doit être combattu principalement par des mesures de droit pénal et dans le cadre d'une coopération internationale³³. Dans la proposition, la Commission s'aligne sur la définition du blanchiment de capitaux de la Convention de Vienne et de la Convention de Strasbourg et étend donc dans l'article 1^{er} les infractions principales au-delà du trafic de drogue, mais en les limitant à toute infraction grave.

Dans l'article 2 de la proposition, il y avait une obligation explicite d'incrimination, mais dans la directive adoptée³⁴, la définition se limite à une simple interdiction, sans obliger à une incrimination pénale.

La directive contient dans les articles 3-13 des obligations secondaires en matière de prévention. En ce qui concerne les sanctions, la directive se limite dans l'article 14 à l'effet utile, sans pour autant définir le type ou la hauteur des sanctions.

³¹ COM (90) 106 final.

³² <http://www.bis.org/publ/bcbasc137fr.pdf>.

³³ Considérants au début de la proposition.

³⁴ Directive 91/0308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la protection de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, JO n° L 166 du 28 juin 1991, p. 77.

Les États membres ont donc privé la proposition de directive de son contenu pénal. Il est étonnant que les considérants n'aient pas été changés en ce qui concerne les biens juridiques à protéger et le fait qu'il faut combattre le blanchiment prioritairement par le biais du pénal. Les États mêmes signent en parallèle une déclaration, en annexe à la directive, dans laquelle ils confirment que la définition du blanchiment est dérivée de la Convention de Vienne et de la Convention de Strasbourg et qu'ils s'engagent à prendre toute mesure nécessaire pour mettre en vigueur une législation pénale les mettant à même de remplir leurs obligations découlant desdits instruments. Cette déclaration a un statut juridique de droit international, pas de droit communautaire. En d'autres mots, les États membres se sont mis d'accord sur un engagement pénal équivalent à celui du droit international public. Le fait qu'ils refusent de s'engager directement par le biais du droit communautaire s'explique par le fait qu'ils ne veulent pas de la compétence de la Cour de justice et du Parlement européen en matière pénale et qu'ils essaient donc de préserver la souveraineté nationale à travers l'approche conventionnelle du droit international public.

Section 3

Blanchiment des capitaux au regard du Traité de Maastricht

A. La première obligation d'incrimination pénale au sein de l'Union (1995)

En 1995, les États membres acceptent une obligation d'incrimination de blanchiment de capitaux, mais limitée à la fraude à l'Union (fraude aux subventions, fraude à la TVA, fraude aux droits de douane, fraudes aux dépenses directes de l'Union)³⁵.

B. Action commune 98/699/JAI concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (1998)

L'action commune se base sur la Convention de Strasbourg de 1990, mais en limite les réserves et impose que les infractions graves principales de blanchiment comprennent en tout état de cause les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté, d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté.

En 1998, le Conseil adopte aussi une action commune 98/733/JAI relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, mais sans inclure implicitement des obligations en matière de blanchiment.

³⁵ [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41997A0719\(02\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41997A0719(02):FR:HTML)

Section 4 Blanchime

A. La deu du syst

En 2000, le
gulation pe
blanchimer
imposant é
acteurs nor
car elle me
Elle élargit
la criminal
secondaires
étend à cer
indépendar
coopératio
tive vise su
tations de
obligations

B. Décisi le dép et des

Avec cette
convertir l
gnante du
le considér
pénne et
vision poli
de sécurité

La décisio
comme dé
se sont en
sion-cadre
blanchime
pour les p

³⁶ Directive
tive 91/30
ment de c
³⁷ <http://ww>
³⁸ Voy. *supr.*

Section 4

Blanchiment de capitaux au regard du Traité d'Amsterdam

A. La deuxième directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (2001)³⁶

En 2000, le groupe Wolfsberg³⁷ avait développé de nouvelles règles d'autorégulation pour le secteur bancaire en se mettant d'accord sur des principes anti-blanchiment, mais il est clair que le législateur européen veut aller au-delà en imposant des règles publiques de prévention et en les appliquant aussi à des acteurs non financiers. La deuxième directive en est une parfaite illustration, car elle modifie pour l'essentiel la directive du 10 juin 1991 sur trois plans. Elle élargit le champ des infractions principales pour le blanchiment et inclut la criminalité organisée et la fraude à l'Union. Elle spécifie les obligations secondaires de prévention, dans la ligne des recommandations du GAFI et les étend à certaines activités et professions non financières (professions juridiques indépendantes et plus particulièrement aux avocats). Elle vise enfin à faciliter la coopération internationale contre le blanchiment. Comme la deuxième directive vise surtout à spécifier et détailler le volet préventif et contient des adaptations de la directive de 1991, la Commission s'abstient de proposer des obligations pénales dans sa proposition.

B. Décision-cadre concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (2001)

Avec cette décision-cadre, le Conseil des ministres ne veut pas seulement convertir l'action commune 98/699/JAI³⁸ dans une forme juridique contraignante du troisième pilier du Traité d'Amsterdam, mais aussi aller au-delà. Dans le considérant 4, elle se réfère clairement au Conseil européen de l'Union européenne et aux conclusions de Tampere, qui élaborent pour la première fois une vision politique cohérente pour la mise en œuvre du nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice, prévu dans les objectifs du Traité d'Amsterdam.

La décision-cadre reprend la limitation des réserves à la Convention de 1990, comme déjà prévu dans l'action commune. Cela signifie que les États membres se sont engagés à considérer tous les délits graves, tels que définis par la décision-cadre, comme des infractions principales aux fins de la criminalisation du blanchiment d'argent. Dans l'article 2, elle impose aussi des seuils minimaux pour les peines maximales.

³⁶ 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, JO n° L 344 du 28 décembre 2001.

³⁷ <http://www.wolfsberg-principles.com/pdf/correspondent.french.pdf>.

³⁸ Voy. *supra*, section 3.

recommandations du GAFI, mais surtout vu que l'Union a approuvé en 2002 une décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, qui, dans l'article 2(2), impose l'obligation d'incriminer le financement intentionnel du terrorisme.

Le Conseil des ministres souligne dans les considérants de la directive adoptée, outre l'intégrité, la stabilité et la réputation du secteur financier, le fonctionnement du marché intérieur, de même que les règles de l'État de droit et de l'ordre public communautaire pour justifier la légitimité de la directive. Ceci ne veut pas dire que le Conseil des ministres suit le raisonnement de la Commission, car elle se limite aussi cette fois-ci dans l'article 1^{er} à une simple interdiction du blanchiment (et donc pas une incrimination pénale), mais y ajoute aussi le financement du terrorisme, sans cataloguer la nature juridique de l'interdiction. Les éléments constitutifs du blanchiment et du financement du terrorisme sont classiques.

La directive contient des obligations secondaires de prévention très détaillées qui suivent la nouvelle génération de recommandations du GAFI.

Quant aux sanctions, l'article 39(1) impose une obligation légale classique, mais ceci autant pour les interdictions de blanchiment du financement du terrorisme que pour la sauvegarde des obligations secondaires de prévention.

Enfin, l'article 39(3-4) prévoit des dispositions spécifiques pour la responsabilité des personnes morales – sans en définir la nature juridique –, y compris en cas de défaut de surveillance ou de contrôle.

E. Décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime

Cette décision-cadre harmonise les dispositions en matière de confiscation. En effet, la Commission indique dans les considérants que les instruments qui existent dans ce domaine n'ont pas suffisamment contribué à assurer une coopération transfrontière efficace en matière de confiscation, puisqu'un certain nombre d'États membres ne sont toujours pas en mesure de confisquer les produits de toutes les infractions passibles de peines privatives de liberté d'une durée supérieure à un an. La confiscation ordinaire, y compris la confiscation en valeur, doit être prévue pour toutes les infractions passibles d'une peine privative de liberté d'une durée maximale d'un an. En ce qui concerne les infractions fiscales, les États membres peuvent recourir à des procédures autres que des procédures pénales pour priver l'auteur des produits de l'infraction. La confiscation élargie, donc la possibilité de confisquer des avoirs excédant les produits directs d'une infraction, doit être prévue pour des infractions graves, lorsqu'elles sont commises dans le cadre d'une organisation criminelle et relèvent du champ d'application de certaines décisions-cadres ou directives, comme la directive relative au blanchiment, la décision-cadre visant à renforcer

par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, la décision-cadre relative à la lutte contre la traite des êtres humains, etc. ou lorsqu'elles sont qualifiées d'actes terroristes comme prévu dans la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme.

Section 5

Blanchiment de capitaux sous le Traité de Lisbonne (2009)

A. Introduction

Dans sa lettre au Parlement européen du 12 septembre 2012, le Président de la Commission, M. José Manuel Barroso, a prévu des actions spécifiques pour combattre le blanchiment de capitaux avec l'objectif :

- d'imposer des sanctions pénales effectives et proportionnées au sein de l'Union européenne ;
- de faciliter la coopération judiciaire et policière et des investigations transfrontalières.

Dans le résumé de l'analyse d'impact⁴², la Commission européenne indique trois sources de problèmes :

- les règles existantes ne concordent pas avec les normes internationales anti-blanchiment récemment révisées ;
- les règles existantes de l'UE sont interprétées différemment selon les États membres ;
- les règles actuelles de l'UE présentent des défaillances et des lacunes.

Effectivement, la Commission européenne a pris des initiatives législatives en la matière, en ce qui concerne tant la confiscation des avoirs que la mise à jour (alignement sur les recommandations du GAFI) de l'acquis législatif en matière de blanchiment de capitaux et les préparations pour une directive pénale en la matière.

B. Proposition de directive concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne⁴³ (2012)

Cette initiative est une exécution tant du Programme de Stockholm (troisième programme pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union)⁴⁴ que

⁴² http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/130205_summary-impact-assessment_fr.pdf.

⁴³ COM (2012) 85 final.

⁴⁴ « Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », document 17024/09 du Conseil, adopté par le Conseil européen des 10 et 11 décembre 2009.

de la st
en ma
2005/2
Elle pr
instru
permet
du crim
infract
dans la
été ha
actuel
une n
qu'un
recon
posses
d'autr
d'autr

C. Pr
atl

Cette
relanc
tive r
(2001
minis
tion p
Dans
perso
Les s
Pour
minis
anné
En c
respe
spéci
surv

• C
• C
• V
• V
• U

ANTHEMB

de la stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action⁴⁵. La proposition intègre, en matière de confiscation (une partie de) l'article 2 de la décision-cadre 2005/212/JAI et (une partie de) l'article 3 de la décision-cadre 2001/500/JAI. Elle prévoit que les États membres sont tenus de permettre la confiscation des instruments et produits du crime à la suite d'une condamnation définitive et de permettre la confiscation de biens dont la valeur équivaut à celle des produits du crime. La présente proposition prévoit aussi la confiscation élargie pour les infractions énumérées à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, telles que définies dans la législation existante de l'UE, donc les euro-délits pour autant qu'ils ont été harmonisés par le législateur européen. Elle simplifie également le régime actuel des règles facultatives en matière de confiscation élargie en prévoyant une norme minimale unique. La confiscation élargie peut avoir lieu lorsqu'un tribunal constate, sur la base d'éléments factuels précis, qu'une personne reconnue coupable d'une infraction prévue par la présente directive est en possession d'avoirs dont il est nettement plus probable qu'ils proviennent d'autres activités criminelles de nature ou de gravité similaires plutôt que d'autres activités.

C. Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal⁴⁶

Cette initiative a comme but de «lisbonniser» le Protocole de 1995⁴⁷ et de relancer, mais sous une forme et un contenu actualisés, la proposition de directive relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté (2001)⁴⁸. Elle formerait aussi le champ matériel de compétence d'un futur ministère public européen⁴⁹. L'article 4(2) prévoit l'obligation de l'incrimination pénale de blanchiment de capitaux.

Dans l'article 7(1)8 sont imposés la nature et la sévérité des peines pour des personnes physiques.

Les seuils applicables aux peines d'emprisonnement sont définis dans l'article 8. Pour le blanchiment de capitaux sont prévues des peines allant d'une peine minimale de six mois d'emprisonnement jusqu'à une peine maximale de cinq années d'emprisonnement.

En ce qui concerne les personnes morales, la directive se limite à une forme de responsabilité, pas nécessairement pénale, et impose dans l'article 9 les sanctions spécifiques, comme des mesures d'exclusion des bénéfices ou le placement sous surveillance judiciaire.

⁴⁵ COM (2010) 673 final du 22 novembre 2010.

⁴⁶ COM (2012) 363 final.

⁴⁷ Voy. *supra*, section 3, A.

⁴⁸ Voy. *supra*, section 4, C.

⁴⁹ Une proposition de règlement est prévue pour l'été 2013.

D. Proposition de quatrième directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (2013)⁵⁰

La nouvelle proposition de directive se limite à des interdictions et à des sanctions administratives et n'entre pas dans le champ pénal. La directive est d'ailleurs basée sur l'article 114 du TFUE (marché intérieur) et pas sur l'article 83(1) du TFUE. L'article 1^{er} contient donc une interdiction classique des trois phases de blanchiment des capitaux. L'interdiction est limitée à des comportements intentionnels, mais la connaissance, l'intention ou la motivation requises pour qualifier les actes peuvent être établies sur la base de circonstances de fait objectives.

La directive ne s'occupe pas des sanctions à imposer.

Elle contient des obligations secondaires de prévention très détaillées, qui s'alignent sur les nouvelles recommandations du GAFI : obligations de vigilance à l'égard de la clientèle (chapitre II) ; informations sur les bénéficiaires effectifs (chapitre III) ; obligations de déclaration (chapitre IV) et de conservation des documents et pièces et données statistiques (chapitre V). La section 4 du chapitre VI sur les politiques, les procédures et la surveillance contient, dans les articles 55 et 56, un régime très détaillé de sanctions administratives pour sauvegarder les obligations secondaires de prévention.

Cette harmonisation est en effet une application concrète des recommandations du GAFI, notamment la recommandation 36 qui impose des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pénales, civiles ou administratives, applicables aux personnes physiques et morales et à leurs dirigeants pour sauvegarder des obligations secondaires de prévention. Il est compréhensible que le législateur communautaire harmonise ces obligations au sein du marché intérieur et des marchés financiers intégrés. Cette harmonisation porte tant sur la forme, en imposant des sanctions administratives, que sur le contenu.

E. Future proposition de directive relative à la lutte contre le blanchiment au moyen du droit pénal

Nous avons vu précédemment que les nouvelles propositions de la Commission n'imposent pas d'obligations pénales quant au délit de blanchiment de capitaux et aux délits de financement du terrorisme et de financement de la prolifération des armes de destruction massive (incriminations primaires), ni en ce qui concerne la sauvegarde des obligations secondaires de prévention.

Les nouvelles propositions de la Commission ne s'alignent donc pas sur les obligations imposées aux États membres par le GAFI, qui consistent dans des obligations d'incriminer le blanchiment de capitaux (recommandation B.3) et

⁵⁰ COM (2013) 45 final.

d'incriminer...
des armes de c...
oublier que l...
logique que l...
les recomman...
tionnées, mais

Pour l'instant,
une évaluation
sion va soume

À la lecture de
quelle mesure
tifs de l'incrim...
monisation des
termes ne parl...
obligations seco...
des peines.

Conclusion

Le blanchimen

Le fondement et
car l'incriminatio...
infractions princi...
chiment de capit...
de capitaux cons...
toujours légales -
cipales en biens\...
dissimulation et/
donc à punir la c...
l'infraction princi

Ceci a des conséq...
ment et à l'object...
cipales condition...
filet du trafic de c...
déjà ce « fonction...
blanchiment de ca...
privant des produi...
intéressant de poir...
du blanchiment es

⁵¹ Ref. Ares (2013) 24196

d'incriminer le financement du terrorisme et le financement de la prolifération des armes de destruction massive (recommandation C.5). Il ne faut pas non plus oublier que la Commission européenne est membre du GAFI. Il serait donc logique que la Commission européenne oblige les États membres à appliquer les recommandations, qui incluent donc les obligations d'incrimination mentionnées, mais pas l'harmonisation de la nature et de la sévérité des peines.

Pour l'instant, la Commission a seulement publié les termes de référence pour une évaluation d'impact⁵¹. Ce document indique clairement que la Commission va soumettre une nouvelle proposition.

À la lecture des termes, il est clair que l'évaluation d'impact doit étudier dans quelle mesure la nouvelle directive devrait s'occuper des éléments constitutifs de l'incrimination de blanchiment, tant matériels que moraux, de l'harmonisation des peines, ainsi que de la nature et de la sévérité des peines. Les termes ne parlent pas d'harmonisation pénale en matière de sauvegarde des obligations secondaires, ni sur le plan des éléments constitutifs, ni sur le plan des peines.

Conclusion

Le blanchiment de capitaux comme construit social et juridique

Le fondement et l'objectif de l'incrimination du blanchiment sont assez uniques, car l'incrimination est complètement greffée sur des infractions principales. Les infractions principales fournissent les critères qui permettent de qualifier le blanchiment de capitaux comme incrimination autonome. En plus, le blanchiment de capitaux consiste à incriminer des opérations financières – en soi presque toujours légales – qui visent à convertir des avoirs/produits des infractions principales en biens\capitaux\actifs courants à travers toutes sortes d'opérations de dissimulation et/ou de déguisement. La criminalisation du blanchiment vise donc à punir la conversion de capitaux, mais surtout à frapper les auteurs de l'infraction principale en les privant de leurs avoirs et actifs.

Ceci a des conséquences quant au construit juridique même et quant au fondement et à l'objectif des peines. En premier lieu, le cercle des infractions principales conditionne la portée du blanchiment de capitaux. L'élargissement du filet du trafic de drogue vers, soit une liste d'infractions, soit un seuil indique déjà ce « fonction creep » du blanchiment. En réprimant les auteurs pour le blanchiment de capitaux, y compris les auteurs des délits principaux, et en les privant des produits de leurs activités illicites, on veut obtenir qu'il ne soit plus intéressant de point de vue économique de commettre des délits. La punition du blanchiment est donc un instrument de prévention générale et spéciale lié

⁵¹ Ref. Ares (2013) 241983 – 25 février 2013.

surveillance des capitaux⁵². Ce mouvement fait évidemment partie de la fiscalisation du droit pénal⁵³, mais sans pour autant perdre sa capacité punitive. Il s'agit donc plutôt d'une justice pénale punitive sans juges.

Le fait que les butins/actifs soient au centre de la punition est important car cela conditionne une réforme importante de la procédure pénale. Autant la construction de la preuve du blanchiment/financement du terrorisme que le gel-saisie-confiscation des actifs exigent une instruction judiciaire financière. Les biens saisis sont à la fois une preuve et une garantie pour exécuter la confiscation. Dans cette logique, plusieurs États et plus tard aussi la Convention de Palerme ont élaboré un cadre juridique autonome pour les investigations judiciaires financières et ont élaboré des règles procédurales spécifiques : butin soupçonné coupable, inversion du fardeau de la preuve, etc.

En ce qui concerne les infractions secondaires de blanchiment, nous avons découvert une tout autre approche. En effet, ces infractions ont un autre objectif et un autre fondement : faire en sorte que les acteurs principaux de surveillance et de contrôle appliquent leurs obligations en matière de prévention contre le blanchiment. Dans les instruments analysés, les obligations de prévention sont de plus en plus détaillées, mais rares sont les instruments qui obligent à une incrimination du non-respect de ces obligations et/ou prescrivent des sanctions pénales.

Le blanchiment de capitaux comme construit juridique supranational

Le blanchiment de capitaux a été, sauf à quelques exceptions près, imposé par le biais du droit international public. La Convention de Vienne qui a été le précurseur de ce processus s'est largement inspirée de la législation des États-Unis en la matière. Il y a plusieurs aspects qui méritent l'attention. En premier lieu, le contenu des conventions a contribué de manière considérable à étendre le filet du blanchiment et de la peine de confiscation, ceci par l'extension des infractions principales, en descendant le seuil des peines qualifiant les infractions principales et en augmentant le gel-saisie-confiscation. En deuxième lieu, il y a une grande interaction entre les conventions de l'ONU et celles du Conseil de l'Europe. On ne peut pas parler d'un agenda ou d'objectifs propres en Europe. Enfin, le contenu des conventions a été de plus en plus influencé par les recommandations du GAFI et les résultats de leur travail de suivi et d'évaluation.

Il y a aussi une observation importante à faire en ce qui concerne la forme du droit public international. À côté des conventions se sont développées des

⁵² M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Éditions du Seuil, 2010 et D. SALAS, *La justice dévoyée, Critique des utopies sécuritaires*, Paris, Éditions des Arènes, 2012.

⁵³ M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

formes de régulation supranationale qui ne sont plus soumises à la volonté du législateur national (ratification), mais qui s'imposent par la volonté de l'exécutif de la communauté internationale. Ceci est vrai pour les résolutions du Conseil de sécurité. Ses résolutions après le 11 septembre 2001 touchent directement le droit pénal en ce qui concerne tant les incriminations que la responsabilité pénale et les sanctions pénales. L'exemple type de *regulatory agency* dans le domaine du blanchiment de capitaux est évidemment le GAFI. Celui-ci impose des règles, organise la surveillance d'application et dicte les mesures à prendre afin de s'aligner sur les règles. Formellement, son travail s'adresse aux États, mais vu la régulation détaillée, beaucoup d'acteurs sont concernés.

L'Union européenne et le blanchiment de capitaux

L'Union européenne s'est occupée de la matière dès le début, mais au moins initialement avec d'autres objectifs et fondements à l'esprit. En effet, la première directive anti-blanchiment de 1991 partait d'une logique du marché intérieur et de la libre circulation des capitaux et des services. Leur étaient liées l'intégrité des institutions et marchés financiers et la confiance du public dans le secteur. La lutte contre la criminalité organisée et contre le terrorisme n'était pas à l'avant-plan, mais s'est imposée peu à peu sous l'influence de l'agenda international. Néanmoins, le volet préventif a été beaucoup plus harmonisé par le droit de l'Union que le volet répressif. L'exception à cette constatation est l'harmonisation relative à la peine de confiscation (y compris le gel et la saisie) et les règles en matière de coopération judiciaire pour effectuer les confiscations au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. L'Union est allée plus loin en ce qui concerne les obligations secondaires de prévention. Elles sont très détaillées dans le droit de l'Union et leur mise en œuvre est soumise à un régime punitif de droit administratif.

Pour comprendre ces constats, il faut procéder à une double lecture : l'une sur la compétence de l'Union en la matière et l'autre sur la politique criminelle (ou politique en matière de droit répressif) de l'Union. En ce qui concerne la compétence, l'Union a dû attendre jusqu'en 1997 pour se voir confirmer par la Cour de justice une compétence fonctionnelle d'harmonisation en matière pénale liée aux politiques communautaires d'intégration. Le lien entre infractions pénales et blanchiment n'était donc pas évident en ces matières. Mais même en des matières criminelles comme le trafic de drogue, la criminalité organisée ou le terrorisme, l'approche a consisté à s'aligner sur le droit international public. Il y a donc aussi un volet de politique criminelle ou plutôt de manque de politique criminelle. Concernant la politique pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice (Tampere, La Haye, Stockholm), la lutte contre la criminalité organisée, le terrorisme et toutes les formes de criminalité grave a occupé une place primordiale, mais ceci n'a pas abouti à une vision ou à une stratégie en ce qui concerne le blanchiment de capitaux. Avec l'entrée en

vigueur du Tr
ment pas toujo
ment de capi
faudra voir si
positif législati
sation des autr
pénale des ma
les proposition
relative à la pr
façon⁵⁴ ou la
tions d'initie
d'incriminatio
fraudes comm

Le blanchim d'un réseau

Tant la genè
relatif à leur
réglementati
l'État vers un
sur un réseaut
tale des repr
complexe av
l'Union eur
dans le GAF
et un pouvo
Par ce glisse
fois une érc
métamorph
internationa
mise en œu

⁵⁴ COM (201
⁵⁵ COM (201
⁵⁶ J. COMMAI
connaissar
L.G.D.J. 15
lectique de

vigueur du Traité de Lisbonne, on dispose des bases juridiques – malheureusement pas toujours claires – pour éviter un manque de compétence. Le blanchiment de capitaux est expressément prévu dans l'article 83(1) du TFUE. Il faudra voir si cette fois-ci l'Union aura la volonté politique d'élaborer un dispositif législatif de nature pénale en la matière, qui se greffe tant sur l'harmonisation des autres euro-crimes de l'article 83(1) du TFUE que sur l'harmonisation pénale des matières harmonisées selon l'article 83(2) du TFUE. Pour l'instant, les propositions d'harmonisation pénale, comme la proposition de directive relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon⁵⁴ ou la proposition relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché⁵⁵ ne contiennent pas d'obligation d'incrimination pénale de blanchiment. Par contre, l'acquis en matière de fraudes communautaires le contient depuis 1995.

Le blanchiment de capitaux comme exemple de régulation au sein d'un réseau

Tant la genèse des incriminations que leur reproduction normative et le suivi relatif à leur mise en œuvre sont un excellent exemple du glissement de la réglementation législative et/ou gouvernementale, liée au pouvoir régalién de l'État vers une régulation au sein de nouvelles formes de gouvernance, basées sur un réseau. Dans ce cas-ci, le réseau n'est pas une simple structure horizontale des représentations nationales tenant du pouvoir régulateur, mais un réseau complexe avec des inter-connexités entre l'ONU, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Le vrai « centre de fusionnement » du réseau se concentre dans le GAFI qui exerce à la fois un pouvoir régulateur, un pouvoir de contrôle et un pouvoir de sanction (par le *listing* et le processus de *naming and shaming*). Par ce glissement du gouvernement à la gouvernance⁵⁶, nous constatons à la fois une érosion de la souveraineté classique de l'État-Nation, mais aussi une métamorphose de la souveraineté : souveraineté partagée avec des forums internationaux et soumission à des évaluations mutuelles en ce qui concerne la mise en œuvre et donc l'application des objectifs internationaux.

⁵⁴ COM (2013) 42 final.

⁵⁵ COM (2012) 420 final.

⁵⁶ J. COMMAILLE et B. JOBERT, « Introduction. La régulation politique : l'émergence d'un nouveau régime de connaissance », in J. COMMAILLE et B. JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la réglementation politique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 11 et s. ; Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.