

LES BANQUES ET LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DES CAPITAUX



NICOLAS MOLFESSIS

Professeur
Université Panthéon-Assas (Paris II)

La réglementation concernant la lutte contre le blanchiment des capitaux s'est considérablement étoffée au cours des dernières années, en droit interne mais également au niveau européen. Il n'est cependant pas certain que toutes ces règles sachent se combiner harmonieusement. Ainsi, bien que leur mise en place ait eu pour effet des évolutions notables dans les pratiques et les mentalités bancaires, des imperfections perdurent, qui caractérisent, pour les uns, la subsistance de dysfonctionnements, ou pour les autres, l'inadaptation des règles aux usages bancaires.

1. Le sujet, assurément, est d'actualité. En se proposant d'étudier l'attitude des établissements de crédit face à la lutte contre le blanchiment, la présente revue ne manque assurément ni d'à propos ni d'audace. Faudrait-il ici rappeler le séisme qu'ont constitué certaines affaires récentes, mettant en cause des établissements connus et avec eux diverses personnalités du monde bancaire ? On ne manquera ainsi sans doute pas d'objecter qu'à travers ce dossier, la profession bancaire tente de s'expliquer sinon de se défendre. Il suffira de lire pour voir que là n'est pas le propos. L'objectif est ailleurs : il s'agit de comprendre, mesurer et évaluer les effets d'une réglementation qui a grossi de façon considérable en quelques années, sous l'influence d'une prise de conscience du fléau que constituent diverses formes de criminalités et avec elles leurs techniques de blanchiment de capitaux.

2. Le premier constat est bien peu discutable : l'arsenal mis en place et les obligations imposées par les textes successifs n'ont cessé de s'accroître en une dizaine d'années. Le droit interne, tout d'abord, en fournit une manifestation patente : loi du 12 juillet 1990 relative « à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants » (art. L. 562-1 et s. du Code monétaire et financier), loi NRE du 15 mai 2001 ayant accru les cas de déclaration de soupçons, loi du 31 décembre 1987 insérant dans le Code de la santé publique une disposition réprimant le blanchiment d'argent provenant d'un trafic de stupéfiants (transposée ensuite dans le Code pénal à l'art. 222-38), loi du 13 mai 1996 prévoyant un délit général de blanchiment, qui complète le délit spécial de l'article 222-38 et réprime « le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect » (al. 1^{er}) et prévoit que « constitue également un blanchiment le fait d'apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit » (al. 2). À quoi il faut ajouter, désormais, divers règlements du CRBF, dont celui du 18 avril 2002 fixant les règles de contrôle des chèques au regard de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, en attendant d'autres textes, notamment sur les virements.

En parallèle, la réglementation européenne a gagné égale-

ment en ampleur : Directive du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, modifiée par une Directive du 4 décembre 2001. La lutte contre le blanchiment de capitaux est devenue l'une des priorités de l'Union européenne (v. en ce sens, le Conseil européen de Tampere en octobre 1999), marquée par maintes prises de positions (v. not. la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime de 1990, et la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 26 juin 2001). À quoi il faut ajouter diverses formes d'actions de coopération internationale de lutte contre le blanchiment des capitaux : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (1988), travaux du GAFI (depuis 1989 et le sommet de Paris), notamment à travers ses quarante recommandations, Déclaration de principes adoptée à Bâle par les autorités de surveillance bancaire du groupe des Dix...

3. De cette multitude de textes et de règles, sont résultées des obligations sans cesse plus étendues. Le mouvement s'est manifesté, *ratione personae*, par une extension nécessaire des mesures aux professions non financières. Il est en effet apparu évident que le blanchiment de capitaux n'emprunterait plus seulement les canaux du système financier, mais se réaliserait désormais par l'intermédiaire d'autres professions (professions juridiques, professionnels de l'immobilier, casinos). L'évolution s'est également fait sentir, *ratione materiae*, par un élargissement de l'éventail des infractions, comme en témoigne l'évolution de la directive européenne : outre le trafic de stupéfiants, elle vise désormais la criminalité organisée, la fraude, la corruption voire toutes activités illicites portant atteinte ou susceptibles de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes.

Il n'est pas certain, c'est un euphémisme, que toutes ces règles sachent se combiner harmonieusement, faute d'avoir été conçues de façon cohérente. Il suffira, pour en prendre conscience, de lire l'article de Gilles Guittou (p. 6).

Cette profusion de textes illustre surtout le fait que le blanchiment de capitaux joue avec la réglementation comme le chat avec la souris, concevant sans cesse d'autres formes d'offenses, des modes inédits de réalisation au point d'exiger une constante adaptation des textes par les pouvoirs publics. Le respect par les

banques de leurs obligations professionnelles expliquerait d'ailleurs pour partie cette mutation des techniques de blanchiment : « *la tendance la plus remarquable, note le GAFI dans son rapport 1996-1997, réside dans le recours croissant et persistant des professionnels du blanchiment de capitaux aux institutions financières non bancaires et aux entreprises non financières par rapport aux établissements bancaires. On peut penser que cela traduit le respect plus rigoureux, par les banques, des mesures anti-blanchiment...* ».

4. Il est vrai que, du côté des banques, la réaction a indéniablement bien eu lieu. Les établissements ont pris conscience du rôle qu'ils devaient remplir. Les techniques bancaires comme les mentalités mêmes s'en sont trouvées modifiées. Mais pour autant, entre les règles mises en place et les pratiques bancaires, l'osmose est encore loin d'être assurée. Les articles qui vont suivre en portent témoignage : bien que les règles mises en place, progressivement, aient eu pour effet de notables évolutions (I), diverses imperfections subsistent, qui pourront, selon les uns, caractériser la subsistance de dysfonctionnements, ou bien, selon les autres, signifier l'inadaptation de diverses règles aux pratiques bancaires (II).

I L'influence des règles mises en place

5. Un des premiers effets de la lutte anti-blanchiment, l'effet immédiat, tient évidemment aux obligations que les textes successifs sont venus imposer aux banques.

Il n'est guère nécessaire d'insister sur les diverses contraintes que les textes ont imposées. L'idée directrice est d'obliger les banques à plus de vigilance. Le mot est d'ailleurs au cœur du dispositif mis en place par la loi du 12 juillet 1990, qui prévoit, à côté d'une obligation dite de « *déclaration de certaines sommes ou opérations* » (chapitre I), d'« *autres obligations de vigilance des organismes financiers* » (chapitre II). Il s'agit d'imposer aux établissements de mieux maîtriser les ressorts des opérations qu'ils permettent, à travers une connaissance accrue de leurs clients (notamment en s'assurant de leur identité lors de l'ouverture d'un compte), ou encore en leur imposant un examen particulier des opérations importantes qui sont inhabituelles. Mais il s'agit aussi et surtout de les faire participer à la détection des infractions éventuellement commises par leurs clients. On aura reconnu ici le mécanisme de la déclaration de soupçons. Initialement, celui-ci ne portait que sur les sommes inscrites dans les livres qui leur paraissaient provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles (la loi substituera ensuite l'expression « *activités criminelles organisées* »), comme sur les opérations portant sur ces sommes. La loi NRE a notablement élargi le domaine de la déclaration de soupçons, pour viser « *toute opération dont l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire reste douteuse malgré les diligences effectuées* », ainsi que « *les opérations effectuées par les organismes financiers pour compte propre ou pour compte de tiers avec des personnes physiques ou morales y compris leurs filiales ou établissements agissant sous forme ou pour le compte de fonds fiduciaires ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation dont l'identité des constituants ou des bénéficiaires n'est pas connue* » (art. L. 562-2 CMF).

6. L'influence de ces règles s'est évidemment manifestée sur l'organisation interne des établissements. Nul n'ignore qu'ils ont mis en place des services ou des structures spécifiques, censées permettre la lutte anti-blanchiment aux côtés de Tracfin. D'où l'apparition, notamment, de professionnels de la lutte contre le blanchiment, comme le sont les correspondants privilégiés de ce service

spécial, placé sous l'autorité du ministre chargé de l'Économie et des Finances. D'où également l'obligation d'affecter à l'examen des chèques un personnel compétent qui devra avoir suivi une formation adéquate en matière de lutte contre le blanchiment (art. 3, al. 3 du Règlement du 18 avril 2002).

Mais au-delà, il faut surtout insister sur le bouleversement de ce qu'on pourrait appeler les mentalités bancaires, manifesté par une double mutation : de la banque opaque, guidée par une culture du secret, à la banque transparente et sollicitée pour participer à la recherche des infractions pénales ; de la banque victime du dévoiement de ses services à la banque responsable, considérée auteur d'infractions pénales.

7. Le premier aspect a vocation à changer en profondeur le métier même de banquier et le rôle que celui-ci est appelé à jouer dans la lutte contre les infractions pénales. Le dispositif anti-blanchiment repose en effet, pour une large part, sur la coopération des établissements de crédit. Le secret bancaire s'en ressent évidemment considérablement : là où jusqu'à présent les atteintes qui lui étaient portées restaient passives, le banquier se contentant le plus souvent de répondre aux demandes judiciaires pouvant lui être adressées, elles sont désormais actives, puisque dépendant de réactions spontanées des banques. L'originalité du système français est d'en appeler à l'intelligence de la banque, en sollicitant un contrôle subjectif portant sur ce qui lui semble suspect.

La technique de la déclaration de soupçons est ainsi tout à fait symptomatique de cette nouvelle forme de participation d'acteurs privés à la détection d'infractions. Un dispositif « *d'éthique sociale* » explique Tracfin dans le présent dossier (p. 29). Cette délégation à des personnes privées de compétences et responsabilités incombant classiquement aux pouvoirs publics constitue une évolution essentielle, dont on ne peut certainement pas mesurer encore tous les effets. Elle est sans nul doute justifiée par les spécificités du blanchiment, qui opèrent de façon souterraine et invisible, rendant ainsi peu efficaces, sinon vains, les modes classiques de détection des infractions. Elle vient adjoindre les banquiers à d'autres professionnels, déjà mobilisés, comme les commissaires aux comptes, pour participer à la révélation d'infractions que l'exercice de leur profession rend plus aisément détectables. Mais un tel appel à la mobilisation d'acteurs privés, qui va croissant, devra nécessairement connaître des limites, tant il est vrai qu'on ne saurait « *privatiser* » à l'excès une activité, par essence régalienne, en transformant des professionnels en auxiliaires de l'État.

8. Le second aspect est tout aussi tangible. Alors que durant longtemps, les banques ont pu être considérées comme les victimes des pratiques de blanchiment, elles sont aujourd'hui considérées comme pouvant être responsables de blanchiment, spécialement à travers le concours qu'elles pourraient apporter « *à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* » (art. 324-1 du Code pénal). Certes, comme le pointe non sans ironie François Franchi (p. 18), « *les magistrats ne considèrent pas que les banquiers sont tous des blanchisseurs* ». Mais, là est toute l'ambiguïté des rapports qu'entretiennent les établissements bancaires avec la réglementation anti-blanchiment. Elles sont ainsi tour à tour : victimes d'infractions, chargées d'en révéler l'existence et auteurs potentiels du blanchiment. Au cœur du dispositif, les banques sont ainsi appelées à lutter contre le blanchiment tout en risquant d'être blanchisseurs. Serait-ce exagéré de penser qu'une grande part des incompréhensions réside dans cette ambivalence ? À tout le moins, le constat ouvre sur une recherche des imperfections du système en place.

II Les imperfections du système actuel

9. Le propos doit être bien saisi : il est évident que les règles qui s'accumulent et viennent constituer le corpus législatif et réglementaire anti-blanchiment dont le présent dossier fait l'étude, présentent l'indéniable avantage d'imposer aux banques une vertu professionnelle nécessaire face aux nouvelles formes de criminalité. Plus encore, elles ont sans nul doute permis aux banquiers de prendre conscience de l'existence de risques autres que financiers, au premier rang desquels figure désormais le risque pénal et, en corollaire, le risque de réputation auquel ils doivent faire face. La réputation est une valeur marchande, qui dépasse souvent de loin celle des opérations financières qui pourraient conduire à lui porter atteinte.

Encore faut-il que les règles en place puissent être efficaces et adaptées à leur objet comme aux pratiques qu'elles visent à réguler. Là est sans doute encore la faiblesse d'un arsenal qui se constitue par réaction, sinon trop souvent par émotion.

10. On passera sur la difficulté d'interprétation que posent certains textes. Ainsi, il n'est pas certain que les banquiers puissent toujours avoir une juste appréciation de ce que constituent des « activités criminelles organisées » afin de procéder aux déclarations de soupçons auxquelles ils sont astreints. Le risque est bien alors que les déclarations dépassent notablement le champ des activités visées par les textes, au risque d'encombrer inutilement les services de Tracfin. L'augmentation notable des déclarations de soupçons, en quelques mois, ne doit certainement pas être considérée uniquement comme le signe d'un bon fonctionnement du dispositif anti-blanchiment.

11. Mal orientés, les banquiers ne le sont pas uniquement en amont des déclarations de soupçons. On a peu observé que l'après-déclaration n'est en effet pas organisée ni par les textes ni par Tracfin. Faut-il laisser fonctionner les comptes douteux ou, au contraire, cesser les relations bancaires ? Convient-il de procéder à des déclarations à répétition pour un même compte ? Que valent les déclarations de soupçons du point de vue de l'éventuelle responsabilité pénale de la banque ? La cessation des relations contractuelles, qui pourrait sembler d'évidence, n'est en réalité pas toujours adaptée à la traque anti-blanchiment. Elle peut d'ailleurs parfois se heurter au droit au compte, désormais consacré par les textes et défendu par la Banque de France. Celle-ci pourrait même, semble-t-il, obliger le banquier ayant clos les comptes par suite de méfiance, à ouvrir à nouveau un compte à la personne soupçonnée. Ledit compte pourrait alors se trouver limité au service de caisse et ainsi fonctionner uniquement en espèces...

12. Les pratiques viendront sans doute résorber ces difficultés conjoncturelles. Mais encore restera-t-il aux établissements bancaires à ne pas succomber au risque pénal que le législateur fait désormais peser sur eux. Là est d'ailleurs une source essentielle de difficultés, voire d'incompréhensions entre banquiers et magistrats.

On la doit essentiellement à la loi du 13 mai 1996, qui a probablement changé la donne. Jusque-là, la répression du blanchiment portait sur un certain nombre d'activités criminelles clairement identifiées. En réprimant le fait d'apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit, le législateur a introduit un hiatus mal assimilé et mal maîtrisé entre les obligations professionnelles du banquier au titre des devoirs de vigilance et les règles pénales. Si les premières ont un objet assez circonscrit, les secondes visent toutes infractions criminelles ou délictuelles. Par

suite, alors qu'il n'est pas douteux que répression et prévention n'ont ainsi pas le même domaine, quant aux infractions visées, le décalage n'est toutefois pas toujours compris, quand il n'est pas, plus gravement, source de confusions.

Il ne faut pourtant pas oublier qu'une chose est la collaboration requise des établissements de crédit et de certains professionnels à la lutte anti-blanchiment, autre chose est le traitement pénal du blanchiment, qui peut viser des infractions diverses et ainsi éventuellement des délits mineurs. La première série de dispositions porte uniquement sur des obligations professionnelles, assorties de sanctions spécifiques. Celles-ci ne sauraient donc être confondues avec les dispositions visant à sanctionner pénalement le délit de blanchiment, qui ont pour objet de réprimer tous ceux qui auraient participé au blanchiment, notamment en apportant leur concours au recyclage de capitaux. Le délit de blanchiment n'est pas la sanction du devoir de déclaration, de sorte que l'inexécution d'une obligation de déclaration, ou sa mauvaise exécution, ne réalisent pas un blanchiment. Pourtant, ne voit-on pas poindre le risque d'un passage trop direct des unes aux autres, dès lors que l'on admettrait trop aisément que la non-révélation puisse constituer l'élément matériel du délit de blanchiment ? Certes, l'élément intentionnel du délit devrait être de nature, comme le montre Didier Rebut (p. 11), à maintenir l'étanchéité. Mais nul n'ignore la labilité de l'appréciation de l'intention en matière pénale...

De fait, la vigilance pourrait alors devenir l'élément central, qui tisserait le lien entre les obligations professionnelles et l'infraction pénale. Là est le danger, car le droit pénal n'est évidemment pas là pour sanctionner – par des peines qui vont jusqu'à dix ans d'emprisonnement – une absence de vigilance professionnelle.

13. Ce risque singulier conduit plus généralement à faire porter la réflexion sur la question centrale de l'adéquation des mesures instaurées à l'objectif de détection des pratiques supposées délictueuses ou criminelles. Diverses analyses portent dans le présent dossier sur les structures mises en place, comme celle que constitue Europol dont Gilles Leclair (p. 21) explique le rôle. Nul n'ignore, à ce titre, l'insuffisance de certains des moyens mis en place pour permettre la détection des circuits de blanchiment.

Mais l'essor des attentes placées dans les contrôles bancaires et financiers conduit surtout à rechercher si les opérations qu'effectuent les organismes financiers se prêtent toujours aisément à un contrôle efficace. Le réalisme, s'il conduit d'un côté à impliquer sans cesse davantage les établissements financiers, doit dans le même temps intégrer les particularités des opérations qu'ils sont amenés à effectuer et les limites concrètes qu'elles imposent. À ce titre, on pourra évidemment s'interroger, à la suite de la lecture de l'article de Thierry Bonneau (p. 26), sur l'aptitude du banquier à déceler les infractions que véhiculent les chèques. On pourra encore réfléchir aux contraintes pratiques qui résultent de la présence d'intermédiaires divers et variés, qui ne peuvent toujours déceler les infractions. En matière d'instruments financiers comme du côté des instruments de paiements, la détection n'est pas toujours possible, quelles que soient les bonnes volontés. Les contrôles imposés ignorent parfois la masse et l'ampleur des opérations, la spécificité des techniques et, probablement aussi, leur informatisation et leur dématérialisation sans cesse croissante (v. aussi bien l'EIC que les risques de cyberblanchiment, spéc. Livre Blanc : « Internet, quelles conséquences prudentielles ? » publié par la Banque de France et la Commission bancaire, janvier 2001).

Sans doute, de telles difficultés sont inéluctables. La réglementation se met en place, progressivement, par tâtonnements. Si son principe ne peut plus être discuté, il reste sans nul doute à faire porter le débat sur les nécessaires améliorations qu'elle appelle. ■