

Table ronde 1/ Ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la lutte anti-blanchiment

Des sanctions à la prévention

Modérateur :

Anne-Dominique MERVILLE

Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise et Directrice du Master 2 Droit pénal financier

Le blanchiment d'argent, mécanisme relativement simple, est défini à l'article L324-1 du Code pénal : il s'agit par une série d'actes d'introduire des fonds provenant du crime dans des circuits financiers réels ou fictifs, par des procédés permettant de perdre la trace illicite ou l'origine criminelle de l'argent. Conçu initialement comme une pollution de l'économie, le blanchiment de capitaux est devenu une composante importante et indissociable de la libéralisation des circuits financiers internationaux. Le FMI estime entre 2 et 5 % du PIB mondial, le volume annuel d'intégration dans le système financier international de fonds illicites, soit mille milliards d'euros au bas mot.

Ce processus simple se découpe en trois étapes :

- **Le placement rompt le lien entre le produit de l'infraction et l'infraction elle-même** : l'argent est introduit dans le circuit financier ou économique par des opérations de transaction, de dépôt bancaire d'espèces fractionnées ou par la création de commerce ; ce dernier permet aisément de mélanger les fonds d'origine douteuse avec des fonds d'origine licite.
- **Pendant l'empilage, l'auteur du blanchiment effectue une série de transactions**, d'achats, de virements pour brouiller les pistes et masquer l'origine des fonds.
- **Enfin l'intégration permet à l'auteur de jouir des fonds** intégrés dans l'économie car l'origine frauduleuse des fonds est devenue indécélable.

Le délit de blanchiment d'argent est une infraction de conséquence : pour blanchir de l'argent il faut avoir commis un délit ou crime. Depuis plusieurs années, le législateur international cherche à endiguer le blanchiment d'argent en prononçant des sanctions sévères, de 5 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende pour les moins lourdes. **Aujourd'hui, le législateur et les organismes internationaux veulent endiguer le blanchiment par la prévention.** L'ordonnance du 30 janvier 2009 transposant une directive européenne du 26 octobre 2005, donne **un rôle actif à toutes**

les professions réglementées dans la prévention du blanchiment. Ayant constaté que l'activité bancaire et financière peut faciliter le blanchiment, on a créé des processus de contrôle pour prévenir le blanchiment dans les institutions bancaires et financières. Le législateur va aujourd'hui plus loin en demandant aux autres professionnels (agents immobiliers, notaires, commissaires aux comptes...) de participer à la prévention du blanchiment d'argent. Plusieurs professionnels vous présenteront leur point de vue sur cette lutte.

Un processus industrialisé dans les banques

Judith ASSOULY

Ancien Compliance Officer, Consultante indépendante spécialisée en conseil et formation en déontologie et conformité financière

De l'évidence au soupçon

Les banques sont concernées par la lutte contre le blanchiment depuis une vingtaine d'années. La prise de conscience, très progressive, a fini par aboutir à des dispositifs internes aujourd'hui très organisés, voire industrialisés. Dans une première période, jusqu'au début des années 2000, les banques devaient prévenir et lutter contre le blanchiment issu du trafic de drogue uniquement, puis de la criminalité organisée. Seules les opérations qui avaient l'apparence du blanchiment donnaient lieu à des déclarations et cette cause justifiait la levée de la confidentialité pour les banquiers. Après 2001, une intensification des contrôles sur l'identité des clients se produit. **La loi sur les nouvelles régulations économiques (Loi NRE) rend quasiment automatiques les déclarations de soupçon** et oblige les banquiers à davantage de contrôle lors de l'entrée en relation avec leur client, qu'ils soient réguliers ou occasionnels. Il s'agit, à partir de ce moment, de détecter et déclarer toutes les opérations et sommes qui pourraient provenir du blanchiment : le champ des opérations à surveiller

s'élargit, les mesures à mettre en oeuvre sont plus nombreuses.

Prise de conscience progressive

Plusieurs facteurs expliquent cette prise de conscience progressive des banques :

- **Les contraintes réglementaires** : les textes s'intensifient rapidement, augmentant le périmètre des contrôles à mettre en place, les régulateurs augmentent le nombre d'audits et publient les sanctions.
- **Les scandales** : les affaires telles celles d'AXA ou de la Société générale ont effrayé les autres établissements ; l'obligation initiale de surveillance est devenue une obligation de vigilance ; les professionnels ont compris le risque de ne pas intégrer ces dispositifs dans leur quotidien.
- **Des pressions politiques** (depuis les attentats de 2001) et internationales : les Etats-Unis menacent d'opérer de moins en moins de transactions avec les pays réticents au contrôle.
- **La prévention du risque de réputation**, qui incombe aux banques et aux compliances officers.

Les pratiques actuelles

Dans les banques, des équipes spécifiques se sont progressivement dédiées à la lutte contre le blanchiment, passant d'un seul responsable de la déontologie dans les années 90 à des équipes entières plus récemment, constituées par exemple d'anciens magistrats, nommés correspondants Tracfin.

Des dispositifs de formation se développent et se formalisent. Les séances disjointes de formations irrégulières sont remplacées par un système de formation e-learning et des évaluations de connaissances, pour tester les professionnels mais aussi pour prouver au régulateur l'efficacité des dispositifs de prévention.

Des procédures détaillées sont rédigées et, pour partie, incorporées dans les processus opérationnels des collaborateurs. Des comités de suivi de lutte anti-blanchiment, impliquant les plus hauts niveaux hiérarchiques des banques, suivent l'organisation du dispositif et traitent les

Les experts-comptables et commissaires aux comptes dans la lutte anti-blanchiment

anomalies remontées par les responsables de conformité. En plus des reporting obligatoires aux autorités de tutelle (Commission bancaire), des systèmes de remontée d'informations à la hiérarchie sont mis en place. Enfin, différents audits, internes ou issus des visites des régulateurs, font l'objet de suivis minutieux. **On assiste donc à un véritable processus industrialisé de lutte dans les banques.**

Avant d'entrer en relation avec un nouveau client, la plupart des professionnels, qu'ils soient dans la banque de marché ou dans la banque de réseau, demandent une autorisation ou doivent obtenir une dérogation si le temps leur manque pour finaliser le dossier client.

Les banques achètent également des outils de détection des anomalies. Ces systèmes sont plus ou moins pertinents selon les activités, plus difficiles à paramétrer dans les activités de marché que dans la banque de détail.

Mutualisation des tâches de gestion du risque

Aujourd'hui, la lutte contre le blanchiment fait partie de la fonction plus vaste de gestion des risques : il n'est pas rare que ce soient les mêmes équipes qui s'occupent de la mise en place de la Directive « MIFID » et qui établissent le profil des clients. Puisque les banques doivent pouvoir identifier des opérations inhabituelles, elles doivent définir ce qu'elles entendent par « opérations habituelles » pour un client donné. Il faut donc avoir la trace du profil du client, de sa compétence et de ses objectifs d'investissement (comme le requièrent les exigences de la Directive « MIF »).

Les banques jouent donc un nouveau rôle dans la lutte anti-blanchiment mais aussi dans la lutte plus récente contre les abus de marché, participant à la détection des manquements aux textes législatifs. La lutte contre le blanchiment s'intègre dans la fonction plus large de la conformité, faisant partie d'un ensemble plus vaste de prévention du risque de réputation.

Pour les banquiers, il reste néanmoins difficile sur le plan éthique d'avoir une relation avec des clients qu'ils doivent soupçonner régulièrement. Sur le plan technique, les possibilités d'alerte par des outils performants ne transforment-elles pas l'obligation de moyens des banques en obligation de résultat, dès lors qu'elles ont toutes les informations ? Cette question reste en suspens.

William NAHUM

Président du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables et fondateur de l'Académie des Sciences et Techniques comptables et financières, Médiateur délégué au crédit

Des métiers de consultants ou de contrôleurs ?

Les experts-comptables et les commissaires aux comptes ne sont pas tout à fait dans la même situation que les banquiers, qui veillent à la détection d'opérations douteuses de façon quasi-industrielle comme nous l'avons évoqué. Les professions libérales, elles, sont davantage partagées entre le désir de bien faire, dans l'intérêt général, et la question de la responsabilité engagée. La question de savoir concernant le placement du curseur entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat, est laissée à l'appréciation du juge. Un jugement récent a condamné un commissaire aux comptes dans une affaire de révélation de faits délictueux, sous motif qu'il « ne pouvait pas ne pas savoir » vu son métier d'expert-comptable par ailleurs. Entre la bonne volonté a priori des professionnels et les relations avec les autorités et le législateur, se crée un fossé...

Le travail du commissaire aux comptes, étant la vérification, il adopte par la nature de ses fonctions une attitude de soupçon : il s'interroge fréquemment sur la nature des opérations normales et sait qu'il doit révéler au procureur les faits qui pourraient s'avérer délictueux.

L'expert-comptable, quant à lui, est dans une relation contractuelle, et produit des

missions différentes d'un client à l'autre, qui mettent en œuvre une organisation pyramidale, impliquant souvent de 10 à 15 collaborateurs. Certaines comptabilités sont même sous-traitées à l'étranger. Les obligations de vérification d'identité, de vigilance renforcée et de contrôle des opérations doivent donc être enseignées aux collaborateurs. Comment ? En observant les éléments d'une facture banale (date, TVA, imputation comptable), garder à l'esprit les indicateurs de repérage du blanchiment ? En 2002, l'Ordre des experts-comptables avait organisé une détection à l'aveugle de cas réels de blanchiment, auprès de confrères expérimentés : ils n'ont rien trouvé !

Ne pas se tromper de responsabilité

On peut donc craindre que les dispositifs législatifs actuels aient pour conséquence de transférer la responsabilité de l'Etat (et d'organismes comme TRACFIN) aux professionnels. Les professionnels libéraux ne peuvent que contribuer à la lutte anti-blanchiment. Le *soupçon*, le *fait délictueux*, les *bonnes raisons de soupçonner*, les *paradis fiscaux*, ne sont même pas des vocables partagés par tous et pérennes dans le temps.

N'oublions pas aussi que ces postures de vigilance ont un coût, nécessaire certes, qui impactera la productivité de nos professions. Au moment où les normes de la profession d'experts-comptables s'établissent (secret professionnel, acceptation des missions, supervision, documentation...), il faudra continuer à dialoguer sur les limites de nos responsabilités avec les autorités.



Application des nouvelles obligations légales au Royaume-Uni

Emma HARDAKER

Expert en lutte anti-blanchiment, Deloitte – Royaume-Uni

La troisième directive a été entièrement mise en œuvre en Grande Bretagne le 15 décembre 2007 à la suite de l'entrée en vigueur des réglementations anti-blanchiment. La majeure partie de ce qui est légalement requis au Royaume-Uni avait déjà été anticipée par le *Proceeds of Crime Act*¹, lancé quatre ans auparavant, qui avait fait du blanchiment d'argent un délit. Le régime juridique choisi a volontairement été pris au sens large pour inclure toute activité criminelle de laquelle découleraient des gains (quelle que soit la somme), eux-mêmes susceptibles de constituer un blanchiment d'argent. Dans la législation anglaise, les actes de placement, d'empilage, et d'intégration n'entrent pas en considération : la loi est plus généraliste et comprend tout acte ayant trait au blanchiment d'argent. Le simple fait de posséder des fonds provenant d'activités criminelles, même s'ils ne sont pas utilisés, est considéré comme un acte de blanchiment d'argent.

En tant que secteur réglementé, comprenant entre autres les métiers de l'audit, de la comptabilité, de l'immobilier, du barreau et du jeu, nous sommes dans l'obligation de faire part de tout soupçon de blanchiment d'argent. Lorsque la directive a été appliquée, quelques problèmes majeurs, comme la taille importante du nouveau secteur réglementé, sont apparus. Le Royaume-Uni a en effet dû inclure dans ce secteur des domaines qui n'avaient pas l'expérience de la lutte anti-blanchiment d'argent dans leur milieu professionnel. Les concepts d'identification et de vérification de l'identité du client, ainsi que celui de détermination des bénéficiaires éventuels des fonds ont également dû être introduits. Or, pour certains milieux professionnels dans ce secteur, la connaissance de l'identité du client s'est avérée problématique. Cette méconnaissance était particulièrement gênante pour les professions comptables et les auditeurs, car ils ne bénéficiaient pas du secret professionnel. Le régime juridique avait été rédigé de telle sorte que les comptables et les auditeurs étaient obligés de rédiger des rapports sur leurs clients alors que les avocats en

étaient exempts. Les comptables et les avocats étant souvent amenés à travailler ensemble, les comptables et les auditeurs travaillant fréquemment dans des domaines traditionnellement réservés aux avocats comme la juricomptabilité ou le conseil fiscal, le désavantage concurrentiel était évident. Les avocats pouvaient annoncer à leurs clients « *nous allons travailler pour vous et nous n'aurons pas à faire de rapport sur vous* », alors qu'un comptable, lui, aura à produire un rapport auprès de la *Serious Organised Crime Agency* (SOCA)².

De plus, les obligations de vérification de l'identité ne s'appliquaient qu'aux nouveaux clients : les clients de longue date d'un secteur réglementé n'étaient pas par conséquent identifiés.

Des directives à l'attention de professions ciblées ont été établies par des organismes professionnels et des autorités de réglementation régies par les tribunaux. Ainsi, des organismes professionnels, comme la *British Bankers Association*³, ont rédigé des directives, qui ont ensuite été soumises à l'approbation du *HM Treasury*⁴. Le *Institute of Chartered Accountants*⁵ a également rédigé une directive, qui a ensuite été approuvée par le *HM Treasury*.

La production de directives soumises à l'approbation de l'industrie peut présenter certains dangers. Ainsi, bien que la définition légale d'une personne politiquement exposée au Royaume-Uni ne s'applique en principe qu'aux personnes physiques, cette définition a été prise au sens large dans les directives à l'attention des comptables et approuvées par la Trésorerie, et comprend également toutes les personnes morales qui auraient un lien avec des personnes politiquement exposées.

Le régime juridique britannique est toujours sous examen. La Trésorerie a récemment demandé aux professions réglementées de témoigner sur

le sujet, afin d'avoir leur avis sur le fonctionnement et l'efficacité du régime.

Les réponses à cette requête ont été nombreuses : les professions juridiques désapprouvent le fait qu'il n'y ait pas un seuil minimal pour l'établissement des rapports, ainsi que le fait qu'il faille demander une autorisation pour effectuer des actions qui seraient en principe considérées comme du blanchiment d'argent. Le sentiment général est que la réponse de l'unité d'intelligence financière tarde.

Ce nouveau régime est un énorme poids pour les professions réglementées dans le pays. Au sein de Deloitte, six employés à temps plein travaillent sur la lutte anti-blanchiment d'argent et sur la vérification de l'identité des clients, faisant de ce secteur une industrie en pleine croissance. Cependant, celui-ci peut également s'avérer être une charge trop onéreuse pour les entreprises réglementées de petite taille.

La troisième directive a été partiellement ou entièrement mise en œuvre dans les différents pays d'Europe, à l'exception de l'Irlande et de l'Espagne, où de telles obligations légales n'ont pas encore été mises en place. Nous devrions tous avoir les mêmes directives, filières de présentation des rapports, définitions du statut de personne politiquement exposée, etc.

¹ Le *Proceeds of Crime Act* est un texte législatif relatif au recouvrement des gains provenant d'activités criminelles.

² La SOCA est l'agence nationale de Lutte Contre le Crime Organisé en Grande Bretagne

³ Association des Banquiers Britanniques.

⁴ Le *HM Treasury* ou la Trésorerie de Sa Majesté est le ministère de l'économie et des finances.

⁵ Institut des comptables agréés.



Les transmissions des rapports varient énormément d'un pays à l'autre ; en effet, il peut s'agir de rapports transmis de personne à personne ou de rapports établis par des organismes de réglementation. Au Royaume-Uni, la transmission des rapports s'effectue selon un système de désignation d'un responsable anti-blanchiment. Dans ce système, chaque entreprise se dote en interne d'un responsable destinataire des rapports établis, à qui il incombe ensuite de décider de faire part des rapports à la SOCA ou non. La quantité de rapports établis varie également. En 2007-2008, les comptables et les auditeurs ont effectué 7 354 rapports, les avocats 6 473 et les banques anglaises 145 905. En Allemagne, entre 2004 et 2005, la profession comptable a établi 10 rapports. Cette différence de nombres tient à la définition faite par les différentes juridictions du blanchiment d'argent ; ainsi en Allemagne, la législation n'inclut pas une responsabilité pénale des entreprises.

Les régimes juridiques instaurés au Canada et en Australie sont similaires à celui mis en place en Grande-Bretagne, ils sont cependant beaucoup plus récents. Aux Etats-Unis, les obligations de rapport sont fonction d'un seuil financier, de telle sorte que seules les transactions au delà d'un certain seuil doivent faire l'objet d'un rapport auprès de l'unité d'intelligence

financière. Des hangars entiers sont remplis de rapports qui n'ont jamais été examinés... Par ailleurs, les avocats aux Etats-Unis ne font pas partie du secteur réglementé.

Au Royaume-Uni, le secret professionnel a été étendu à la profession comptable afin de refléter le privilège des avocats lorsqu'il s'agissait d'établir ou non un rapport. En effet, à situation égale devait correspondre un secret professionnel identique. Les avocats déposent tout de même des rapports et sont même obligés de le faire lorsque l'absence de rapport pourrait favoriser des infractions pénales. La question du champ d'application du secret professionnel reste très débattue, même au sein du corps des avocats.

Ceux qui disent pouvoir identifier des clients ne fournissent pas toutes les informations nécessaires ; en effet, il nous est également nécessaire de savoir à qui l'activité criminelle pourrait bénéficier en dernier lieu.

La leçon majeure à tirer de cette nouvelle législation est que la coopération avec les organes de réglementation ainsi qu'avec l'unité d'intelligence financière est cruciale : nous avons arrêté de nous y opposer et avons entrepris de collaborer avec eux afin de faire fonctionner cette coopération du mieux possible.

Les domaines dans lesquels cette collaboration fonctionne bien incluent l'obtention de l'accord permettant de mener à bien les transactions tout en respectant la confidentialité de nos rapports, ce qui était une préoccupation majeure. Les professions légales et comptables ont passé beaucoup de temps à expliquer l'importance de la confidentialité des rapports de suspicion. En 2007-2008, il n'a été fait état que d'une seule violation du secret professionnel.

Le délai d'obtention d'accords dans le cas de la solvabilité est passé de quelques jours à quelques heures. Les discussions avec l'unité d'intelligence financière dans ce sens ont été extrêmement utiles.

Il est essentiel que la mise en place de nouveaux outils de contrôle au sein de sa propre entreprise soit aussi aisée que possible. Nous demandons aux professionnels qu'ils viennent nous faire part de leurs soupçons, puisqu'une fois qu'ils nous en font part, nous sommes nous-mêmes responsables devant la loi, et plus eux. Cet élément devrait rassurer les professionnels d'une part, et leurs clients d'autre part.

Collaboration avec le Gouvernement (PCAOB)

Hyman SHWIEL

Ancien associé Ernst & Young et Directeur des risques des professionnels et des entreprises.

En 2002 et en 2003, le monde de la finance, et notamment la profession comptable, a connu une vague de scandales suite à la faillite d'Enron, Worldcom, Sunbeam et Adelphia. L'indépendance de certains cabinets d'experts-comptables a également été remise en cause. Une tempête a fait rage dans la presse américaine à propos de l'inefficacité des réglementations et a abouti à la mise en examen d'Arthur Andersen LLP et à sa faillite. A la suite de cela, la Publication Company Accounting Oversight Board (PCAOB) a été créée, signifiant dès lors que les résultats des contrôles des cabinets d'expertise comptable seraient rendus publics : les cabinets seraient désormais audités en interne, par leurs pairs, éventuellement par la ACC, ainsi que par la PCAOB. Cela a fortement marqué les esprits.

Un écart s'est créé entre les groupes de consultants et les groupes d'auditeurs. Cette division a eu pour conséquence de marginaliser et démoraliser les personnes concernées. Les employés et les associés ont été touchés et les effets ont été ressentis à tous les niveaux de la hiérarchie. A la suite de cela, les entreprises ont connu des situations difficiles, les obligeant ainsi à se remettre en question.

Nous en avons conclu que le Gouvernement est bien plus puissant que nous : il réagit plus particulièrement aux représentants du Congrès et aux sénateurs, à son électorat, généralement de façon très émotive, et il est à même de prendre des mesures plutôt draconiennes. Nous nous sommes donc rendu compte qu'il nous fallait travailler de concert avec le gouvernement et admettre qu'il visait un public différent du nôtre : alors que le nôtre est plutôt constitué de banquiers, le sien est davantage l'homme de la rue. Il nous a fallu également apprendre à reconnaître les conséquences d'un échec : l'insubordination peut conduire à l'implosion d'un cabinet. Nous avons aussi dû admettre que le résultat final est partie intégrante d'un long processus : nous avons besoin d'y tenir tout au long du processus.

Tout d'abord, nous avons décidé de considérer le Gouvernement comme client et non comme adversaire. Nous avons détaché des associés expérimentés de notre cabinet et

les avons affectés au PCAOB. Ils siégeaient au sein du comité de direction d'Ernst and Young, et plutôt que de continuer à s'occuper de clients, nous leur avons attribué une équipe pour qu'ils puissent être attentifs aux besoins du PCAOB. L'idée était de montrer au PCAOB que nous étions à l'écoute de leurs besoins, et qu'ils pouvaient comprendre les nôtres. Les canaux de communication entre nous étaient désormais ouverts. Nous nous sommes également assurés que tous les accords, archives et toute autre documentation au sujet de nos interactions avec le gouvernement étaient parfaitement étoffés et bien documentés.

Nous avons appris à penser comme des bureaucrates, puisque l'inefficacité ou le coût d'une action ne sont pas des arguments recevables auprès du gouvernement. Le Gouvernement ne se préoccupe pas de savoir si telle mesure coûtera plus cher aux professions comptables ou juridiques. Il ne peut pas justifier ses actions pour sauver un cabinet de la faillite auprès de la population. Nous nous sommes rendus compte qu'il suffisait d'aborder des grandes questions de principe et de mettre en avant les aspects de la situation manquant de réalisme pour que le Gouvernement tienne compte à la longue de nos préoccupations.

Nous nous sommes aperçus qu'il fallait faire de même avec les autres cabinets. Ainsi, si nous avons vent d'une affaire ou si nous avons des suspicions à propos d'un client avec lequel travaillait un autre cabinet, nous ne devons plus nous taire et devons trouver le moyen de faire part de ces découvertes par le biais de nos avocats au cabinet concerné. Grâce à ces actions, nous avons pu développer une relation de travail acceptable avec le Gouvernement, ce qui était dans notre intérêt.

Il a également été de notre devoir de former nos employés. Cette formation en interne portait sur la divulgation et a donné aux employés les outils nécessaires pour signaler leurs préoccupations et répercuter ces préoccupations auprès de notre service juridique. Nous avons pu démontrer notre implication en appliquant une politique de transparence aux messages vocaux, e-mails et à toutes les autres formes de communication. Nous avons nommé un

agent chargé de la mise en conformité avec les règlements, et soumis l'application de ces règlements au contrôle d'un groupe interne d'audit. L'absence de silos fonctionnels au sein de notre entreprise a permis l'établissement d'une voie hiérarchique claire. Ces modifications nous ont permis de développer une relation de travail sans heurts avec le Gouvernement et le PCAOB.

William NAHUM

Avec Gérard Trémolière, nous avons vécu de l'intérieur de la profession les affaires Enron et Andersen, où plusieurs milliers de collaborateurs ont pâti du comportement de quelques-uns. Je pense néanmoins que les Anglo-Saxons sont trop tolérants avec l'autorité publique, même si je partage entièrement le désir de participer à la lutte contre le blanchiment. Cependant, **celle-ci ne doit pas se résumer à transférer la responsabilité des autorités publiques aux professions libérales, qui sont avant tout des métiers de consultants.** Où placer le curseur de la responsabilité ? Les professionnels doivent-ils, « au passage », révéler les soupçons ? Ou au contraire, doivent-ils être dans une démarche active, permanente, positive, récurrente d'examen continu pour identifier une fraude possible parmi les 50 indicateurs à garder en tête (fraude fiscale, vigilance aggravée...). La lutte contre le blanchiment revient avant tout aux pouvoirs publics, aidés en cela, et dans un contexte circonvenu, par les professions réglementées. Je crains que le dispositif actuel ne donne à assumer aux professionnels une part trop importante.

Opportunité des déclarations de soupçon chez les avocats

François-Xavier MATTEOLI

Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats du Barreau des Hauts-de-Seine, Avocat associé au CMS Bureau Francis Lefebvre, Ancien Président de la Commission des Règles et Usages du Conseil National des Barreaux

A la question de l'opportunité de la déclaration de soupçon, le Conseil national des barreaux répond qu'elle est tout à fait inopportune. Jean-Michel Darrois a rappelé à juste titre que notre histoire, notre raison d'être, le respect des valeurs de liberté, d'honneur, de santé, de salut de l'âme, ont fait que certains professionnels bénéficient d'un statut particulier basé sur la relation de confiance : il s'agit des médecins, des avocats, des prêtres...

Il ne peut y avoir de rapport de confiance que si certains éléments confidentiels donnés ne sont pas divulgués. On a considéré de tout temps que ces principes prévalaient sur ceux de la transparence, de la liberté de commerce et de l'industrie, et à ceux de l'économie, fût-elle souterraine. De manière essentielle, à l'origine, **la profession des avocats est une profession de défense qui passe par le respect du secret professionnel.** La plupart des décideurs (rédacteurs de la Directive, rédacteurs de l'Ordonnance) n'ont d'ailleurs pas semblé y voir une position iconoclaste : nos recours internes devant le Conseil d'Etat ou les recours de la profession devant la CJCE ont abouti à des décisions claires qui confirment la nécessité d'un secret professionnel absolu en ces matières.

Plus avant, il ne peut pas y avoir de conseil juridique efficace si le conseil donné n'est pas indépendant ou fondé sur la confiance car le conseil doit TOUT savoir de la personne. Le parallèle est valable avec le médecin. Il est plus important que le contenu de l'échange entre le conseil juridique et son client soit soumis au secret professionnel plutôt que connu des pouvoirs publics notamment. C'est ce qui sous-tend la réflexion sur la troisième directive et sa transposition en France par l'ordonnance de janvier 2009.

L'article L561-3 du Code monétaire et financier dispose que les personnes mentionnées à l'article 13 (avocats au conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, les avocats, les avoués, les notaires, les huissiers de justices, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires, les commissaires priseurs...), en somme les juristes, sont soumises aux dispositions

relatives aux obligations de vigilance et de déclaration de soupçon, dans le cadre de leur activité professionnelle, lorsqu'elles sont mandataires (transactions financières et immobilières ou fiduciaires par exemple) ou lorsqu'elles assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions ciblées (au sens économique).

Il est indiqué que les avocats et les avoués « *ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre lorsque l'activité se rattache à une activité juridictionnelle, que les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues pendant, avant, après la procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'éviter une telle procédure* ».

Les autres personnes ne sont pas soumises aux dispositions de la section 4 (déclaration de soupçon) lorsqu'elles donnent des consultations juridiques, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment.

Les avocats ne sont donc concernés par la déclaration de soupçon que dans les hypothèses où ils n'exercent pas de consultations juridiques ou une activité judiciaire, c'est-à-dire lorsqu'ils pratiquent une activité résiduelle telle que l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce, la gestion de fonds, l'ouverture de comptes bancaires, l'apport de fonds nécessaires à la création de sociétés, la constitution ou la gestion de sociétés, la constitution ou la gestion de fiducies, les constitutions ou la gestion de fonds de dotations.

Le raisonnement des pouvoirs publics considère que dès lors que les avocats exercent dans le secteur concurrentiel des actes juridiques, où interviennent aussi les banques, rien ne justifie que le secret soit privilégié par rapport à la transparence. **Pour ces activités, les avocats sont censés entrer dans le droit commun.**

Le Conseil national des barreaux a rédigé un document, sur la base de la deuxième directive, à la rédaction duquel j'ai participé quand je présidais la Commission des Règles et Usages du Conseil national. Ce document est désormais

obsolète, la troisième directive ayant changé l'élément initial du blanchiment (toute infraction dont la peine encourue est égale ou supérieure à un an). Une rédaction nouvelle de ce document est en cours, avec pour objectif assumé d'éviter les déclarations de soupçon. Nous avons lancé d'ailleurs les recours nécessaires contre cette déclaration de soupçon, quasi-apostasie pour les avocats. Faire fi du secret professionnel en donnant accès au dossier est déjà particulièrement difficile mais dénoncer un client sur la base de soupçons qui ne sont pas définis n'est pas dans notre constitution naturelle.

Nous souhaitons **tout mettre en place pour ne jamais être en situation d'obligation de déclaration de soupçon, et ceci en renforçant d'autres obligations :**

- les obligations de vigilance : identifier les clients, le bénéficiaire de l'opération, la nature de l'opération...
- l'obligation de suspendre l'opération en cas de doute (nouveau introduite par la troisième directive) : dans la deuxième directive, l'opération se poursuivait si TRACFIN ne demandait rien au président du TGI. Or, si l'avocat refuse une affaire, il n'est plus en relation d'affaires.
- l'encouragement à la dissuasion pour ne pas devoir dénoncer : cela passe par un contrôle interne organisé et une vérification de nos compétences pour éviter de nous entraîner dans une opération de blanchiment involontaire en acceptant des dossiers trop complexes.

Appel à la désobéissance...

Jean CASTELAIN

Bâtonnier de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris

Une opinion partagée

Je suis heureux de dire publiquement que le Barreau de Paris pense la même chose que le Conseil national des Barreaux : **l'avocat n'est pas un délateur, pas un dénonciateur, pas un indic.** Le texte de la troisième directive étant une norme européenne transposée en droit interne, il nous appartient de « faire avec » mais rappelons que l'avocat est tenu par le secret professionnel, gage de la confiance que le client a envers lui. Ce secret professionnel n'est pas un privilège corporatiste, il est dicté dans l'intérêt de la société, car il n'y a de société démocratique et de liberté publique que si l'avocat peut s'entretenir avec son client dans la confidentialité la plus absolue.

Je le dis avec d'autant plus de calme et de sérénité, qu'au Barreau de Paris, des confrères sont morts pour avoir tenu leur langue en des temps difficiles : l'avocat se tait parce que son secret est le secret que la société lui a confié dans l'intérêt de la protection d'un régime démocratique.

Autre lecture des chiffres européens

Face à une loi injuste, il est de devoir de désobéir. J'ai conscience du ton provocateur de mon propos mais sans le tenir dans ces termes, nous devons rester fermes. En Europe, il est de bon ton de dire que tout le monde dénonce. Dans le rapport annuel de l'autorité anglaise s'intéressant aux activités suspectes, si les *solicitors* dénoncent à 6460 reprises en deux ans (2007 et 2008), les *barristers*, qui sont des avocats, ont dénoncé 6 fois ! Ils ont dénoncé moins que les avocats allemands ou espagnols. Il existe donc bien une communauté intellectuelle des avocats en Europe qui considèrent qu'ils n'ont pas dans leur rôle principal à dénoncer leurs clients.

Évoluer sans se renier

La profession des avocats évolue cependant, sans doute parce qu'elle présente mille qualités, en offrant aux entreprises et citoyens le concours de professionnels du droit avec une éthique, une déontologie... Elle a vocation à englober de plus en plus de secteurs de conseil.

Quand on étend le champ d'activité de l'avocat (agent sportif, activité fiduciaire, transaction immobilière...), **le secret professionnel, connecté à l'activité de défense, est distendu.** Le travail de la profession est donc de reconnaître que lorsque l'activité est fiduciaire, l'avocat n'a pas à être tenu au secret professionnel, sinon il ne pourrait pas exercer son activité.

La directive dispose que dans le domaine du contentieux, le secret professionnel est absolu. Mais il subsiste des imprécisions sur ce qu'est un contentieux : un arbitrage, une médiation en font-elles partie aux yeux d'un procureur général ? Le secret professionnel est également absolu dans le domaine du conseil mais, encore une fois, le conseil doit-il être anonyme ou dénommé, accompagné d'un projet d'actes ou rester dans le domaine des généralités ?

Autre imprécision, le soupçon que doit déclarer l'avocat n'est pas défini. Le conseil d'Etat a émis un avis disant que « *la certitude naît à la disparition du soupçon* » ! On ne sait toujours pas ce qu'est un soupçon et s'il s'apprécie *in concreto* ou *in abstracto*. Au 1^{er} janvier 2010, je serai, en ma qualité de Bâtonnier, le réceptacle des déclarations de soupçon, chargé par mes pairs de séparer le bon grain de l'ivraie. La directive énonce que l'autorité de régulation doit transmettre sans faculté d'appréciation, en ne vérifiant que l'authenticité du document fourni. Or le Bâtonnier se refuse à être la boîte aux lettres de Tracfin déposée au palais de justice.

Je ne conçois pas les choses ainsi. Le Bâtonnier doit ouvrir le courrier, en prendre connaissance et aviser ses confrères de ce qu'il y a lieu de faire, dans le respect de la norme déontologique.

La situation actuelle relève d'un problème de société, c'est bien cela qui crée l'émotion dans la profession. Nous avons le sentiment que Tracfin pose des palangrottes (comme dans la mer) et vient relever auprès des avocats les déclarations de soupçon. Ce *big brother* policier confié à des avocats n'est pas une conception de société démocratique. On a le sentiment

qu'on veut une transparence qui permette de voir chez celui dont on sait qu'il est protégé par un secret. **Il y a là un glissement de société car l'avocat doit coopérer.**

Les fiscalistes ont, eux aussi, la même problématique, sauf qu'ils ont la certitude des fraudes au FISC. Après avoir rencontré Bercy, et si le dossier n'aboutit pas, dans quelle situation se retrouve l'avocat fiscaliste ?

J'ai participé à un colloque de l'AUA « *Lawyers are not rats* », qui concentre toute l'émotion de la profession dans son titre. Je ne veux pas pour autant être passéiste et ne pas considérer les nouveaux champs d'activité de la profession. Mais, dans le domaine de la plaidoirie, dans le domaine judiciaire et dans le conseil, l'avocat ne dénonce jamais.

Dans ces nouvelles activités, il faut que la profession et le Conseil national des Barreaux (CNB) créent un mécanisme de dissuasion (normes professionnelles) pour éviter la déclaration de soupçon. Avec des normes professionnelles, nous conseillerons à l'avocat de s'extraire du dossier, ne pouvant pas être complice de son client. **Je comprends l'intérêt des Etats à rechercher et poursuivre les gens qui utilisent des fonds frauduleux mais ce n'est pas auprès de l'avocat qu'il faut rechercher ces informations.** Je ne serai pas dans la désobéissance civile mais serai d'une extrême vigilance pour que le secret professionnel ne soit pas battu en brèche. Nous poursuivrons l'ensemble des recours entrepris contre ces textes et soulèverons la question de la constitutionnalité ou de l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Tracfin, un offreur de services

Jean-Baptiste CARPENTIER

Directeur de TRACFIN

17 000 déclarations par an

Paradoxalement, je n'ai pas de désaccord majeur avec les positions précédentes. Ma position est celle d'un fonctionnaire républicain qui applique une loi applicable tant qu'elle ne me pose pas de problème de conscience.

Cette loi a pris en compte les particularités de la profession d'avocats et je comprends très bien la difficulté d'un avocat-conseil vis-à-vis de son client. L'objectif de Tracfin n'est pas de recueillir des casiers de pêche de plus en plus fournis. Créé il y a moins de 20 ans, Tracfin recevait moins de 2 000 déclarations de soupçon en 1999. En 2009, nous en avons reçu un peu plus de 17 000. Personnellement, j'ai suffisamment à faire avec ces dossiers pour ne pas en souhaiter davantage. Mais la loi est ce qu'elle est et prévoit que le dispositif s'applique à de plus en plus de professions.

Au fil des ans, le dispositif s'est élargi à la totalité du spectre des professions réglementées bancaires, financières et aux professions du chiffre et du droit). En France, le concept des professions réglementées est ancien et précieux et les pouvoirs publics y tiennent mais il doit évoluer. Les pouvoirs publics ont parfaitement pris en compte les spécificités de la profession : **Tracfin n'attend pas la même chose des banquiers, d'un agent immobilier, d'un notaire, ou d'un commissaire aux comptes.** Je suis plus dans l'attente vis-à-vis d'un notaire qui a un statut lui imposant des devoirs particuliers, que d'un agent immobilier.

Un fonctionnement rôdé

Tracfin n'est ni un organe de tutelle, ni un organe disciplinaire, ni un organe de sanctions mais un offreur de services. Si un professionnel préfère avoir à faire avec un Procureur de la République, tant mieux ! J'ai toute confiance en la Justice de mon pays. Tracfin est un dispositif légal, mis en place pour aider les professionnels, parce que l'on sait que la vie n'est pas une alternative entre le blanc ou le noir, le légal ou l'illégal, bien que le droit français considère qu'il y a faute ou qu'il n'y a pas faute. Le dispositif Tracfin a été monté pour dialoguer avec le professionnel, recueillir ses doutes dans la plus totale confidentialité et légalité.

Tracfin rejette d'ailleurs les déclarations anonymes ou illégales par exemple.

Quand les professionnels n'ont pas nécessairement les moyens d'aller au-delà de leurs interrogations, ils peuvent transférer ces responsabilités du privé au public, en la personne du directeur de Tracfin. Le transfert de responsabilité se passe bien dans ce sens et non dans le sens inverse. Tracfin assume la responsabilité du traitement de ces doutes : soit les investigations n'aboutissent pas et les informations restent à jamais confidentielles, soit elles conduisent à des interrogations plus importantes et sont transmises à l'autorité judiciaire sans que l'identité des professionnels ne soit communiquée.

Il ne s'agit pas de délation mais de transfert de responsabilité. **La lutte contre le blanchiment relève bien des pouvoirs publics mais les professionnels honnêtes peuvent être instrumentalisés par des canaux clandestins illicites**, qui tentent de bénéficier de l'honorabilité d'une profession réglementée. Le dispositif s'adresse donc à eux qui peuvent se retrouver dans une situation compliquée, notamment quand leur propre client est concerné, en tant que victime, par exemple. Tracfin offre ses services et souhaite travailler en partenariat avec les professionnels.

Une situation particulière pour les avocats

Au sein de ces professions de chiffres et du droit, la situation des avocats est particulière. On ne peut pas restreindre le périmètre de l'avocat à celui du *barrister*, il est en droit français une sorte d'intermédiaire entre le *barrister* et le *solicitor*. Sauf à considérer que nos amis britanniques sont des suppôts de Satan qui ignorent totalement la démocratie, ce que les Français devraient bien se garder de faire vis-à-vis des Anglais, les chiffres de déclarations de soupçon sont à manier avec précaution. J'ai connu le Barreau plus admiratif du système anglais !

Le travail à fournir est d'autant plus important que la profession d'avocats élargit son

périmètre d'activité et nous souhaitons y travailler avec la profession, dans la mesure où elle le souhaitera.

Jean CASTELAIN

J'ai la plus grande admiration pour le système anglais. Les *solicitors* britanniques sont comparables à nos notaires, le chiffre des délations des *solicitors* étant peut-être à rapprocher de celui des notaires français.



Échanges avec la salle

De la salle

Quelle est la nature du secret professionnel concernant les informations professionnelles qui vous sont données ? Que saisit le juge lorsqu'il perquisitionne à Tracfin ?

Jean-Baptiste CARPENTIER

La déclaration de soupçon faite à Tracfin est strictement confidentielle. Tracfin refuse l'accès des dossiers à l'autorité judiciaire sauf le cas de l'appréciation de la responsabilité du professionnel eu égard soit aux effets exonérateurs, soit au degré de responsabilité pénale du professionnel. Dans ce dernier cas, la communication de déclaration ne se fait que par mon intermédiaire, en vertu d'une réquisition judiciaire motivée, que nous contrôlons au cas par cas. Ce cas du droit français qui consiste à tenir le secret vis-à-vis de l'autorité judiciaire est tout à fait atypique. Les transmissions que fait Tracfin à la justice n'indiquent en tout cas jamais la provenance de la source. J'assume seul la transmission à l'autorité judiciaire.

François-Xavier MATTEOLI

Il est pourtant simple d'ouvrir le dossier sur le prétexte de la responsabilité pénale du professionnel, tout en visant celle de son client. Le système est ainsi fait que le dernier mot revient tout de même à l'autorité judiciaire, sous le contrôle des organes juridictionnels quant à la validité de la procédure...

Jean-Baptiste CARPENTIER

Régulièrement, nous convainquons le juge d'instruction de restreindre sa demande. Je finirai par obéir à l'autorité judiciaire, en cas de blocage, mais le cas ne s'est jamais présenté. Sur les 17 000 déclarations, nous n'avons accepté que trois demandes de communication de déclaration de soupçon.

François-Xavier MATTEOLI

Pourquoi ne pas mettre en place la saisine possible en urgence du JLD qui statuerait en urgence, comme dans notre système ?

Jean-Baptiste CARPENTIER

Ce système n'a pas été retenu au moment de la transposition de la troisième directive car nous n'avons pas de raison de penser que notre dispositif ne fonctionnerait pas.

De la salle

Quels sont vos nouveaux rapports avec la direction générale des impôts ?

Jean-Baptiste CARPENTIER

Jusqu'au 30 janvier 2009, Tracfin ignorait totalement cet interlocuteur puisqu'il n'était pas habilité à recevoir des informations. Depuis le 30 janvier dernier, on distingue deux types d'interlocuteurs habilités à recevoir des informations :

- les interlocuteurs obligés (procureur de la République), au sens du Code monétaire et financier et du Code pénal, lorsque Tracfin dispose d'éléments susceptibles de caractériser une infraction pénale
- les autres destinataires, lorsqu'on se situe en dehors du champ pénal. Tracfin a alors la possibilité de transmettre les déclarations à ceux-ci (les douanes, les cellules de renseignement étrangères, les services de renseignements pour les affaires de financement de terrorisme...).

Une situation est particulière, celle de la

Direction générale des Finances publiques. Dans le seul cas, où nous n'avons que des hypothèses de fraude fiscale (article 1741 du Code général des impôts), Tracfin peut transmettre à la Direction générale des Finances publiques, mais en aucun cas au Procureur de la République. Sont exclues les infractions dérivées de l'infraction strictement fiscale, comme les infractions pénales ou une escroquerie à la TVA qualifiable par une autre voie de droit commun.

Il a donc fallu fixer des critères de transmission, sous l'autorité d'Eric Woerth, pour les 75 agents de Tracfin qui ne peuvent en aucun cas concurrencer le travail des 120 000 agents de la Direction générale des Finances publiques. Il existe en revanche des affaires à la limite entre la fraude fiscale et l'escroquerie fiscale et nous avons transmis 30 dossiers depuis 2009 (souvent des dérivés de transmission pénale par ailleurs). Seulement 10 de ces dossiers ont été transmis au seul titre de l'infraction fiscale, dans l'hypothèse de la manœuvre.

De la salle

Quelle différence faites-vous entre fraude fiscale et blanchiment de fraude fiscale ?

Jean-Baptiste CARPENTIER

La réponse est trop longue !

