

À propos du blanchiment d'argent

ou quand l'état de droit vacille sous le souffle sécuritaire

Bernard VATIER
Ancien Bâtonnier de Paris
Ancien président du Conseil des Barreaux
de l'Union européenne (CCBE)

En 1989, le G7 a créé un groupe d'action, le « GAFI » (Groupe d'action financier, dénommé également « FAFT » ⁽¹⁾) chargé d'assurer le développement et la promotion d'initiatives en matière de lutte contre le blanchiment d'argent provenant des trafics de stupéfiants.

Le GAFI a suggéré 40 recommandations, l'objectif étant de rendre insécures les opérations de blanchiment et de permettre aux autorités de police financière d'identifier les trafiquants et les réseaux de blanchisseurs. Le GAFI a ainsi recommandé d'imposer aux intermédiaires financiers une obligation de révélation de soupçons et une obligation de vigilance. La France avait appliqué sans attendre de telles dispositions aux termes de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, aujourd'hui transposée aux articles L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier. En Europe, cette réglementation a été étendue par la directive 91/308/CEE qui a imposé aux établissements intermédiaires financiers ces deux séries d'obligations mises en avant pour lutter contre le blanchiment d'argent.

Par la suite, le GAFI notait que les méthodes du blanchiment d'argent et les techniques avaient évolué, en mettant notamment en cause la création de structures juridiques aux fins de dissimulation, à l'abri desquelles se trouvaient les propriétaires de fonds ou les bénéficiaires finaux, qui font appel à des professionnels pour les assister et pour leur donner des conseils.

C'est sur la base des recommandations faites en 1998 par le GAFI qu'a été publiée la directive du 4 décembre 2001 étendant pour partie aux avocats et à certaines autres professions réglementées les dispositions de la directive de 1991 destinée aux banques et aux établissements financiers ⁽²⁾. La directive du 4 décembre 2001 a été transposée en France par l'article 70 de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004, codifiée dans les articles L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier. La loi de transposition précise que les avocats font partie de la liste des personnes assujetties aux obligations de

la directive lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, ils réalisent au nom et pour le compte de leurs clients toutes transactions financières ou immobilières ou lorsqu'ils participent en assistant leurs clients à la préparation ou à la réalisation des transactions concernées :

- 1 – l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ;
- 2 – la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant aux clients ;
- 3 – l'ouverture des comptes bancaires, d'épargne ou de titres ;
- 4 – l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ;
- 5 – la constitution, la gestion ou la direction des sociétés. ;
- 6 – la constitution, la gestion ou la direction de fiduciaires de droit étranger ou de toute autre structure similaire.

La rédaction de la loi française correspond sur ce point strictement au texte de la directive.

Il convient de noter dès à présent que les opérations visées par le texte et pour lesquelles s'appliquent l'obligation de révélation de soupçons et l'obligation de vigilance, se rapportent à des opérations mal définies pour certaines d'entre elles en ce qu'elles mélangent deux activités distinctes, l'activité de mandataire et l'activité de conseil, le texte visant expressément l'assistance à la préparation. Le conseil juridique est donc expressément inclus dans la définition du champ d'application de cette réglementation pour en être exclu dans le même temps comme il sera dit ci-après...

La déclaration de soupçons doit être faite par les avocats auprès de leur Bâtonnier. La loi impose que le Bâtonnier transmette sans délai la déclaration faite, sauf s'il considère qu'il n'existe pas de soupçons de blanchiment de capitaux. Dans ce cas, le Bâtonnier informe l'avocat de la raison pour laquelle il a estimé ne pas devoir transmettre les informations communiquées. Le Bâtonnier doit néanmoins transmettre au président du CNB les informations contenues dans les déclarations. Il est dit que cette transmission ne contient pas d'éléments relatifs à l'identification des personnes et le président du Conseil National des Barreaux fait un rapport au garde des Sceaux sur les situations qui n'ont pas donné lieu à communication des déclarations.

Le texte de l'article L. 562-1 du Code monétaire

NDLR : Intervention du Bâtonnier Bernard Vatieur lors de l'assemblée générale de l'UNCA qui s'est tenue à Chambéry le 22 septembre dernier, et dont la Gazette du Palais publiera prochainement les actes.

(1) Financial Action Task Force.

(2) Il y a lieu de noter que les pays de l'Union européenne sont les seuls pays de l'OCDE à avoir imposé une obligation de révélation de soupçons. La Cour suprême de la Colombie britannique a demandé au législateur canadien de suspendre le projet de loi d'application des recommandations du GAFI aux avocats en ce qu'il portait atteinte à l'indépendance de l'avocat qui ne pouvait avoir d'autres devoirs que ceux à l'égard de son client.

et financier prévoit deux exceptions à l'obligation de révélation de soupçons et à l'obligation de vigilance. Les avocats ne sont pas tenus à ces obligations lorsque les informations ont été reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur l'un d'eux, soit dans le cadre d'une consultation juridique, sauf si celle-ci est fournie aux fins de blanchiment de capitaux ou si ces personnes y procèdent en sachant que leurs clients souhaitent obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux, soit dans l'exercice de leur activité dans l'intérêt de ce client lorsque cette activité se rattache à une procédure juridictionnelle, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure.

Les exceptions contenues dans la loi française sont celles retenues par la directive du 4 décembre 2001. Indépendamment de la contradiction relevée ci-dessus entre la définition du champ d'application du texte et celle des exceptions, on ne manque pas de noter que, tant la directive que la loi française retient l'idée selon laquelle il serait possible pour un avocat d'agir en sa qualité d'avocat pour fournir des conseils aux fins de blanchiment. Une telle situation est totalement invraisemblable. En pareil cas, l'avocat n'agit pas dans son statut d'avocat. Il agirait dans ce cas comme un délinquant pour être complice d'une infraction. Les avocats ne manquent pas d'être étonnés par le considérant numéro 17 de la directive qui énonce : *« toutefois dans les cas où les membres indépendants de professions consistant à fournir des conseils juridiques qui sont légalement reconnus et contrôlés, par exemple des avocats, évaluent la situation juridique d'un client ou le représentent dans une procédure judiciaire, il ne serait pas approprié que la directive leur impose l'obligation, à l'égard de ces activités, de communiquer d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux. Il y a lieu d'exonérer de toute obligation de déclaration des informations obtenues avant, pendant et après une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client. Par conséquent, la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel, sauf si le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, si la consultation juridique est fournie aux fins de blanchiment de capitaux ou si l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux »*.

L'article L. 562-2-1 du Code monétaire et financier reprend la même idée puisqu'il y est écrit que l'exception à la règle de la révélation de soupçons

ne s'applique pas à la consultation juridique, *« sauf si celle-ci est fournie aux fins de blanchiment de capitaux »*. Le rappel de ces textes met bien en valeur la méconnaissance de la profession d'avocat par les législateurs européens et français qui admettent que l'avocat puisse se rendre complice d'un délit, celui de blanchiment de capitaux avec cependant, dans ce cas, l'obligation de procéder à une déclaration de soupçons...

Cette méconnaissance a des conséquences graves. En premier lieu, le législateur impose cette réglementation à des professions qui sont déjà réglementées et qui sont dotées de règles disciplinaires. La profession d'avocat n'a pas attendu le législateur moderne pour imposer la règle selon laquelle l'avocat avait le devoir de faire respecter l'état de droit. Ce devoir est de l'essence même de la profession. La mission de l'avocat repose sur la contribution à l'œuvre de justice. En imposant dans le Code monétaire et financier des devoirs de police, sous la tutelle réelle d'une autorité de police, en l'espèce Tracfin⁽³⁾, le législateur ignore le fait que l'avocat exerce dans le respect des principes essentiels et sous le contrôle disciplinaire de son barreau. Bien plus, le législateur remet en cause l'autorégulation qui protège, à travers l'avocat, les droits et libertés fondamentales.

En second lieu, on ne manque pas d'être étonné par le fait que cette législation ne concerne que les professions réglementées. Comme l'activité de conseil juridique peut être exercée par d'autres professions non réglementées dans certains pays d'Europe, et même en France dans certains cas, le législateur favorise le développement d'offices de conseils en tout genre lesquelles, n'étant pas soumises à une quelconque obligation de police, peuvent légalement s'affranchir de toute obligation de révélation et de toute obligation de vigilance... Est-ce bien l'objectif voulu par le législateur ?

En d'autres termes, la législation sur le blanchiment de capitaux applicable aux avocats s'inspire d'un profond sentiment de défiance à l'égard de la profession, comme si le secret professionnel de l'avocat était devenu de plus en plus insupportable pour une société tourmentée par des exigences de transparence telles que le secret change de nature pour n'être plus qu'opacité...

Ceci dit, il convient de noter que si le considérant 17 exclut formellement la consultation juridique des obligations de révélation de soupçons et de vigilance, les dispositions normatives de la directive, ne vont pas du tout dans le même sens. En l'espèce, le point 5 de l'article 1^{er} qui modifie l'article 6 de la directive de 1991 énonce que les états membres *« ne sont pas tenus d'imposer les obli-*

(3) Tracfin : Traitement du renseignement et actions contre les circuits financiers clandestins. Cellule créée au ministère des Finances en 1990.

gations (...) aux membres des professions juridiques indépendantes » ce qui permet *a contrario* aux États membres d'imposer l'obligation de révélation de soupçons même dans le cadre de la consultation juridique et dans le cadre de l'activité juridictionnelle. L'hypothèse d'une violation du secret professionnel pour l'ensemble de l'activité de l'avocat est donc expressément retenue par le législateur européen.

Globalement cependant, l'application de la directive par les États membres a conduit à retenir l'exception de l'activité judiciaire de l'avocat. En revanche, l'appréciation de l'exception liée à la consultation juridique varie d'un pays à l'autre, ce qui ne manque pas de créer de grandes difficultés pour l'activité transnationale.

En France, la réglementation est applicable depuis la publication du décret du 26 juin 2006. L'avocat est désormais tenu à deux séries d'obligations. Tout d'abord, il est tenu d'une obligation de révélation de soupçons auprès de son Bâtonnier, et son Bâtonnier a l'obligation de transmettre cette déclaration à Tracfin dans un délai de huit jours francs. Tracfin accuse réception de cette déclaration auprès de l'avocat déclarant. En second lieu, l'avocat est tenu de procéder aux vérifications imposées par les articles L. 563-1 et suivants du Code monétaire et financier au titre de l'obligation des vigilances. Il doit se renseigner sur l'identité du client, la nature de l'opération, le bénéficiaire final. Ces indications et les caractéristiques de l'opération doivent être consignées par écrit et conservées à la disposition de l'autorité de contrôle. Les avocats sont tenus de conserver pendant cinq ans à compter de la cessation de leurs relations avec le client les documents relatifs à leur identité, et ceux concernant les opérations qui ont été faites pendant cinq ans à compter de leur exécution.

En vertu de l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier, le régime juridique applicable à la déclaration de soupçons et à l'obligation de vigilance est le même. En conséquence, que l'avocat intervienne dans le cadre d'une activité d'évaluation de la situation juridique du client ou qu'il intervienne dans le cadre de son activité judiciaire, il n'est tenu, de par la loi, ni à l'obligation de révélation de soupçons ni à l'obligation de vigilance.

De façon surprenante, le décret du 26 juin 2006 fait cependant une distinction contraire au texte même de la loi. En effet, en application des dispositions qu'il insère dans l'article R. 563-4 du Code monétaire et financier, la consultation juridique entre dans le champ d'application de l'obligation de vigilance. Bien évidemment, les avocats n'avaient pas attendu le législateur de 2004 ni le décret du 26 juin 2006 pour veiller à ce que les services professionnels qu'ils offrent ne soient pas détournés et

employés à la réalisation d'infractions. Par nature, les avocats sont vigilants car par les conseils donnés ils font respecter l'état de droit et ils ne peuvent être complices d'infractions pénales. Dans ce dernier cas, ils ne seraient plus avocats. Ils ne seraient plus protégés par leur statut. Ils seraient délinquants, poursuivis par l'autorité disciplinaire de leur barreau et pénalement punissables.

En vertu de la nouvelle réglementation, le devoir de vigilance de l'avocat doit prendre la forme en toutes circonstances, à l'exception de l'activité juridictionnelle, d'un travail écrit qui recense toutes les informations sur le client, sur l'origine de l'opération, tenu à la dispositions des autorités de police pendant le délai de cinq années... Ainsi, l'exception de la consultation juridique formellement prévue par la loi est ignorée du décret, ce qui entraîne des conséquences considérables. Les archives de l'avocat deviennent des archives de la police.

L'article R. 563-2 du Code monétaire et financier issu du décret du 26 juin 2006 prévoit en effet que l'avocat doit être à même de communiquer dans les meilleurs délais à la cellule Tracfin et à l'autorité de contrôle, en l'espèce le Barreau, les documents écrits sur l'origine et la destination des sommes, sur l'objet de la transaction, sur l'identité de la personne qui en bénéficie.

Les représentants des barreaux du monde entier se sont élevés contre la réglementation issue de la directive du 4 décembre 2001, complétée par la troisième directive qui, harmonisant en un texte unique la première et la seconde, accroît notamment les exigences du devoir de vigilance (directive 2005/60 CE du 26 octobre 2005) ⁽⁴⁾, en rappelant que les recommandations du GAFI avaient expressément donné lieu à une interprétation spécifique, le GAFI ayant précisé que les avocats, notaires ou les autres professionnels indépendants ou experts-comptables agissant comme professionnels indépendants ne sont pas obligés de faire une déclaration de soupçons si les informations ont été obtenues « *dans des circonstances sujet au secret professionnel* » ⁽⁵⁾.

Le Barreau français avait saisi le Parlement européen d'une pétition. Cette pétition a été déclarée recevable, mais le Parlement n'a pas encore donné suite à son examen. L'article 2 de la directive du 4 décembre 2001 avait imposé à la Commission de faire une évaluation sur l'application de la directive dans les trois ans. Cette évaluation n'a pas été faite mais, néanmoins, le législateur européen a cru bon de renforcer les obligations à la charge des avocats en adoptant la troisième directive sans atten-

(4) Déclaration qui sera faite à Amsterdam le 7 novembre 2006.

(5) La réglementation suisse respecte le secret professionnel de l'avocat dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent (loi fédérale du 10 octobre 1997).

dre les conclusions de l'étude qu'elle avait la charge de faire.

Le Conseil des Barreaux européens a donc demandé à la Commission européenne de réviser les textes. Les autorités européennes n'ont pas donné suite aux revendications légitimes qui étaient exprimées.

Elles maintiennent une confusion dans les missions de l'avocat : la mission de conseil ou de représentation en justice exige une relation de confiance absolue et c'est précisément parce que cette confiance est irréfragablement présumée que l'État ne peut pas s'appropriier les informations reçues par l'avocat. Par ailleurs, l'avocat dans son activité de conseil est indépendant et n'a de devoir qu'à l'égard de son client. Il ne peut y avoir de la part de l'État atteinte à l'indépendance de l'avocat en lui attribuant une obligation de police. En revanche, dans certaines circonstances l'avocat peut être mandataire. Dès lors qu'il est mandataire obligé, le secret professionnel peut ne pas s'appliquer. Ainsi en est-il si l'avocat a agi comme séquestre ou *trustee*. Dans ce cas, l'avocat se trouve placé avec les mêmes obligations qu'un mandataire. Cette distinction entre d'un côté l'activité de louage d'ouvrage et de l'autre l'activité de mandataire n'ayant pas été faite, la construction de la réglementation européenne repose sur des confusions qui sont gravement attentatoires aux libertés fondamentales. Cela conduit le législateur à s'égarer en allant jusqu'à reconnaître que l'avocat peut être un délinquant, à charge par lui de se conformer à la réglementation sur la révélation de soupçons...

Cela conduit également à faire abstraction des dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 7 avril 1997 qui prévoit que, « *en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle et les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

L'article 160 du décret du 26 novembre 1991 retenait que « *l'avocat ne peut commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ». Mais ce texte a été abrogé par le décret du 12 juillet 2005 qui a substitué dans son article 4 le texte ci-après : « *Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de révélation prévue et autorisée par la loi, l'avocat ne commet en toutes matières aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ». Ce dernier texte est contraire à

l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 seul applicable à l'époque ⁽⁶⁾. Il annonce la réforme issue de la loi du 11 février 2004 et la formidable régression des libertés publiques qui résulte de l'évolution d'une politique sécuritaire que confirme le décret du 26 juin 2006 qui va jusqu'à étendre le devoir de vigilance de l'avocat au conseil juridique, contrairement aux termes de l'article L. 562-1 du Code monétaire et financier modifié par la loi du 11 février 2004 et de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

En conclusion, l'application de la réglementation sur le blanchiment de capitaux pose de véritables questions de principe qui ne trouveront de solutions au regard du respect des droits et libertés fondamentales que dans une prise de position politique courageuse soit sur la base de la pétition déposée par le Barreau français auprès du Parlement européen, soit par la décision de la Cour de justice des Communautés européennes saisie par la Cour arbitrale de Belgique de la question de savoir si la loi de transposition de la directive qui reprend, mot pour mot, les termes mêmes de la directive est ou non conforme à la Convention européenne des droits de l'homme laquelle est applicable aux pays de l'Union en application de l'article 6 du Traité de l'Union européenne, soit par la décision à intervenir sur les recours déposés contre le décret du 26 juin 2006 qui rend applicable les dispositions des articles L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier aux avocats.

Les questions qui sont posées par cette législation concernent également la place et le rôle des barreaux. Si des autorités extérieures se voient attribuer des prérogatives dans le contrôle de notre profession, n'est-ce pas à raison d'une défiance et ne devons-nous pas montrer et démontrer aux pouvoirs publics que les autorités de régulation que sont nos barreaux sont en mesure de veiller au respect par les avocats de leur devoir de vigilance, et n'est-ce pas précisément ce que nous faisons grâce aux Carpa et au concours technique qu'apporte l'Unca ? Singulièrement, ce point apparaît ignoré par le législateur européen qui ne porte pas attention aux formes d'organisation de la profession au sein des États membres.

(6) On peut difficilement concevoir qu'un texte réglementaire puisse organiser le secret professionnel de l'avocat lequel constitue un élément substantiel à l'exercice des libertés publiques, de la compétence exclusive de la loi en application de l'article 34 de la Constitution.