

Procédure pénale

Vers une nouvelle, mais encore secrète, politique pénale ?

Les directives anti-blanchiment, en soumettant l'avocat à une obligation de dénonciation, menacent son indépendance et le secret professionnel auquel il est tenu. De plus, ce système de dénonciation à la cellule Tracfin a aujourd'hui démontré son inefficacité comme le montre un récent rapport de la Cour des comptes. Il est ici proposé une correction de ce système par la création, notamment, de la légalisation de l'obligation de dissuasion au lieu et place de l'obligation de délation.



Par Patrick
MICHAUD
Avocat au barreau
de Paris

Faut-il supprimer Tracfin ? Telle est la question provocatrice que certains avocats, certainement perfides, auraient pu se poser en lisant le rapport public de la Cour des comptes ⁽¹⁾ sur le service de renseignement financier national, dont le nom populaire est Tracfin, rapport qui met sur la sellette la – relative mais réelle – inefficacité interne et externe de ce service de renseignement de notre République.

Ces avocats sont dans l'erreur, la Cour des comptes recommande, en effet, à nos élus de développer l'efficacité de Tracfin par un accroissement de ses moyens humains, techniques et juridiques. Mais ce rapport est politiquement insuffisant. N'y est pas abordée la question de la légitimité de certaines obligations liberticides imposées par le législateur notamment aux avocats de France. Sans débat démocratique et encore moins politique, un groupe de personnalités ont mis en œuvre une nouvelle stratégie de prévention de la délinquance particulièrement internationale.

Une nouvelle politique pénale en action : la prévention des infractions pénales. Sans débat parlementaire ou public, nos pouvoirs publics ont subi la pression de modèles étrangers pour instituer en France une nouvelle politique pénale : la politique de la prévention de la délinquance notamment financière. Traditionnellement, les pouvoirs publics combattaient la commission ou la tentative de commission d'infractions pénales, la recherche du renseignement pour prévenir des infractions était laissée à un petit nombre d'acteurs notamment des services de renseignement publics ou privés. La dénonciation d'infractions commises, ou exceptionnellement de suspicion d'infractions, n'étaient pas un modèle reconnu par l'opinion publique ou par le législateur. Les obligations

citoyennes de dénoncer des infractions étaient limitées soit à un très petit nombre de professionnels soit uniquement pour des crimes en cours de réalisation.

L'origine de cette nouvelle politique sur la prévention de la délinquance. Au début des années 1980, la communauté internationale a commencé à se mobiliser pour mettre en place une politique d'action commune afin de prévenir le blanchiment et le développement de la criminalité organisée. Les pays européens ont été les premiers à réagir, avec l'adoption de la recommandation du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980, bientôt par l'OCDE dans le cadre du GAFI.

La déclaration de Bâle du 12 décembre 1988 ou « déclaration de principe du comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires » est la première manifestation internationale visant à prévenir le blanchiment d'argent des organisations criminelles.

Un petit nombre de responsables financiers internationaux a alors conduit la communauté bancaire à faire un choix cornélien :

- soit la création d'une obligation de dénonciation secrète des clients à risque, avec son corollaire : une immunité de toute responsabilité pour le déclarant ;
- soit la création d'une obligation de vigilance interne, rigoureuse et coûteuse, des clients à risque, avec son corollaire : une responsabilité financière et pénale renforcée en cas d'erreur ou d'absence de vigilance.

Finalement, la formule suivante a été trouvée : vigilance rigoureuse et coûteuse, et immunité, mais uniquement en cas de dénonciation secrète dite de « bonne foi » !

La réglementation de la déclaration de soupçon a été créée à la demande du système bancaire international, qui a voulu conserver « les sous des clients à risque » tout en dégageant en touche sa responsabilité pénale et civile... Cette politique de lutte contre les blanchiments de tout genre ne pouvait devenir efficace qu'avec son corollaire indispensable : la nécessité d'établir la traçabilité internationale de tout mouvement de fonds par la suppression du secret bancaire. Dix ans après cette déclaration de pure intention, le Conseil de l'Europe a adopté à Strasbourg, le 8 novembre 1990, une convention visant le dépistage du blanchiment, la saisie et la confiscation des produits

(1) Ce rapport est disponible sur le site de la Cour des comptes : www.c-comptes.fr

du crime ⁽²⁾. Un des objets de cette convention était déjà d'imposer la levée du secret bancaire. Ces principes de transparence des comportements ont été repris par l'Union européenne dans le cadre de plusieurs directives, et introduits dans la législation interne des États membres. La France a continuellement et fidèlement adapté sa législation aux règles européennes et internationales, mais sans proposer de solutions de rechange adaptées à notre civilisation de droit continental.

Les pratiques de prévention de la délinquance. À travers les siècles, les pratiques de prévention de la délinquance ont été nombreuses : par exemple, sous l'ancien régime le monitoire s'affichait sur les portes des églises. Mais pour des raisons que nos historiens du droit pourront nous expliquer, la politique de prévention avait été remplacée, principalement, par la seule politique de la répression. On peut résumer rapidement quelques pratiques de prévention.

“ Ces procédures, dans lesquelles des avocats américains assistent les dénonciateurs, ne font pas partie de nos traditions européennes ”

• **La dénonciation citoyenne obligatoire**

Ce système oblige chaque citoyen à dénoncer à une autorité publique des soupçons d'infractions. Ce système a été appliqué en Europe encore récemment, avec le système de la *Stasi* en Allemagne de l'Est.

En France nous avons connu trois périodes similaires : le décret du 17 septembre 1793 relatif aux gens suspects ; la deuxième loi des suspects (1848) ; la troisième époque de la dénonciation (1941) et le régime de Vichy.

Aujourd'hui, l'obligation de dénonciation par nos concitoyens est uniquement prévue par l'article 434-1 du Code pénal, et ne vise que le crime et non le délit dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, étant précisé que les avocats ne sont pas soumis à cette disposition.

• **La dénonciation citoyenne rémunérée**

Ce système est couramment utilisé dans un certain nombre de pays, dans lesquels le civisme est une source de fierté nationale. Les États-Unis ont développé un système de dénonciation individuelle pour un ensemble d'infractions. Des avocats sont à la pointe du combat pour protéger les *Whistleblowers* et recevoir des honoraires proportionnels aux récompenses reçues. Ces procédures de dénonciations rémunérées se développent en matière fiscale avec l'assistance de l'*Internal Revenue Services* (IRS) et en matière boursière avec l'assistance de la *Security and*

exchange commission (SEC). Ces procédures, dans lesquelles des avocats américains assistent les dénonciateurs, ne font pas partie de nos cultures et traditions européennes et encore moins françaises mais la réforme en cours de préparation de la « directive dénonciation » va certainement reprendre cette idée chère à Fouquier Tinville. En France, les aviseurs des douanes ⁽³⁾ peuvent être officiellement rémunérés. En ce qui concerne l'administration fiscale, l'utilisation des dénonciations anonymes était interdite par l'ancien article 40 du Livre des procédures fiscales qui disposait notamment : « Une dénonciation anonyme ne peut servir de base à un soupçon de fraude ». Le législateur, ⁽⁴⁾ dans l'allégresse de l'adoption du rapport *Aicardi*, a, en 1987, abrogé avec innocence ce texte protecteur. L'administration fiscale a, par ailleurs, rapidement renoncé à rémunérer les dénonciations dites anonymes ⁽⁵⁾ et la Cour de cassation a toujours été réticente à l'idée d'autoriser des visites domiciliaires fiscales de l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales et ce, même en cas de déclarations dites anonymes ⁽⁶⁾, c'est-à-dire celles établies sous contrôle administratif ⁽⁷⁾.

• **La dénonciation citoyenne facultative**

La dénonciation de la prévention d'infraction n'a pas bonne presse en France ; et notamment grâce à Cesare Beccaria dans son ouvrage *Des délits et des peines* sur « des accusations secrètes ». De même, le décret du 9 octobre 1789 qui a abrogé l'ordonnance criminelle de Colbert avait interdit l'utilisation des dénonciations anonymes (art. 4) et ce « sous peine de nullité ». La possibilité de dénonciation est cependant prévue par le Code de procédure pénale, sans créer une obligation citoyenne notamment dans le cadre de l'article 17 du CPP.

• **La dénonciation professionnelle obligatoire de délit**

– **Les rares obligations traditionnelles :** la loi française n'a pas prévu d'obligation généralisée de dénonciation d'infractions pénales par des professionnels. Les seuls professionnels qui ont l'obligation de dénoncer les crimes ou les délits sont ceux visés par l'article 40 du Code de procédure pénale. Il s'agit de toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit. Ces professionnels sont tenus d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

De même, les commissaires aux comptes ont une obligation similaire dans le cadre de l'article L. 823-12 du Code de commerce, qui dispose que « les commissaires aux comptes révèlent au procureur de la République les

(3) C. douanes, art. 391.

(4) L. n° 86-1317, 30 déc. 1986, art. 80 III : JO 31 déc. 1986, p. 15820.

(5) Commission des finances du Sénat sur la fraude fiscale, mars 2008.

(6) P. Michaud, « L'avocat, le juge et le corbeau » : Gaz. Pal. 21 déc. 1999, D00900.

(7) Cass. com., 1^{er} juin 2010, n° 09-16128.

(2) L. n° 96-130, 21 févr. 1996, autorisant l'approbation de la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg le 8 novembre 1990 : JO 22 févr. 1996, p. 2865.

faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation ». Mais, cette obligation qui existe depuis des nombreuses années ne vise que les crimes ou les délits, elle ne vise pas les soupçons d'infraction comme cela est imposé par la réglementation dite Tracfin.

– **L'obligation nouvelle de dénonciation de soupçon** : il s'agit de la nouvelle obligation imposée notamment mais pas exclusivement à de nombreux professionnels de la finance, de l'immobilier, de la comptabilité et du droit, de déclarer des soupçons non seulement de blanchiment d'infractions, mais aussi et d'abord, d'infractions ayant des incidences financières et fiscales et qui sont punissables d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an. D'après certaines informations, plus de 500 000 personnes qualifiées seraient directement ou indirectement soumises à cette obligation.

L'ordonnance du 30 janvier 2009⁽⁸⁾, publiée en obligation de la directive, est un des textes législatifs et réglementaires qui vont profondément modifier les principes fondamentaux de notre système de valeur démocratique⁽⁹⁾. Christian Charrière-Bournazel⁽¹⁰⁾ a clairement résumé cette opinion de la façon suivante : « on ne sauve pas la liberté en la tuant ». La réglementation européenne qui ne visait alors que principalement des opérations liées au financement du terrorisme aux activités criminelles organisées, au trafic de stupéfiants a considérablement élargi son champ d'activité à l'ensemble des infractions à connotation financières dites « graves », c'est-à-dire punissables d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an.

La prochaine directive va encore élargir le champ d'application. Toutefois, il convient de garder constamment à l'esprit que la directive du 26 octobre 2005⁽¹¹⁾, et donc l'ordonnance française d'application restent soumises aux principes fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'Homme et, notamment, au droit à un procès équitable (Conv. EDH, art. 6) et au droit au respect à la vie privée (Conv. EDH, art. 8). La finalité « philosophique » de ces textes internationaux est d'améliorer les garanties collectives, garanties dont la prévention et la lutte contre la délinquance financière font partie, tout en essayant, vaille que vaille, de ne pas déstabiliser les principes régissant la protection des libertés individuelles reconnues notamment par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le droit au respect de la vie privée et familiale est le principe. L'ingérence de l'état est l'exception. Ainsi, les lois françaises issues de la transposition des directives doivent respecter la jurisprudence de la Cour européenne notam-

ment le principe de proportionnalité des moyens utilisés par rapport à l'objectif légal.

Quel est l'objet de la troisième directive⁽¹²⁾ anti-blanchiment ? Selon son article 1^{er} : « les États membres veillent à ce que le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme soient interdits ». La directive préconise plusieurs moyens pour atteindre cet objectif. Parmi eux, seule la déclaration obligatoire de soupçon nous semble incompatible notamment avec l'article 8 de la Convention EDH en ce qu'elle est disproportionnée, tant par rapport à l'objectif poursuivi que par rapport à son efficacité réelle.

“ *Tracfin n'est que le service de renseignement financier de la France* ”

L'analyse de la nature même de cette cellule de renseignement financier semble ici primordiale car l'article 8 de la convention EDH, article qui couvre le secret professionnel auquel l'avocat est soumis, dispose que l'ingérence dans la vie de nos concitoyens doit, d'une part, être réalisée par une autorité publique – ce qui est le cas de Tracfin – et, d'autre part, doit constituer une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. L'obligation de déclaration d'un soupçon d'infractions à un service national de renseignement est-elle une mesure nécessaire et proportionnée pour prévenir des infractions pénales ? Une opinion savamment diffusée assimile en effet Tracfin à un service de lutte contre le blanchiment financier. Cette opinion est erronée, il n'en est rien.

Quel est le rôle de Tracfin ? Tracfin est d'abord la centrale de renseignements financiers de la France. L'article L. 561-23 du Code monétaire et financier dispose, en effet, qu'une « cellule de renseignement financier nationale » exerce les attributions concernant les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. L'article R. 561-33 du Code monétaire et financier donne la dénomination « Tracfin » à ce service. Tracfin est donc, avant tout, un service de renseignement, aux mains du pouvoir exécutif, et notamment du ministre des Finances. Le service Tracfin est, en effet, timidement « contrôlé » par le Parlement dans le cadre des services de renseignements⁽¹³⁾. Cette centrale reçoit en effet des renseignements de nombreux informateurs, pas uniquement des seize catégories⁽¹⁴⁾ de professionnels de la finance ou du droit mais aussi des admi-

(8) Ord. n° 2009-104, 30 janv. 2009 : JO 31 janv. 2009, p. 1819.

(9) Les décrets d'application suivants ont été publiés et insérés dans le Code monétaire et financier : D. n° 2009-874, 16 juill. 2009 ; D. n° 2009-1087, 2 sept. 2009.

(10) Discours d'investiture au Bâtonnat, déc. 2007.

(11) Dir. n° 2005/60/CE, 26 oct. 2005, cons. n° 48.

(12) Dir. n° 2005/60/CE, préc.

(13) Délégation parlementaire au renseignement 2011, rapport n° 4222 du 26 janvier 2012 mais non publié à ce jour.

(14) CMF, art. L. 561-2.

nistrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, de toute personne chargée d'une mission de service public, de l'autorité judiciaire, des juridictions financières, des officiers de police judiciaire⁽¹⁵⁾ ainsi que des cellules similaires étrangères.

L'autre question qui se pose est de savoir comment cette autorité publique de renseignement financier peut utiliser les déclarations reçues. Le persan de Montesquieu aurait pu imaginer que les informations reçues par le service Tracfin étaient transmises immédiatement, et uniquement auprès de nos procureurs afin de prévenir des infractions pénales importantes. Il n'en est rien : seule une petite poignée de renseignements, environ 2 %, est transmis à la justice. Cette centrale rediffuse aussi les renseignements – analysés et traités – à de nombreux services étrangers ou à des services de la République⁽¹⁶⁾, notamment les douanes et le fisc. Comment, par qui, à quelles fins et sous quel contrôle sont alors utilisés les 98 % autres renseignements restants ?

En principe, le droit – et non l'obligation – de « saisir par note d'information » le parquet ne vise que les faits susceptibles de relever du blanchiment ou du financement du terrorisme et non les infractions sous jacentes et ce conformément à l'article L. 561-23 du CMF. Mais Tracfin peut aussi informer le procureur de toutes autres infractions et ce, en vertu de l'article 40 du Code de procédure pénale. Il existe donc bien une disproportion béante, océanique, entre l'obligation de déclarer des soupçons d'infractions financières « primaires » – et non seulement des soupçons d'infractions de blanchiment –, obligations imposées sous sanctions pénales à 500 000 professionnels, y compris aux 55 000 avocats de France et la possibilité pour Tracfin d'utiliser ces déclarations pour informer le procureur de faits susceptibles de relever uniquement du blanchiment, ou du financement des activités terroristes.

Une inefficacité prouvée par la situation de fait. Les rapports publics publiés par le service Tracfin⁽¹⁷⁾ montrent bien la limite de la véritable efficacité de ce service de renseignement ; limite qui a été largement soulignée par le rapport public de la Cour des comptes diffusé en février 2012. À titre d'exemple, le rapport 2010 précise que cette année-là, Tracfin a reçu 20 252 informations contre 18 104 en 2009 (+ 12 %), dont 19 208 déclarations de soupçons émises par les professionnels, 333 informations des administrations d'État et assimilés et des autorités de contrôle et 711 requêtes de ses homologues étrangers. Durant cette même année, Tracfin a adressé 404 dossiers à l'autorité judiciaire contre 384 en 2009. Tracfin n'a transmis aux parquets que 94 informations concernant des infractions de blanchiment – transmission qui est

l'objet même de sa création –, et 310 informations provenant de l'application de l'article 40 du Code de procédure pénale. Le léger rapport établi pour l'année 2011 confirme ces points.

* *

Un persan, toujours celui de Montesquieu, aurait rapidement compris le grandiose tour de prestidigitation politique : le tapis de la nécessaire prévention de la délinquance que le catéchisme officiel intitulé « lutte contre le blanchiment » couvrirait-il, en réalité, un fabuleux tabernacle de renseignements financiers au profit des pouvoirs publics de la République française ?

Les avocats, ces humanistes madrés, ont toujours dénoncé ce stratagème politicien et suggéré une alternative démocratique et respectueuse notamment de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le Conseil national des barreaux, sous la présidence de Thierry Wickers, a proposé aux pouvoirs publics la création d'une obligation de dissuader de commettre une infraction. Cette obligation publiée au *Journal officiel*, est aujourd'hui déontologique mais une petite poignée de fonctionnaires, héritiers des bœufs-tigres, ces ennemis jurés de Voltaire⁽¹⁸⁾, considérerait que ce texte n'a aucune valeur législative et continuerait de soutenir que les avocats sont toujours soumis à l'obligation de déclarer des soupçons c'est-à-dire de dénoncer des citoyens à l'état.

Comment faire évoluer le catéchisme actuel ? La conclusion à tirer d'une analyse de ces textes est que si une politique de prévention de la délinquance – financière ou autre – paraît indispensable aux yeux de nos concitoyens, l'unique méthode imposée par les pouvoirs publics, c'est-à-dire celle d'une obligation généralisée de déclaration de soupçon semble, d'une part, en grande partie inefficace et, d'autre part, manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

En conclusion, le système de déclaration obligatoire à Tracfin a montré son inefficacité et devra être profondément corrigé par le prochain parlement en prévoyant d'autres systèmes légaux de prévention, notamment celui proposé par les avocats de France : dissuader pour ne pas dénoncer. Je me permets de ressusciter les propos de Benjamin Franklin⁽¹⁹⁾ : « *They who can give up essential liberty to obtain a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety* ». Le développement de cette nouvelle méthode légale de prévention permettra à terme d'apporter un formidable souffle de grandeur aux avocats de France qui vont alors pouvoir redevenir ces véritables protecteurs légaux tant au niveau judiciaire que juridique. ●

(15) CMF, art. L. 561-27.

(16) CMF, art. L. 561-29.

(17) Ces rapports sont diffusés librement sur le site de Tracfin : <http://www.economie.gouv.fr/tracfin>

(18) « Bœuf-Tigre » est l'aimable surnom dont Voltaire a affublé le conseiller Pasquier, cet homme qui est devenu, après son intervention au procès du Chevalier De La Barre, le symbole même de l'intégrisme fanatique et intolérant.

(19) Cités en français par C. Charrière-Bournazel.