

Manquement du banquier à ses obligations professionnelles et commission du délit de blanchiment



DIDIER REBUT

Professeur
Université Panthéon-Assas (Paris II)

Le manquement du banquier à ses obligations professionnelles ne peut suffire à lui seul à réaliser le délit de blanchiment par apport d'un concours à une opération financière. Il ne correspond pas à son élément matériel dans ses définitions strictes et même extensives. Il ne correspond pas davantage à son élément intentionnel même s'il est délibéré, c'est-à-dire observé en connaissance de l'obligation supportée de son inexécution.

1. Parce qu'il consiste, selon la définition même du GAFI, «à retraiter les produits d'origine criminelle pour en masquer l'origine illégale»¹, le blanchiment cherche à pénétrer les circuits financiers. C'est de cette façon que ses auteurs peuvent espérer faire perdre la trace des fonds que leur activité criminelle a dégagés pour en profiter pleinement et en toute sécurité. Aussi le blanchiment commence-t-il généralement par une introduction des capitaux criminels dans le système financier. C'est la phase initiale d'une opération de blanchiment qui tend précisément à faire entrer des fonds d'origine criminelle dans des circuits financiers légaux. Le processus consiste ensuite à faire circuler les fonds introduits pour les éloigner de leur lieu d'origine. Cette circulation s'accompagne le plus souvent d'une transformation des fonds afin d'en accentuer l'effet dissimulateur. L'opération s'achève par une utilisation des fonds transformés qui ressortent alors des circuits financiers pour intégrer des activités économiques légales.

L'activité professionnelle du banquier en fait le rouage essentiel sinon nécessaire de ce processus. Les opérations qui le composent participent en effet des opérations de banque que les établissements de crédit sont habilités à accomplir. La réception de fonds du public, qui est expressément qualifiée d'opération de banque par l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier, peut

correspondre à la phase d'introduction de fonds d'origine criminelle dans le système financier. Les phases suivantes de circulation et d'utilisation donnent lieu à des opérations qui relèvent sans aucun doute des opérations connexes aux opérations de banque qui sont déterminées à l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier. Elles constituent bien des placements, souscriptions, achats ou ventes de valeurs mobilières au sens de l'article L. 311-2-3 du Code monétaire et financier. C'est encore le cas si elles se manifestent par une opération de change qui est aussi désignée comme une opération connexe à une opération de banque². Dans tous les cas, il apparaît que les institutions financières sont les instruments inévitables d'un processus de blanchiment visant à recycler des fonds d'origine criminelle.

2. Cette position a été prise en compte par le législateur qui a décidé de se servir des organismes dont l'intervention est nécessaire aux opérations de blanchiment. À ce titre, il leur a imposé des obligations dans l'exercice de leur activité pour prévenir son utilisation par des réseaux de blanchiment. Il s'agit des devoirs de vérification et de déclaration qui ont été prévus à la suite des recommandations émises par le GAFI. Celui-ci avait notamment préconisé que les États imposent aux institutions financières de

¹ GAFI, «Tout sur le blanchiment de capitaux», www.oecd.org/ftaf.

² Art. L. 311-2-1 C. monét. financ.

vérifier l'identité de leurs clients (Recommandations 10 et 11), d'examiner les opérations inhabituelles auxquelles elles sont confrontées (Recommandation 14) et de déclarer les opérations suspectées de porter sur des fonds de provenance criminelle (Recommandation 14). Ces recommandations ont été mises en œuvre par la loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants, laquelle leur a imposé des obligations de vigilance qui reprennent celles qui avaient été recommandées par le GAFI. Les organismes financiers sont astreints à un devoir de déclaration de sommes ou d'opérations soupçonnées d'être d'origine illicite³, à un devoir d'examen des opérations inhabituelles⁴ et à un devoir d'identification de leurs clients⁵.

3. La méconnaissance de ces obligations est passible d'une sanction disciplinaire par l'autorité de contrôle compétente. Initialement applicable au seul irrespect du devoir de déclaration, la procédure disciplinaire a été étendue par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques aux manquements aux autres devoirs prévus dans la lutte contre le blanchiment. Ses conditions de mise en œuvre sont données par l'article L. 562-7 du Code monétaire et financier, suivant lequel *«lorsque, par suite soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation de ses procédures internes de contrôle, un organisme financier [...] a omis de faire les obligations découlant du présent titre, l'autorité ayant pouvoir disciplinaire engage une procédure sur le fondement des règlements professionnels ou administratifs et en avise le procureur de la République»*.

4. Si la procédure disciplinaire constitue la sanction applicable aux manquements aux obligations professionnelles relatives à la lutte contre le blanchiment, la question se pose de savoir si ces manquements peuvent aussi faire l'objet d'une qualification pénale. À cet égard, il faut préciser que leur sanction administrative n'empêche pas leur répression pénale. La procédure disciplinaire a d'ailleurs un domaine limité, puisqu'elle s'applique aux organismes financiers sur le fondement d'un grave défaut de vigilance ou d'une carence dans l'organisation des procédures internes de contrôle. Or, les manquements peuvent prendre une autre forme ou avoir une autre nature s'ils n'interviennent pas au niveau de l'organisme ou s'ils sont délibérés. De ce point de vue, la sanction disciplinaire apparaît incapable de s'appliquer à tous les manquements qui peuvent intervenir. La possibilité de cumuler des procédures administrative et pénale a de toute façon été expressément validée par le Conseil constitutionnel pour les manquements à la réglementation boursière. Il a admis qu'ils puissent être à la fois sanctionnés administrativement et pénalement à la condition que *«le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues»*⁶. Il

n'y a donc pas d'obstacle juridique à ce que les banquiers répondent pénalement des manquements à leurs obligations, s'ils correspondent aux éléments constitutifs d'une infraction. C'est évidemment l'application du délit de blanchiment qui est en cause. Elle est confirmée par certaines velléités judiciaires de punir de ce chef les banquiers qui auraient manqué à leurs obligations professionnelles dont celles relatives à la lutte contre le blanchiment⁷.

5. Mais il s'agit au préalable d'identifier le délit de blanchiment qui pourrait s'appliquer à l'inexécution par un banquier de ses obligations professionnelles. Il convient de rappeler que le Code pénal prévoit plusieurs délits de blanchiment qu'il est possible de diviser en deux catégories à partir de leurs éléments constitutifs. La première catégorie comprend le blanchiment réalisé par *«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»*. Il fait l'objet d'une incrimination générale par l'article 324-1, alinéa 1^{er}, du Code pénal et d'une incrimination spéciale par l'article 222-38 du Code pénal quand la justification mensongère porte sur des biens ou des revenus provenant d'un trafic de stupéfiants. La distinction a un intérêt répressif, puisque l'infraction spéciale est plus sévèrement punie que l'infraction générale. Mais il ne s'agit pas du délit de blanchiment qui pourrait être applicable au banquier à raison de l'inexécution de ses obligations professionnelles. La justification mensongère punie par cette forme de blanchiment ne peut pas être obtenue par un manquement du banquier à l'une de ses obligations professionnelles, lequel n'a aucun effet justificatif.

La seconde catégorie punit le blanchiment réalisé par *«le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit»*. Il fait pareillement l'objet de deux infractions⁸. La première est générale et est prévue à l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal. La seconde, qui est punie par l'article 222-38 du Code pénal, est propre aux opérations effectuées sur le produit d'un trafic de stupéfiants. Ces deux infractions sont celles-là même qui pourraient être applicables au banquier qui aurait manqué à ses obligations professionnelles. La question pourrait en effet se poser de la possibilité de qualifier le manquement d'un banquier à une de ses obligations professionnelles en apport d'un concours à une opération de blanchiment. C'est l'infraction qui est semble-t-il reprochée aux banquiers qui sont actuellement poursuivis pour blanchiment de capitaux.

6. Dans tous les cas, l'application du délit de blanchiment par un banquier sur le fondement d'un manquement à ses obligations professionnelles est subordonnée à son adéquation aux éléments constitutifs du blanchiment, c'est-à-dire à son élément matériel et à son élément intentionnel.

3 Art. L. 562-2 et L. 562-3, C. monét. financ.

4 Art. L. 563-3, C. monét. financ.

5 Art. L. 563-1, C. monét. financ.

6 Cons. Const., déc. n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, Rec. p. 71.

7 V. Le Monde, 12 janvier 2002, page 16; Le Figaro économie, 15 janvier 2002, pages VII et VIII.

8 V. aussi le délit prévu à l'art. 415 du Code des douanes.

I Manquement aux obligations professionnelles et élément matériel du blanchiment

7. L'élément matériel du délit de blanchiment prévu à l'article 324-1, alinéa 1^{er}, est défini comme «*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*». La définition renvoie aux trois phases d'un processus de blanchiment qui ont été décrites en termes de préblanchiment, lavage et essorage. Les opérations envisagées sont financières, de sorte qu'elles nécessitent l'intermédiaire d'un organisme financier.

8. Il faut se demander si le banquier qui manquerait à son devoir professionnel de vigilance ou de déclaration apporterait un concours au sens de l'article 324-1, alinéa 1^{er}, du Code pénal. C'est en effet à cette condition qu'il est possible de lui reprocher son manquement sur le fondement d'un délit de blanchiment. Or, un manquement à une obligation professionnelle apparaît en opposition avec la définition positive de l'élément matériel du délit de blanchiment. Il ne semble pas que cette opposition puisse être réduite par une éventuelle application extensive de cet élément matériel.

A. Opposition à la définition positive de l'élément matériel du blanchiment

9. Le banquier qui ne vérifie pas l'identité de son client ou qui ne déclare pas des sommes ou des opérations suspectes facilite sans aucun doute le blanchiment. Cet effet facilitant pourrait conduire à penser qu'un manquement à un devoir de vigilance ou de déclaration coïncide parfaitement avec l'apport d'un concours puni par l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal. Mais cette qualification précéderait du résultat du manquement qu'elle assimilerait à l'apport d'un concours à raison de son effet. Or, l'apport d'un concours ne s'entend pas d'un résultat mais d'un acte auquel il est impératif que le fait poursuivi corresponde. Cet acte est défini au moyen du verbe «apporter» et du mot «concours» dont la conjonction donne une signification positive marquée à l'acte incriminé. Ils permettent d'affirmer que le délit de blanchiment puni à l'article 324-1, alinéa 2 du Code pénal est une infraction de commission dont l'élément matériel consiste nécessairement en une action⁹.

10. Le délit diffère sur ce point du blanchiment par justification mensongère qui pourrait au contraire saisir une abstention. L'article 324-1, alinéa 1^{er}, punit en effet «*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*». Cette définition fait apparaître une constitution matérielle qui entend la justification comme un résultat causé par un acte dont la description est faite en termes de

«tout moyen». Cette expression permet sans aucun doute d'appréhender les abstentions qu'il est possible de qualifier en «moyen». Cette solution est d'ailleurs appliquée dans toutes les infractions qui définissent leur élément matériel à l'aide de la même expression. C'est le cas, par exemple, du faux en écriture qui punit l'altération de vérité «*accomplie par quelque moyen que ce soit*»¹⁰. Cette définition a permis à la jurisprudence de l'appliquer expressément à des omissions¹¹. La solution est sans aucun doute transposable au blanchiment par justification mensongère de l'origine des revenus ou des biens, ce qui conduit à en faire une infraction indifférente à la forme de l'acte qui a réalisé cette justification. Il en découle que ce délit existe sur le seul fondement de son résultat qui est le critère suffisant de sa réalisation.

11. Mais ce n'est pas la constitution matérielle du blanchiment ayant consisté à apporter son concours à une opération financière, lequel requiert un acte dont la forme est déterminée par son incrimination. Celui-ci doit être une action, de sorte qu'une abstention est incapable de réaliser son élément matériel, alors même qu'elle aurait facilité une opération financière de blanchiment. Cette solution est celle dite de la prohibition de l'infraction de commission par omission qui découle du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale¹². Elle signifie qu'une abstention ne peut pas être punie au titre d'une infraction dont l'élément matériel requiert une action. L'impossibilité s'impose même si l'abstention a provoqué un résultat identique à celui de l'action incriminée.

Or, un manquement à un devoir professionnel s'analyse comme une inaction qui a précisément consisté à s'abstenir d'exécuter un acte. Pareille description est d'ailleurs celle que le législateur en donne quand il prévoit que ces manquements sont passibles d'une procédure disciplinaire par l'autorité de contrôle. L'article L. 562-7 du Code monétaire et financier applique en effet la procédure disciplinaire à l'organisme financier qui «*a omis de faire les obligations*» relatives à la lutte contre le blanchiment. Cette définition confirme que le manquement à une obligation constitue une abstention, ce qui le rend incompatible avec l'élément matériel du blanchiment puni par l'article 324-1, alinéa 1^{er}, du Code pénal.

B. Inadéquation à une application extensive de l'élément matériel du blanchiment

12. La jurisprudence a parfois puni des abstentions au titre d'infractions dont elle affirmait pourtant qu'elles requéraient en principe une action. C'est le cas, par exemple, pour la complicité qu'il faut rapprocher du blanchiment en raison de leur ressemblance matérielle.

L'élément matériel du délit de blanchiment prévu à l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal fait penser à l'aide et l'assistance punies par la complicité¹³. Les deux qualifications ont en effet en commun de punir un acte d'association à l'activité d'autrui. Si la chambre criminelle a donné

9 V. en ce sens, B. Bouloc, «De quelques aspects du délit de blanchiment», RD bancaire et financier, mai-juin 2002, p. 151.

10 Art. 441-1, C. pénal.

11 V. par exemple, Crim., 25 janv. 1982, Bull. crim., n° 29.

12 V. par exemple, J.-H. Robert, Droit pénal général, 5^e éd., Puf, 2001, p. 205.

13 Art. 121-7, C. pénal.

une définition positive aux notions d'aide et d'assistance¹⁴, elle a admis par exception qu'elles fussent constituées par une abstention. Cette jurisprudence a concerné des personnes qui supportaient une obligation professionnelle d'agir et plus particulièrement de s'opposer à l'infraction principale¹⁵.

Dans cette hypothèse, le juge pénal semble considérer que l'inexécution d'une obligation professionnelle commandant de s'opposer à une infraction a contribué à la réalisation de celle-ci, parce qu'elle a conforté son auteur dans sa détermination. La solution a même été rendue, alors que le complice ne supportait aucune obligation professionnelle d'opposition à l'infraction¹⁶. Mais il s'agissait d'espèces relatives à des personnes dont la présence sur les lieux de l'infraction n'était nullement fortuite. Elle s'apparentait à un accompagnement, de sorte qu'elle pouvait s'analyser comme une aide ou une assistance. C'est donc sur le fondement d'une obligation professionnelle d'opposition à une infraction que la chambre criminelle a assimilé une abstention à l'aide et l'assistance de la complicité qu'elle définit pourtant comme des actions.

13. La question se pose bien sûr de savoir si la jurisprudence qui admet certaines formes de complicité par abstention est transposable au délit de blanchiment. Elle est suscitée par l'identité des espèces quand le blanchiment est reproché à un banquier qui supporte une obligation professionnelle de prévention sinon d'opposition à une opération de blanchiment. Dans ces conditions, son manquement à l'obligation qui lui incombait peut être rapproché de l'inaction coupable du complice qui supporte une obligation d'intervention et qui s'abstient de l'exécuter.

Cette proximité d'espèces ne suffit pas cependant pour conclure à une transposition au délit de blanchiment de la jurisprudence admettant la complicité par abstention. Il faut d'abord rappeler que cette jurisprudence est propre à la complicité à laquelle le blanchiment n'est pas assimilable. Celui-ci donne lieu à une infraction autonome, ce qui ménage le doute sur la possibilité de transposer une solution propre à la complicité. Ce doute est ensuite accentué par la différence de définition des éléments matériels respectifs de la complicité et du blanchiment. L'expression «apporter un concours» a sans aucun doute une signification positive plus marquée que celle découlant des mots «aide» ou «assistance». Peut-être est-il admissible qu'une abstention puisse parfois constituer une aide ou une assistance? Il est en revanche problématique d'affirmer que l'apport d'un concours pourrait être réalisé par une abstention. L'expression renvoie à une véritable participation active qu'il semble impossible de caractériser par une omission, sans qu'il importe que celle-ci corresponde à l'inexécution d'un devoir d'agir.

14. Dans tous les cas, la discussion sur la prise en compte éventuelle d'un manquement à une obligation comme élément constitutif du blanchiment par apport d'un concours supposerait le caractère incontestable de cette obligation. Elle ne saurait avoir lieu dans l'hypothèse où le banquier n'aurait pas manqué à une de ses obligations professionnelles. Le principe de l'interprétation stricte s'oppo-

serait alors sans aucun doute à la prise en compte d'une abstention. Il en découle que les obligations dont le manquement serait reproché à un banquier ne devraient souffrir aucune incertitude d'application. Mais leur application incontestable n'entamerait pas le doute sur la possibilité de constituer le délit de blanchiment prévu à l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal par une abstention.

15. Il faut enfin insister sur la marginalité et la particularité de la jurisprudence relative à la complicité qui en diminue très largement la portée exemplaire. Celle-ci, qui est demeurée très faible quantitativement, s'est en fait rencontrée dans des espèces où l'élément intentionnel était toujours avéré. Il y était établi que l'abstention avait été délibérée, c'est-à-dire observée à dessein de ne pas entraver la réussite d'une infraction dont l'auteur de l'abstention savait qu'elle était en train de se commettre. C'est là aborder la question de l'élément moral susceptible d'être extrait de la violation d'une obligation professionnelle.

II Manquement aux obligations professionnelles et élément intentionnel du blanchiment

16. Le délit de blanchiment requiert un élément intentionnel. L'exigence découle du principe de l'intention posé par l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du Code pénal. Déterminé à partir de son élément matériel, l'élément intentionnel du blanchiment peut s'entendre de la volonté d'apporter son concours à une opération financière portant sur le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Cette volonté suppose bien sûr la connaissance de la provenance criminelle ou délictuelle du produit concerné par l'opération financière qui est passée. À défaut, le concours n'est pas intentionnel puisqu'il est apporté dans l'ignorance de la véritable nature de l'opération.

17. Il convient de s'interroger pour savoir si le manquement par un banquier à ses obligations professionnelles peut caractériser l'élément intentionnel du blanchiment. Il s'agit en fait d'apprécier si l'élément moral qui ressort de ce manquement est capable de coïncider avec l'élément intentionnel du blanchiment. Or, il apparaît que les deux éléments intentionnels ne peuvent pas coïncider parce que leur contenu est résolument différent. Cette absence nécessaire de coïncidence ne signifie pas que le caractère délibéré d'un manquement à une obligation professionnelle ne peut jamais être pris en compte pour établir l'élément intentionnel d'un délit de blanchiment. Cette prise en considération est bien sûr possible comme indice et non comme composante de l'élément intentionnel.

A. Différence constitutive avec le contenu de l'élément intentionnel du blanchiment

18. Il n'y a bien sûr aucune difficulté si le manquement n'est pas délibéré dans l'hypothèse où le banquier s'est

¹⁴ Crim., 21 oct. 1948, Bull. crim., n° 242; Crim., 27 déc. 1960, Bull. crim., n° 624.

¹⁵ Crim., 27 oct. 1971, Bull. crim., n° 284.

¹⁶ V. Crim., 20 janv. 1992, Dr. pénal 1992, comm. 194.

mépris sur l'application de ses obligations. C'est le cas, par exemple, si le banquier a omis de procéder à une déclaration à Tracfin parce qu'il a faussement considéré qu'il était confronté à une opération licite. L'erreur d'appréciation qu'il a commise empêche de reconnaître une nature intentionnelle à l'inexécution de son obligation professionnelle. Un manquement qui n'est pas intentionnel ne peut pas réaliser un concours intentionnel. En effet, le banquier ne peut pas avoir l'intention d'apporter son concours à une opération de blanchiment par un manquement qu'il n'a pas conscience d'observer. Dans ces conditions, il n'y a aucune coïncidence possible entre l'élément moral d'un manquement involontaire et l'élément intentionnel du délit de blanchiment. L'hypothèse ne peut pas fonder des poursuites pour blanchiment en raison d'une contradiction irréductible entre l'élément moral susceptible d'être extrait du manquement observé et l'élément intentionnel du blanchiment.

19. C'est en fait en cas de manquement délibéré du banquier à ses obligations professionnelles que la question peut se poser de la coïncidence avec l'élément intentionnel du blanchiment. Elle nécessite de déterminer l'intention de ce manquement pour la confronter à celle du blanchiment.

Le manquement délibéré d'un banquier à ses obligations traduit en lui-même sa volonté de ne pas les respecter, alors qu'il sait qu'il devrait au contraire les exécuter. Son intention est alors celle de ne pas accomplir une obligation qui s'impose à lui. C'est l'élément intentionnel qui ressort d'un manquement délibéré à une obligation et qui s'entend de la volonté d'observer ce manquement. Il est manifeste qu'il ne coïncide pas avec l'élément intentionnel du blanchiment qui s'analyse comme la volonté d'apporter un concours à une opération financière illicite. Cette volonté n'est nullement assimilable à celle liée à un manquement délibéré à une obligation, laquelle ne permet pas de considérer que son auteur voulait apporter pareil concours par son manquement. Il s'ensuit que l'élément intentionnel du blanchiment ne peut pas être caractérisé par la seule constatation qu'un banquier aurait délibérément manqué à ses obligations professionnelles.

20. Cette différence des deux intentions découle de la finalité des obligations imposées aux banquiers qui ne tendent pas à prévenir qu'ils commettent une opération de blanchiment. Celles-ci ne poursuivent pas l'objectif d'empêcher que le banquier réalise un blanchiment s'il ne les exécute pas. C'est pourquoi leur inexécution est en elle-même incapable d'établir la réalisation d'un délit de blanchiment dans son élément intentionnel comme dans son élément matériel. Cette constatation permet d'écarter le parallèle qui pourrait être fait avec le délit de tromperie quand il est appliqué aux professionnels qui ont manqué à leurs obligations.

21. Prévu par l'article L. 213-1 du Code de la consommation, le délit de tromperie punit le fait de tromper un

contractant par quelque moyen ou procédé que ce soit. Or, la chambre criminelle accepte que son élément intentionnel soit caractérisé par le manquement délibéré de son auteur à l'obligation de vérification qui lui incombait. Elle considère ainsi que «*la mauvaise foi de l'importateur (de marchandises) se déduit du fait qu'il n'a pas, avant la vente du bien importé, vérifié que celui-ci présentait les caractéristiques essentielles indiquées par l'acquéreur*»¹⁷. Cette solution pourrait donner à penser que la nature délibérée d'un manquement à une obligation professionnelle peut équivaloir avec l'élément intentionnel d'une infraction, dont l'élément matériel n'est pourtant pas constitué par cette inexécution. Sans doute est-ce la qualification qui ressort de la jurisprudence rendue en matière de tromperie. Mais celle-ci s'explique parce que les obligations imposées aux importateurs ont précisément pour objet d'empêcher qu'ils trompent leurs cocontractants. C'est pourquoi leur violation délibérée coïncide avec l'élément intentionnel du délit de tromperie. Si la tromperie ne se réduit pas à la sanction pénale de l'inexécution du devoir de vérification des professionnels, elle lui correspond néanmoins parfaitement quand cette inexécution est le fait des personnes mêmes auxquelles ce devoir est imposé pour les empêcher de réaliser une tromperie.

Il ne s'agit pas de la situation des banquiers dont les obligations professionnelles relatives au blanchiment ou encore à la régularité formelle des chèques n'ont pas pour finalité d'empêcher qu'ils commettent un délit de blanchiment, mais de faire obstacle à la commission de ce délit par leurs clients. C'est la raison pour laquelle l'inexécution délibérée de ces obligations ne peut pas correspondre à l'élément intentionnel du blanchiment, à la différence de la solution rendue en matière de tromperie.

22. Cette impossibilité est confirmée par l'exemple de la répression pénale encourue par les commissaires aux comptes qui méconnaissent leurs obligations professionnelles. À l'instar des devoirs supportés par les banquiers, les obligations imposées aux commissaires aux comptes ne tendent pas à les empêcher de commettre des infractions. La violation délibérée de ces mêmes obligations est donc incapable de coïncider avec les délits qui ont pu s'ensuivre. Elle est ainsi insuffisante pour caractériser l'élément intentionnel d'une complicité d'abus de biens sociaux ou de présentation de comptes annuels infidèles. En revanche, ce manquement délibéré peut correspondre à l'élément intentionnel du délit de délivrance ou de confirmation d'informations mensongères¹⁸. Cette coïncidence découle du fait que ce délit a pour finalité d'empêcher que les commissaires aux comptes ne méconnaissent délibérément leurs obligations de vérification. Aussi son élément intentionnel peut-il être valablement caractérisé par la nature délibérée d'un manquement aux obligations de vérification des comptes¹⁹.

Un rapprochement peut être utilement fait entre la situation des banquiers et celle des commissaires aux comptes, qui supportent des obligations comparables de

17 Crim., 22 mai 1996, Bull. crim., n° 213 ; v. aussi Crim., 10 déc. 1996, Bull. crim., n° 457 ; Crim., 10 avr. 1997, Bull. crim., n° 138 ; Crim., 9 avr. 1999, Bull. crim., n° 33.

18 Art. L. 820-7, C. com.

19 Crim., 8 avr. 1991, Bull. crim., n° 266.

vérification ou de contrôle dont l'une des finalités qui ont notamment pour finalité d'empêcher que leurs clients ne commettent des infractions. De la même façon qu'un manquement délibéré à ses devoirs par un commissaire aux comptes est incapable de caractériser à son encontre l'élément intentionnel d'une complicité d'abus de biens sociaux ou de présentation de comptes annuels infidèles, la violation délibérée par un banquier de ses obligations de vérification ou de déclaration est insuffisante à caractériser contre lui l'élément intentionnel d'un délit de blanchiment. Ces impossibilités s'expliquent parce que leurs devoirs n'ont pas pour finalité de les empêcher de commettre ces mêmes infractions. C'est pourquoi leur violation délibérée ne peut pas révéler l'élément intentionnel de ces délits. En revanche, cette violation peut caractériser l'élément intentionnel d'un autre délit ayant pour finalité d'empêcher cette violation. Or, ce délit n'est pas prévu pour les banquiers. Ceux-ci ne sont pas soumis à un délit qui punisse les manquements à leurs devoirs de vérification ou de déclaration. C'est la différence avec les commissaires aux comptes dont l'inexécution délibérée des devoirs de vérification tombe sous le coup d'une infraction spéciale.

23. Cette absence de pénalisation du manquement délibéré des banquiers à leurs obligations professionnelles est sans doute l'un des motifs qui poussent les juges pénaux à chercher à leur appliquer le délit de blanchiment. La démarche est néanmoins contraire au principe de la légalité et de l'interprétation stricte de la loi pénale, puisqu'elle conduit à appliquer le délit de blanchiment à des faits qui ne lui correspondent pas. Il faut préciser que l'impunité est seulement pénale, puisque les manquements relevant d'une carence délibérée dans les procédures de contrôle peuvent être sanctionnés par l'autorité de tutelle en vertu de son pouvoir disciplinaire ²⁰. De toute façon, le défaut d'incrimination d'un fait ne justifie pas qu'il soit puni sur le fondement d'une infraction qui n'a pas vocation à lui être appliquée. La position inverse conduit à une substitution du législateur par le juge qui est évidemment contraire aux principes les plus fondamentaux du droit pénal.

24. Si l'élément intentionnel d'un manquement délibéré à une obligation professionnelle est résolument différent de celui du délit de blanchiment, de sorte qu'il ne peut pas suffire à le constituer, il peut néanmoins être pris en compte pour l'établir. Dans cette hypothèse, le manquement délibéré est certes pris en considération pour caractériser l'élément intentionnel d'un délit de blanchiment. Mais cette prise en considération ne donne pas lieu à une constitution de cet élément intentionnel par celui du manquement.

B. Prise en compte possible comme indice de l'élément intentionnel du blanchiment

25. Sans doute le banquier peut-il manquer à ses obligations pour permettre la réussite d'une opération financière de blanchiment. On peut supposer que le banquier qui entend aider une personne à blanchir son argent s'abstien-

dra au moins de déclarer l'opération à Tracfin. L'hypothèse ne conteste pas cependant la portée de l'absence de coïncidence entre les deux éléments intentionnels, puisqu'elle ne la contredit pas.

En effet, l'élément intentionnel du délit commis par le banquier n'est pas constitué par le contenu intellectuel mais par la finalité de son manquement. C'est cette finalité qui constitue l'élément intentionnel du délit et non sa composante morale. Celui-ci est constitué par un élément qui ne participe pas du contenu de l'élément intentionnel présent dans le manquement délibéré, mais par un élément extérieur à lui, puisqu'il s'agit de la finalité qu'il poursuivait. Il n'y a donc pas constitution de l'élément intentionnel du blanchiment par l'élément intentionnel du manquement, de sorte que la possible prise en compte d'un manquement délibéré pour établir la commission d'un délit de blanchiment ne donne pas lieu à une constitution de son élément intentionnel par celui présent dans le manquement délibéré.

26. Cette analyse est exactement celle qu'il est permis de faire à l'étude d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en matière recel dans une espèce qui posait précisément la question de la constitution de son élément intentionnel par le caractère délibéré d'un manquement à une obligation professionnelle ²¹. À l'instar des banquiers en matière de lutte contre le blanchiment, les professionnels du commerce des objets d'art et d'occasion sont soumis à des obligations destinées à faire obstacle à la commission de recel par leurs clients. Il s'agit notamment de la tenue d'un registre sur lequel ils doivent inscrire l'identité de leurs clients. La méconnaissance de cette obligation fait d'ailleurs l'objet d'une infraction spéciale qui est prévue à l'article 321-7 du Code pénal et qui est distincte du recel. Cette prévision confirme que la méconnaissance d'un professionnel à une obligation ne peut pas suffire à donner lieu à un recel, puisque le législateur a jugé bon de l'incriminer spécialement. Il en découle que la seule méconnaissance de ses obligations par un professionnel ne peut pas réaliser un recel. Elle constitue en revanche le délit spécial de l'article 321-7 du Code pénal, dont les peines sont bien moins élevées.

L'infraction spéciale ne fait certes pas obstacle à l'application du recel à un professionnel qui a manqué à ses obligations. La possibilité ressort d'un arrêt dans lequel la chambre criminelle a approuvé les juges du fond qui avaient retenu un délit de recel contre un brocanteur professionnel, alors qu'il avait omis de mentionner l'achat de choses volées sur le registre réglementaire ²². Mais cette condamnation n'a pas donné lieu à une constitution de l'élément intentionnel par le seul manquement délibéré du brocanteur à son obligation de tenue du registre réglementaire. La chambre criminelle a bien au contraire relevé d'autres éléments qui témoignaient de l'élément intentionnel du recel. Il s'agissait notamment de paiements en espèces et de l'absence de délivrance de factures. Le manquement à l'obligation de tenue du registre réglementaire a donc été réduit au rang de simple indice de l'élément intentionnel qui a permis de le caractériser parce qu'il était accompagn-

²⁰ V. supra, n° 3.

²¹ Crim., 19 déc. 1989, pourvoi n° 86-96704.

²² Crim., 19 déc. 1989, préc.

d'autres indices, lesquels en témoignaient pareillement. Dans tous les cas, l'élément intentionnel du recel n'a pas été constitué mais caractérisé par le manquement délibéré du professionnel à son obligation. Cette caractérisation n'a pas en outre été faite à la seule observation du manquement délibéré. Elle est intervenue sur le fondement de plusieurs éléments dont la conjonction permettait d'établir l'existence de l'élément intentionnel d'un recel.

27. Transposée au blanchiment, la décision rendue sur le recel confirme qu'un manquement délibéré d'un banquier à ses obligations relatives à la lutte contre le blanchiment ne peut pas permettre de caractériser l'élément intentionnel de ce délit, s'il n'est pas accompagné par d'autres éléments qui autorisent de le déduire. Ceux-ci pourraient, par exemple, tenir au contexte du manquement s'il est exceptionnel par rapport à l'opération financière à laquelle le banquier était confronté. Encore faudrait-il que ce manquement inhabituel ne puisse pas être attribué à une erreur d'appréciation sur la nature licite de cette opération. À l'opposé, un manquement généralisé lié au fonctionnement des procédures internes de vérification et de contrôle serait insuffisant à faire la preuve de l'élément intentionnel du blanchiment sauf à montrer qu'elles ont été mises en place de façon à permettre des opérations de blanchiment. Mais l'élément intentionnel du délit de blanchiment ne serait pas constitué par le contenu intentionnel mais par les causes de ces manquements systématiques.

28. L'incapacité d'un manquement délibéré à constituer l'élément intentionnel du blanchiment procède du délit de blanchiment qui n'a pas pour objet de punir le manquement du banquier à ses obligations professionnelles. La coïncidence entre les deux éléments intentionnels ne serait possible que si les obligations du banquier poursuivaient l'objectif de l'empêcher de commettre un délit de blanchiment. Or, ce n'est pas l'objectif assigné aux obligations professionnelles du banquier qui tendent à empêcher la commission d'un blanchiment par ses clients et non par lui-même. C'est pourquoi un manquement à ces obligations est incapable à lui seul de réaliser un blanchiment.

29. L'indépendance constitutive du délit de blanchiment aux obligations professionnelles du banquier ne s'observe d'ailleurs pas seulement en cas de manquement à celles-ci. Elle doit aussi se manifester dans l'hypothèse d'une exécution de ses obligations par le banquier. Cette exécution ne peut pas le protéger contre d'éventuelles poursuites pour blanchiment, si les éléments constitutifs de ce délit peuvent être caractérisés contre lui à partir d'autres indices. Sans doute cette caractérisation ne peut-elle pas s'appuyer sur des obligations qui auraient été par hypothèse accomplies. Mais ce respect ne protégerait pas le banquier contre le délit de blanchiment qu'il aurait commis malgré l'exécution de ses obligations. C'est l'application de l'indépendance du délit de blanchiment et des obligations imposées dans ce domaine au banquier.

La solution est différente pour les délits qui ont pour objet de punir l'inexécution d'obligations. En ce qui les concerne, l'exécution des obligations en cause protège leurs tributaires qui ne peuvent pas être condamnés de ce chef. On observe, par exemple, cette solution dans les délits d'entrave dont l'objet est de punir les manquements des chefs d'entreprise à leurs obligations professionnelles. Prévu à l'article L. 483-1 du Code du travail, l'entrave à la constitution et au fonctionnement du comité d'entreprise, du comité d'établissement ou du comité central d'entreprise punit les chefs d'entreprise qui méconnaissent les obligations qui leur sont imposées par le Code du travail dans ce domaine. Il a donc pour objet de punir les manquements des chefs d'entreprise aux obligations prévues pour permettre la constitution et le bon fonctionnement des institutions en cause. Ce lien nécessaire entre la commission d'un délit d'entrave et le manquement du chef d'entreprise à une de ses obligations explique que le délit soit subordonné à la violation d'une obligation. C'est pourquoi il ne peut y avoir d'entrave s'il est établi que le chef d'entreprise a au contraire respecté ses obligations²³. La solution n'est pas transposable au blanchiment, parce que le manquement du banquier à ses obligations professionnelles n'en est pas l'élément constitutif. De la même façon que ce manquement ne correspond pas à un blanchiment, l'absence de manquement n'implique pas l'absence de blanchiment. ■

23 Crim., 5 mars 2002, Bull. crim., n° 156; v. aussi Crim., 17 mars 1992, Bull. crim., n° 116.