

# FONDEMENTS ET OBJECTIFS DES INCRIMINATIONS ET DES PEINES EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET EN DROIT PÉNAL EUROPÉEN EN MATIÈRE DE BLANCHIMENT

*Fundamentals and objectives of incriminations and penalties in International Criminal Law and in European Criminal Law in matter of money laundering*

**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

**Résumé:** Cet article aborde le blanchiment des capitaux 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. Le blanchiment des capitaux a été, sauf quelques exceptions, imposé par le biais du droit international public. Cette double lecture devrait nous donner des réponses quant aux fondements et objectifs des incriminations de blanchiment de capitaux et des peines, leurs évolutions et leur variation selon le contexte institutionnel et/ou l'inter-connexité institutionnelle. Le fondement et l'objectif de l'incrimination du blanchiment sont assez uniques, car l'incrimination est complètement greffée sur des infractions principales. 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 « *function creep* » du blanchiment. Par le focus sur la fonction préventive du blanchiment la justice pénale se convertit aussi en justice pénale sécuritaire ou obtient des fonctions de sécurité anticipée (limiter les risques) à travers la surveillance des capitaux<sup>1</sup>.

**Mots-clés:** blanchiment des capitaux, incrimination du blanchiment, objectifs des incriminations, droit Pénal International, droit Pénal Européen

**Abstract:** This article discusses money laundering by a double reading of the historical evolution. The first reading is that of public international law, be it on a global scale or

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris Editions du Seuil, 2010 et D. SALAS, *La Justice dévoyée, Critique des utopies sécuritaires*, Paris, Editions des arènes, 2012.

on a European regional scale (Council of Europe). The second reading is that of integration law in the context of the European Communities and the European Union. Money laundering has been, with few exceptions, imposed through international law. This double reading should give us answers as to the rationale and objectives of money laundering offenses and sentences, their evolution and their variation depending on the institutional context and / or inter-institutional connectivity. The foundation and purpose of the criminalization of money laundering are quite unique, because the offence is completely grafted onto the predicate offenses. The circle of predicate offenses determines the scope of money laundering. The expansion of drug trafficking to a list of offenses or a threshold criterion already indicates this function creep or net widening of money laundering. By the focus on the preventive function of money laundering criminal justice converts in anticipative security (limit risk) through the monitoring of capital.

**Keywords:** money laundering, criminalization of money laundering, objectives of incriminations, International Criminal Law, European Criminal Law

## 1. 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 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 pénale<sup>2</sup>). 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 bancaire<sup>3</sup>, plus tard encadré par du droit public (co-régulation), et le volet juridique répressif date des années 1980, avec la législation de l'Italie<sup>4</sup> et des Etats-Unis comme précurseurs<sup>5</sup>. L'incrimination de blanchiment des capitaux est donc un phénomène juridique

<sup>2</sup> 18 USC & 371 (1988).

<sup>3</sup> Voir Bank Secrecy Act (1970) aux Etats-Unis et recommandations I du comité de Bâle (autorités de surveillance bancaire), «[http://www.bis.org/list/bcbs/lang\\_fr/tid\\_21/index.htm](http://www.bis.org/list/bcbs/lang_fr/tid_21/index.htm)»

<sup>4</sup> 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 648 bis a été modifié en 1990 et 1993 afin d'étendre son champ d'application.

<sup>5</sup> Money Laundering Control Act (1986) aux Etats-Unis.

récent. Auparavant, l'incrimination de recel servait comme instrument pour incriminer une partie des actes de 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 des 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 Etats-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 des capitaux comme incrimination dans le droit international public n'est pas non plus un exemple type du processus classique. Dans le processus classique, des Etats 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 Etats-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 des 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'Etat 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 des capitaux comme incrimination et la confiscation élargie comme sanction autonome<sup>6</sup>. Le butin s'est converti en coupable (*guilty property*) et tant la confiscation que l'incrimination du blanchiment des capitaux sont des outils, dans l'approche paradigmatique, pour stopper la criminalité organisée. En réprimant les auteurs pour le blanchiment des 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 délits<sup>7</sup>:

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

<sup>6</sup> J.A.E. VERVAELE, "La saisie et la confiscation à la suite d'atteintes punissables aux Etats-Unis", *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1998, vol. 78, p.974-1003.

<sup>7</sup> U. CASSANI, "Combattre le crime en confisquant les profits; nouvelles perspectives d'une justice transnationale", in S. BAUHOFER, N. QUELOZ et E. WYSS, *Criminalité économique*, Zürich, Ruegger, 1999 ; W. C. GILMORE (ed.), *International efforts to combat money laundering*, Cambridge, 1992.

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. A 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 des 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 du blanchiment et 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'incrimination pénale des commissions et/ou omissions qui dérivent des obligations imposées par les obligations de prévention. Les auteurs de blanchiment des 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's, 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 des capitaux comme incrimination primaire, il s'agit surtout des peines privatives de liberté, mais aussi des amendes et de la confiscation. Pour le blanchiment des capitaux comme incrimination secondaire, il y a d'autres peines qui

entrent en jeux, 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, leurs évolutions et leur variation selon le contexte institutionnel et/ou l'inter-connexité institutionnelle.

## 2 Evolution historique des incriminations en matière de blanchiment des capitaux dans le droit international public<sup>8</sup>

Comme indiqué auparavant, les incriminations de blanchiment des capitaux naissent dans le paradigme '*war on drugs*', fortement soutenu par les Etats-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 1961<sup>9</sup> et de 1971<sup>10</sup>.

### 2.1 Convention de Vienne (1988)<sup>11</sup>

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 Etats-Unis dans ce domaine<sup>12</sup>. Dans son article 3(1) elle oblige les Etats-parties à incriminer le blanchiment des capitaux d'origine 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 visées dans la Convention comme : (1) la conversion ou le transferts des biens illégaux; (2) la dissimulation

<sup>8</sup> W. GILMORE, *Dirty Money: the Evolution of Money Laundering Counter-Measures*, Strasbourg, Presse du Conseil de l'Europe, 1995; et R. PARLOUR (ed.), *Butterworths Guide to Money Laundering Law and Practice*, Londres, Butterworths, 1995.

<sup>9</sup> Convention unique sur les stupéfiants.

<sup>10</sup> Convention sur les psychotropes.

<sup>11</sup> La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988

<sup>12</sup> *Idem*, par. 3.41.

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, 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 des stupéfiants, dans le but d'en dissimuler ou déguiser l'origine illicite (art. 3.1.b.i)
- b. dissimuler ou déguiser la nature, d'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 bien en ayant connaissance de leur origine illicite (art. 3.1.c.i.)
- b. incitation ou amener publiquement à commettre le blanchiment (art.3.1.c.iii)
- c. participation (assistance, aide, conseils) a 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 est clairement limité 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 Etats, 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 Etats d'incriminer l'auto-blanchiment, mais 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 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 est possible. 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.

## 2.2 Convention de Strasbourg (1990)<sup>13</sup>

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 47 Etats européens et l'Australie. En effet, la Convention est ouverte à des Etats non membres du Conseil de l'Europe. Les Etats-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 crime<sup>14</sup>. En ce qui concerne notre analyse, la convention a étendu les infractions principales de blanchiment aux profits de toute infraction principale (article 1(e))<sup>15</sup>, mais les Etats peuvent émettre des réserves. L'article 6 de la Convention contient une obligation d'incrimination de blanchiment.

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'art. 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'il est payé 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

<sup>13</sup> <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/141.htm>.

<sup>14</sup> G. STESENS, *Money laundering: a new international law enforcement model*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

<sup>15</sup> «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.

facilite une activité criminelle<sup>16</sup>. 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 bien<sup>17</sup>. La confiscation est obligatoire (article 2 et article 13) et fait partie du mécanisme de coopération élaboré dans les articles 13 et suivants, mais des Etats peuvent formuler des déclarations par lesquelles on la limite aux infractions ou catégories d'infractions précisées dans la déclaration (article 2(2)).

### 2.3 Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI-FATF) – G7 (1989) et ses 40 recommandations (1991)<sup>18</sup>

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 16 initialement à 28. En 2000, le GAFI comptait déjà 31 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 drogues<sup>19</sup>. En avril 1990, moins d'un an après sa 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 Basel 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's, etc.), la notification des transactions suspectes à ces CFR's, 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

<sup>16</sup> Rapport explicatif, «<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/141.htm>»

<sup>17</sup> Art 1 (d).

<sup>18</sup> «<http://www.fatf-gafi.org/fr/>»

<sup>19</sup> 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, p.347-352 ; J.A.E.VERVAELE, „Economic crimes and money laundering : a new paradigm for the criminal justice system?“, in B. UNGER, *Research Handbook on Money Laundering*, published by Edward Elgar Cheltenham, UK, 2013,. (sous presse).



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 cause<sup>20</sup>.

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.

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*) elle 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 pairs<sup>21</sup> qui surveillant dans les Etats la mise en 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 et 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. A titre d'illustration, en 2005 le GAFI a publié son 3<sup>e</sup> rapport d'évaluation mutuelle sur la Belgique. En 2007, 2009 et 2001 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 Etats 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.

GAFI est donc devenu un acteur principal de législation en la matière, mais aussi un acteur de surveillance de la pratique des Etats. Le *blacklisting* des Etats est parfois plus grave qu'une sanction financière directe. Le fait que GAFI est 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

<sup>20</sup> Voir 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).

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

institutions internationales formelles définit des obligations pénales pour les Etats. Juridiquement, ce ne sont que des recommandations, mais par le biais des évaluations et suivies 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 GAFI s'est greffé sur les obligations existantes, tant d'autorégulation que conventionnelles et les a élaborées comme un cadre intégré dans les recommandations. Les recommandations sont très détaillées, sauf en matière de peines.

## **2.4 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, 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 2001<sup>22</sup>, d'où l'importance de cette convention.

## **2.5 Convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée (2000) - ONU<sup>23</sup>**

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.

---

<sup>22</sup> Voir points 2.6. et suivants.

<sup>23</sup> «<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-f.pdf>»

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 l'article 12 à des sanctions de confiscation pour blanchiment:

## 2.6 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 Etats 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 1373<sup>24</sup>, un comité de monitoring (Comité contre le Terrorisme- CCT) afin d'évaluer la mise en œuvre au sein des Etats, tant au niveau législatif qu'au niveau de la pratique. Le système de monitoring fut copié sur celui du GAFI en matière de blanchiment.

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 Etats à mettre en œuvre des «*smart sanctions*» contre ces organisations et ces personnes<sup>25</sup>. Ces sanctions sont en effets 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 a 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 juridiques<sup>26</sup>.

## 2.7 L'extension du pouvoir régulateur de l'exécutif: GAFI renforcé

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

<sup>24</sup> UN Doc. S/RES/1373, 28 Septembre 2001.

<sup>25</sup> Par exemple: Résolution 1333 du 19 Décembre 2002.

<sup>26</sup> 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), p. 797-807.

contre le financement du terrorisme à ceux de la lutte contre le blanchiment de capitaux. Ceci aboutit à 8 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 180 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 40 recommandations, ainsi que les 8 recommandations spéciales ont été mises à jour et consolidées dans un nouveau texte de 40 recommandations. En 2012, le mandat du GAFI, qui compte déjà 36 membres<sup>27</sup>, 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 étendu 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 d'incriminer le blanchiment, le financement du terrorisme et le financement de la prolifération. 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.

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

<sup>27</sup> Pour la liste des membres et des observateurs: <<http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/aproposdugafi/membresetobservateurs/>>

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 mutuelle<sup>28</sup> 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.

## 2.8 Convention de Varsovie (2005)<sup>29</sup> - 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 ait une origine 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

<sup>28</sup> «[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/evaluations/evaluation\\_reports\\_FR.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/evaluations/evaluation_reports_FR.asp)».

<sup>29</sup> 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.

produit d'une infraction, qu'il ait ou non réfléchi à la question. Les obligations de ce paragraphe sont donc facultatives.

Suite à des évaluations menées au sein du GAFI et en conformité avec les recommandations du GAFI, elle 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 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 Etats, 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 articles 12 et 13), mais n'impose pas de peines à cet égard. Elle s'aligne sur les recommandations GAFI et s'inspire largement des directives communautaires de l'Union européenne<sup>30</sup>.

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

#### **3.1 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 la blanchiment de capitaux, mais en vain. Les Etats-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 tous les matières. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht en 1992 a été insérée une compétence pénale dans la cadre de la politique JAI (Justice, Affaires Intérieures) au sein du 3<sup>e</sup> pilier, sans pour autant affecter les compétences du droit communautaire (premier pilier). En matière de blanchiment des capitaux, une harmonisation très timide a été imposée par une Convention du 3<sup>e</sup> pilier dans le cadre de la lutte contre la fraude communautaire. Avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1998, ce

---

<sup>30</sup> Voir point 3.

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 Justice<sup>31</sup> 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 des capitaux est prévue textuellement dans l'article 83(1), article qui s'occupe des euro-infractions au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En 2012, la Commission a proposé une 4<sup>e</sup> 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 blanchiments des 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.

### **3.2 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 1990<sup>32</sup>, 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 des drogues 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).<sup>33</sup> 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 internationale<sup>34</sup>. Dans la proposition, la Commission s'aligne sur la définition du blanchiment des capitaux de la Convention de Vienne et de la Convention de Strasbourg et étend donc dans l'article premier 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 adoptée<sup>35</sup> la définition se limite à une simple interdiction, sans obliger à une incrimination pénale.

<sup>31</sup> CJCE, affaire C-440/05, Commission c. Conseil, 23 octobre 2007.

<sup>32</sup> COM(90) 106 final.

<sup>33</sup> «<http://www.bis.org/publ/bcbssc137fr.pdf>».

<sup>34</sup> Considérants au début de la proposition.

<sup>35</sup> Directive du Conseil du 10 juin 1991 relative à la protection de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux. JO L 166/77, 28.06.1991.

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.

Les Etats 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 primordialement par le biais du pénal. Les Etats mêmes signent en parallèle une déclaration, en annexe à la directive, dans laquelle il 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 Etats 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.

### **3.3 Blanchiment des capitaux au regard du Traité de Maastricht**

#### **3.3.1 La première obligation d'incrimination pénale au sein de l'Union (1995)**

En 1995, les Etats membres acceptent une obligation d'incrimination de blanchiment des capitaux, mais limitée à la fraude à l'Union (fraude aux subventions, fraude à la TVA, fraude aux droits de douanes, fraudes aux dépenses directes de l'Union<sup>36</sup>

#### **3.3.2 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 Etats 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.

<sup>36</sup> [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)»



### 3.4 Blanchiment des capitaux au regard du Traité d'Amsterdam

#### 3.4.1 La deuxième directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (2001)<sup>37</sup>

En 2000, le groupe Wolfsberg<sup>38</sup> 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.

#### 3.4.2 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 de Ministre ne veut pas seulement convertir l'action commune de 98/699/JAI<sup>39</sup> dans une forme juridique contraignante du troisième pilier 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.

Les références croisées ne rendent pas la lecture facile, mais au fond elles obligent à des sanctions pénales pour la première et la deuxième phase du blanchiment et donc pas pour la troisième, car l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens étaient, dans la Convention,

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> «<http://www.wolfsberg-principles.com/pdf/correspondent.french.pdf>»

<sup>39</sup> Voir point 3.3 supra.

soumises à des réserves de principes constitutionnels et de concepts fondamentaux des régimes juridiques. En faisant cela, elle suit en effet l'approche intergouvernementale dans le cadre du troisième pilier de l'Union. Mais elle oblige quand même à des seuls minimaux pour les peines maximales quand il s'agit d'infractions graves, qui doivent comprendre 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 ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an.

### **3.4.3 Proposition de directive relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté (2001)<sup>40</sup>**

Dans cette directive, la Commission veut imposer des obligations pénales pour mieux protéger les intérêts financiers de la Communauté et donc communautariser le protocole de 1995<sup>41</sup>. La proposition contient dans son article 6 aussi une obligation d'incrimination de blanchiment de capitaux.

L'initiative de la Commission ne fut jamais approuvée par le Conseil des Ministres.

### **3.4.4 Troisième directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux, y compris le financement du terrorisme (2005)**

La troisième directive est, contrairement à la deuxième, une directive entièrement nouvelle. Dans la proposition de directive de 2004<sup>42</sup>, la Commission propose de nouveau d'ériger le blanchiment de capitaux en infraction pénale. Elle souligne dans le considérant 10 que la simple interdiction du blanchiment de capitaux n'est pas suffisante pour garantir une prévention efficace de ce phénomène, y compris le financement du terrorisme et qu'il est nécessaire de prévoir des sanctions pénales. En conséquence, la législation communautaire devrait classer le blanchiment de capitaux dans la catégorie des infractions pénales. Dans le considérant 8, la Commission souligne que le fait d'exploiter le système financier pour y faire transiter des fonds d'origine criminelle ou même de l'argent propre à des fins terroristes menace, en effet, clairement son intégrité, son bon fonctionnement, sa réputation et sa stabilité. Néanmoins, elle n'inclut pas le financement du terrorisme dans les obligations pénales. Ceci est surprenant vu la Convention et les résolutions de l'ONU en la matière, les 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.

<sup>40</sup> COM(2001)272 final, modifié par COM(2002) 577 final.

<sup>41</sup> Voir point 3.3.1. supra.

<sup>42</sup> COM/2004/0448 final <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004PC0448:FR:HTML>>.

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 premier 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.

### **3.4.5 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.

### 3.5 Blanchiment des capitaux sous le Traité de Lisbonne (2009)

#### 3.5.1 Introduction

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

- Imposer des sanctions pénales effectives et proportionnées au sein de l'Union Européenne;
- Faciliter la coopération judiciaire et policière et des investigations transfrontalières.

Dans le résumé de l'analyse d'impact<sup>43</sup>, 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 GAFI) de l'acquis législatif en matière de blanchiment des capitaux et les préparations pour une directive pénale en la matière.

#### 3.5.2 Proposition de directive concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne<sup>44</sup> (2012)

Cette initiative est une exécution tant du programme de Stockholm (3ème programme pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union)<sup>45</sup> que de la stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action<sup>46</sup>. 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

<sup>43</sup> «[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/financial-crime/130205\\_summary-impact-assessment\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/130205_summary-impact-assessment_fr.pdf)».

<sup>44</sup> COM(2012) 85 final.

<sup>45</sup> "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.

<sup>46</sup> COM (2010) 673 final du 22.11.2010.

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 harmonisé 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.

### **3.5.3 Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal<sup>47</sup>**

Cette initiative a comme but de «lisbonniser» le protocole de 1995<sup>48</sup> 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)<sup>49</sup>. Elle formerait aussi le champ matériel de compétence d'un futur Ministère public européen<sup>50</sup>. 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 des capitaux, il son 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.

### **3.5.4 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)<sup>51</sup>**

Lla 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 TFUE (marché intérieur) et pas sur l'article 83(1) TFUE. L'article premier contient donc une interdiction classique des trois phases de blanchiment des capitaux. L'interdiction est limitée à des comportement intentionnels, mais la connaissance, l'intention

<sup>47</sup> COM(2012) 363 final

<sup>48</sup> Voir point 3.3.1.

<sup>49</sup> Voir point 3.4.3

<sup>50</sup> Une proposition de règlement est prévue pour l'été 2013.

<sup>51</sup> COM(2013) 45 final.

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.

La directive 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 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.

### **3.5.5 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 au délit de financement du terrorisme et du financement de la prolifération (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 Etats membres par le GAFI, qui consistent dans des obligations d'incriminer le blanchiment de capitaux (recommandation B.3) et d'incriminer le financement du terrorisme et le financement de la prolifération (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 Etats 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'impact<sup>52</sup>. Elle indique clairement que la Commission va soumettre une nouvelle proposition.

A 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.

<sup>52</sup> Ref. Ares(2013)241983 - 25/02/2013.

## 4. Conclusions

### 4.1 Le blanchiment des 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 des capitaux comme incrimination autonome. En plus, le blanchiment des capitaux consiste à incriminer des opérations financières- en soi presque toujours légales – qui consistent 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 «*function creep*» du blanchiment. En réprimant les auteurs pour le blanchiment des 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 aux infractions principales. On pourrait dire que le blanchiment comme incrimination est instrumental à la protection pénale d'autres biens juridiques liés aux infractions principales.

En ce qui concerne les peines, la discussion est double. D'un côté, le législateur s'est, dans le cadre de la pénalisation du blanchiment des capitaux, beaucoup occupé des peines, mais presque exclusivement des peines des infractions principales et pas des peines du blanchiment même. La raison en est simple, car la fonction qualifiante des infractions principales se définissait peut-être encore au début par les éléments constitutifs de l'infraction (comme le trafic de drogues), mais a connu une évolution : les infractions principales se qualifient pour le blanchiment des capitaux par leurs peines. A partir d'un certain seuil de peine maximale et/ou minimale, le blanchiment des capitaux s'applique. Dans les recommandations 2012 du GAFI les Etats sont libres dans leur méthode (seuil, liste ou une combinaison), mais le blanchiment devrait être applicable au moins à partir d'un an d'emprisonnement pour les peines maximales et à partir de 6 mois pour les peines minimales. Ce seuil a donc évolué d'un seuil d'infractions pour lesquelles l'extradition s'applique (Convention de Vienne) vers un niveau bas qui englobe la plupart des infractions. D'un autre côté, pour autant que le législateur s'occupe des peines de blanchiment des capitaux il se concentre presque exclusivement sur la confiscation (et le gel-saisie pour assurer la confiscation) et pas sur la sévérité des amendes et des peines privatives de liberté. Le sujet par excellence à punir est donc le butin converti en coupable (*guilty property*). En anglais, la définition se simplifie à l'extrême: «*money laundering is the disguise of the nature or the origin of funds*». Dans quelques pays, la pénalisation du blanchiment des capitaux est aussi légitimée comme un instrument contribuant à l'indemnisation des victimes, car il utilise une partie des avoirs confisqués pour compenser les dommages subis par les victimes. Le butin du crime (avoirs/produits) se convertira plus tard dans la pénalisation tout court des actifs des

associations criminelles et des personnes qui y sont liés. L'incrimination du financement du terrorisme et l'application des recommandations du GAFI à cette matière en est un bon exemple. L'extension des recommandations du GAFI à des associations terroristes et à des terroristes listés par l'exécutif selon le système de «*blacklisting-smart sanctions*» étend le gel des actifs au-delà des notions de suspicion ou de responsabilité pénale et applique donc le régime à un concept de dangerosité défini par l'exécutif. Compte tenu de cette évolution, on peut se poser la question de savoir si l'extension au financement du terrorisme n'a pas créé un objectif et un bien juridique propres : l'intégrité et le contrôle social des flux financiers. La logique est que des acteurs privés spécialisés, comme la compagnie SWIFT (transactions interbancaires mondiales) se voient obligés de mettre à disposition leurs données financières à toutes sortes d'autorités (fiscales, douanières, policières, judiciaires, etc.).

On observe donc que la justice pénale se convertit en justice pénale sécuritaire ou obtient des fonctions de sécurité anticipée (limiter les risques) à travers la surveillance des capitaux<sup>53</sup>. Ce mouvement fait évidemment partie de la fiscalisation du droit pénal<sup>54</sup>, mais sans pour autant perdre sa capacité punitive. Il s'agit donc plutôt d'une justice pénale punitive sans juges.

Le fait que les butin/actifs soient au centre de la punition est important car il 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 Etats et plus tard aussi la Convention de Palerme ont élaboré un cadre judiciaire 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 toute autre approche. En effet, elles 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.

## 4.2 Le blanchiment des capitaux comme construit juridique supranational

Le blanchiment des capitaux a été, sauf quelques exceptions, imposé par le biais du droit international public. La Convention de Vienne qui a été le précurseur de ce processus s'est largement inspiré de la législation des Etats-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

<sup>53</sup> M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris Editions du Seuil, 2010 et D. SALAS, *La Justice dévoyée, Critique des utopies sécuritaires*, Paris, Editions des arènes, 2012.

<sup>54</sup> M. van de KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.



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 du Conseil de l'Europe. On ne peut pas parler d'un agenda ou des 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. A part les conventions, se sont développées des 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 des 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 Etats, mais vu la régulation détaillée, beaucoup d'acteurs sont concernés.

### 4.3 L'Union Européenne et le blanchiment des 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'étaient 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 drogues, 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 des capitaux. Avec l'entrée en vigueur du

Traité de Lisbonne, on dispose des bases juridiques – malheureusement pas toujours claires – pour éviter un manque de compétence. Le blanchiment des capitaux est expressément prévu dans l'article 83(1) TFUE. Il faut voir si cette fois-ci l'Union a 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) TFUE que sur l'harmonisation pénale des matières harmonisées selon l'article 83(2) TFEU. 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 contrefaçon<sup>55</sup> ou relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché<sup>56</sup> ne contiennent pas d'obligation d'incrimination pénale de blanchiment. Par contre, l'acquis en matière de fraudes communautaires le contient depuis 1995.

#### 4.4 Le blanchiment des 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'Etat 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 sanctions (par le *listing* et le processus de *naming and shaming*). Par ce glissement du gouvernement à la gouvernance<sup>57</sup>, nous constatons à la fois une érosion de la souveraineté classique de l'Etat-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.

---

<sup>55</sup> COM(2013) 42 final.

<sup>56</sup> COM(2012) 420 final.

<sup>57</sup> 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, LGDJ, 1998, p.11 et s.; F. 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.