

& Finance & Gestion

■ DE LA FRAUDE FISCALE AU BLANCHIMENT

L'intention dans le délit de blanchiment

Au moins depuis Al Capone, tout le monde sait que c'est par les blanchisseries et peut-être seulement par elles que s'attrapent les grands criminels.

Il est donc étonnant que ce soit seulement à une époque récente que cette activité particulière ait fait l'objet d'un texte pénal faisant apparaître parmi les autres délits cette nouvelle qualification de blanchiment.

Puisque le mouvement d'installation de cette nouveauté ne visait d'abord que la grande criminalité, celle des trafiquants de drogue, il fut même dit que son instauration permettait surtout à certains financiers blanchisseurs de garder la main vis-à-vis d'investisseurs qui, devenus majoritaires, avaient l'impudence de vouloir leur donner aussi des ordres dans des façons auxquelles ils n'étaient point habitués.

Toujours est-il que la lutte contre la grande criminalité et le trafic de drogue ne pouvant que recevoir l'approbation générale, c'est même au niveau international que ce type de législation fut assez rapidement mis en place.

Il ne peut d'ailleurs pas être dit que ce fut totalement sans résultat même si à l'évidence les raisons de s'inquiéter de l'amplitude de la criminalité organisée perdurent.

Toutefois, il apparut assez vite que la distinction entre crime organisé et délit ordinaire obligeait à perdre beaucoup de temps dans la sélection et offrait des échappatoires diverses.

A l'instar du recel, le blanchiment, qui ne s'en distingue que par le fait que le blanchisseur n'est rémunéré que pour le service qu'il rend sur le traitement des fonds qu'il ne s'approprie pas, devint alors une qualification générale applicable à tous les délits.

Là encore, en parallèle avec le recel, la répression autonome de ce délit secondaire peut alors être supérieure à celle du délit primaire car il est imaginé qu'il n'y aurait aucun intérêt à commettre ces délits si on ne pouvait trouver le moyen d'en recycler les fruits.

A partir de cette généralisation, les choses vont perdre de la hauteur mais prendre de l'ampleur car des délits assez communément pratiqués comme la fraude fiscale ont toujours entretenu un certain nombre de bonnes âmes prêtes à aider le pécheur.

C'est alors avec plus d'acuité que se pose la question de l'élément intentionnel puisque maintenant le délinquant envisagé ne se présente plus comme émanant d'un milieu en marge des normes mais bien au contraire sous les traits de citoyens exprimant dans toutes leurs attitudes usuelles la plus parfaite normalité.

Lorsqu'il faut aller au-delà de la commodité de l'apparence, la technicité requise a toujours du mal à s'imposer aux sentiments communs.

Mais si le droit pénal paraît toujours simple, pour que les normes de comportement qu'il édicte puissent être

respectées, il ne peut pas non plus rester abstrait car l'inefficacité est un écueil qu'il ne peut jamais se permettre.

Ce point d'équilibre particulier est parfaitement illustré par la recherche de l'intention dans l'incrimination de blanchiment.

L'intention, principe général

S'il a toujours été considéré qu'il ne pouvait pas y avoir d'activité délictuelle ou criminelle sans intention, c'est-à-dire sans une volonté tendue vers un résultat interdit par la loi pénale, il est remarquable que l'on ne trouve pas d'expression législative de ce principe avant le nouveau Code Pénal de 1994 dans son article 121-3 alinéa 1.

Il est certes mieux que cette exigence soit maintenant exprimée plutôt que sous-entendue mais cela ne résout pas la difficulté ancestrale de savoir ce qu'elle est et comment elle doit être discernée.

Historiquement, la théorisation a vite marqué le pas car une fois l'élément matériel établi, est-ce une « claire conscience » (1) d'avoir voulu ce délit

(1) Émile Garçon, cité dans Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, Droit pénal général, Édition Cujas, 7^e édition, p. 729 ; Frédéric Desportes et Francis Le Guhenec, *Le nouveau droit pénal*, Collection Économica, 3^e édition, 1996, Tome 1, p. 361.

ou seulement « un état d'âme » (2) aux contours moins définis qui doit en être à l'origine ?

Et encore était-on déjà là dans l'appréciation subjective d'un état psychologique qui battait en brèche la doctrine classique, qui, elle, mettant en avant l'intelligence et la liberté de tous, ne s'attachait essentiellement qu'à l'examen des éléments extérieurs à la personne, c'est-à-dire à la matérialité des faits (3).

Si les écoles indiquent des directions, les juges, eux, doivent prendre des décisions et il est remarquable que la jurisprudence a, en matière d'intention, une attitude strictement pragmatique : pour elle l'intention prise en soi n'est rien et elle ne saurait donc être détachée ni des éléments matériels ni du contexte et des résultats pratiques qu'il lui paraît nécessaire d'obtenir.

Pour reprendre les préceptes du Président Barris : « *L'intention ne doit pas être jugée seulement dans ses rapports avec l'intérêt particulier de l'agent, elle doit l'être aussi et surtout dans ses rapports avec l'intérêt général et social.* » (4).

En fait, la question peut ainsi se concrétiser autour du lien de dépendance nécessaire entre l'acte matériel et la volonté de l'auteur.

Si faute il y a, elle ne doit pas être indépendante de la volonté de l'auteur pour être pénalement caractérisable.

Cette dépendance de l'acte matériel pouvant ainsi résulter de la volonté de ne pas agir, d'un laisser-faire, qui sera incriminable à la moindre trace d'intérêt dans une situation de détention de pouvoir qui n'autorisait alors pas l'indolence.

Dès lors que les obligations méconvenues entrent dans celles dont il incombe à l'auteur d'assurer le respect, il n'apparaît pas forcément nécessaire de chercher plus avant à faire des démonstrations tout aussi impossibles à obtenir que des aveux.

C'est ainsi que dans le domaine des affaires, le mécanisme qui se mettra en place revient à être défini comme une véritable présomption.

La présomption d'intentionnalité dans le domaine des affaires

La présomption n'est pas un mécanisme illégitime et il est fréquemment utilisé en matière pénale.

Ainsi, celui qui veut établir qu'il bénéficie d'une dérogation ou d'une exception devra lui-même la prouver (5).

Mais pour ce qui concerne l'intention, à part certains cas particuliers comme la diffamation (6) ou le proxénétisme (7), il ne s'agit pas de présomption de droit mais de présomption de fait.

Les présomptions de droit, créées par la loi, « *s'attachent, lorsque la preuve s'avère difficile voire impossible, à tenir pour établie la culpabilité d'une personne ou pour patents les éléments matériels ou moral de telle infraction* » (8).

Quant aux présomptions de fait, elles sont d'origine jurisprudentielle et sont tirées de la nature spéciale de certaines infractions poursuivies. « *Ces présomptions ont trait à l'élément moral, qu'on suppose prouvé dès lors que l'élément matériel est lui-même établi* » (9).

Dès lors, si la présomption de fait choque, ce n'est pas dans son principe même mais seulement parce qu'elle ouvre un débat sur le mode d'administration de la preuve.

Pour reprendre la définition de Domat, « *les présomptions sont des conséquences qu'on tire d'un fait connu pour servir à faire connaître la vérité d'un fait incertain dont on cherche la preuve.* » (10).

C'est le « par conséquent » qui montre le chemin que l'esprit fait ici d'un fait à un autre fait.

Autrement dit, le vraisemblable est probablement vrai, et tant que cette probabilité n'est pas combattue, on peut la tenir pour acquise.

L'anormalité du fait matériel permet la déduction :

« *Il n'est pas nécessaire pour établir légalement le délit d'abus de confiance, que l'intention fraudu-*

leuse, élément constitutif de ce délit, soit expressément constatée : il suffit qu'elle puisse s'induire des circonstances retenues par le juge. » (11).

Exiger plus reviendrait à obliger de la partie poursuivante qu'elle démontre que la fraude était savamment ourdie, ce qui est bien au-delà de la seule conscience de faire contre la règle.

Évidemment, le mécanisme a une butée qui consiste à ne pas sombrer dans la facilité en écrasant le doute inhérent à la présomption.

Si, comme le disait Loisel « *la volonté est réputée par le fait* », la volonté ne peut pas être réduite au fait, sauf à transformer tous les délits en infractions purement matérielles.

Dans ce type d'infractions, seule la force majeure exonère le prévenu (12) alors que dans les délits de la nature de celui qui nous intéresse ici c'est une graduation dans l'anomalie factuelle qui permettra seule d'exclure ou non la bonne foi du prévenu.

Nous ne sommes pas dans la présomption quasi irréfragable mais dans une présomption « à renverser ».

(2) Pierre Bouzat et Jean Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 1, Droit pénal général, 1963.

(3) Bertauld, *Cours de droit pénal*, 3^e édition, 1964.

(4) Cité par Barthélémy Mercadal dans *Recherches sur l'intention en droit pénal*, Revue de science criminelle, 1967, p. 8.

(5) Article 122-4 Code pénal.

(6) Article 29 de la loi du 29 juillet 1881.

(7) Bertrand Lebailly, *La répression du blanchiment en droit français*, p. 137, dans *Le blanchiment des profits illicites*, Textes réunis par Chantal Cutajar, Collections de l'Université Robert Schuman, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000.

(8) Répertoire pénal Dalloz, *Preuve*, p. 6, § 30.

(9) Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, Procédure pénale, éditions Cujas, 5^e édition, p. 190.

(10) Cité par Gérard Cornu dans *Droit civil*, Montchrétien, 7^e édition, 1994, p. 79-81.

(11) Cass. Crim., 19 mars 1963, JCP éd. G., 1963, II, p. 57, obs. Gruffy, Eveno, Depeyrot. Dans le même sens voir Cass. Crim., 28 novembre 1994, Revue des sociétés, 1996, p. 105, note Bouloc ; Cass. Crim., 11 janvier 1996, Revue des sociétés, 1996, p. 586, note Bouloc.

(12) Cass. Crim., 28 avril 1977, *Les grands arrêts de droit criminel*, Tome 1, Dalloz, 2^e édition, p. 510.

On ne pourrait opposer à cette présomption d'intentionnalité une autre présomption, celle d'innocence (13), sans méconnaître que c'est encore sur une présomption mais cette fois-ci de réalité, que s'opère la mise en examen (14).

Il est d'ailleurs naturel qu'au vu d'une matérialité formant charge, la procédure soit instruite pour savoir si l'élément moral est constitué ou non, et cela au vu du comportement de l'auteur des faits.

Ce n'est donc pas tant les mécanismes juridiques en eux-mêmes qui sont en débat mais la façon dont ils sont utilisés pour arriver au nœud central de l'affaire qui est dans notre système l'intime conviction du juge (15).

À l'intérieur de ce schéma, il reste à voir comment pourra être appréciée, en matière de blanchiment, l'anomalie ouvrant la discussion sur l'intentionnalité.

L'anomalie indicatrice d'une intention

Là encore, le recel est un guide à la réflexion, tellement sa discussion est proche de celle du blanchiment.

En matière de recel, « *la connaissance de l'origine frauduleuse peut et doit en effet s'induire des constatations de fait appréciées souverainement par les juges du fond* » (16).

Ainsi, celui qui acquiert à vil prix un objet de valeur, ou dans des circonstances dérogoratoires au commerce usuel, sans facture, a beau clamer une ignorance voire une inconscience, ces arguments ne retiennent pas longtemps l'attention.

Bien sûr, en matière de blanchiment, certains diront qu'ils ne se doutaient pas que de telles sommes en liquide puissent provenir d'activités délictueuses puisque après tout, l'argent liquide a toujours cours.

D'autres essayeront de convaincre qu'un afflux d'une clientèle incertaine vers des produits ou des montages sophistiqués n'avaient rien pour surprendre dans une époque où les gens aiment les choses compliquées.

Mais il s'agira comme pour les receleurs d'antan de méthodes de défense qui pour spontanées qu'elle soient, n'auront pas sur les esprits des juges beaucoup d'efficacité.

Il serait d'ailleurs difficile de leur reprocher sauf à prendre le risque d'avoir bientôt à leur faire grief d'une absence totale de résultat en matière de blanchiment.

Ce qui aurait d'ailleurs, par un second tour législatif alors indétectable, un résultat totalement inverse par rapport à ce qui est recherché : l'élément intentionnel sera purement et simplement supprimé et le délit deviendra purement matériel.

Jusqu'ici, le législateur français a su résister aux propositions dans ce sens, telles qu'elles émanaient par exemple des dispositifs des Conventions de Vienne (article 3 § 3) et de Strasbourg (article 6 § 2c) (17).

Pour l'instant, nous en sommes à une discussion classique en la matière.

Comme pour le recel, nous envisageons le délit primaire.

Là encore, peu importe que l'on connaisse les circonstances et la qualification du délit primaire puisque ce qui compte, c'est la perception que devait avoir l'agent recherché d'une illicéité des fonds (18).

Autrement dit, il importe peu que l'on puisse définir quel a été le délit commis.

En droit, cela se démontre d'ailleurs aisément puisque *a contrario*, pour certains blanchiments spécifiques empruntant leur répression au délit originare (notamment en cas de délit douanier (19) et de proxénétisme (20)), celui-ci devra être véritablement connu pour ce qu'il était (21).

C'est donc dans cette deuxième hypothèse seulement qu'une intention dite « qualifiée » doit être établie, alors que dans le délit généraliste, cette qualification particulière de l'intention qui oblige à connaître le délit primaire n'est pas nécessaire.

Le problème, c'est qu'en matière de fonds, le spectre de suspicion est fort large.

Toute origine en dehors des standards très usuels est susceptible de mettre à charge une preuve difficile. D'une part, la variété des situations peut être méconnue et d'un autre côté, il pourrait être remarqué que les fonds d'origine frauduleuse sont devenus véritablement si importants que la banalisation de leur circulation ne devrait plus pouvoir être prise pour une normalité.

Bien sûr, pour apprécier ce que pouvait ou aurait dû être la perception de la personne mise en cause au regard de la nature et de l'origine des fonds, le Juge s'appuiera aussi sur les moyens qui sont reprochés au titre du blanchiment proprement dit.

Si la justification de l'origine des fonds est mensongère en elle-même : fausses factures, faux bulletins de salaire, attestations de complaisance, etc., c'est bien qu'il y avait une raison d'opérer ainsi et peu importe laquelle.

Par contre, les moyens qui intrinsèquement ne présentaient aucun caractère répréhensible rendront l'interrogation sur l'origine des fonds plus prégnante.

De même que l'on rencontrera une difficulté pour l'incrimination des absentions.

Par principe, celle-ci n'est pas exclue car un manquement à un devoir de contrôle peut être, au regard des circonstances, qualifiable d'acte volontaire.

(13) Code de procédure pénale, Article préliminaire, III.

(14) Article 80-1 Code de procédure pénale.

(15) Olivier de Nervo, *L'intime conviction du juge pénal*, La vie judiciaire, semaine du 25 août 1996, p. 2 et 7.

(16) Juris Classeur Pénal, art. 321-1 à 321-5, fascicule 40, p. 5, § 23.

(17) Bertrand Lebailly, *La répression du blanchiment en droit français*, p. 138, dans *Le blanchiment des profits illicites*, Textes réunis par Chantal Cutajar, Collections de l'Université Robert Schuman, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000.

(18) Paul-Albert Pageaud, *La preuve de l'intention en matière de recel*, dans *La notion d'intention en droit pénal*, JCP 1950, 1.876.

(19) Article 415 du Code des douanes.

(20) Articles 225-6 2° et 222-38 du Code pénal.

(21) Bertrand Lebailly, ouvrage précité, p. 137.

Les professionnels du chiffre connaissent bien l'articulation de ce grief « *de ne pas avoir redressé une situation ou un élément dont il ne pouvait ignorer la fausseté* » et qui nécessite toujours un débat restituant tant le contexte que la chronologie.

Il y est souvent fait référence aux normes professionnelles et sans prétendre qu'elles seraient opposables, leur mode d'instauration et leur pertinence intrinsèque permettent de proposer au Juge des points de repère d'où sont issues la plupart des relaxes.

Mais faut-il encore que ces normes existent et qu'elles aient pris une consistance suffisante pour servir et ne pas être balayées par l'argument

péremptoire de n'être au mieux qu'inappropriées et au pire destinées à masquer aux regards extérieurs une impérite chronique (22).

Conclusion

C'est parce que la variété des méthodes de blanchiment semble infinie que les dispositifs légaux pour les appréhender au plan matériel sont particulièrement larges.

Or, comme c'est de cet élément matériel que procède l'examen de l'élément moral, il s'en déduit une discussion inévitablement difficile sur celui-ci.

A ceux qui n'aiment pas les discussions difficiles, il sera fait remarquer que le législateur français a préféré garder le principe d'intentionnalité plutôt que de prendre les formules qui lui étaient proposées de faire du blanchiment un délit matériel.

Autrement dit, s'il est toujours possible de troquer l'angoisse de la discussion contre la certitude de la condamnation, en revenant à des formules rigides, il paraît préférable d'oser affronter les questions du juge pour emporter sa conviction.

Maxime Delhomme
Avocat

(22) *La responsabilité pénale de l'expert-comptable*, éditions Joly, 1998, p. 25.

Note de lecture

« Les OPA en Europe »

Viviane de Beaufort

Éditions ECONOMICA,
collection recherches, 2001, Paris

Le grand mérite de Viviane de Beaufort, par ailleurs Professeur de droit à l'Essec à Paris, est d'avoir entrepris, en parallèle avec l'étude des propositions de directives communautaires en la matière (la question demeure d'actualité avec le nouveau projet rendu public le 2 octobre 2002), l'étude comparée des réglementations en matière d'offre publiques – lorsqu'elles existent – dans les différents pays membres de l'Union Européenne.

Dans cette optique, elle ne manque pas de situer l'étude de ces réglementations dans le contexte de la culture juridique traditionnelle de l'État national, mais sans oublier de situer cette étude dans une perspective dynamique : cette perspective est déterminante dans différents pays, tel l'Allemagne, qui ignorait il y a

encore peu le phénomène de l'Opa, et, à l'opposé dans les pays de culture anglo-saxonne, ou de tels mécanismes, qui se développaient initialement sans limitation, sont désormais plus encadrés.

En fait, quoique le phénomène soit récent, on ne peut que constater, par deux mouvements contraires, un début d'harmonisation des réglementations nationales, ce qui permet d'envisager, à plus ou moins long terme, l'adoption d'une directive communautaire, après les premiers échecs dus, en définitive, à des cultures juridiques, à l'origine totalement opposées.

Le lecteur trouvera dans cet ouvrage, qui est en fait la version éditoriale de la thèse de doctorat de l'auteur, les éléments de réglementation nationale qu'il recherche – l'ouvrage est le seul ouvrage complet de droit comparé – mais également une réflexion sur la dualité de la conception de l'entreprise en Europe

c'est-à-dire d'un côté : la conception anglo-saxonne de l'entreprise, appréhendée comme un bien économique, dont les actionnaires sont propriétaires et donc librement vendeurs ou acheteurs ; à l'opposé, la conception « germanique », sous tendue par une analyse de l'entreprise en tant que collectivité sociale à proprement parler ayant une existence propre : dans ces conditions, la primauté des intérêts de l'entreprise, qui n'est pas la simple somme des intérêts des dites parties prenantes, impose la solidarité, l'équilibre, entre ces différentes parties prenantes (« stockholders ») que sont, chacun pour leur part, les actionnaires, les dirigeants, et les salariés, d'où la nécessité de mettre en place des mécanismes de protection de façon à assurer un équilibre entre eux.

Sylvie Giulj
Avocat SCP HUGLO LEPAGE
et associés