

La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme

Michelle Billet*

avocate au Barreau de Thonon les Bains, ancien Bâtonnier, Présidente de la Commission de Contrôle des Carpa

Jean Charles Krebs*

avocat au Barreau de Paris, ancien membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris, ancien Président de l'UNCA, secrétaire général de la Carpa de Paris

Christian Leroy*

avocat au Barreau de Lyon, ancien membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Lyon, membre du Bureau du Conseil national des Barreaux

(* Les observations contenues dans cet article appartiennent à leur auteur et n'engagent pas d'autres organismes ou personnes)

Le cadre juridique qui définit les obligations des avocats au regard de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme est aujourd'hui bien connu du monde de l'avocat et les nécessaires transcriptions en droit interne des directives européennes font désormais partie de notre environnement professionnel.

Le fait que la profession d'avocat ait désormais fait sienne la responsabilité des acteurs sociaux en cette matière a tendance à faire oublier l'importance et la rapidité des changements intervenus au cours des dernières années, tant au regard des textes applicables que des comportements.

Nous nous proposerons ici de rendre compte de cette évolution marquée notamment par la volonté de la profession d'avocat de peser sur les textes qui lui sont applicables. Si nous nous sommes emparés de la question, c'est bien que l'autorégulation en constitue un des enjeux majeurs.

I. LE MONDE A CHANGÉ !

1.1 Le « Groupe d'action financière » à la manœuvre

- Constitué en 1989, le « Groupe d'action financière », (GAFI), organisme intergouvernemental qui réunit aujourd'hui 38 membres, est à l'origine des cinq directives européennes successives qui se sont employées à mettre en œuvre ses recommandations. Loin de se limiter à un rôle de « faiseur de normes », cet organisme organise des cycles de vérification de la conformité des États membres aux règles posées ; le quatrième cycle

de contrôle, commencé en 2013, va au-delà de la vérification de la conformité des législations nationales aux règles édictées et s'attache à s'assurer de l'effectivité des mesures et des comportements. Après, notamment, la Suisse et la Belgique, la France s'apprête à recevoir au cours de l'année 2020 les experts désignés par les États membres pour effectuer cet exercice d'évaluation mutuelle.

- La méthode de travail du GAFI doit, par ailleurs, être saluée en ce qu'elle associe les différents acteurs concernés aux réflexions menées aux fins d'en tester l'efficacité potentielle comme leur faisabilité et leur niveau d'acceptabilité. La profession d'avocat est partie prenante de ces travaux et le Conseil des Barreaux européens (CCBE), le Conseil national des barreaux (CNB) et la Caisse des règlements pécuniaires des avocats (CARPA) de Paris ont ainsi participé à la dernière réunion de travail organisée à l'intention du secteur privé¹, réunion de travail au programme de laquelle figuraient notamment le partage des meilleures pratiques en matière d'identification des « bénéficiaires effectifs » (BE) et les spécificités de l'approche par les risques pour les professions du droit et de la comptabilité.

1.2 Les directives européennes se succèdent et se font plus précises

- Chacun se rappelle que la première directive européenne sur la thématique de la lutte contre le blanchiment d'argent date de juin 1991, deux années après la création du GAFI, et qu'elle a été implicitement abrogée en 2001 par la seconde directive intervenue en ces matières qui a inclus les avocats dans le dispositif mis en place dix années auparavant.

¹. « FATF Private Sector Consultative Forum », 6-7 mai 2019, Vienne, Autriche.

La dernière directive, qui date de juin 2018 et a mis la législation européenne en lien avec les recommandations de 2012 du GAFI, est intervenue trois années seulement après la quatrième directive adoptée en 2015. Le rythme s'accélère.

- Les préoccupations de lutte contre le financement du terrorisme intègrent le dispositif en 2015 à l'occasion de la troisième directive. Après avoir visé l'origine des fonds, les textes s'intéressent alors à leurs destinations. Les thématiques traitées se diversifient.

- L'approche par les risques est consacrée par la quatrième directive qui vient, en cette matière, préciser les dispositions contenues dans le texte qui l'a précédé. En posant la nécessité pour tous les acteurs d'évaluer les risques auxquels sa propre activité l'expose, elle donne un cadre conceptuel précis à l'approche que chaque professionnel doit retenir. En faisant le lien entre les risques auxquels il est exposé et le niveau de vigilance qu'il doit déployer, elle fournit un mode opératoire auquel il n'est pas possible d'échapper. Les règles se font plus précises.

1.3 A l'initiative des Barreaux, la jurisprudence vient préciser des points majeurs

- Les textes communautaires ayant été construits à l'origine pour s'appliquer aux établissements financiers, leur extension à la profession d'avocat ne pouvait que poser la question de l'atteinte au secret professionnel de l'avocat.

Le Code de déontologie du CCBE l'a rappelé : l'obligation du secret professionnel sert les intérêts de la justice et doit en conséquence bénéficier d'une protection toute particulière de l'État de droit. Élément essentiel de la confiance qui doit exister entre l'avocat et son client, le secret professionnel est à la base de tout procès équitable et donc de la démocratie puisqu'il n'y pas de démocratie sans justice. Il convenait donc de définir les limites permettant de concilier le respect du secret professionnel et les exigences de la lutte contre le blanchiment.

- La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est venue clarifier cette question essentielle dans son arrêt resté célèbre de 2012², en posant le principe que l'ingérence de l'État doit être contrôlée.

Elle a, en effet, considéré que l'obligation de déclaration de soupçon pesant sur les avocats n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale dès lors, d'une part, que les avocats en sont exemptés en matière de consultation juridique et d'activité juridictionnelle et, d'autre part, que la loi a mis en place un filtre protecteur du secret professionnel en la personne du Bâtonnier.

La CEDH a consacré de la sorte la notion de « filtre nécessaire » du Bâtonnier à qui les déclarations de soupçons doivent être communiquées, filtre qui interdit tout contact direct entre les avocats et les cellules de renseignements financiers (CRF). Le principe de l'autorégulation de la profession d'avocat était ainsi consacré.

1.4 La profession d'avocat a fait sienne cette dimension sociale de la lutte contre le blanchiment

- Chacun se rappellera la réticence de la profession à l'arrivée de ces dispositions qui demandait pour la première fois, en 2001, à un avocat de « dénoncer » son client, allant ainsi à l'encontre de son principe essentiel de strict respect du secret professionnel et de la confidentialité.

La profession d'avocat assume et revendique aujourd'hui sa participation à l'objectif commun de sécurité publique, voulant ainsi prendre toute sa part à la régulation des relations sociales et toute sa dimension de tiers de confiance. Elle réaffirme dans le même temps l'impérieuse nécessité que soit rigoureusement respectée l'obligation au secret professionnel qui est la sienne à l'égard de ses clients. Elle s'emploie à assurer cet équilibre dans le cadre de l'autorégulation dont le Code monétaire et financier lui confie la charge.

- Il est, par ailleurs, actuellement fréquemment débattu du périmètre du secret professionnel. Certains voudraient le voir modifié au motif que l'activité professionnelle de l'avocat évolue et que de nouveaux domaines d'activités s'ouvrent à la profession. Notons ici que, si de nouvelles règles devaient s'imposer, elles devront se forger dans le débat, voire dans le combat, et s'inscrire en tout état de cause dans le respect de l'autorégulation.

² Arrêt du 6 décembre 2012, *Michaud contre France*, requête n° 12323.

II. TOUT N'EST PAS RÉGLÉ !

2.1 Le principe d'autorégulation doit être consacré par la directive

- La dernière directive prévoit à son article 34 que les États membres peuvent, s'agissant des avocats, désigner un organisme d'autorégulation, ce qui signifie en creux que l'autorégulation de la profession n'est pas la règle mais une simple option laissée à l'appréciation des États membres. Il conviendrait, par hypothèse, que la règle de l'autorégulation par la profession d'avocat devienne celle en vigueur dans l'Union, l'autorégulation étant la condition de l'indépendance de l'avocat et donc du respect du secret professionnel, condition d'un procès équitable.

Ce même article 34, dans sa nouvelle rédaction, met à la charge des organismes d'autorégulation désignés des obligations importantes en matière de « reporting » ; il conviendra de satisfaire à ces obligations sous peine de voir les pouvoirs publics réviser leur position dans l'hypothèse où les textes applicables au niveau de l'Union européenne ne viendraient pas consacrer l'autorégulation en tant que principe impératif.

- Il convient, dans le même temps, de rappeler que le Parlement européen n'a pas fait droit à la demande formulée par la commission « PANA », constituée à l'issue de l'affaire des « Panama papers », qui demandait l'interdiction de l'autorégulation en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Il a néanmoins, dans sa recommandation du 17 décembre 2017, incité à la constitution d'un organisme de surveillance des organes de régulation ; la profession doit prendre au sérieux cette position et mesurer la nécessité de tout mettre en œuvre aux fins que l'efficacité des mécanismes qu'elle met en place dans le cadre de l'autorégulation ne puisse être contestée.

- On notera que la profession d'avocat s'organise aux fins de répondre à cette exigence. Ainsi, en France ont été mises en place, dès 2014, une « Commission de régulation » chargée d'orienter et de définir le programme annuel de contrôle des CARPA³, ainsi qu'une « Commission de Contrôle des CARPA » chargée de la mise en œuvre des contrôles et ayant des pouvoirs de sanctions.

La profession fait donc sienne cette exigence de contrôle de la bonne application de la norme.

2.2 La sanctuarisation de la consultation juridique doit être préservée

- La Cour européenne des droits de l'homme a, dans l'arrêt *Michaud* précité, consacré la nécessité de tenir la consultation juridique hors du champ de la déclaration de soupçon.

Cette disposition est essentielle dans la mesure où elle consacre l'aspect indivisible de l'activité de conseil et de défense en ce qu'elles s'inscrivent naturellement dans une logique de « continuum » de l'activité de l'avocat au service des intérêts de son client.

Elle tient compte également de la réalité de l'activité professionnelle de l'avocat dans sa dimension de conseil qui ne procède à la mise en œuvre de ses recommandations qu'à partir du moment où son client en décide ainsi. L'on ne saurait raisonnablement procéder à une déclaration de soupçon lorsque l'on donne un avis juridique alors qu'aucune décision de procéder à une opération susceptible de donner lieu à une déclaration de soupçon n'a été prise.

- Il n'en reste pas moins que les termes utilisés par la directive visent « l'évaluation de la situation juridique du client » et les pouvoirs publics pourraient donc être tentés de tirer argument de cette expression aux fins d'inclure la consultation juridique dans le champ de la déclaration de soupçon et n'exonérer que « l'évaluation de la situation juridique du client ».

On notera, à cet égard, que l'expression « évaluation de la situation juridique du client » ne renvoie pas à une quelconque notion identifiée dans bien des juridictions, notamment la France, et viderait donc de sa substance cette disposition protectrice du secret professionnel.

- On conviendra néanmoins que deux champs de réflexion doivent être poursuivis à cet égard :

- L'hypothèse où un avocat prend la décision de se déplacer en raison des soupçons qui lui sont venus lors de cette période d'observation que constitue la consultation juridique ne devrait-elle pas s'analyser comme une tentative de blanchiment au sens de la directive, et donc faire l'objet d'une déclaration

³ Le rôle des « CARPA » est défini plus avant dans le présent article, sous le paragraphe 23.

de soupçon comme le prévoit l'article L 561-15-V du Code monétaire et financier ?

- La frontière parfois délicate, notamment en matière fiscale, entre l'exposé d'une solution de principe et celui d'un mode opératoire concret et appliqué (ce que l'on pourrait qualifier « d'ingénierie juridique ») ne devrait-elle pas être analysée plus avant aux fins de tenter de déterminer plus précisément les circonstances dans lesquelles la déclaration d'un soupçon devient nécessaire ?

2.3 La surveillance des managements de fonds de leurs clients par les avocats doit être systématisée dans le cadre de l'autorégulation

● Les obligations de vigilance qui pèsent sur les avocats ne sont pas toujours faciles à remplir et les petites structures disposent de peu de ressources aux fins de satisfaire à leurs obligations en ces matières. L'identification du bénéficiaire effectif n'est jamais simple et le maniement de fonds appartenant à un client augmente les risques de l'instrumentalisation de l'avocat par son client.

Ces constats de bon sens militent pour une mutualisation des moyens au sein de la profession et la mise à disposition par les organisations professionnelles auxquelles les avocats appartiennent de structures adéquates.

● L'existence d'organismes dépendant de la profession effectuant le contrôle des opérations et s'assurant de la conformité des managements de fonds effectués par les avocats avec les opérations traitées constitue une réponse adéquate à ces difficultés. C'est l'option prise par le barreau français avec le système des CARPA.

- La responsabilité des avocats en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme n'est pas conditionnée au fait qu'ils effectuent eux-mêmes les managements de fonds accessoires aux opérations juridiques auxquelles ils prêtent leur concours. Cela étant, la détermination et la mesure du risque attaché aux managements de fonds par les avocats doivent être bien appréhendées.
- Il n'est pas déraisonnable de penser qu'en s'assurant des managements de fonds accessoires aux opérations qu'ils réalisent et de leur cohérence avec ces opérations, les avocats réduisent en réalité le risque

d'être instrumentalisés à des fins de blanchiment. Pour autant, le GAFI considère que le maniement de fonds constitue en lui-même un risque accru.

C'est ici que la CARPA prend toute sa place dans le dispositif : en intégrant des contrôles systématiques portant sur l'origine et la destination des fonds, le bénéficiaire effectif et le lien avec une opération juridique identifiée, l'intervention de la CARPA permet de ramener le risque brut accru que constitue en lui-même le flux financier passant entre les mains de l'avocat et donc de la CARPA, à un risque net extrêmement réduit du fait de ces contrôles.

- La CARPA n'est pas elle-même un établissement financier, mais elle est adossée à une banque.
- La CARPA étant placée sous l'autorité du conseil de l'ordre et du Bâtonnier, garant du secret professionnel, les avocats ont l'obligation de lui fournir les explications nécessaires à ses contrôles sans pouvoir lui opposer le secret dû à leurs clients, auquel ils sont en revanche tenus vis-à-vis des banques.
- Les contrôles réalisés par la CARPA, d'une part, et par sa banque, d'autre part, s'exercent ainsi de manière complémentaire, dans le respect du secret professionnel. Ce dispositif est de nature à répondre aux préoccupations exprimées par le GAFI au sujet des managements de fonds effectués par les avocats, dans ses travaux relatifs à l'approche par les risques appliquée aux professions du droit pointant un déficit de partage d'information entre les banques et les avocats et une moindre vigilance des banques envers les professionnels du droit.
- La systématisation du recours à de telles structures permettrait une sécurisation des activités de l'avocat et constituerait la démonstration de la capacité de la profession à prendre en charge ses obligations et donc à assumer pleinement l'autorégulation. Leur caractère obligatoire à toutes les interventions de l'avocat entraînant un mouvement de fonds sécuriserait l'ensemble du processus.
- La constitution d'un réseau européen de ces structures démultiplierait leur efficacité.

Et puisque l'exercice commande de se risquer à une conclusion, risquons-nous :

- Les éléments qui précèdent amènent logiquement à inciter la profession d'avocat à poursuivre et inten-

sifier son dialogue avec les pouvoirs publics en charge de la définition et de la conduite des politiques de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

- L'enjeu de l'autorégulation nous apparaît se conjuguer avec la nécessité pour les Barreaux de participer à la préoccupation sociale de sécurité publique, dont l'indépendance des avocats est d'ailleurs, dans l'État de droit, une composante essentielle.