

La directive (UE) 2018/1673 visant à lutter contre le blanchiment d'argent au moyen du droit pénal : analyse et impact anticipé en droit belge

Michaël Fernandez-Bertier⁽¹⁾ et Basil Saen⁽²⁾

Le 23 octobre 2018, l'Union européenne a adopté sa première directive visant à lutter contre le blanchiment d'argent au moyen du droit pénal. La directive (UE) 2018/1673⁽³⁾ est entrée en vigueur le 2 décembre 2018 et doit être transposée par les États membres de l'Union d'ici le 3 décembre 2020.

L'adoption de cet instrument vise à assurer une meilleure coopération transfrontalière et à accroître l'efficacité et la rapidité des poursuites des auteurs de blanchiment, une infraction usant par essence de mécanismes complexes et revêtant souvent une dimension transnationale. Le but de la présente contribution est de tracer brièvement les contours de la nouvelle directive et d'analyser l'impact qu'elle aura sur l'incrimination de blanchiment en droit belge.

I. Contextualisation

La lutte contre le blanchiment de capitaux est considérée comme l'un des enjeux majeurs en matière de politiques criminelles au niveau tant international, européen que national compte tenu de l'envergure de l'économie noire mondiale⁽⁴⁾. En effet, rien que pour l'année 2009, l'ONU estimait à 1,6 trillion de dollars le montant d'argent blanchi à l'échelle mondiale – soit 2,7% du PIB mondial⁽⁵⁾. Au niveau de l'Union européenne, le montant d'argent blanchi annuellement avoisinerait les 330 milliards d'euros selon des statistiques publiées en 2013⁽⁶⁾. En outre, Europol affirmait en 2016 qu'entre 2010 et 2014, seuls 1,1% des profits illicites (sujets donc au blanchiment) auraient été effectivement

(1) Avocat (Allen & Overy (Belgium) LLP) membre des barreaux de Bruxelles et New York ; chargé de conférences à la Solvay Brussels School of Economics and Management et coordinateur scientifique du Certificat interuniversitaire (UCLouvain, ULB, ULiège) en droit pénal des affaires.

(2) Avocat (Allen & Overy (Belgium) LLP) membre du barreau de Bruxelles.

(3) Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, *J.O.*, L 284, 12 novembre 2018, pp. 22-30 (la « directive »).

(4) Pour plus de développements sur ce point, voy. not. M. FERNANDEZ-BERTIER, « La lutte européenne contre le blanchiment de capitaux : de la naissance du phénomène au cadre légal supranational en vigueur », in J.-C. BERNIER, I. TCHOTOURIAN (dir), *Gouvernance d'entreprise, conformité et criminalité économique : approche globale et comparative*, Montréal, Yvon Blais, 2018, pp. 381-412 ; « Introduction à la lutte anti-blanchiment en Belgique : de la naissance du phénomène à l'influence du cadre légal supranational », in F. DESTERBECK (dir), *De witwasbestrijding vandaag / La lutte contre le blanchiment aujourd'hui*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 7-26.

(5) Plus largement, la criminalité (grave et organisée) aurait généré pas moins de 2,1 trillions de dollars américains la même année, soit 3,6% du produit intérieur brut mondial. Office des Nations unies contre la Drogue et le Crime, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, Research report, Vienne, octobre 2011 p. 7.

(6) Commission européenne, *Commission staff working document executive summary the impact assessment*. (...), 5 février 2013, SWD (2013), 022 final, p. 12.



confisqués au sein de l'Union⁽⁷⁾. Si la taille réelle de l'économie criminelle est par définition difficilement quantifiable compte tenu de sa nature souterraine et opaque, il n'en reste pas moins que de telles évaluations mettent en lumière le caractère critique du problème auquel nos économies font face. Il importe dès lors que des actions fortes soient menées afin de prévenir, détecter et réprimer la circulation des profits illicites et leur blanchiment, et ce notamment au sein de l'Union.

Rappelons qu'il existe deux approches pour lutter contre le blanchiment et, plus largement, contre les flux financiers illicites. La *prévention*, d'une part, implique pour les acteurs du secteur privé considérés à risque de mettre en œuvre des mécanismes visant à prévenir, détecter et interdire tout mouvement financier illicite. La *criminalisation* suppose d'ériger au rang d'infraction le blanchiment d'argent afin de poursuivre et sanctionner pénalement les auteurs de tels faits illicites.

Au cours des trente dernières années, l'Union européenne s'est principalement focalisée sur le volet préventif de la lutte par l'adoption de pas moins de cinq directives dites « anti-blanchiment »⁽⁸⁾, la plus récente (la 5^e directive anti-blanchiment) datant du 30 mai 2018⁽⁹⁾. Telles directives ont un impact crucial sur les normes et politiques réglementaires des États membres en ce qu'elles obligent les entités et professions assujetties à mettre en œuvre des politiques, procédures, systèmes et contrôles internes toujours plus accrus en vue de prévenir, détecter, et

déclarer les opérations et activités suspectées en lien avec le blanchiment (ou le financement du terrorisme). La 4^e directive anti-blanchiment⁽¹⁰⁾ a été transposée en droit belge par la (nouvelle) loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces⁽¹¹⁾. Celle-ci devra être amendée d'ici le 10 janvier 2020 dans le cadre de la transposition de la 5^e directive anti-blanchiment.

Outre la réglementation du secteur financier et économique, l'Union européenne est également compétente pour établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions pour certains types de criminalité (grave et/ou organisée – les « *eurocrimes* »), blanchiment inclus⁽¹²⁾. La directive (UE) 2018/1673 est, comme son nom l'indique, la première directive de l'Union visant à lutter contre le blanchiment d'argent par le biais du droit pénal. Son adoption est loin d'être anecdotique dès lors que le dernier instrument de l'Union européenne mettant l'accent sur le volet répressif de la lutte consiste en la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001⁽¹³⁾. 17 ans plus tard, le besoin de s'armer d'un nouvel instrument législatif européen répressif dérive du fait que la décision-cadre « n'est pas assez complète et la criminalisation actuelle du blanchiment de capitaux n'est pas suffisamment cohérente », qu'elle « entraîne des vides juridiques dans la coopération entre les autorités compétentes des différents États membres »⁽¹⁴⁾.

(7) Contre 2,2% pour les avoirs saisis ou gelés. Europol, *Does crime still pay? Criminal Asset Recovery in the EU. Survey of statistical information 2010-2014*, 2016, p. 4.

(8) Bien que traditionnellement dénommés « anti-blanchiment », ces instruments visent également la lutte contre le financement du terrorisme.

(9) Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (...), *J.O.*, L 156, 19 juin 2018, pp. 43-74 (« la 5^e directive anti-blanchiment »).

(10) Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (...), *J.O.*, L 141, 5 juin 2015, pp. 73-117 (« la 4^e directive anti-blanchiment »).

(11) *M.B.*, 6 octobre 2017. Voy. notamment à ce sujet D. VERWAERDE, « La nouvelle loi anti-blanchiment du 18 septembre 2017 : tour d'horizon des obligations imposées aux entités assujetties », *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, n° 3, pp. 229-282 et S. DELWAIDE, « La nouvelle loi anti-blanchiment : d'une approche fondée sur les règles vers une approche fondée sur les risques », *J.T.*, 2018, n° 33, pp. 745-756.

(12) Art. 83 de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.*, C 326, 26 octobre 2012, pp. 47-390.

(13) Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *J.O.*, L 182, 5 juillet 2001, p. 1. Avant cela, seule l'Action commune du 3 décembre 1998 fut adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *J.O.*, L 333, 9 décembre 1998, pp. 1-3.

(14) Cons. 4 de la directive.



Il est par ailleurs intéressant de noter que le projet d'adoption de la directive (UE) 2018/1673 est né dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et son financement : c'est le Plan d'Action de la Commission européenne du 2 février 2016 qui met un tel projet à l'agenda politique de l'Union⁽¹⁵⁾. La proposition de directive qui en découle est publiée le 21 décembre 2016 par la Commission, débattue au sein des hémicycles européens durant de nombreux mois, et finalement approuvée, en première lecture, par le Parlement et le Conseil européens le 12 septembre et 11 octobre 2018 respectivement⁽¹⁶⁾. Publiée dans le *Journal officiel* de l'Union européenne le 12 novembre 2018, la directive est entrée en vigueur le 2 décembre 2018. Les États membres ont jusqu'au 3 décembre 2020 pour la transposer en droit interne⁽¹⁷⁾.

En droit belge, le blanchiment d'argent est incriminé par l'article 505 (al. 1^{er}, 2^o à 4^o) du Code pénal. Cette disposition, qui a subi de nombreux amendements et continue de susciter les critiques de la doctrine et des praticiens, est donc amenée à évoluer dans le cadre de la transposition de la directive (UE) 2018/1673. C'est néanmoins sans compter sur le remplacement potentiel prochain du Code pénal en vigueur. En effet, rappelons que le ministre de la Justice a mis en place en 2015 une Commission chargée d'élaborer une proposition de réforme du Code pénal belge. Suite successivement à la démission des membres de la Commission⁽¹⁸⁾ puis à la chute du gouvernement belge, une proposition de loi contenant un nouveau Code pénal a été déposée au Parlement belge le 13 mars 2019⁽¹⁹⁾ (la « proposition de nou-

veau Code pénal »). L'incrimination de blanchiment y a été réécrite pour remplacer le texte actuel « particulièrement complexe et peu lisible »⁽²⁰⁾, tout en tentant de se conformer aux exigences de la directive. L'avenir de la proposition de nouveau Code pénal est cependant incertain et son adoption éventuelle n'est certainement pas attendue avant la prochaine législature⁽²¹⁾. Que cela soit par une modification de l'article 505 du présent Code ou par l'adoption d'un nouveau Code pénal, le législateur belge est en tout état de cause tenu de transposer la directive 2018/1673 d'ici la fin de l'année 2020.

II. Les règles imposées par la directive et leur impact en droit belge

La directive 2018/1673 (ci-après la « directive »), d'harmonisation minimale, établit les règles et standards minimaux auxquels les États membres doivent se conformer en ce qui concerne (A) la définition de l'infraction de blanchiment d'argent, (B) les sanctions pénales qui en découlent et (C) la nécessité d'une coopération transfrontalière plus efficace et plus rapide au sein de l'Union.

A. L'infraction de blanchiment

1. Les comportements infractionnels

Aux termes de la directive⁽²²⁾, trois comportements sont constitutifs de blanchiment d'argent

(15) Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative à un plan d'action destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme*, 2 février 2016, COM(2016), 50 final, pp. 11-13. Il est à noter qu'une première réflexion sur la possibilité d'harmoniser l'infraction de blanchiment au niveau européen fut publiée en 2012 mais presque aussi rapidement avortée : Commission européenne, *Roadmap 10/2012: Proposal to harmonise the criminal offence of money laundering in the EU*.

(16) Les Présidents du Parlement et du Conseil européens ont définitivement signé le texte de la directive le 23 octobre 2018.

(17) Art. 13 de la directive.

(18) J. Rozie et D. Vandermeersch ont présenté leur démission de la Commission fin de l'été 2018 suite à des modifications majeures apportées par le Gouvernement belge en juillet 2018 à la réforme proposée par les précités.

(19) Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal – Livre 1 et Livre 2, *Doc. parl., Ch., sess. 2018-2019, n° 54-3651/001* (la « proposition de nouveau Code pénal »). Cette proposition de loi diffère en de nombreux aspects de la proposition de réforme élaborée par la Commission prochainement publiée sous J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT *et al.*, *Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du Code pénal*, Bruxelles, la Charte, 2019.

(20) Proposition de nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 678.

(21) Le ministre de la Justice belge a précisé dans un communiqué de presse de 18 mars 2019 qu'« il n'est plus possible pour la Commission Justice de traiter dans son intégralité une réforme à ce point considérable et approfondie durant la période actuelle des affaires courantes. Le ministre de la Justice Koen Geens a marqué son accord sur le dépôt du nouveau Code pénal sous forme de proposition de loi, afin de faciliter le travail de réforme durant la législature suivante », www.koengeens.be.

(22) Art. 3(1) de la directive.



(et ce identiquement à la définition de l'infraction prévue notamment par la 4^e directive anti-blanchiment). Il s'agit respectivement de :

- la conversion ou le transfert de biens, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de ces biens ou d'aider toute personne impliquée dans une telle activité à échapper aux conséquences juridiques des actes qu'elle a commis ;
- le fait de dissimuler ou de déguiser la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété réels de biens ou des droits qui y sont liés, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ; et
- l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui s'y livre sait, au moment où il les réceptionne, qu'ils proviennent d'une activité criminelle.

De manière classique, la complicité, l'incitation et la tentative d'infraction doivent également être incriminées par les États membres⁽²³⁾.

L'article 505 du Code pénal en l'état est déjà conforme à la directive puisqu'incriminant les trois catégories d'opérations (et leur tentative) caractérisant le blanchiment d'argent : l'injection, l'empilage et l'intégration⁽²⁴⁾. Notons également que la proposition de nouveau Code pénal en modifie le prescrit afin de clarifier et de rendre plus lisible l'incrimination de blanchiment sans en élargir ou réduire le champ d'application⁽²⁵⁾.

2. L'élément intentionnel

En ce qui concerne l'élément moral requis par la directive, celle-ci exige des États membres

qu'ils érigent en infraction le blanchiment d'argent lorsque le comportement a été commis à tout le moins *intentionnellement* et en *sachant* que les biens provenaient d'une activité criminelle⁽²⁶⁾. La directive met également en exergue la possibilité pour les États membres de pénaliser l'auteur de l'infraction qui « soupçonnait ou aurait dû savoir que les biens provenaient d'une activité criminelle »⁽²⁷⁾, et même celui qui aurait commis l'infraction « par imprudence ou à la suite d'une négligence grave »⁽²⁸⁾.

L'élément moral requis en droit belge est déjà conforme aux exigences de la directive. En effet, l'infraction de blanchiment est une infraction intentionnelle qui doit être commise « sciemment et volontairement ». L'élément moral requis est soit le dol général, à savoir lorsque l'auteur connaît ou devait connaître l'origine illicite des fonds qu'il blanchit (2^o et 4^o), soit le dol spécial (3^o)⁽²⁹⁾. La proposition de nouveau Code pénal supprime pour sa part toute exigence de dol spécial pour ne retenir que le dol général. Elle reprend, à ce titre, les termes « alors qu'elle connaissait ou devait connaître l'origine de ces choses » pour tout comportement infractionnel⁽³⁰⁾ et ne transforme – à bon droit – pas l'incrimination de blanchiment en une pure infraction d'imprudence.

3. L'autoblanchiment

Les États membres doivent également ériger en infraction l'activité « d'autoblanchiment »⁽³¹⁾ lorsque le blanchiment ne se limite pas à la simple possession ou utilisation du bien blanchi. L'obligation d'incriminer l'autoblanchiment s'étend donc, en vertu de la directive, au transfert, à la conversion, à la dissimulation et au déguisement de biens d'origine illicite⁽³²⁾.

(23) Art. 4 de la directive.

(24) D. VANDERMEERSCH, « Les infractions de recel et de blanchiment à l'heure de la réforme du Code pénal », *Libertés, (l)égalité, humanité*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 1003.

(25) Proposition de nouveau Code pénal, *op. cit.*, pp. 678 et 1002 : « Le blanchiment consiste pour une personne à 1^o garder, gérer ou transférer des avantages patrimoniaux tirés d'une infraction, des biens ou valeurs qui leur ont été substitués ou les revenus de ces avantages investis ; 2^o acheter, recevoir en échange ou à titre gratuit, ou convertir une des choses visées au 1^o ; ou 3^o dissimuler ou déguiser la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété des choses visées au 1^o ; alors qu'elle connaissait ou devait connaître l'origine de ces choses ».

(26) Cons. 13 et art. 3(1) de la directive.

(27) Art. 3(2) de la directive.

(28) Cons. 13 de la directive.

(29) M.-L. CESONI et D. VANDERMEERSCH, « Le recel et le blanchiment », *Les infractions. Les infractions contre les biens*, H.-D. BOSLY et Ch. DE VALKENNEER (dir.), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 579-586.

(30) Proposition de nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 680.

(31) C'est-à-dire les cas dans lesquels la personne qui blanchit les avoirs provenant d'activités criminelles est également l'auteur de l'infraction sous-jacente de blanchiment.

(32) Cons. 2 et art. 3 de la directive.



Le même régime prévaut de *lege lata* en Belgique et n'appelle donc aucune modification dès lors que l'autoblanchiment est déjà répréhensible lorsque les faits visés sont punissables en vertu de l'article 505, alinéa 1^{er}, 3^o ou 4^o. Notons cependant que la proposition de nouveau Code pénal suggère l'élargissement de l'incrimination d'autoblanchiment à tout comportement infractionnel – de sorte à ce que l'auteur de l'infraction sous-jacente puisse également être poursuivi du chef de blanchiment quand il a possédé, gardé ou géré les fonds illicites⁽³³⁾.

4. Les circonstances aggravantes

Il est important de noter que la directive définit des circonstances aggravantes *obligatoires* pour les États membres, à savoir le fait de commettre le blanchiment d'argent dans le cadre d'une organisation criminelle⁽³⁴⁾ mais aussi et surtout le fait pour des entités ou professions assujetties⁽³⁵⁾ (dont font notamment partie les établissements de crédit et financiers, les experts-comptables, notaires, les avocats⁽³⁶⁾...) de commettre l'infraction de blanchiment dans l'exercice de leurs activités professionnelles⁽³⁷⁾. La directive suggère par ailleurs deux circonstances aggravantes *facultatives*, à savoir lorsque la valeur des biens blanchis est considérable et lorsque l'infraction sous-jacente de blanchiment fait partie de l'une des six catégories d'activités illicites identifiées par la directive⁽³⁸⁾.

Les circonstances aggravantes que la directive définit comme obligatoires doivent, à tout le moins, être intégrées en droit belge⁽³⁹⁾. C'est ce que prévoit la proposition de nouveau Code pénal : devient ainsi notamment⁽⁴⁰⁾ une circonstance aggravante de blanchiment le fait pour l'auteur de l'infraction d'être une entité (ou profession) assujettie ou d'avoir une relation contractuelle avec une entité assujettie⁽⁴¹⁾ lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice de ses activités professionnelles. Pour l'interprétation du terme « entité assujettie », la proposition de nouveau Code pénal se réfère à la définition du concept selon la 4^e directive anti-blanchiment (de sorte que les entités et professions assujetties étrangères qui seraient poursuivies en Belgique soient aussi sujettes à l'application de cette circonstance aggravante)⁽⁴²⁾. Compte tenu de l'absence de symétrie parfaite entre la définition d'assujetti prévue par la directive (d'harmonisation minimale) et celle prévue par la loi anti-blanchiment belge du 18 septembre 2017, il serait indiqué que le dispositif pénal se réfère aux deux textes légaux – européen et belge.

5. Les infractions sous-jacentes

Pour qu'il y ait infraction de blanchiment, il faut évidemment que les fonds en cause soient issus d'une activité illicite constitutive d'infraction « sous-jacente » (« de base » ou « primaire ») de blanchi-

(33) À savoir les comportements actuellement visés au 2^o de l'article 505, alinéa 1^{er}, du Code. Proposition de nouveau Code pénal, *op. cit.*, pp. 679-680 et 1002.

(34) L'article 1 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée (J.O., L 300, 11 novembre 2008, pp. 42-45) définit l'organisation criminelle comme « une association structurée, établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ».

(35) Au sens de l'article 2 de la 4^e directive anti-blanchiment.

(36) Hors de leur mission de représentation en justice ou de conseil lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à des transactions financières ou immobilières ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou l'exécution de transactions limitativement identifiées par l'article 5, 28^o, de la loi du 18 septembre 2017.

(37) Cons. 15 et art. 6 de la directive.

(38) À savoir la participation à un groupe criminel organisé et le racket d'extorsion, le terrorisme, la traite des êtres humains et le trafic illicite de migrants, l'exploitation sexuelle, le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes et la corruption.

(39) *Contra de lege lata*.

(40) La proposition de nouveau Code pénal prévoit deux autres circonstances aggravantes non prévues par la directive (correspondant aux actuels articles 505bis et 506 du Code pénal : l'auteur avait connaissance qu'un mineur ou une personne vulnérable a été utilisé pour commettre l'infraction d'où proviennent les avantages patrimoniaux blanchis, et les avantages patrimoniaux recelés ou blanchis proviennent d'une infraction punissable d'une peine criminelle (de niveau 7 ou 8) et l'auteur avait connaissance de éléments auxquels la loi attache une telle peine. *Op. cit.*, pp. 685-687.

(41) Cette relation contractuelle est entendue d'une manière large et « englobe toute forme de relation professionnelle interne et externe ». *Idem*, p. 687.

(42) *Ibidem*, pp. 685-687.



ment. La notion d'« activité criminelle » sous-jacente de blanchiment définie par la directive comprend, à tout le moins, une liste de 22 infractions quasi identique à celle recommandée par le Groupe d'action financière (GAFI)⁽⁴³⁾ – en ce compris les infractions fiscales liées aux impôts directs et indirects telles qu'elles sont définies en droit national. Plus généralement, la directive prévoit que la notion d'activité criminelle recouvre nécessairement toute infraction punissable d'une peine privative de liberté d'une durée maximale supérieure à un an ou d'une durée minimale supérieure à six mois⁽⁴⁴⁾.

En droit belge, virtuellement toute infraction pénale est une infraction sous-jacente de blanchiment – à l'exception de la situation particulière de la fraude fiscale : une distinction essentielle existe entre la fraude fiscale simple et la fraude fiscale grave (organisée ou non)⁽⁴⁵⁾, en vertu de laquelle la fraude fiscale simple n'est pas constitutive d'infraction sous-jacente de blanchiment dans des hypothèses limitées⁽⁴⁶⁾. L'on peut s'étonner du fait que la proposition de Code pénal décide de maintenir cette distinction entre fraude fiscale simple et fraude fiscale grave⁽⁴⁷⁾ en déclarant erronément que « les discussions concernant cette directive européenne ne sont pas terminées »⁽⁴⁸⁾ et que « l'exception actuelle pour la fraude fiscale "non grave" » peut donc être maintenue⁽⁴⁹⁾ : compte tenu du prescrit de la directive, il convient d'abandonner cette distinction dès lors que les peines d'emprisonnement maximales tant pour la fraude simple (deux ans) que pour la fraude fiscale grave

(cinq ans) dépassent le seuil d'un an établi par le texte européen⁽⁵⁰⁾. La fraude fiscale simple doit donc, en vertu de la directive, être constitutive d'infraction sous-jacente de blanchiment.

6. Le principe de la double incrimination

Le principe de la double incrimination est quant à lui réaffirmé par la directive : n'est en principe constitutif d'infraction de blanchiment que le blanchiment d'avoirs issus d'un comportement qui a lieu sur le territoire d'un autre État lorsque tel comportement constitue une infraction pénale en vertu du droit national de cet autre État⁽⁵¹⁾. La directive fait cependant exception au principe de double incrimination pour six catégories d'activités illicites (sous-jacentes) pour lesquelles les États membres sont tenus de pénaliser le blanchiment quand bien même le comportement sous-jacent en cause est licite en vertu du droit national où il a eu lieu : il s'agit respectivement de la participation à un groupe criminel organisé et du racket d'extorsion, du terrorisme, de la traite des êtres humains et trafic illicite de migrants, de l'exploitation sexuelle, du trafic illicite de stupéfiants et substances psychotropes et de la corruption⁽⁵²⁾.

Telle exception au principe de double incrimination (en matière de blanchiment) n'existe pas en l'état en droit belge. La proposition de nouveau Code pénal ne prévoit par ailleurs rien en ce sens. Une modification de la législation belge est donc requise à cet effet.

(43) GAFI, *Les Recommandations du GAFI 2012*, telles que mises à jour en octobre 2018, p. 121. Seule l'infraction de cybercriminalité a été ajoutée par la directive.

(44) Cons. 8 et art. 2 de la directive.

(45) La notion de fraude fiscale grave (organisée ou non) n'est pas définie en droit belge, ce qui ne manque pas de susciter de nombreuses critiques de la doctrine. Voy. notamment à cet égard S. SCARNÀ, « Blanchiment et fraude fiscale grave, organisée ou non », *R.G.C.F.*, 2014/1, pp. 75-85 ; A. LECOQ, « Fraude fiscale grave, organisée ou non : *Moneat lex priusquam ferit* », *Dr. pén. entr.*, 2014/1, pp. 15-27 ; M. FERNANDEZ-BERTIER, « Le volet répressif de la législation blanchiment et le lien avec le droit fiscal », in *Les dialogues de la fiscalité – Anno 2011*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 95-137.

(46) En vertu de l'article 505, alinéa 3, du Code pénal, l'intermédiaire qui n'a pas commis ou participé à l'infraction de base (la fraude fiscale simple) ne commet pas d'infraction de blanchiment au sens de l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o et 4^o (et ce depuis la loi du 10 mai 2007 portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie). Notons qu'en vertu de la loi préventive anti-blanchiment du 18 septembre 2017, seule la fraude fiscale grave (organisée ou non) est constitutive d'infraction sous-jacente de blanchiment.

(47) Une distinction que la Commission de réforme proposait quant à elle à juste titre de supprimer. Voy. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT *et al.*, *op. cit.*, p. 466.

(48) La directive a été publiée en novembre 2018 alors que la proposition de nouveau Code pénal a été déposée en mars 2019.

(49) Proposition de nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 679.

(50) Art. 449 du Code des impôts sur les revenus 1992.

(51) Art. 3(4) de la directive.

(52) À savoir la participation à un groupe criminel organisé et le racket d'extorsion, le terrorisme, la traite des êtres humains et trafic illicite de migrants, l'exploitation sexuelle, le trafic illicite de stupéfiants et substances psychotropes et la corruption. Art. 4 de la directive.



7. Le régime de la preuve

D'un point de vue probatoire, la directive stipule que la condamnation du chef de blanchiment ne requiert pas d'obtenir une condamnation préalable ou concomitante du chef de l'infraction sous-jacente ou même de déterminer précisément quelle infraction a généré les profits illicites. Il n'est donc pas nécessaire d'établir tous les éléments factuels ou toutes les circonstances propres à l'activité illicite sous-jacente, en ce compris l'identité de son auteur⁽⁵³⁾.

Ces principes sont conformes à la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme (impliquant l'État belge) concernant la présomption d'innocence, le droit au silence et les droits de la défense en matière de blanchiment⁽⁵⁴⁾ et à la jurisprudence de notre Cour de cassation. En effet, la jurisprudence belge n'exige pas l'identification de l'infraction sous-jacente pour fonder une condamnation du chef de blanchiment⁽⁵⁵⁾. Le blanchiment d'argent est par ailleurs de plus en plus conçu comme une infraction autonome soumis à un régime de peines spécifiques⁽⁵⁶⁾.

B. Les sanctions applicables

Aux termes de la directive, les États membres sont tenus d'établir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives afin de réprimer efficacement les faits avérés de blanchiment d'argent⁽⁵⁷⁾.

À ce titre, les personnes physiques reconnues coupables de blanchiment doivent être punissables

d'un emprisonnement maximal d'au moins quatre ans. Des sanctions et mesures supplémentaires (non identifiées par la directive) peuvent également être prises à leur rencontre⁽⁵⁸⁾. Les peines applicables en droit belge sont conformes à la directive dès lors que l'infraction de blanchiment est déjà passible d'un emprisonnement de maximum 5 ans⁽⁵⁹⁾. La proposition de nouveau Code pénal prévoit quant à elle le même seuil d'emprisonnement maximal de cinq ans (à savoir une peine de niveau 3) pour des faits de blanchiment, qu'ils soient aggravés (*supra* A. 4.) ou non⁽⁶⁰⁾.

En ce qui concerne les personnes morales, celles-ci doivent à tout le moins pouvoir être tenues responsables des infractions de blanchiment commises pour leur compte par toute personne agissant individuellement ou en tant que membre d'un organe de la personne morale et qui exerce une fonction dirigeante en son sein⁽⁶¹⁾ – ce qui est déjà le cas en Belgique. Il est important de noter à ce titre que le défaut de surveillance ou de contrôle de la part de l'individu précité doit suffire, selon la directive, à retenir la responsabilité de cette dernière⁽⁶²⁾ – ce qui ne manquera pas de diluer encore plus les éléments de volonté et de faute de la personne morale en pratique⁽⁶³⁾. Les personnes morales responsables au sens de la directive doivent être punissables à tout le moins d'amendes pénales (comme *de lege lata* en Belgique) ou non pénales, et éventuellement d'autres sanctions telles que l'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publics, l'exclusion temporaire ou définitive

(53) Art. 3(3) de la directive.

(54) Cour eur. D.H., 2 mai 2017, *Zschüschen c. Belgique*, n° 23572/07. Voy., à ce titre, M. FERNANDEZ-BERTIER, « La Cour européenne des droits de l'homme avalise les règles belges de la preuve pénale en matière de blanchiment d'argent », *Justice en ligne*, 27 juillet 2017, www.justice-en-ligne.be.

(55) En outre, il n'est pas exigé que l'infraction sous-jacente ait été commise en Belgique ou qu'elle relève de la compétence territoriale du juge belge pour fonder une condamnation du chef de blanchiment. Cass., 21 juin 2000, R.G. n° P.99.1285.F, *Pas.*, 2000, n° 387 ; Cass., 3 avril 2012, R.G. n° P10.2021.N, *Pas.*, 2012, n° 213 ; M.-L. CESONI et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 565.

(56) D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 1003.

(57) Art. 5(1) et 8 de la directive.

(58) Cons. 14 et art. 5 de la directive. Cette peine maximale d'au moins quatre ans est identique à celle prescrite par la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001. Cependant, l'article 5 de la directive va plus loin que la décision-cadre en ce qu'il impose une peine maximale d'au moins quatre ans pour toutes les infractions de blanchiment, alors que la décision-cadre ne l'impose que pour les infractions graves de blanchiment.

(59) Plus spécifiquement, d'un emprisonnement de 15 jours à 5 ans et/ou d'une amende de 208 à 800.000 euros (26 à 100.000 x 8 décimes additionnels).

(60) Proposition de nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 682.

(61) Fondée sur (i) un pouvoir de représentation de la personne morale, (ii) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ou (iii) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale. Art. 7(1) de la directive.

(62) Art. 7(2) de la directive.

(63) Voy. notamment, à ce titre, V. FRANSSSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *J.T.*, 2010, n° 6381, pp. 65-73.



de l'accès aux financements publics (y compris aux procédures d'appel d'offres, aux subventions et aux concessions), l'interdiction d'exercer une activité commerciale, le placement sous surveillance judiciaire, la mesure judiciaire de dissolution et/ou la fermeture temporaire ou définitive des établissements ayant servi à commettre l'infraction⁽⁶⁴⁾.

Notons encore que, conformément à la jurisprudence constante des Cours européennes en matière de *non bis in idem*⁽⁶⁵⁾, la responsabilité de la personne morale n'exclut pas l'engagement de poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices de l'infraction de blanchiment⁽⁶⁶⁾.

Enfin (et surtout), les États membres doivent assurer le gel (ou la saisie) et la confiscation des produits et instruments du blanchiment⁽⁶⁷⁾ – ce qui est évidemment déjà le cas en droit interne : un régime spécial de confiscation des avoirs blanchis existe par ailleurs *de lege lata* en la matière⁽⁶⁸⁾ et se voit adapté et simplifié par la proposition de nouveau Code pénal⁽⁶⁹⁾. Le gel et la confiscation sont en effet des instruments cruciaux dans la lutte contre le blanchiment de capitaux en ce qu'ils font échec aux incitations financières qui motivent les actes criminels⁽⁷⁰⁾. Ainsi, la lutte dualiste (préventive et répressive) contre le blanchiment et la saisie et confiscation sont à considérer comme les deux faces d'une même pièce car

visant à garantir que le crime ne paie pas. Il est à noter à ce titre que des instruments européens se rapportant spécifiquement au gel et à la confiscation ont récemment été adoptés en vue d'assurer la neutralisation des avoirs criminels⁽⁷¹⁾.

C. La coopération des autorités

Outre les sanctions et les infractions, notons que la directive exige des États membres (i) d'améliorer la coopération internationale entre États membres de même qu'avec les pays tiers⁽⁷²⁾ et (ii) d'établir et coordonner leur compétence, afin que les enquêtes et les poursuites soient menées de manière plus efficace.

Ainsi, chaque État membre peut étendre sa compétence à l'égard des infractions de blanchiment commises en dehors de son territoire lorsque l'auteur de l'infraction réside habituellement sur son territoire ou lorsque l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire (comme c'est le cas *de lege lata* en droit belge en vertu du principe de personnalité active).

Si plus d'un État membre sont compétents pour la même infraction de blanchiment, les États concernés doivent coopérer pour décider lequel des États poursuivra l'auteur des faits – et ce afin de centraliser les poursuites dans un seul État (et, corrélativement, se conformer au principe

(64) Art. 8 de la directive.

(65) Le principe *non bis in idem* dispose que nul ne peut être jugé ou puni pénalement deux fois pour les mêmes faits. Pour un commentaire de la jurisprudence de la Cour eur. D.H. et de la C.J.U.E. en la matière, voy. not. M. FERNANDEZ-BERTIER et N. KALUMA, « Stating the obvious : la C.J.U.E. rejette l'application du principe *non bis in idem* en matière fiscale pour défaut d'identité de personne entre une personne morale et son représentant légal », *Revue pratique des sociétés – Tijdschrift voor Rechtspersoon en Venootschap*, 2017, n° 8, pp. 1027-1038.

(66) Art. 8(3) de la directive.

(67) Art. 9 de la directive. Son cons. 16 indique par ailleurs que les États membres « devraient également envisager sérieusement d'autoriser la confiscation dans les cas où il n'est pas possible d'entamer ou de mener à son terme une procédure pénale, y compris dans les cas où l'auteur de l'infraction est décédé ».

(68) Permettant notamment la confiscation des avoirs blanchis sans condition de propriété. Voy. notamment, à ce titre, Ch. DE VALKENEER et V. TRUILLET, « Blanchiment et confiscation – Enjeux et prospectives », *Dr. pén. entr.*, 2018/4, pp. 305-308 et M.-L. CESONI et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 604-605.

(69) Proposition de nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 1002. Pour un aperçu du régime général de la confiscation tel qu'envisagé par l'(avant-projet d) Livre I^{er} du Code pénal, voy. M. FERNANDEZ-BERTIER, « Les peines patrimoniales prévues par le projet de Livre I^{er} du Code pénal : l'amende, la confiscation et la peine pécuniaire fixée en fonction du profit de l'infraction », in C. GUILLAIN et D. SCALIA (dir.), *La réforme du Livre I^{er} du Code pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 169-208.

(70) Cons. 16 de la directive.

(71) À savoir la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *J.O.*, L 127, 29 avril 2014, pp. 39-50 (transposée en droit interne par la loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, *M.B.*, 2 mai 2018) et le récent règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *J.O.*, L 303, 28 novembre 2018, pp. 1-38.

(72) Cons. 1, 2 et 9 de la directive.



non bis in idem). À défaut de consensus entre les États en cause, Eurojust pourrait être saisi de la question⁽⁷³⁾.

III. Conclusion

La lutte contre le blanchiment de capitaux est considérée comme l'un des enjeux majeurs en matière de politiques criminelles au niveau tant international, européen que national compte tenu de l'envergure de l'économie noire mondiale. La dimension transnationale inhérente au blanchiment accentue la nécessité d'en harmoniser les règles afin de lutter plus efficacement contre le phénomène. Cela est d'autant plus vrai qu'à l'échelle de l'Union européenne, le principe de la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et des marchandises a, malgré lui, contribué à faciliter la libre circulation du crime. Depuis près de trois décennies, le législateur européen multiplie ses efforts afin de prévenir et détecter, surtout, mais aussi de réprimer la circulation des produits illicites et leur blanchiment.

La directive (UE) 2018/1673 constitue en ce sens la première directive dédiée à la répression d'un seul comportement infractionnel – le blan-

chiment d'argent. Les États membres ont jusqu'au 3 décembre 2020 pour la transposer en droit interne. Dès lors qu'il s'agit de règles minimales d'harmonisation, les États sont libres de maintenir ou d'adopter des règles plus strictes que celles imposées par la directive.

Si l'Union européenne s'est longtemps (et à bon droit) focalisée sur le volet préventif de la lutte anti-blanchiment, sa volonté de renforcer et d'harmoniser l'arsenal pénal à disposition des autorités nationales en vue de combattre plus efficacement les flux financiers illicites navigant à travers l'Union doit être saluée.

Sa transposition en droit belge ne nécessitera qu'un nombre limité d'amendements (déjà majoritairement anticipés par la proposition de nouveau Code pénal) dès lors que les standards minimaux imposés par la directive sont ceux qui prévalent déjà, pour la majeure partie, dans notre Royaume. Nous notons avec intérêt, dans ce cadre, l'abandon nécessaire de la distinction entre fraude fiscale simple et grave (organisée ou non) ainsi que l'obligation d'insérer une circonstance aggravante personnelle qu'est la commission des faits de blanchiment par un assujetti au régime préventif anti-blanchiment dans le cadre de ses activités professionnelles.

DOCTRINE

(73) Cons. 17 et art. 10 de la directive ; art. 12 de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales, *J.O.*, L 328, 15 décembre 2009, pp. 42-47.

