

LA MUTATION DES DIRECTIVES ANTI BLANCHIMENT

« L'avocat, professionnel de confiance
Dans une société de méfiance »

L'avocat aussi un protecteur de l'intérêt général

PATRICK MICHAUD,
AVOCAT

Intervention de Patrick Michaud
au congrès de l'AAMTI NICE 19 septembre 2018

La présentation des obligations légales des avocats sur la lutte anti blanchiment donne-t-elle une image positive de notre profession et de ses missions de protection de l'homme et de l'intérêt général.

L'objectif de mon intervention est de nous permettre de réfléchir en toute indépendance à une profonde réforme politique de cette présentation.

Dans le cadre de la prévention de la délinquance économique, la CEDH (06.12 :2012), confirmant notre principal historique du secret partagé attribué au bâtonnier une mission d'intérêt général

Les obligations prévues par l'ordonnance anti blanchiment et attribuées spécifiquement aux avocats leur interdisent en fait de participer ou d'assister à des opérations illégales sous peine de devenir des complices
L'acte assisté ou établi par un avocat devient donc de confiance

I - L'objectif de la réglementation anti blanchiment.....	2
A/ L'objectif de la réglementation européenne ; d'abord la prévention	2
B/ L'objectif analysé par la CEDH : aussi la prévention	2
C) L'objectif de la France : d'abord la répression.....	3
D/le rôle de l'avocat ; la prévention grâce au secret partagé.....	3
II/Les obligations des banquiers et assimilés	3
III /Les obligations spécifiques des avocats	4
La déclaration spécifique réservée aux avocats (article L 561-3 I CMF.....	4
Uniquement en cas de représentation ou d'assistance	4
La déclaration en cas d'assistance fiscale	5
Les trois exceptions à la déclaration de soupçon	6
- Le droit de dissuader est reconnu	6
- Les procédures juridictionnelles.....	6
- Les consultations juridiques	7
Pour être soumis à la réglementation Tracfin : L'avocat doit donc être un conseiller actif.....	7
Quel est donc l'avocat qui va participer à une opération frauduleuse alors qu'il en devient un complice pénal ?	7
A) Pour un assureur conseil	7

B)° Pour un notaire.....	8
C) Pour un avocat fiscaliste.....	8
D° pour un avocat.....	8
IVNOS OBLIGATIONS POUR PREVENIR.....	9
.Devoir de prudence	9
.Obligation de dissuader.....	9
.Obligation de retrait	9

I - L'objectif de la réglementation anti blanchiment

A/ L'objectif de la réglementation européenne ; d'abord la prévention

L'objectif des directives européennes anti blanchiment qui ne s'appliquent pas au droit de la défense est d'abord la prévention d'infractions financières.

L'article 1er de la directive (UE) 2015/849 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2015 est clair :

- 1 La présente directive vise à prévenir l'utilisation du système financier de l'Union aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.*
- 2. Les États membres veillent à ce que le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme soient interdits.*

De même la directive rappelle (§37) que les cellules de renseignement financier («CRF») de l'Union , fonctionnellement indépendantes et autonomes, sont chargées de recueillir et d'analyser les informations qu'ils reçoivent de façon à faire le lien entre les transactions suspectes et les activités criminelles sous-jacentes **en vue de prévenir et de combattre** le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

La méthode utilisée est d'abord de donner aux acteurs économiques la crainte d'être dénoncés par leurs conseils ou certains autres cocontractants

B/ L'objectif analysé par la CEDH : aussi la prévention

Cette primauté de la prévention a été rappelé par [la CEDH dans sa décision du 6 décembre 2012 \(Requête no 12323/11\) \(§123\)](#) qui a précisé que les directives européennes qui constituent le fondement de l'obligation de déclaration de soupçon que le requérant met en cause s'inscrivent dans un ensemble d'instruments internationaux dont l'objectif commun est la prévention d'activités constitutives d'une grave menace pour la démocratie (voir notamment les recommandations du GAFI et la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme).

Elle précise aussi (99) que visant à lutter contre le blanchiment de capitaux et les infractions pénales associées, la puissance publique poursuit l'un des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la convention : la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales.et ce dans un but d'intérêt général (100)

L'obligation de déclaration de soupçon d'infraction pénale financières ne touche donc pas à l'essence même de la mission de défense de l'avocat qui constitue le fondement du secret professionnel des avocats. 128

C) L'objectif de la France : d'abord la répression

La réglementation française ne vise pas la prévention mais la recherche de nombreuses infractions pénales sous jacentes à l'activité économique

[l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016](#), qui n'est pas à ce jour ratifiée par le parlement ([lire le dossier législatif](#)¹ et n'a donc, à ce jour, la valeur que d'un décret ne rappelle pas une seule fois cette obligation de prévention

L'arrêt CEDH de décembre 2012 ne fait que renforcer notre mission de prévention de la délinquance et ce dans un cadre de protection de l'intérêt général

D/le rôle de l'avocat ; la prévention grâce au secret partagé

La mise en application de notre tradition du secret partagé avec notre bâtonnier

Lorsqu'un avocat a connaissance de la commission d'une infraction grave, il en informe son bâtonnier qui décide s'il doit en informer le Parquet

Suivant la décision de la CEDH du 6 décembre 2012, l'ordonnance du 6 décembre 2018 a confirmé le rôle de filtre du bâtonnier ([Article L561-25 II CMF](#))

Ce rôle est en fait l'application du principe du **secret partagé** entre un avocat et son bâtonnier

[Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 novembre 2013, 11-85.984, Inédit](#)

Ainsi, à considérer que les informations litigieuses aient été révélées au sens du texte pénal, par M. X..., à M. Y..., qui s'était engagé à respecter le secret de l'instruction, **la révélation de ces informations relève du secret partagé non pénalement punissable**

Notre obligation de secret partagé s'est élargie à la grande délinquance financière et au terrorisme et le bâtonnier est seul juge de la déclaration et ce dans la cadre de la protection de l'intérêt général qui s'est élargi aux infractions graves

FAUT- IL SE REBELLER CONTRE CETTE NOUVELLE OBLIGATION A CHACUN DE VOUS D'EN DECIDER

Nos obligations sont limitées par rapport a celles imposées aux banquiers et assimilé

II/Les obligations des banquiers et assimilés

Les financiers et autres professionnels ont une obligation de déclaration large [art L561-15 CMF](#)

¹ <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pj116-472.html>

Ils ont tenus de déclarer à TRAFIN «**les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme** ». Et ce même si ces personnes n'ont pas participé à la transaction.

Cette obligation ne vise donc pas uniquement des soupçons de blanchiment mais des soupçons de très nombreux délits l'intérêt de ces déclarations élargies est de permettre à TRAFIN soit de les dénoncer directement au Procureur de la République en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale soit de transmettre des informations aux services ministériels compétents pour les traiter et poursuivre les infractions

III /Les obligations spécifiques des avocats

La déclaration spécifique réservée aux avocats ([article L 561-3 I CMF](#))

Uniquement en cas de représentation ou d'assistance

Par ailleurs les avocats, **contrairement aux autres professionnels**, ne sont astreints à l'obligation de déclaration de soupçon que dans deux situations

Les obligations de déclaration de soupçon imposées aux avocats **sur sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes** dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme ». **ne s'appliquent que dans deux situation** visées à [L'article L. 561-3, I du Code monétaire et financier \(CMF\)](#) encore faut-il que des soupçons d'infractions pénales notamment de fraude fiscale et dans les cas visés existent

Premièrement, lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, **ils participent au nom et pour le compte de leur client** à des transactions financières ou immobilières ou agissent en qualité de fiduciaire.

Deuxièmement, lorsque, toujours dans le cadre de leur activité professionnelle, **ils assistent** leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant certaines opérations concernant :

- a) L'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ;
- b) La gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ;
- c) L'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance ;
- d) L'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ;
- e) La constitution, la gestion ou la direction des sociétés ;
- f) La constitution, la gestion ou la direction de fiducies, régies par les articles [2011 à 2031](#) du code civil ou de droit étranger, ou de **toute autre structure similaire** (trust fondation etc) ;
- g) La constitution ou la gestion de fonds de dotation.

C'est donc dans **ce cadre limité** que l'avocat peut être soumis à des obligations – déjà déontologique- de vigilance mais aussi, nouvelles, de déclaration de soupçons d'infractions financières et ce non pas à un service de renseignement à compétence

nationale et internationale mais à leur bâtonnier

La déclaration en cas d'assistance fiscale

Par ailleurs et dans ce cadre, les obligations en cas de conseils fiscaux ont été précisées dans 16 situations.

La déclaration de soupçon de fraude fiscale au sens de [l'article 1741 du Code général des impôts](#) est prévue par l'article L. 561-15-II CMF et par le décret D n° 2009-874 du 16 juillet 2009 et ne vise donc que les sommes ou opérations dont les déclarants savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale **ET** lorsqu'il y a présence d'au moins un critère prévu par le décret. (lire ci-dessous)

Une déclaration portant sur un soupçon de fraude fiscale est effectuée lorsque les deux conditions cumulatives prévues au II de l'article L. 561-15 sont remplies (*lire recommandations Banque de France §104 17 février 2018*)³

Quels sont les critères prévus par le décret :4

[Les critères mentionnés à l' article D561-32-1 du CMF sont en janvier 2017 les suivants :](#)

1° L'utilisation de sociétés écran, dont l'activité n'est pas cohérente avec l'objet social ou ayant leur siège social dans un Etat ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires, identifié à partir d'une liste publiée par l'administration fiscale, ou à l'adresse privée d'un des bénéficiaires de l'opération suspecte ou chez un domiciliataire au sens de [l'article L. 123-11 du code de commerce](#) ;

2° La réalisation d'opérations financières par des sociétés dans lesquelles sont intervenus des changements statutaires fréquents non justifiés par la situation économique de l'entreprise ;

3° Le recours à l'interposition de personnes physiques n'intervenant qu'en apparence pour le compte de sociétés ou de particuliers impliqués dans des opérations financières ;

4° La réalisation d'opérations financières incohérentes au regard des activités habituelles de l'entreprise ou d'opérations suspectes dans des secteurs sensibles aux fraudes à la TVA de type carrousel, tels que les secteurs de l'informatique, de la téléphonie, du matériel électronique, du matériel électroménager, de la hi-fi et de la vidéo ;

5° La progression forte et inexplicquée, sur une courte période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou jusque-là peu actifs ou inactifs, liée le cas échéant à une augmentation importante du nombre et du volume des opérations ou au recours à des sociétés en sommeil ou peu actives dans lesquelles ont pu intervenir des changements statutaires récents ;

6° La constatation d'anomalies dans les factures ou les bons de commande lorsqu'ils sont présentés comme justification des opérations financières, telles que l'absence du numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, du numéro SIREN, du numéro de TVA, de numéro de facture, d'adresse ou de dates ;

7° Le recours inexplicqué à des comptes utilisés comme des comptes de passage ou par lesquels transitent de multiples opérations tant au débit qu'au crédit, alors que les soldes des comptes sont souvent proches de zéro ;

2 Codifié sous l'article D561-32-1 CMF

3 [https://acpr.banque-](https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/04/30/022018_ld_ds_tracfin_1.pdf)

[france.fr/sites/default/files/media/2018/04/30/022018_ld_ds_tracfin_1.pdf](https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/04/30/022018_ld_ds_tracfin_1.pdf)

⁴ Blanchiment ; Fraude fiscale et déclaration de soupçon F.PERROTIN Les Petites Affiches 6 aout 2009

- 8° Le retrait fréquent d'espèces d'un compte professionnel ou leur dépôt sur un tel compte non justifié par le niveau ou la nature de l'activité économique ;
- 9° La difficulté d'identifier les bénéficiaires effectifs et les liens entre l'origine et la destination des fonds en raison de l'utilisation de comptes intermédiaires ou de comptes de professionnels non financiers comme comptes de passage, ou du recours à des structures sociétaires complexes et à des montages juridiques et financiers rendant peu transparents les mécanismes de gestion et d'administration ;
- 10° Les opérations financières internationales sans cause juridique ou économique apparente se limitant le plus souvent à de simples transits de fonds en provenance ou à destination de l'étranger notamment lorsqu'elles sont réalisées avec des Etats ou des territoires visés au 1° ;
- 11° Le refus du client de produire des pièces justificatives quant à la provenance des fonds reçus ou quant aux motifs avancés des paiements, ou l'impossibilité de produire ces pièces ;
- 12° Le transfert de fonds vers un pays étranger suivi de leur rapatriement sous la forme de prêts ;
- 13° L'organisation de l'insolvabilité par la vente rapide d'actifs à des personnes physiques ou morales liées ou à des conditions qui traduisent un déséquilibre manifeste et injustifié des termes de la vente ;
- 14° L'utilisation régulière par des personnes physiques domiciliées et ayant une activité en France de comptes détenus par des sociétés étrangères ;
- 15° Le dépôt par un particulier de fonds sans rapport avec son activité ou sa situation patrimoniale connues ;
- 16° la réalisation d'une transaction immobilière à un prix manifestement sous-évalué.

Ces 16 critères peuvent être regroupés en trois catégories :

Des opérations liées à des techniques d'organisation d'opacité : utilisation de sociétés - écran, organisation de l'insolvabilité...

Des opérations atypiques au regard de l'activité de la société : changements statutaires fréquents et injustifiés, opérations financières incohérentes...

Des opérations peu habituelles et non justifiées : transaction immobilière à un prix manifestement sous-évalué, dépôt de fonds par un particulier sans rapport avec sa situation patrimoniale connue, difficulté d'identifier les bénéficiaires effectifs, refus / impossibilité du client de produire des pièces justificatives quant à l'origine des fonds ou les motifs des paiements.

Les trois exceptions à la déclaration de soupçon

[L'article L. 561-3, II du Code monétaire et financier \(CMF\)](#) exclut, pour les avocats, en effet l'application des textes anti blanchiment ;

- **Le droit de dissuader est reconnu**

Le fait, pour un avocat de s'efforcer de dissuader leur client de prendre part à une activité illégale ne constitue pas une divulgation de déclaration de soupçon (divulgation interdite car confidentielle) [article L 561 18 CMF](#)

Seuls, les avocats ont le droit légal de dissuader le client de ne pas réaliser l'opération soupçonnable et donc en conséquence logique de refuser de **participer à la réalisation d'une transaction soupçonnable**

- **Les procédures juridictionnelles**

L'activité se rattache à « une procédure juridictionnelle, que les informations

dont ils disposent 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 consultations juridiques**

Lorsque les avocats donnent « des consultations juridiques, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ».

Le Conseil National des Barreaux (CNB) a adopté, lors de son Assemblée générale du 18 juin 2011, une définition de la consultation juridique rédigée comme suit :

« La consultation juridique consiste en une prestation intellectuelle personnalisée tendant, sur une question posée, à la fourniture d'un avis ou d'un conseil fondé sur l'application d'une règle de droit en vue, notamment, d'une éventuelle prise de décision ».

Cette définition est très large car elle vise tous les domaines du droit qu'il soit interne, international ou européen, et ce dans tous ses domaines : du droit rural , bancaire civil administratif immobilier douanier etc

Pour être soumis à la réglementation Tracfin : L'avocat doit donc être un conseiller actif

- soit en participant comme mandataire d'une opération litigieuse
- soit en assistant mais dans certaines opérations litigieuses

MAIS dans ces situations l'avocat devient IL complice d'une infraction ???

Quel est donc l'avocat qui va participer à une opération frauduleuse alors qu'il en devient un complice pénal ?

Étant précisé que la notion de concertation frauduleuse n'est définie ni légalement, ni réglementairement, il ressort des travaux parlementaires relatifs à la [loi du 12 juillet 1990 \[archive\]](#) qu'il s'agit d'une entente secrète entre plusieurs personnes dont l'objectif est de tromper une ou plusieurs autres personnes.

A) Pour un assureur conseil

« N'encourt pas la censure l'arrêt qui écarte cette cause d'irresponsabilité invoquée par un assureur conseil en gestion de patrimoine, dès lors qu'il résulte des constatations des juges du fond que ce dernier avait agi en concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes qu'il était chargé de placer. 5

⁵ [C. Cas ch crim. 3 décembre 2003 - N°: 02-84646](#)

S'agissant de l'élément intentionnel du délit de blanchiment, la haute juridiction considère que l'élément intentionnel du délit est caractérisé dès lors que le prévenu « n'a pu ignorer l'origine criminelle ou délictueuse de la chose ».

La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui avait retenu la culpabilité du prévenu du chef de blanchiment de fonds provenant d'un trafic de stupéfiants aux motifs que :

« Le prévenu, professionnel de l'immobilier ne pouvait ignorer non seulement l'origine douteuse des fonds mais que ceux-ci provenaient du trafic de drogue ».⁶

B)° Pour un notaire

L'article 2 de la loi du 12 juillet 1990 fait obligation à toutes les personnes qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent, ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance portant sur des sommes qu'elles savent provenir du trafic de stupéfiants ou d'organisations criminelles. Ainsi, commet le délit de blanchiment de capitaux provenant d'un trafic de stupéfiants, le notaire qui favorise l'achat d'un immeuble au moyen de fonds qu'il sait provenir d'un tel trafic, alors qu'il lui incombait de porter cette acquisition à la connaissance du procureur de la République.

C) Pour un avocat fiscaliste

Attendu que, par l'intermédiaire de et de François D..., avocat fiscaliste dudit groupe, une société SOCOTRA a été constituée à Jersey pour recueillir la commission occulte de 2 000 000 de francs qui lui a été versée en octobre 1991 par AEM-MEGRAS, sous le couvert d'une étude fictive, qu'avant la date du 21 mai 1991, François D... a donné à Samuel X... des instructions pour commettre l'action délictuelle et a ensuite aidé ou assisté l'auteur du délit postérieurement à celui-ci, en vertu d'un accord antérieur à la corruption ; qu'en donnant à Samuel X... les renseignements lui permettant de réaliser un montage financier destiné à permettre le versement de la commission aux bénéficiaires par le biais d'une société étrangère de manière à faciliter la commission de l'infraction, le prévenu s'est rendu coupable des faits reprochés et qu'il a également dans les conditions sus énoncées, apporté avec connaissance au corrupteur une aide et assistance postérieure au délit pour permettre le paiement des pots-de-vin ;

D° pour un avocat ([Cour de cassation 2 décembre 2009 N° 09-81088](#)⁷

"La connaissance du caractère illégal des activités exercées est déduit de la compétence professionnelle des avocats, spécialistes du droit des sociétés et des montages juridiques et fiscaux »

Un avocat fiscaliste condamné pour blanchiment

[Cour de cassation, criminelle, 16 janvier 2013, 11-83.689, P](#)⁸

Que M. Y..., en qualité d'avocat fiscaliste de M. X..., connaissait l'origine illicite des fonds qui provenaient d'une fraude fiscale, les sommes utilisées ayant pour origine l'activité de commerce d'armes qui aurait dû à ce titre faire l'objet d'une imposition en France ; ainsi, ayant agi, en se servant des facilités procurées par sa profession d'avocat, il a permis à l'un de ses clients, M. X... d'investir, de dissimuler et de

⁶ [C.Cass.ch crim 26 janvier 2005 N° 04-83972](#), [C. Cass. ch. crim. 29 mars 2007 N° 06-84445](#)

⁷ [Cour de cassation 2 décembre 2009 N° 09-81088](#)

⁸ [Cour de cassation, criminelle, 16 janvier 2013, 11-83.689, P](#)

convertir des fonds dont il connaissait l'origine frauduleuse ; qu'il est établi ainsi que le premier juge l'a noté dans son jugement que M. Y...a participé activement en sa qualité d'avocat à ces opérations notamment à compter du 15 mai 1996 et que, dès lors, il ne fait aucun doute qu'il a eu connaissance de l'origine frauduleuse pour être le produit d'un délit de la somme de 8 330 000 francs ainsi placée et dissimulée ;

iv/NOS OBLIGATIONS POUR PREVENIR

Décision de Conseil National des Barreaux du 30 juin 2011

Une obligation de vigilance et de prudence s'impose pour tous les professionnels avant d'effectuer une déclaration de soupçon, dans les opérations suivantes

.Devoir de prudence

« 1.5. En toutes circonstances, la prudence impose à l'avocat de ne pas conseiller à son client une solution s'il n'est pas en mesure d'apprécier la situation décrite, de déterminer à qui ce conseil ou cette action est destiné, d'identifier précisément son client.

« A cette fin, l'avocat est tenu de mettre en place, au sein de son cabinet, une procédure lui permettant d'apprécier, pendant toute la durée de sa relation avec le client, la nature et l'étendue de l'opération juridique pour laquelle son concours est sollicité.

.Obligation de dissuader

« Lorsqu'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet ou pour résultat la commission d'une infraction, l'avocat doit immédiatement s'efforcer d'en dissuader son client.

.Obligation de retrait

A défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier. »