

Les exigences de confidentialité et de secret professionnel des avocats

- Les domaines d'activité différents des avocats dans l'Union européenne
- Le contrôle par les instances professionnelles
- La problématique de la déclaration de soupçon

Je suis ravi de m'adresser à vous aujourd'hui.

Je tiens tout d'abord à vous remercier d'accueillir cet événement et vous donne, au nom du CCBE, tous nos remerciements et nos félicitations.

Je suis particulièrement reconnaissant de pouvoir m'adresser à vous étant donné que la question du secret professionnel est au cœur des travaux du CCBE. En effet, nous traitons de cette question au sein des comités Lutte contre le blanchiment de capitaux, Fiscalité, Déontologie, Vers un modèle de Code de déontologie et au sein du groupe de travail Surveillance.

Tout d'abord, l'article 2.3 du Code de déontologie du CCBE dispose que :

« L'obligation de l'avocat relative au secret professionnel sert les intérêts de l'administration de la justice comme ceux du client. Elle doit par conséquent bénéficier d'une protection spéciale de l'État. »

Le CCBE estime que le rôle de la profession d'avocat dans l'administration de la justice est essentiel au maintien de l'état de droit. Ce rôle est fondamentalement différent du rôle de toute autre profession. L'avocat est tenu d'agir dans l'intérêt de son client et doit agir en toute indépendance.

Pour que l'avocat défende efficacement les droits de ses clients, les communications entre avocats et clients doivent rester confidentielles. Ce principe est reconnu dans toute l'Europe depuis des siècles. En substance, sans cette garantie, le danger existe qu'un client ne dispose pas de la confiance lui permettant de se confier entièrement et en toute franchise à son avocat qui, à son tour, ne dispose alors pas de suffisamment d'informations pour prodiguer des conseils exhaustifs au client ou le représenter efficacement. Sans cette confiance, le client n'aurait pas l'assurance de pouvoir s'exprimer de manière franche et ouverte avec son avocat, ce qui est essentiel pour prodiguer des conseils et une assistance juridiques complets et précis, garantie cruciale d'un procès équitable.

En raison de cet impératif politique, tous les pays européens ont des dispositions garantissant la protection du droit et du devoir de l'avocat de protéger la confidentialité des dossiers de leurs clients. Dans certaines

juridictions en Europe, cela est réalisé en conférant à ces communications la protection du *legal professional privilege*, et dans d'autres juridictions en les traitant comme relevant du secret professionnel. Ces deux approches visent à atteindre le même résultat : la protection des informations recueillies dans le cadre de la relation avocat-client dans le but d'offrir ou de recevoir des conseils juridiques (dans des cas de litiges ou non), que ce soit au civil ou au pénal.

Mon exposé ne vise pas à offrir une analyse détaillée du secret professionnel et du *legal professional privilege*, mais il est utile de comprendre l'approche générale adoptée par chacun de ces deux concepts.

Le concept de *legal professional privilege* confère aux communications avocat-client un privilège de confidentialité qui appartient au client. L'avocat est soumis à l'obligation découlant de la relation avocat-client d'assurer la confidentialité de toutes les communications entre le client et lui-même entrant dans le cadre de sa fonction d'avocat mandaté par le client, sauf si le client renonce à cette confidentialité. Cette obligation civile se traduit par une obligation déontologique. Il est toutefois important de comprendre que le *legal professional privilege* ne concerne pas les communications qui ne sont pas comprises dans la relation entre le client (en tant que client) et l'avocat (en tant qu'avocat de ce client). Par exemple, il ne s'applique pas aux communications entre un particulier et un avocat, qui peut très bien agir à titre d'avocat du client dans certaines affaires, si ces communications ne se rapportent pas à la relation professionnelle. Prenons un exemple clair : si l'avocat n'est pas impliqué dans la défense pénale d'un client accusé d'avoir braqué une banque ou d'avoir commis un acte terroriste, mais comme conseiller ayant organisé avec le client le braquage d'une banque ou un acte terroriste, il est clair que l'on se trouve hors du champ d'application du *legal professional privilege*. Dans les pays de *Common Law*, on parle généralement de *iniquity exception*. Il est important de noter qu'il ne s'agit pas vraiment d'une exception, mais plutôt d'une question qui, en premier lieu, ne relève pas du *legal professional privilege*.

Lorsqu'il s'agit du secret professionnel, l'obligation de confidentialité est absolue. C'est une obligation qui incombe directement à l'avocat et à laquelle, dans la plupart des juridictions, le client ne peut renoncer. Dans certaines juridictions, le secret professionnel a un statut constitutionnel qui vise à garantir les droits fondamentaux tels que le droit à la vie privée, le droit au secret des communications, ainsi que le droit à la défense et à un procès équitable. Dans certaines juridictions, la violation du secret professionnel par un avocat est une infraction pénale prévue dans le Code pénal, et la divulgation d'informations relevant du secret professionnel est passible d'une peine d'emprisonnement. Malgré ces différences importantes, la notion de secret professionnel partage avec le *legal professional privilege* le principe qu'il ne s'applique pas lorsque l'avocat participe avec le client à la poursuite d'une activité criminelle.

Les principes généraux du droit, tout comme les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que la Cour européenne de justice et la Cour européenne des droits de l'homme ont reconnu le caractère spécifique et les principes essentiels de la profession d'avocat, en particulier la protection du secret professionnel en tant que principe indissociable de l'indépendance des avocats.

Cependant, en dépit des principes généraux du droit et de la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, la question du secret professionnel et du *legal professional privilege* est une question pour laquelle le CCBE se bat depuis de nombreuses années.

La menace se fait sentir sous plusieurs formes.

Il existe par exemple, au sein de l'Union européenne, une volonté politique de durcir la législation anti-blanchiment et de renforcer ou d'accroître les obligations de déclaration des avocats. En réponse, le CCBE est actif depuis 2000 au sujet des directives anti-blanchiment et leurs diverses révisions qui imposent des obligations de déclaration aux avocats (la cinquième directive anti-blanchiment a été adoptée le 14 mai 2018). Le comité répond également aux propositions du GAFI chargé d'établir les normes internationales.

Nous observons également que des propositions d'obligation de déclaration obligatoires en ce qui concerne la planification fiscale agressive et des projets de loi visant à la contraindre sont utilisés dans les mêmes propositions pour lutter contre l'évasion fiscale, sans faire de distinction. Le CCBE a répondu à des propositions qui proposaient l'introduction de déclarations obligatoires sur diverses planifications fiscales.

Nous voyons également diverses menaces dans le cadre des activités de surveillance. Le CCBE a publié des recommandations sur la protection du secret professionnel dans le contexte des activités de surveillance. Ces recommandations ont été préparées pour informer les législateurs et les décideurs des normes devant être respectées afin de s'assurer que les principes essentiels du secret professionnel ne sont pas sapés par les pratiques de l'État comportant l'interception de communications et l'accès aux données des avocats à des fins de surveillance ou de maintien de l'ordre. Le principe général est que toute surveillance directe ou indirecte exercée par l'État doit respecter les limites de l'état de droit et doit, en particulier, respecter le secret professionnel. Cette protection constitue, en matière de litiges, un élément essentiel garantissant le droit à un procès équitable et, dans tous les cas, un principe fondamental de l'état de droit.

Le CCBE dispose de comités et de groupes de travail qui se consacrent à analyser et à répondre à ces menaces. La profession est unie à cet égard. L'année dernière, le CCBE a publié une déclaration sur le secret professionnel rappelant son importance, et les causes principales des infractions compromettant le secret professionnel dans plusieurs pays

membres du CCBE ont été identifiées. Nous sommes également intervenus dans un certain nombre d'affaires devant la Cour européenne de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et un certain nombre d'États membres. Le CCBE protège toujours et à chaque instant le secret professionnel.

Je crois qu'il y a une perception erronée que le secret professionnel est utilisé de manière abusive et que les avocats «se cachent derrière le bouclier du secret professionnel». Chers confrères, comme je l'ai déjà dit, le secret professionnel ne s'applique pas et ne s'appliquera jamais lorsqu'un avocat facilite une infraction. Je crois que les législateurs ont parfois du mal à comprendre cette question et nous devons tout faire pour les éduquer. Nous savons que le secret professionnel a pour objet de faciliter une communication ouverte et franche entre les personnes ayant besoin de conseils juridiques et leur avocat, et que la protection de cette disposition est dans l'intérêt public. Il est de l'essence de la fonction d'un avocat qu'il soit informé par son client des choses que ce dernier ne dirait pas aux autres, même les détails personnels les plus intimes ou les secrets commerciaux les plus précieux, et que l'avocat soit le destinataire d'informations en toute confiance. Sans garantie de confidentialité, il ne peut y avoir de confiance, et un avocat ne serait autrement pas en mesure de conseiller correctement son client. Le secret professionnel est donc un droit primaire et fondamental du client. Le secret professionnel sert l'intérêt de l'administration de la justice, ainsi que l'intérêt du client.

Il est bien entendu admis que la profession d'avocat se doit de jouer, jouer et jouera son rôle dans la lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme, la fraude fiscale et d'autres questions. Le CCBE ne tolère pas et ne tolérera jamais les actes d'un avocat qui participe sciemment à une activité criminelle d'un client, qu'il s'agisse de blanchiment de capitaux, de fraude fiscale ou de toute autre activité criminelle. Il existe des règles déontologiques professionnelles et des sanctions disciplinaires, en plus des sanctions pénales, pour les avocats qui participent à de telles activités criminelles.

Je tiens à souligner qu'un avocat est membre d'une profession réglementée, qu'il fait partie du processus qui garantit l'État droit et a le devoir d'appliquer la loi et de la faire appliquer. La mission d'un avocat indépendant et membre d'une profession réglementée repose sur la confiance absolue accordée par son client, qui doit être en mesure de consulter son avocat en toute confidentialité, sans crainte que sa confiance puisse être trahie.

Chers confrères, nous devons nous assurer que le secret professionnel est protégé et rester vigilants face à toute menace. Le CCBE continuera à tout mettre en œuvre pour que ce principe et l'importance de ce principe soient compris, défendus et protégés.

66 JEAN-CHARLES KREBS

Madame le Bâtonnier Marie-Aimée Peyron, dans quelle mesure le périmètre d'activité de l'avocat impacte-t-il la notion de secret professionnel ?

66 MARIE-AIMÉE PEYRON

*Bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris,
Présidente de la CARPA*

Tout à fait. D'abord, j'indique que le président Freitas parle d'or et que la lutte du CCBE, nous y participons, nous, avocats français. En ma qualité de bâtonnier de Paris, *a fortiori*, vous savez que le respect du secret professionnel a toujours été une lutte constante au moment de la négociation des directives blanchiment, ou aujourd'hui dans le cadre du projet de directive proposé par le commissaire Moscovici sur l'optimisation fiscale agressive, de veiller au respect du secret professionnel. Il n'en demeure pas moins que ce secret professionnel est amené à évoluer, parce que tout simplement le périmètre de notre profession n'a de cesse d'évoluer depuis la seconde moitié du *xx^e* siècle. Nous avons aujourd'hui les décrets Macron, les nouveaux champs d'activité de l'avocat, auxquels il nous faut faire régulièrement attention de façon à ce que ne soit en aucun cas remis en cause le secret professionnel absolu de l'activité d'avocat dans le domaine judiciaire qui est fondamental. Comme le rappelait le président Freitas, ce respect du secret professionnel n'est pas dans l'intérêt de l'avocat. Il est dans l'intérêt, et c'est un droit, de nos clients. Il est indispensable de bien le faire comprendre. Autant ces évolutions nécessaires comme l'interprofessionnalité ou ces nouveaux champs d'activité sont dans l'intérêt de la profession et de nos clients, autant il convient de faire attention à l'impact évident qu'ils ont nécessairement par nature sur notre activité professionnelle. Donc, attention à la nature et l'étendue de notre secret professionnel. Nous le voyons d'ailleurs lorsqu'il y a des perquisitions chez l'avocat au cours desquelles le bâtonnier ou son délégué se rendent à chaque fois. Comme José de Freitas le rappelait, il ne s'agit en aucun cas de défendre l'avocat, d'où la difficulté lorsqu'il y a une perquisition pour l'avocat qui pense que le délégué du bâtonnier est là pour le défendre, mais non, le délégué du bâtonnier ou le bâtonnier n'est pas là pour le défendre, mais pour veiller au respect du secret professionnel et que les pièces qui sont saisies soient bien conformes à ce qui lui est reproché, et exclusivement à ce qui lui est reproché.

On souhaiterait donc dire que notre secret professionnel est toujours absolu. En tout cas, il l'est pour l'activité judiciaire. Il l'est par contre de moins en moins dans les autres domaines tant au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a jugé que le secret professionnel ne s'étend qu'aux

informations qui ont en elles-mêmes un caractère de secret, que des dispositions de l'article 666-2 de la loi du 31 décembre 1971, complétées ces dernières années par un alinéa qui vise exclusivement l'activité fiduciaire et l'activité d'agent sportif. Dans ces deux cas, la satisfaction aux obligations légales de communication par l'avocat n'entre pas en contradiction avec la confidentialité des éléments intrinsèques du dossier qui, eux, demeurent couverts par le secret professionnel. Nous sommes donc avec des dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme qui s'appliquent aux avocats qui se voient soumis aux obligations des articles L. 561.2 et suivants du C. mon. fin, à des obligations de vigilance et de déclaration, notamment lorsque l'avocat participe à des activités financières ou immobilières. D'ailleurs, à cet égard, la cellule de renseignement de Tracfin peut exiger que les documents, informations ou données, concernés par les avocats dans le cadre de la mise en œuvre de leur obligation de vigilance, lui soient communiqués. Donc, même si le filtre du bâtonnier s'applique en pareil cas, et que les déclarations de soupçons, tout comme la communication des pièces, s'effectuent par l'intermédiaire du bâtonnier, il peut être délicat pour l'avocat concerné de concilier respect du secret professionnel et protection de l'ordre public. Je sais qu'il va en être question dans le cadre de la table ronde suivante, mais c'est à ce moment-là que le dispositif de contrôle de conformité, permis par la CARPA et mis en œuvre sous l'autorité du bâtonnier, met en place les contrôles qui sont destinés à prévenir les opérations frauduleuses et permet de respecter le secret professionnel. Nous avons un instrument qui est extraordinaire. Il faut que les avocats aient conscience en France que cet instrument de la CARPA est absolument extraordinaire, puisqu'il découle de l'existence même de l'autorégulation de la profession, qu'il permet de mettre en œuvre les contrôles prévus par les dispositions légales et réglementaires des avocats, prenant en charge les mouvements de fonds, attachés aux opérations juridiques ou judiciaires qu'ils réalisent. Donc, si l'avocat a obligation de répondre aux interrogations de

la CARPA, tant sur la nature des affaires, sur la provenance des fonds, sur l'identité des bénéficiaires, que sur la justification des liens entre les règlements et les actes juridiques ou judiciaires, le secret professionnel est partagé à cette occasion avec l'autorité ordinaire afin de permettre de protéger le secret professionnel. Nous sommes donc, nous bâtonniers, toujours garant du secret professionnel, le bâtonnier étant président de la CARPA. D'ailleurs, il convient de souligner que, dans les contrôles qu'elle effectue, la CARPA va même au-delà des exigences du Code financier et monétaire. Nous sommes donc avec un avocat qui est naturellement tenu aux obligations de probité qui sont les siennes, et la CARPA constitue effectivement un opérateur impartial pour prendre en charge les opérations réglementées du règlement pécuniaire généré par les opérations réalisées par l'avocat pour s'assurer de leur réalité et de leur conformité, et que soient remerciés (j'en vois beaucoup dans cette

salle) les contrôleurs pour leur investissement. Nous sommes avec une CARPA qui n'est pas qu'une obligation légale et déontologique pour l'avocat, mais qui constitue, et il faut bien s'en rendre compte aussi pour nous, un avantage concurrentiel à faire valoir auprès de nos clients, parce qu'elle permet de sécuriser les opérations. Je vous remercie.

66 JEAN-CHARLES KREBS

Merci madame le Bâtonnier. Les deux interventions que l'on vient d'entendre nous montrent bien qu'il n'y a pas de problème entre le secret professionnel et le devoir de vigilance. Vous venez au contraire de nous expliquer que tout ce qui renforçait l'exercice du devoir de vigilance et permettait de s'en assurer était bon à prendre et était assumé par le barreau. La confrontation se situe avec l'obligation de déclaration, bien sûr. Nous allons entendre maintenant monsieur le président Buyle sur les deux idées suivantes. D'abord, est-ce qu'il y a un débat sur la définition de la notion de soupçon? Qu'en est-il du principe d'impunité? Est-il total? Ou bien au contraire, y a-t-il des problèmes de responsabilité en cas de déclaration abusive? Monsieur le président, nous vous écoutons.

66 JEAN-PIERRE BUYLE

Président de l'ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique (AVOCATS.BE)

Premièrement, je voudrais dire au président Freitas que je partage totalement son analyse en ce que le secret professionnel de l'avocat, qui est quand même un principe général de droit, ne peut jamais constituer une immunité d'une infraction pénale. Mais, l'Europe devient un peu folle. On a parlé tout à l'heure de la quatrième directive, puis du projet de cinquième directive, des recommandations Pana; on n'a pas encore parlé de l'accord du 13 mars dernier entre les ministres des Finances qui a pour conséquence (la directive n'est pas encore publiée mais elle va l'être dans les jours qui viennent) d'obliger les intermédiaires, dont les avocats, à dénoncer aux autorités des mécanismes fiscaux.

Cette obligation vise non pas uniquement ceux qui conseillent la fraude fiscale, mais ceux qui conseillent le choix de la voie la moins imposée, c'est-à-dire des mécanismes que certains appellent «transgressifs» et d'autres «agressifs». Nous avons beaucoup d'exilés fiscaux en Belgique. Si je conseille aujourd'hui un justiciable français pour venir en Belgique, parce que nous n'avons pas d'impôt sur le patrimoine, que nous avons des intérêts notionnels intéressants, je devrais dorénavant le dénoncer à une autorité publique.

Cela ne va pas. Cela traduit ce que l'Europe est incapable de faire. C'est une souveraineté internationale au niveau fiscal que les États membres ne veulent pas. Et, pour se rattraper, on demande aux intermédiaires comme les avocats de collaborer à un système de dénonciation.

Pendant une soupape va être prévue, une possibilité pour les États membres de ne pas imposer cette obligation aux professions soumises au secret professionnel. Mais, cela implique une activité de lobby de chacune de nos institutions auprès de nos ministres concernés (Économie et Finances) pour aller plaider et exiger une exemption pour les avocats.

Il est vrai que, dans son volet préventif, la législation européenne anti-blanchiment était au départ dirigée vers les professions financières. Par la deuxième directive, elle a été étendue aux avocats. Dans nos réglementations, nous sommes très proches de la réglementation française. Nous avons le même champ d'application en ce que cela ne vise que les activités qui sortent un peu du *core business*, que sont les activités fiscales, financières et immobilières. Deuxièmement, il n'y a pas de déclaration de soupçon et pas de collaboration avec les autorités lorsqu'on est dans le cas d'une évaluation juridique, de conseil et de représentation défense.

Et troisièmement, nous avons un filtre que nous ne retrouvons pas dans tous les États membres, et ce qui nous divise aussi au niveau de l'Union européenne, c'est que la déclaration de soupçon et la collaboration avec les autorités passent nécessairement dans nos pays par le filtre du bâtonnier. Ce n'est pas le cas au Luxembourg puisque la communication se fait directement au parquet (les avocats parlent au parquet directement), et cela ne se fait pas dans d'autres pays Union, tels que la Suisse par exemple, où le dialogue se fait directement entre la cellule et les avocats.

Dans cette problématique de la déclaration de soupçon, il y a trois questions qui me préoccupent. D'abord, qu'est-ce qu'un soupçon justifiant qu'un avocat le déclare à son bâtonnier et que le bâtonnier (s'il a fait les vérifications d'usage) communique ce soupçon à la cellule? Deuxième question que je me pose : dans quel cas un avocat est-il susceptible d'engager sa responsabilité, civile, pénale, disciplinaire, en cas de déclaration de soupçon, et en cas de collaboration avec les autorités? Troisième question, sujet sensible, quelle est la responsabilité des bâtonniers, en cas de déclaration qui pourrait être critiquable?

Tout d'abord, première question qui me préoccupe, la déclaration de soupçon. L'intérêt d'une déclaration de soupçon est que cela ait une conséquence voulue par le système européen et par nos législations nationales, à savoir que la déclaration de soupçon faite de bonne foi entraîne une immunité. Nous avons un intérêt, nous, entités visées par cette législation, à faire cette déclaration parce qu'il y a une immunité.

Je me rappelle un de vos prédécesseurs, madame le bâtonnier, qui disait que jamais il ne ferait une déclaration à Tracfin. Ce faisant, cela pouvait avoir pour conséquence de priver les avocats d'un droit puisque, dans ce cas, l'immunité de l'avocat ne serait pas sauvegardée.

Cette immunité est certes relative. En Belgique, nous avons un courant jurisprudentiel qui vient d'être initié il y a deux ans et demi, à l'égard des banquiers. Mais le système est presque le même dans le cadre de la déclaration de soupçon. Dans trois affaires, nous avons vu des clients dénoncés par un banquier. Et la procédure s'est terminée l'une par un non-lieu, les autres par un acquittement. Les clients ont attaqué par la suite les banquiers en responsabilité et il y a eu tout un débat judiciaire. Une affaire s'est terminée sans condamnation du banquier, mais dans deux affaires, les banques ont été condamnées, l'une à 15 000 euros et l'autre à 44 000 euros de dommages et intérêts, 2 000 euros de dommage moral.

Depuis le début des années 1990, sur base des recommandations du GAFI et des directives blanchiment, nous connaissons cette obligation de déclaration de soupçon. Nous avons deux catégories d'États membres qui ont une manière très différente de concevoir la déclaration de soupçon. Tout d'abord les pays du Commonwealth, qui ont une conception de la notion de soupçon basée sur des éléments objectifs. Ce sont des paramètres et des critères qui, dès qu'ils sont là, suscitent une déclaration de soupçon presque automatique. Et puis, les pays de tradition civiliste tels que les nôtres (qui sont d'ailleurs les plus nombreux au niveau de l'Union européenne), qui fondent la déclaration de soupçon sur des éléments purement subjectifs.

La notion de soupçon, qui est au cœur de tout ce mécanisme, n'est définie par aucune des directives européennes. Les législations de nos États membres ne définissent pas non plus ce qu'est un soupçon. Dans un arrêt de la cour de l'Union européenne, arrêt *Safe Intervios* du 10 mars 2016, la Cour de justice avait eu l'occasion de trancher cette question, et l'avocat général avait suggéré dans son avis la conception en usage dans les pays du *Common Law*. Mais, la Cour n'a pas voulu trancher et nous ne trouvons pas de paramètre intéressant dans cet arrêt. Si j'examine les législations de l'Union européenne, je vois que nous avons des régimes à la fois comparables mais distincts.

Au Luxembourg, le soupçon est très curieusement intimement lié aux éléments de l'infraction pénale sous-jacente, alors qu'on sait que l'entité qui doit faire une déclaration de soupçon ne doit pas qualifier et ne doit pas rechercher les éléments constitutifs. Mais c'est l'élément déterminant qui prend donc le pas sur l'intime conviction. En France, il y a eu deux arrêts intéressants du Conseil d'État prononcés en 2004, qui montrent que c'est plus le doute que le soupçon qui justifie la déclaration. En Belgique, la déclaration est obligatoire lorsque le déclarant sait ou a de bonnes raisons de soupçonner (on reste dans le subjectif).

On s'aperçoit donc que dans la notion de soupçon, deux éléments coexistent : le risque et le doute. Le risque, en présence de plusieurs indices qui démontrent qu'un risque de blanchiment existe (par exemple, le refus du client de fournir les renseignements ou les réponses qu'on lui demande, l'existence d'une multitude de sociétés particulièrement celles qui

se trouvent dans des paradis fiscaux ; une incohérence dans la justification économique qui est donnée par les clients). Second élément, le doute, dès que l'on ne peut exclure que des fonds puissent provenir d'activités d'origine criminelle.

Je propose donc comme définition du soupçon un indicateur subjectif déduit d'un ensemble d'éléments factuels vérifiables, qui dénotent que les opérations en cours présentent le risque d'être liées à une opération de blanchiment ou de financement du terrorisme, dès que l'on ne peut exclure que les sommes en jeu puissent provenir de telles activités.

Deuxième question qui me préoccupe, c'est la responsabilité des avocats en cas de déclaration de soupçon fautive. Le soupçon est une notion subjective. L'existence d'une obligation légale de dénonciation suffit à ôter tout caractère fautif à la communication si elle est effectuée de bonne foi, même si les soupçons qui l'ont justifiée s'avèrent non fondés.

Je retiens de la jurisprudence que je citais, il y a un instant, les éléments suivants. Premier élément, le fait de communiquer de bonne foi une information ne peut donner lieu à aucune forme de responsabilité, même s'il apparaît qu'il n'existait aucune raison d'avoir une suspicion. La jurisprudence est divisée sur la question de savoir si la bonne foi est présumée (ce que je pense, étant civiliste) ou si le déclarant ne doit pas lui-même établir sa bonne foi, ce qui revient à ériger le principe de la présomption générale de mauvaise foi (un arrêt de la cour d'appel suit cette thèse).

Le deuxième élément que je retiens de cette jurisprudence, c'est que les informations communiquées de mauvaise foi, par exemple des informations incomplètes, inexactes, communiquées de manière malveillante, ne sont pas couvertes par cette exonération de responsabilité. Le fait de transmettre à une cellule de renseignements financiers des informations erronées ou incomplètes peut avoir des conséquences pour fausser l'analyse d'abord du bâtonnier puis des autorités judiciaires qui risquent de transmettre inadéquatement un dossier aux autorités de justice.

L'acquittement après coup d'un client par une juridiction pénale de fond peut résulter du fait qu'un tribunal estime que les faits imputés au client ne sont pas démontrés, mais cela n'établit pas nécessairement que le soupçon initial de l'entité réglementaire, dont l'avocat, déclarant n'était pas justifié. Avant d'effectuer une déclaration de soupçon, le déclarant doit chercher à vérifier — c'est une obligation non seulement d'information et de communication, mais d'investigation, de vérification dans le chef de l'avocat, et peut-être même du bâtonnier —, si les dires de son client sont exacts.

L'avocat ne peut pas communiquer des informations non vérifiées au bâtonnier, voire à la cellule. Il est susceptible d'être de mauvaise foi en se prévalant de l'exonération légale de responsabilité. Pour l'avocat, la situation est plus difficile chez nous que pour le banquier parce que, contrairement à la France ou au Luxembourg, le banquier n'a pas de secret professionnel et n'a qu'une obligation de confidentialité.

Mais l'avocat a une obligation de secret sanctionnée pénalement. Violer ce secret en dehors des directives et des lois nationales risque d'entraîner une responsabilité pénale de l'avocat. Nous devons être particulièrement attentifs au respect du champ d'application de la loi et des deux clauses d'exonération (évaluation juridique et représentation en justice).

La troisième question que je voudrais poser est relative à la responsabilité des bâtonniers en cas de manquement à la réglementation, ce qui pose aussi la question des assurances professionnelles des autorités ordinales. La réglementation anti-blanchiment ne prévoit pas actuellement de sanction dans le chef du bâtonnier.

Mais s'il existe aujourd'hui des sanctions pécuniaires et de publication en cas de manquements des avocats, mais pas encore pour les bâtonniers, on sent venir la création d'autorités de contrôle des bâtonniers. C'est une question qui va se poser : celle de la question de la responsabilité des bâtonniers, responsabilité non pas fondée sur la législation blanchiment mais sur la responsabilité de droit commun.

Quid d'un bâtonnier qui reçoit d'un avocat une déclaration erronée ou incomplète de soupçon et qui la transmet à la cellule de renseignement financier telle quelle ? Quid si la transmission de la déclaration de soupçon est faite de mauvaise foi par le bâtonnier ? Quid de la découverte par le bâtonnier d'un fait susceptible de constituer la preuve d'un blanchiment de capitaux à l'occasion d'une instruction disciplinaire et de sa transmission aux autorités en dehors du champ d'application légal autorisé ? Quid du refus par le bâtonnier de transmettre aux autorités une déclaration de soupçon que lui a faite un avocat conformément à la loi ? Cette problématique de la responsabilité des bâtonniers risque de s'accroître demain avec ce qui avance dans l'ombre des travaux des législateurs européens. Verra-t-on demain les sanctions de responsabilité financière et de publication pour manquements dans le chef des avocats étendues aux bâtonniers ? C'est une vraie question.

Je voudrais enfin terminer sur une question d'actualité. AVOCATS.BE a introduit un nouveau recours contre la législation de la transposition de la quatrième directive devant la Cour constitutionnelle en Belgique. Un article nous pose en effet problème. Il s'agit des hypothèses où l'avocat n'est pas en mesure de faire lui-même une déclaration de soupçon ou de répondre à une demande de renseignement qui lui est faite par la cellule financière (première hypothèse), ou lorsque l'avocat voudrait de mauvaise foi se soustraire à cette obligation (seconde hypothèse).

Dans ces cas, la directive et nos législations ont prévu une soupape, ou en tout cas une solution de rechange. La loi a prévu que le membre du personnel ou le représentant de l'avocat (le collaborateur, le stagiaire, le comptable, le réviseur d'entreprise...) doit lui-même faire cette déclaration d'information ou de renseignement à la cellule. L'absence de déclaration peut donner lieu à des sanctions administratives et pénales dans le chef du collaborateur ou du représentant.

Cette disposition nous paraît poser trois problèmes de constitutionnalité en ce que, violant les droits fondamentaux comme le secret professionnel et les droits de la défense, elle constitue *ipso facto* un manquement aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. Premier problème : sans secret professionnel, il n'y a pas de procès équitable. Sans secret professionnel, il n'y a pas d'État démocratique. Cette obligation de déclaration et de collaboration peut viser des informations couvertes par le secret professionnel, ce qui veut dire que les deux dérogations — activités de défense et évaluation juridique — ne sont pas prévues dans cette hypothèse de déclaration par le collaborateur.

Deuxième problème, cette obligation méconnaît le filre du bâtonnier prévu par la loi. Or, dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge que vous avez cité à deux reprises tout à l'heure, il a été précisé que l'intervention du bâtonnier était une garantie essentielle pour les avocats et les clients, qui permet de s'assurer qu'il ne sera porté atteinte au secret professionnel que dans les cas strictement prévus par la loi. Le bâtonnier Vatieur a rappelé tout à l'heure l'arrêt *Michaux* qui va dans le même sens.

Enfin, dernier problème : rien ne peut justifier qu'un tiers à la relation de confiance entre l'avocat et le client doive transmettre un soupçon à la place de l'avocat aux autorités, sous peine de sanction, ce qui nous paraît anti-secret professionnel. Il faudra attendre l'année prochaine pour l'arrêt, mais nous vous tiendrons au courant.

66 HERBERT SCHONS

*Vice-président du Deutscher Anwaltverein (DAV),
Président du barreau de Düsseldorf*

J'aimerais bien poursuivre sur la même lancée que mon prédécesseur, et ceci peut-être d'une manière encore plus provocatrice. Ce que nous voyons actuellement est clairement une attaque de la relation de confiance entre un avocat et son client.

Dans ce contexte, il faut d'abord souligner que le secret professionnel et l'obligation de l'avocat à la confidentialité constituent un pilier de la profession de l'avocat. C'est justement par le droit et l'obligation de l'avocat de se taire au sujet des informations qui lui sont transmises dans le cadre de son mandat qu'il se distingue des conseillers juridiques qui n'ont pas le statut d'un avocat.

Ensuite, l'importance de la confidentialité est également soulignée par le législateur à travers des réglementations légales. Dans la Réglementation fédérale des avocats (*Bundesrechtsanwaltsordnung* : BRAO), le paragraphe 43 a, alinéa 2, stipule l'obligation de confidentialité de l'avocat. Par ailleurs, le paragraphe 203 du Code pénal (*Strafgesetzbuch* : StGB) sanctionne l'infraction contre cette obligation de confidentialité. Jusqu'à présent, il n'y avait que peu d'exceptions à cette réglementation claire.

Si un client exerce — à mauvais escient — un recours contre son avocat, ce dernier a le droit de divulguer certaines informations de son mandat au cas où cette divulgation est nécessaire pour sa défense. La situation est similaire si le client ne paie pas les honoraires justifiés de son avocat, s'il conteste et nie tout, et de ce fait, que l'avocat soit obligé de décrire le déroulement du mandat afin d'entamer une action judiciaire concluante. Mais même dans ce cas, la dérogation de l'obligation de confidentialité reste limitée : l'avocat ne peut divulguer que les informations qui sont absolument nécessaires pour faire valoir ses prétentions justifiées ou pour écarter des prétentions non justifiées.

Il est néanmoins très clair qu'un avocat n'a pas le droit de participer à des infractions pénales, ni même de présenter sous un faux jour les informations que son client lui a révélées, dans le but de le défendre. Prenons un exemple. Si un avocat sait que son client a réellement commis l'infraction pénale dont il est accusé, il a le droit de lui conseiller de refuser de faire une déclaration, mais il n'a pas le droit de présenter les choses sous un faux jour. Au besoin, il peut refuser le mandat.

Ces derniers temps, l'obligation de confidentialité de l'avocat est au centre des discussions sous deux aspects. Suite aux transactions juridiques électroniques et à la digitalisation, il y a un danger accru d'espionnage des relations mandataires (« piratage informatique »). L'avocat est donc tenu d'adopter absolument toutes les mesures possibles au niveau technique et au niveau factuel afin d'empêcher l'espionnage. Des erreurs peuvent se produire par négligence, aussi petite soit-elle, ce qui peut être particulièrement dangereux, par exemple quand — dans un souci de communication rapide — un document est envoyé au mauvais destinataire parce qu'une ancienne liste de diffusion était encore enregistrée.

Par conséquent, en Allemagne, le législateur et les barreaux engagent la profession juridique à prêter une vigilance soutenue à cette question.

Dans un même temps, il est paradoxal que le législateur ait tenté et tente toujours — en partie sans succès — de relativiser le secret professionnel et de contourner l'obligation de confidentialité des avocats.

Prenons comme exemple le paragraphe 160a du Code de procédure pénale (*Strafprozessordnung* : StPO). À la base, ce règlement était limité aux avocats du pénal. Mais grâce au travail politico-juridique des associations professionnelles, cette réglementation a été élargie à tous les avocats.

Un autre exemple est la loi contre le blanchiment d'argent. Certaines stipulations de cette loi sont en conflit avec l'obligation de confidentialité de l'avocat. Je pense qu'il est particulièrement discutable que le législateur essaie de rejeter sa responsabilité sur le conseiller juridique sans prendre en considération que la relation primordiale de confiance entre l'avocat et son client pourrait être entravée.

Si le législateur avait réagi plus tôt aux abus dans le cadre des opérations « CumEx » qui sont connues depuis bien des années, il ne serait pas obligé à l'heure actuelle de chercher des issues pour inciter les conseillers juridiques

à faire face par eux-mêmes à ces plans d'épargne fiscale qui à l'époque étaient encore légaux.

À mon avis, un autre problème est que l'on souhaite mettre en place des plateformes pour les lanceurs d'alerte auprès des barreaux et qu'on souhaite engager le bâtonnier à suivre et à transférer les dénonciations.

Comment construire ou préserver une relation de confiance entre un avocat et son client si l'avocat présente un plan d'épargne fiscale — légal — à son client et doit attirer en même temps son attention sur le fait qu'autant que possible, il devrait lui-même le présenter aux autorités fiscales.

N'oublions pas non plus que l'autoréglementation des avocats, qui s'est révélée un vrai succès en Allemagne, est assumée par des avocats bénévoles. Transmettre de nouvelles tâches à l'autoréglementation des avocats et aux bénévoles qui y travaillent peut, dans le pire des cas, mener à des problèmes de responsabilité qui ne sont pas toujours couverts par les assurances D&O des administrateurs et des dirigeants. Si cette évolution se poursuit, il pourrait devenir de plus en plus difficile de trouver suffisamment de membres pour les conseils d'administration des barreaux locaux. Il faudra alors réfléchir, et on y a déjà réfléchi de façon préliminaire, à la possibilité de confier à des avocats salariés d'assumer ce travail d'autoréglementation à temps plein.

La surveillance de l'autoréglementation (du barreau) devient particulièrement importante dans la réglementation contre le blanchiment d'argent dont nous avons déjà parlé tout à l'heure (voir § 50 GWG. [Geldwäschegesetz] ss).

Le barreau local continue de constituer l'autorité de surveillance responsable pour les avocats. Cette compétence était et est sujette de controverse, et les barreaux portent une grande responsabilité sur la manière dont ils assument leurs obligations. S'il s'avère que les barreaux régionaux ne peuvent pas accomplir le travail nécessaire, on peut s'attendre à ce que les responsabilités soient réattribuées différemment.

Quoi qu'il en soit, pour le moment, chaque barreau peut effectuer des contrôles de conformité vis-à-vis de la loi anti-blanchiment dans les cabinets de tous les avocats, et ceci indépendamment de tout soupçon. L'attention est certainement focalisée sur les cabinets qui généralement travaillent sur des transactions et des opérations immobilières. Le Barreau fédéral des avocats (*Bundesrechtsanwaltskammer*) a créé une commission pour permettre une application la plus homogène possible par les barreaux régionaux et pour coordonner leurs manières de procéder.

À ce sujet, le barreau des avocats de la ville de Düsseldorf a déjà développé un questionnaire détaillé que certains cabinets choisis doivent remplir dans un premier temps. Jusqu'à présent, les expériences à Düsseldorf sont positives. On peut donc supposer que la compétence demeure auprès des barreaux des avocats.

Finalement, il faut aussi mentionner qu'en cas d'infractions intentionnelles et de négligence, le barreau a même le droit d'interdire temporairement l'exercice de son activité à l'avocat ou de révoquer son admission, sous condition que

cet avocat persiste dans son infraction malgré un avertissement et que cette infraction est durable (§ 51, al. 5 GWG). En plus, il est particulièrement dommageable pour les avocats concernés que le barreau responsable doive publier sur son site internet des mesures définitives et des amendes incontestables pour la durée de cinq ans en indiquant le nom de l'avocat du cabinet qui a commis l'infraction et la nature de l'infraction, sauf si cette publication serait disproportionnée. On appelle cette façon de procéder le « *naming and shaming* ».

Et une dernière remarque : j'ai dit tout à l'heure que l'obligation de confidentialité de l'avocat constitue un pilier de la profession de l'avocat. Entre-temps, le marché de la consultation juridique est de plus en plus commercialisé, par exemple par le développement de plateformes pour lesquelles on ne sait jamais qui fournit la consultation juridique et si l'obligation de confidentialité et l'interdiction d'accepter des mandats avec des intérêts conflictuels sont respectées. Nous devons garder à l'œil ces développements et remédier à des abus.

66 OLIVIER NICOD

*Membre de la Commission de discipline
de l'organisme d'autoréglementation (OAR)
des fédérations suisses des avocats et des notaires*

La Suisse distingue de façon relativement claire l'activité typique de l'avocat de l'activité accessoire ou dite « atypique ».

Pour ce qui est de l'activité typique, la surveillance se fait par l'autorité de surveillance respectant le cadre légal, lequel consiste notamment dans le respect du Code pénal et son article 305 *bis* sur l'interdiction de participer à des actes de blanchiment. Cette surveillance s'étend à toute l'activité de l'avocat.

Par contre, les obligations prévues par la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ne s'appliquent pas en tant que telles à l'activité typique de l'avocat, en ce sens qu'il n'y a pas d'obligation de dénoncer. L'activité typique comprend l'activité de représentation devant les autorités judiciaires et administratives, mais également le conseil juridique.

Le prochain débat qui aura lieu en Suisse, et qui va commencer la semaine prochaine, est de savoir comment l'activité de conseil juridique sera incluse dans le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et viendra diminuer la portée du secret professionnel de l'avocat, notamment pour implémenter les recommandations du GAFL. Je n'ai pas encore eu le projet de loi, donc je ne peux pas vous en parler exactement, mais le projet de loi devrait sortir la semaine prochaine. On verra donc ce que nous a préparé l'administration, et les barreaux auront l'occasion de se prononcer sur ce projet de loi.

Maintenant, ce qui est un peu différent de ce qu'on a vu jusqu'à présent, c'est la surveillance de l'activité atypique de l'avocat. Il s'agit précisément des

activités liées à la gestion de fortune, l'activité de trustee, le mandat d'administrateur, l'activité d'encaissement pour le compte de tiers. Toutes ces activités accessoires, les avocats ont le droit de les mener en Suisse à titre professionnel à condition d'être affiliés auprès d'un OAR en matière de blanchiment.

Un tel organisme a été constitué pour les avocats lors de l'entrée en vigueur de notre première loi sur le blanchiment d'argent en 1999 par la Fédération suisse des avocats et la Fédération suisse des notaires. La surveillance est exercée par un certain nombre de contrôleurs qui sont désignés par l'organisme d'autorégulation, et approuvée par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Finma), c'est-à-dire l'autorité de surveillance des marchés financiers qui supervise l'activité de cet organisme. L'autorégulation est donc surveillée par une entité étatique.

Des contrôles sont effectués dans les cabinets des avocats une fois par année ou une fois tous les deux ans ou trois ans suivant le volume d'activités exercé par l'avocat ou le cabinet en question. Il y a également des obligations de formation, mais là, rien de très étonnant et de différent par rapport à ce que vous connaissez. Il est important de souligner que les contrôles s'effectuent par des avocats afin de préserver le secret professionnel.

C'est ainsi toujours des avocats qui effectuent les contrôles dans les cabinets et qui vérifient que les avocats respectent leurs obligations, notamment de documenter les transactions, le contrôle des risques, etc. Les contrôleurs examinent également que les avocats exerçant une activité d'intermédiaire financier procèdent aux vérifications nécessaires des transactions qu'ils effectuent pour le compte de leurs clients.

Ce qu'il est important de préciser, parce que c'est un système assez différent du vôtre, c'est que les fonds que l'avocat détient pour le compte de son client ne sont pas déposés auprès d'un institut mais sur le compte en banque de l'avocat, qui est un compte ségrégué, et c'est lui qui en assume la responsabilité. Voilà pour les grands points.

Ce que je tiens également à souligner, c'est que le secret professionnel n'est évidemment pas un rempart contre les faits qui sont reprochés à l'avocat personnellement et que le secret tombe si les reproches sont formulés contre l'avocat pour des faits qu'il a commis lui-même.

66 JÉRÔME GAVAUDAN

Président de la Conférence des bâtonniers

Je pense que si j'interviens juste avant le directeur de Tracfin, c'est pour une raison simple : vous transmettez une déclaration de soupçon remise en main propre... ! Sans redire ce qui a déjà été dit, et mieux que je ne peux le faire, la question de savoir s'il y a « une » expérience française renvoie à la diversité de nos barreaux : je pense qu'il y a plusieurs expériences françaises.

Ce qui est certain, c'est la volonté de la profession d'avocat de répondre à cette problématique en fonction des spécificités locales. La question du blanchiment de nature fiscale, terroriste, de grand banditisme est évidemment fonction de la diversité de la délinquance qui correspond aussi au territoire de la République.

La profession s'est emparée depuis plusieurs années de ces questions, et les ordres en particuliers, en tenant bon sur les principes qui ont été évoqués et d'abord sur le secret professionnel.

Il faut reconnaître que les bâtonniers vivent assez mal qu'on puisse évoquer, par euphémisme, ce qui serait une complicité des avocats avec leur client. Cela est très pénible, parce que les ordres, désormais, traitent ces questions avec beaucoup d'attention, de manière organisée : nous sommes en progression constante.

L'expérience française, c'est, je crois, d'abord la pédagogie, la formation initiale et continue, la formation des bâtonniers. L'expérience française, ce sont les contrôles, les procédures disciplinaires, et c'est l'accompagnement des confrères à qui les ordres rappellent leurs obligations tout le long de leur vie professionnelle et dès leur installation.

Dans les écoles d'avocats, les modules les plus importants en l'état actuel de la législation sont les modules de déontologie et ceux qui enseignent aux jeunes avocats savent combien de temps est passé sur les obligations générales et particulières, et notamment sur les obligations liées aux manèges de fonds et aux risques nouveaux de l'activité, qui peut engendrer la nécessité de vérifier un certain nombre d'obligations et éventuellement passer à la déclaration de soupçon. Les ordres, comme les écoles, font aussi le nécessaire en termes de formation continue et régulièrement les obligations légales en la matière sont précisées aux confrères lors de formations spécifiques, de colloques ou d'assemblées générales de nos CARPA.

Ces dernières années, les confrères ont mis en place, à la demande des ordres, des mécanismes de contrôle et de vérification. C'est à la fois une protection pour eux-mêmes et pour la profession dans son ensemble, et l'on dit souvent que la position du bâtonnier est parfois schizophrène : il est à la fois contrôleur, procureur et protecteur. Protecteur de l'avocat et protecteur de la communauté des avocats. Mais il est d'abord le confident de l'avocat ; il doit expliquer, faire de la pédagogie, vérifier et faire respecter les exigences de la loi.

La Conférence des bâtonniers, que je représente ici, a un rôle important et essentiel dans la formation des bâtonniers. Elle a vocation en la matière à unifier les mécanismes de contrôle des bâtonniers sur l'ensemble des territoires de province et de leur permettre de rappeler aux confrères leurs obligations puis de mettre en place un certain nombre de méthodes de contrôle qui sont prévues par les textes, le règlement intérieur et le Code financier.

La diffusion du guide pratique *Lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, éditée sous l'autorité du Conseil national des barreaux (CNB), est

un exemple de pédagogie. Des fiches pratiques sont particulièrement explicites et fournissent aux avocats le b.a.ba de leurs obligations en la matière. Pédagogie donc, mais aussi contrôle.

Sur les aspects de contrôle, la Conférence des bâtonniers s'attache à ce qu'il soit rappelé aux conseils de l'Ordre qu'indépendamment de leurs obligations spécifiques de contrôles de comptabilité, ils ont une compétence particulière en matière de déclaration de soupçon.

C'est bien une fonction des conseils de l'Ordre et non pas simplement du bâtonnier qui peut, le cas échéant, mettre en place les poursuites disciplinaires.

Pédagogie, contrôle, mise en place des procédures disciplinaires. Si, à l'occasion des contrôles de comptabilité ou de tout autre contrôle mis en place par le conseil de l'Ordre, il est rapporté un certain nombre de manquements à l'obligation de vigilance qui se traduirait par des éléments précis, le bâtonnier va et doit déclencher les procédures disciplinaires adéquates, parce qu'il sera dans son rôle de protecteur de la profession, de protecteur des confrères et aussi d'autorité de poursuite saine de ceux qui manquent à leurs obligations.

Me vient à l'esprit une question, peut-être une difficulté, sur laquelle il faudra nous pencher : le bâtonnier pourra-t-il, alors qu'il fera une déclaration de soupçon, considérer qu'à cette occasion il y aura eu, ou pas, faute disciplinaire et enclencher des procédures devant le Conseil régional de discipline ? C'est une question de fait, mais surtout de droit, car elle pose la question de l'immunité de l'avocat déclarant.

Pour ma part, je n'ai pas connaissance de procédures disciplinaires qui ont pu être déclenchées à l'occasion d'une potentielle déclaration de soupçon.

66 BRUNO DALLE

Directeur de Tracfin

Je ne voudrais pas dénoncer qui transmet ou pas... Je suis très attentif au secret professionnel, qui est tout de même la question. Alors, comment le voit-on du côté de la cellule de renseignement financier ? D'abord, on voit l'évolution, dont je peux attester puisque la première fois que vous m'avez invité ici en 2003, je représentais le ministère de la Justice et j'ai failli repartir avec du goudron et des plumes. La deuxième fois que je suis venu, l'année dernière, c'était pour parler coopération avec les CARPA, et on avait énoncé les choses de manière modérée parce que j'avais peur que ma présence vous porte préjudice. Et tout à l'heure, quand madame le bâtonnier a dit : « Nous avons NOTRE directeur Tracfin », j'ai vu que le « NOUS » de possession était affectif et j'ai peur que maintenant VOUS ne me portiez préjudice...

Vous l'avez compris, je suis atteint du syndrome de Stockholm (j'espère que ça ira mieux quand on se réunira l'an prochain). Toujours est-il que, ce

que je peux dire, c'est que le secret professionnel est protégé à chacun des stades du mécanisme d'élaboration de la déclaration de soupçon. Il l'est avant, pendant et après.

Avant, vous l'avez dit (et il faut le rappeler), il y a le secret absolu. Le secret absolu, c'est toute l'activité dans le périmètre d'activité de l'avocat où il n'a pas à se poser la question de l'obligation de vigilance au titre des obligations anti-blanchiment. C'est tout ce qui est relatif à l'exercice des droits à la défense.

Il n'a pas besoin de demander à son client traquant de stup d'où vient l'argent et pas besoin non plus de le révéler à quiconque puisqu'on est dans la protection absolue des droits de la défense. On a compris qu'on est allé plus loin, puisqu'on a dit que pour la consultation juridique, c'était pareil.

Quand vous faites même l'évaluation de la situation juridique du client, c'est pareil. Donc, vous voyez que dans le périmètre d'activité de l'avocat, le champ des obligations anti-blanchiment est très protecteur par rapport au champ du secret professionnel. Il y a quand même une nuance, c'est quand l'évaluation de la situation juridique du client amène le client à demander des conseils ou sa participation à une activité de blanchiment. Vous imaginez la scène. Monsieur Al (plus connu sous le nom de Capone) qui s'installe dans le bureau de l'avocat et qui dit « Voilà, j'ai un peu d'argent liquide, est-ce que vous pourriez me monter des sociétés, une fiducie, une SCI, pour pouvoir blanchir mon argent ? ».

Vous imaginez la situation de l'avocat qui va dire : « Ouï, là, je suis dans l'évaluation de la situation juridique du client (qui n'est pas encore vraiment un client), est-ce qu'on l'a vu rentrer dans le cabinet ? Soit, je suis un avocat de Paname (au sens de "Paris" ...), je fais l'évaluation et je dis "je suis dans le champ et je ne le prends pas comme client" et je l'envoie à un avocat de Paname (au sens de "Panama" ...) dont c'est la spécialité. »

D'ailleurs, on sait qu'il faut aller là-bas pour avoir ce type de conseil. Vous imaginez donc pourquoi on n'a pas de déclaration de soupçon à ce titre, puisque soit l'opération n'est pas faite et... petite précision dans le cadre légal : la tentative d'opération est assujettie aux obligations anti-blanchiment, donc l'avocat de Paname/Panama pourait quand même nous faire une petite déclaration de soupçon, mais on n'en est pas là...

Donc, à ce titre, le secret est protégé. Si on va plus loin, il faut s'interroger sur le périmètre dans lequel, effectivement, s'appliquent les obligations anti-blanchiment. Comme il faut dire les choses clairement, je dirais que c'est lorsque l'avocat ne pratique pas le cœur de son métier d'avocat. Sauf que comme le cœur du métier d'avocat évolue, et le business aussi, il s'agit de toutes les autres activités.

Elles sont listées dans le Code monétaire et financier, article 561-3 (c'est le seul qu'il faut connaître et d'ailleurs je ne le connais pas, c'est pourquoi je l'ai pris, pour être sûr qu'il n'y ait pas de difficulté) ; c'est quand l'avocat, pour son client, « participe à toute transaction financière ou immobilière, ou agit en qualité de fiduciaire ».

Là, les lumières doivent clignoter. Ensuite, quand on « assiste le client dans la préparation ou la réalisation de transaction » : cela consiste en quoi ? C'est listé : petit a, petit b, petit c... « L'achat et la vente de biens immeubles et de fonds de commerce. »

Là, il faut faire attention : « La gestion de fonds, de titres et d'actifs appartenant au client ; l'ouverture de compte bancaire, d'épargne, de titres, de contrat d'assurance ; l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés... » Si on faisait de la pédagogie, on les listerait toutes, on n'a pas le temps mais il y en a encore quatre que je n'ai pas citées.

Dans ces conditions, il y a une forme d'allègement du secret professionnel. Pourquoi ? Parce que l'avocat est en concurrence avec d'autres professions qui font la même chose et qui sont, elles aussi, assujetties aux obligations anti-blanchiment, autres professionnels du droit et professionnels du chiffre.

C'est pourquoi les obligations anti-blanchiment s'appliquent, et c'est pourquoi il faut être vigilant. Petit message de vigilance accrue, on a donné récemment, par des textes macroniens, des champs d'activité supplémentaires, notamment dans le domaine immobilier, et là, grosse attention (!) parce qu'on est vraiment dans un domaine où le risque est maximal et il faut être plus que vigilant. Cela veut dire qu'il faut connaître le client, documenter, appliquer le *Guide du CNB*, lire les rapports de Tracfin qui sont gratuitement téléchargeables et sans traçabilité que vous pouvez reprendre pour vous aider à analyser la notion de soupçon et vous aider dans ce champ de vos obligations.

Je disais donc que le secret professionnel est protégé. Le secret professionnel est aussi protégé pendant. Là, c'est une exception quasi française et une exception par rapport à tous les autres professionnels qui sont des déclarants. C'est la protection du fameux bâtonnier, le filtre. Effectivement, il y a quatre catégories de filtres (dans lesquelles vous allez vous reclasser). D'abord, il y a le « filtre bouché », qui est généralement sûr de lui et dominateur, et qui va dire : « Moi vivant, ou alors il faudra me passer sur le corps... » [Évidemment, s'il a moins de 20 ans, ce sera plus facile, mais toute allusion est totalement inventée de ma part... mais enfin, vous l'avez reconnu...]... « Moi vivant, il n'y aura aucune déclaration de soupçon qui arrivera à Tracfin. »

Et ça a marché : en 2015, zéro déclaration de soupçon. Ensuite, vous avez une deuxième catégorie, celle du « filtre transparent », où c'est le bâtonnier qui me transmet une déclaration de soupçon qui n'est pas dans le champ des obligations... Et donc, je lui écris : « Merci, ça m'a fait plaisir, pour une fois que j'en avais une. » Je lui renvoie l'article L. 561.

Je n'ai pas osé mettre le *Guide du CNB* (il faut dire que ce n'était pas à Marseille, sinon je l'aurais fait...). Donc, je le renvoie au bâtonnier, en lui disant : « Sympa votre déclaration de soupçon, vous aviez fait des efforts, vous aviez motivé, vous aviez même pris le modèle de déclaration qui est fait pour les banques. » (Comme quoi, quand on fait des efforts, on arrive à remplir.)

Après, quand je l'ai eu lue, j'ai quand même compris pourquoi il l'avait faite : il s'agissait d'un problème entre associés et cela servait surtout à

balancer les associés. Vous voyez, on a aussi une déontologie, elle s'appelle « la loi ». Et donc, quand on vérifie que la déclaration de soupçon n'est pas dans le champ, on la renvoie au bâtonnier et la déclaration de soupçon est irrecevable. Enfin, vous avez une troisième catégorie de filtre, c'est le « filtre flottant », où c'est le bâtonnier qui m'écrit avec un projet de transmission de déclaration de soupçon.

Généralement, je réponds que je fais des permanences gratuites mais pas pour les bâtonniers... Je réponds donc : « Si vous me l'avez envoyée, si vous avez un doute, renvoyez-la-moi sans me demander une consultation. » C'est arrivé il n'y a pas longtemps ! Enfin, vous avez une quatrième catégorie de filtre, c'est le « filtre intelligent », mais je ne l'ai pas encore identifié... Et vous allez voir pourquoi ! Le filtre intelligent, ce n'est pas celui qui envoie, c'est celui qui a le plateau technique complet.

Et maintenant, avec le *Guide du CNB*, il n'y aura que des bâtonniers (et après cette conférence) qui correspondent à cette définition « d'intelligence » au sens d'un service de renseignement. Vous voyez, vous n'avez pas respecté ma présomption d'innocence, vous n'avez pas écouté ce que je disais (ou ce que je n'avais pas encore dit...). Donc, le bâtonnier qui a ce niveau de renseignement et d'intelligence au sens anglo-saxon, c'est quoi ?

C'est celui qui vérifie (et c'est pourquoi on l'a instauré) qu'on est dans le champ de l'obligation de la déclaration de soupçon, qui transmet la déclaration de soupçon, qui assure la pédagogie et la formation, et qui se pose la question... mais c'est juste une question qui se pose, parce qu'on n'en est pas là vu qu'on ne reçoit pas de déclaration de soupçon, en tout cas on n'en a pas reçu non plus en 2017, donc zéro en 2017, zéro en 2015, soit dix-huit depuis que l'obligation existe, qui sont mises dans un coffret doré, et à chaque fois qu'on en reçoit une, j'offre le champagne à tout le service parce que je sais que cela ne va pas me coûter cher. L'important, c'est aussi d'être capable de voir dans le conseil, dans l'analyse, et peut-être demain dans le contrôle et dans le disciplinaire, mais on n'en est pas là.

Petite parenthèse avant de passer au « après ». Aujourd'hui, en termes de risque, c'est plutôt le risque de ne pas faire que le risque de faire qui engage un risque de responsabilité. Tout à l'heure, on a fait allusion aux mises en cause des banques ou d'autres assujettis. Aujourd'hui, la tendance que l'on voit n'est pas de poursuivre celui qui a fait, c'est plutôt de poursuivre celui qui n'a pas fait (surtout s'il est solvable) pour pouvoir, quand on est une victime et qu'on est bien conseillé (parce qu'il y a aussi un marché de la lutte contre le blanchiment), chercher la responsabilité de celui qui aurait dû faire une déclaration de soupçon, ce qui aurait permis d'alerter plus vite, d'éviter le préjudice et d'être plus efficace quand il y a des victimes sur des escroqueries telles que celle à la TVA, sur des abus de faiblesse, sur certaines typologies qui peuvent être détectées. Ce risque existe. Mais je ferme la parenthèse car nous n'avons pas le temps d'aller plus loin.

Donc, la protection du secret existe aussi parce qu'il y a le filtre et le rôle du bâtonnier avec cette dimension renseignement et cette dimension professionnelle qu'il faut développer. Mais la protection du secret existe aussi après. Quand vous avez fait la déclaration de soupçon, le secret continue à être sécurisé. Entre nous, quand la déclaration de soupçon est à Tracfin, en termes de protection de base de données, de risque cyber, de risque de pénétration de réseau, je ne redoute pas la concurrence avec vos systèmes informatiques parce que je n'ai jamais été hacké. Nous avons un niveau d'exigence de sécurité maximum, c'est celui des services de renseignement français.

Quand la déclaration de soupçon arrive à Tracfin, elle est protégée à plusieurs niveaux. D'abord, elle est protégée juridiquement puisque vous savez que la révélation d'une déclaration de soupçon est une infraction pénale. Vous savez aussi qu'un officier de police judiciaire n'a pas le droit de saisir une déclaration de soupçon.

Effectivement, cela ne voudrait rien dire s'il la saisis chez vous — d'ailleurs, cela voudrait dire qu'il s'est trompé, qu'il est chez un notaire et pas chez un avocat —, et en plus s'il la saisis chez le notaire, cela ne veut pas dire qu'elle a été réellement faite. Je n'ai pas de mauvais esprit (vous l'avez compris), mais on peut imaginer des personnes qui rédigent des déclarations de soupçons qui ne sont jamais envoyées à Tracfin, qui sont dans les dossiers et qui pourraient permettre de bénéficier de l'immunité pénale, disciplinaire, administrative, qui est associée à la déclaration de soupçon. Donc, la loi l'a anticipé, elle dit bien que le seul moyen de valider l'existence d'une déclaration de soupçon pour la justice est d'interroger Tracfin (et c'est le seul). Quand il y a un risque de mise en cause d'un professionnel qui n'aurait pas fait de bonne foi ou qui pourrait être mis en suspicion dans un dossier quelle que soit l'infraction, on va alors se tourner vers Tracfin pour voir si une déclaration de soupçon a été faite. Mais, le document de déclaration de soupçon, la source, la protection de la source sont assurées par la loi, par notre système informatique sécurisé, par cette infraction pénale, mais elles sont assurées aussi par notre pratique professionnelle, ce qui n'est pas le cas d'autres pays.

Dans des pays comme le Luxembourg, il y a une cellule de renseignement financier judiciaire, cela veut dire qu'elle dépend du parquet. C'est pourquoi il y a des règles spécifiques, parce que c'est judiciaire. On est un service de renseignements, c'est-à-dire que tout ne va pas à la justice : on fait le filtre (pas toujours intelligent). Cela veut dire qu'on doit étayer le soupçon puisque c'est un soupçon ! Un soupçon, ce n'est pas une preuve. Un soupçon, c'est une piste. C'est une piste qu'il faut creuser (on va voir dans un instant, si vous m'accordez deux minutes de plus, ce qu'est le soupçon, si cela vous intéresse).

Que veut dire protéger aussi par les méthodes de travail ? On ne transmet jamais à la justice un dossier qui est fondé sur une seule déclaration de soupçon. Et même, on « habille » le dossier. Que veut dire « habiller » ?

Cela veut dire que quand on a une déclaration de soupçon d'une banque sur une opération, on va interroger toutes les banques du client. Si le client a une seule banque, on va voir sur ses opérations immobilières. Si on a une déclaration de soupçon d'un notaire, on va interroger aussi la banque, on va interroger l'agent immobilier, et ainsi nous aurons des éléments qui viennent de deux différents acteurs susceptibles d'avoir fait une déclaration de soupçon, ce qui fait que les éléments qui sont utilisés dans le rapport Tracfin, sont les pièces qui ne sont jamais la déclaration de soupçon mais les relevés de comptes, documents administratifs, actes notariés, contrats, enfin, tous les documents qu'on a le droit de demander d'obtenir et qu'on espère avoir en annexe de la déclaration de soupçon le jour où on en aura une.

Ces éléments sont exploitables, mais toujours en protection de l'origine de l'information. Je ne dis pas que cela annule le risque qu'un jour quelqu'un lance une investigation en disant « Je pense que j'ai été balancé par tel avocat », chacun sait que non, puisqu'on met dans nos rapports qu'on n'a jamais eu de déclaration de soupçon (enfin, récemment, mais en 2016 nous en avons eu quatre). Donc, dans la manière de travailler, de traiter l'information, de coopérer avec les cellules de renseignement financier, la source est protégée, c'est-à-dire qu'on ne sait pas que cela vient d'une déclaration de soupçon de quiconque, et on veille à faire des investigations qui permettent de ne pas pouvoir identifier d'où vient la déclaration de soupçon. Voilà ce qu'il faut rajouter sur la protection du secret.

Ensuite, il y a toute une partie d'activité qui est susceptible d'être révélée, c'est ce qui est transmis à la justice puisque vous savez que dès que c'est transmis à la justice, le dialogue contradictoire sur les pièces de procédure amène en général au moment des interpellations que le dossier soit accessible à Mediapart, BFM et un certain nombre d'autres « acteurs judiciaires » qui n'ont pas tous été prévus dans le Code de procédure pénale... et c'est à cette occasion qu'on apprend (d'ailleurs, c'est ainsi que je connais les suites judiciaires qui sont données aux dossiers Tracfin) que telle investigation a été menée sur la base d'un rapport Tracfin, mais jamais d'où vient la déclaration de soupçon — sauf si le professionnel dit, pour se protéger, que c'est lui qui l'a faite. Donc, pour répondre à votre question, le secret professionnel est protégé avant, pendant et après. Quant au « après », on ne le dit pas suffisamment, et je crois que c'était le point important à porter à votre connaissance.

Il y a une autre question que vous ne m'avez pas posée mais qui a été posée, c'est la question du soupçon (je terminerai par-là). Sur cette notion du soupçon, on comprend la difficulté. Déjà, autrefois, ce n'était même pas sur le soupçon qu'on discutait, c'était sur le mode de « déclaration » (on disait « ce n'est pas la déclaration de soupçon que vous demandez, c'est la délation de soupçon, et c'est là que je vois qu'on a progressé... à part en Corse où ils ont toujours un problème avec le mot « déclaration », et donc on n'est pas encore au stade de réfléchir sur la notion de soupçon). Quand j'entends tout à l'heure des définitions où on met du subjectif dans toutes les phrases, cela

me gêne un peu. Car, le but justement, tout en étant dans une analyse qui n'est pas automatique, n'est pas d'être dans la subjectivité, mais d'objectiver la subjectivité. C'est compliqué, mais comment on fait ?

D'abord, on lit la loi. La loi ne dit pas « déclaration de soupçon », elle ne dit pas non plus « déclaration de soupçon d'un client » (on ne dénonce jamais un client, on dénonce des opérations). C'est la déclaration de soupçon sur des opérations financières qui révèle des opérations dont les fonds (c'est donc sur l'origine des fonds qu'on doit se poser la question) paraissent provenir d'une infraction punie d'un an d'emprisonnement, c'est-à-dire toutes les infractions que nul n'est censé ignorer, y compris la fraude fiscale grave depuis 2009. Et puis, on s'est aussi posé la question de la destination des fonds (c'est là qu'on a les cas sur le financement du terrorisme, on est tranquille pour l'instant, encore que... quand les avocats créent ou contribuent au fonctionnement d'associations qui ont des objectifs qui ne sont pas qu'humanitaires, la question peut se poser, mais cela ne s'est pas trop posé en France pour l'instant). Et puis, la destination, c'est aussi le bénéficiaire effectif. Et là, on revoit la problématique de connaître aussi la destination des fonds. Donc, quand on est dans ce schéma — origine des fonds, destination des fonds —, et qu'on a une opération anormale, quelque chose qui ne se justifie pas par les habitudes, ce sont les mêmes critères que pour les autres professions. Ce qui est anormal mérite des vérifications complémentaires. Si le client ne répond pas ou donne des explications ou s'il y a un changement d'interlocuteur, tout cela doit alerter. Le soupçon, cela veut dire quoi ? Cela veut dire que ce n'est pas une preuve. Alors, si vous avez encore un doute, prenez la définition québécoise. Vous savez que les Québécois parlent mieux le français que nous, et, dans leur législation, la déclaration de soupçon s'appelle « la déclaration d'opération douteuse ». Et donc, pour les avocats, peut-être, pour adhérer davantage à la démarche, vous pouvez considérer, quand vous lisez « déclaration de soupçon » que c'est une déclaration d'opération douteuse, c'est-à-dire à faire au moins un doute sur l'origine des fonds et la destination des fonds, par rapport à ces éléments légaux.

Alors, les quatre qui ont été faites, elles étaient bien, il fallait continuer ! D'ailleurs, elles étaient tellement bien que dans notre dernier rapport d'activité (page 25), on y a fait allusion pour aider à la formation, à la sensibilisation et à la pédagogie. Elles ont été utiles ! Cela prouve qu'il y a quand même des avocats, malgré le filtre du bâtonnier, qui ont trouvé que des soupçons pouvaient exister. Prenons un exemple, un cas de cession de fonds de commerce ou un autre de saisie immobilière, ou encore mieux, un décaissement de fonds séquestres au profit d'une société étrangère qui n'existait pas... C'est intéressant de vérifier au bénéfice de qui, et là on était sur des opérations qui ont mérité des investigations, et grâce aux déclarations de soupçons des avocats (mais ne le répétez pas), on a pu faire un travail intéressant. On en a même une dernière, encore plus intéressante en termes de typologie : une surenchère sur une saisie immobilière où, celui qui faisait la surenchère était

connu des services de police pour des affaires de stuprs, et on comprend qu'il pouvait surenchérir longtemps parce qu'il avait de l'argent à recycler... Vous voyez, ce n'est pas à l'avocat de savoir cela, mais à partir du moment où il y a un doute, où on est dans ce champ, le fait de transmettre cette information nous permet de creuser et de participer à l'œuvre collective rappelée dans le cadre des équilibres (on peut lui faire dire tout ce qu'on veut à cet arrêt *Michaud*) entre sécurité et protection du secret.

Et vous voyez que le cadre juridique est très protecteur, que le cadre pratique l'est assez, et on peut même en conclure que les déclarations de soupçons peuvent être utiles dans la mesure du possible. Il semble qu'en 2018 il y ait une reprise, et donc on analysera avec la même attention (cela m'a déjà coûté deux bouteilles de champagne) les déclarations de soupçons de l'année 2018 qui sera donc un beau millésime !

66 STILIANO ORDOLLI

Ancien chef du bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (Money Laundering Reporting Office-Switzerland : MROS)¹

Je vous remercie beaucoup pour votre invitation. Elle me donne l'occasion et le privilège de présenter le système suisse de lutte contre le blanchiment d'argent ainsi que notre activité. J'aimerais commencer par rappeler quelques bases, car le système de communication varie selon les pays.

Le système suisse de communication de soupçon en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme s'applique aux intermédiaires financiers, entre autres les banques, mais aussi les avocats lorsque ceux-ci exercent une activité relevant de l'intermédiation financière. La loi donne une définition de l'intermédiation financière. Il s'agit par exemple de gérer les fonds, d'ouvrir des comptes ou encore d'exécuter des transactions immobilières pour son client. S'il exerce ce type d'activité, l'avocat en Suisse est soumis à la loi sur le blanchiment d'argent, au même titre qu'un banquier. Les sanctions en cas de violation de l'obligation de communiquer à la cellule de renseignement financière suisse (MROS) sont les mêmes pour un avocat que pour d'autres intermédiaires financiers, par exemple une banque.

La notion de soupçon est un sujet fondamental dans le système suisse. Nous appliquons une conception « dualiste » du soupçon. En effet, s'il est en présence d'un soupçon dit « fondé », l'intermédiaire financier est obligé de communiquer le cas au MROS. S'il considère que son soupçon est « simple », il a le droit de communiquer le cas au MROS. Les deux variantes sont fréquem-

¹ M. Stiliano Ordolli n'occupe plus cette fonction depuis décembre 2018.

ment utilisées par les intermédiaires financiers. La difficulté à déterminer la limite entre les deux types de soupçon a été atténuée par la jurisprudence. En mars 2018, le Tribunal fédéral (la plus haute instance judiciaire suisse) a précisé que le soupçon fondé et, partant, l'obligation de communiquer existent si l'intermédiaire financier ne parvient pas à dissiper ses doutes après avoir procédé aux clarifications prévues par la loi. Dans un tel cas, un simple doute suffit pour justifier un soupçon fondé.

Un autre aspect important de notre système est le fait que les intermédiaires financiers font partie du système. Ils ne sont pas soumis au MROS — nous travaillons ensemble. Ainsi, les entités déclarantes ont l'obligation de fonder, d'analyser et d'argumenter les soupçons qu'elles envoient au MROS. Cela signifie que les cas que nous recevons sont très complets et représentent davantage qu'un simple formulaire.

Je souhaiterais évoquer une dernière particularité : les avocats et notaires communiquent directement leurs soupçons au MROS. En effet, lors des discussions ayant abouti à l'adoption de la loi sur le blanchiment d'argent en 1996, la Fédération suisse des avocats et celle des notaires ont demandé une protection spéciale pour leur profession, à savoir une étape intermédiaire à la déclaration. Ils souhaitaient que les avocats et notaires ne s'adressent pas directement au MROS, mais qu'ils communiquent leurs soupçons à l'organisme d'autorégulation (OAR). Ce dernier devait ensuite décider si l'activité en question relevait bel et bien de l'intermédiation financière ou si elle relevait plutôt de l'activité traditionnelle des avocats et notaires, soumise au secret professionnel. Le gouvernement suisse (Conseil fédéral) a alors refusé cette proposition en termes clairs :

« Il n'a pas été donné suite à cette requête. Le Conseil fédéral a considéré qu'il appartenait aux avocats et notaires eux-mêmes de distinguer, dans le cadre de leur pratique et dans chaque cas d'espèce, s'il s'agit d'une affaire liée à leur activité principale ou accessoire. Si un avocat soupçonne que des valeurs patrimoniales qui lui ont été confiées pourraient être d'origine criminelle et qu'il éprouve des difficultés à fixer la limite entre son activité professionnelle principale et son activité accessoire, il peut toujours s'adresser à son OAR ou à l'Ordre cantonal des avocats pour y trouver conseil. Mais en tout état de cause, l'avocat ou le notaire est tenu de veiller à ce qu'une communication parvienne au bureau de communication si les conditions légales sont réunies à cet effet. »

Il n'y a donc pas en Suisse, mesdames et messieurs, de « filtre protecteur » (pour citer l'arrêt *Michaud*). De surcroît, les OAR sont également soumis à une obligation de communiquer. Si ceux-ci constatent lors de leurs contrôles que leur affilié n'a pas appliqué correctement son devoir de communiquer, ils doivent eux-mêmes communiquer le cas en question au MROS. Par conséquent, nous travaillons directement tant avec les avocats et notaires qu'avec leurs OAR. Nous contribuons aussi à leur sensibilisation. Ainsi, les OAR organisent de manière régulière des conférences et des formations dans toute la

Suisse, dans toutes les langues nationales et en anglais, auxquelles le MROS participe régulièrement.

Concernant le secret professionnel évoqué tout à l'heure, je joins mon collègue Bruno Dalles : nous sommes soumis au secret de fonction. Ce que vous communiquez reste secret.

Je passe à mon deuxième point qui consiste à vous présenter de manière plus concrète les résultats de notre activité, notamment au sujet des avocats et notaires. Provenant de professionnels du droit, les communications de soupçon des avocats et notaires sont davantage argumentées. Parfois, nous recevons des mémoires entiers de 15 ou 20 pages qui expliquent la démarche juridique de l'avocat, pour fonder son soupçon et justifier son obligation de communiquer au MROS. Ces dix dernières années, nous avons reçu 106 communications d'avocats et notaires, avec un pic en 2011 à cause du Printemps arabe. C'est un chiffre relativement bas, mais j'aimerais préciser que, pour les avocats et les notaires, l'activité financière constitue une activité accessoire, ce qui explique peut-être ce chiffre modeste. Je rappelle aussi que, s'agissant de professionnels du droit, la conception juridique du soupçon est bien plus élevée que pour les autres intermédiaires financiers.

Professionnalisme, connaissance et conscience des risques : on pourrait donc penser que les risques de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme dans le secteur d'activité financière des avocats et notaires sont faibles. Ce n'est toutefois pas la conclusion à laquelle nous sommes arrivés dans notre analyse nationale des risques. En effet, l'analyse des communications de soupçon des avocats et notaires a montré qu'elles comportaient un nombre important de personnes politiquement exposées, ce qui constitue un premier critère de risque élevé. Deuxième critère de risque, les sociétés de domicile représentent presque 40 % des cas communiqués par les avocats et notaires (un taux bien plus élevé que dans les autres secteurs financiers). Enfin, troisième critère de risque, la corruption d'agents publics est une infraction communiquée très souvent par les avocats et notaires. Pour ces raisons, l'analyse nationale des risques attribue aux avocats et notaires un risque élevé, au même niveau que le *private banking*, les gérants de fortune, les fiduciaires et les *money transmitters*.

Le traitement des managements de fonds dans les barreaux européens

- Une approche différente des managements de fonds selon les barreaux
- Des modes de régulation différents selon les barreaux
- Les procédures d'informations des cellules de renseignement financier

66 RUPERT MANHART

*Président du comité anti-blanchiment
du Conseil des barreaux européens (CCBE)*

Excusez mon français, je suis un peu hors de pratique mais je vais néanmoins essayer de parler français. Comme vous le savez, le maniement des fonds des clients par les avocats est un des points centraux de la lutte contre le blanchiment des capitaux. Pour les institutions internationales, les avocats sont au centre parce qu'il y a le risque qu'ils peuvent être abusés, que leurs comptes peuvent être abusés pour le blanchiment de capitaux. Il y a plusieurs publications internationales qui ont développé des indicateurs, notamment des publications du CCBE à cet égard. C'est pourquoi nous avons contacté nos membres, les barreaux européens, pour obtenir un aperçu de comment les maniements de fonds sont traités dans les pays membres. Qu'avons-nous constaté ? Premièrement, nous avons constaté que presque tous les avocats européens ont le droit de recevoir et de transférer des fonds de et vers leurs clients. Néanmoins, il y a aussi des différences, surtout en ce qui concerne le type d'activité que les avocats peuvent exercer pour les clients. Dans certains pays, les avocats sont limités à recevoir et transférer des fonds uniquement liés à des activités intrinsèques, c'est-à-dire typiques, d'avocat, comme la représentation juridique ou — de cas en cas — l'assistance en matière de création, la gestion, la cession ou la cessation d'entreprises, des structures similaires et la circulation des biens immobiliers. Mais il y a aussi des états où les avocats peuvent gérer des capitaux des clients sans relation avec des activités d'avocat. La deuxième constatation est que tous les États membres ont stipulé des règles déontologiques spécifiques visant à régulariser le maniement des fonds des clients. Dans quelques États membres les règles sont décrétées par la législation. Dans d'autres, les règles sont décrétées et promulguées par les barreaux, et La troisième concordance dans les États membres est que tous les avocats en Europe sont tenus de conserver les fonds des clients séparément des fonds propres, ce qui veut dire que les fonds propres de l'avocat doivent être séparés des fonds des clients. L'origine de cette obligation a toujours été la protection des clients, soit pour augmenter la transparence et la visibilité, soit pour empêcher l'accès des créanciers dans l'affaire de la faillite de

l'avocat. Les devoirs de diligence des avocats et le contrôle de la diligence anti-blanchiment n'étaient pas des raisons pour l'introduction de telles dispositions. Quatrième constatation, la plupart des États membres interdisent de gérer des fonds en espèces, ce qui veut dire qu'il est obligatoire d'utiliser des comptes bancaires (ou autres) et que les transferts doivent être effectués par virement bancaire. Finalement, dans chaque pays membre, il est toujours interdit d'ignorer ou de contourner ces règles. Les sanctions sont de nature disciplinaire et peuvent même résulter dans l'exclusion de la profession. Parfois il y a même des sanctions pénales.

En outre de ces concordances communes aux États membres, les systèmes nationaux sont très différents et nous avons identifié trois différences majeures. Dans la plupart des États membres, il suffit de gérer un seul compte client séparé — on parle en anglais de *pooled account* ou en allemand de *Sammelanderkonten*. C'est souvent le cas pour les fonds des clients qui sont liés à des activités intrinsèques ou typiques des avocats. Mais, il y a aussi des États membres où il faut gérer des comptes séparés pour chaque client. Cela peut être assez difficile en pratique, mais certaines activités exigent d'ouvrir des comptes particuliers pour un client (en Autriche par exemple, ce sont les activités de transfert immobilier).

Une autre différence est que dans quelques États, les comptes doivent être gérés par des organisations particulières comme la CARPA, mais dans la plupart des États membres, comme en Autriche, les comptes sont gérés par les banques normales qui sont parfois approuvées par les barreaux, parfois il faut que les banques acceptent des conditions particulières.

En matière de contrôle, une autre différence, il y a des systèmes de supervision de chaque transaction et des systèmes de supervision aléatoires. En ce qui concerne le contrôle de chaque transfert, quelques barreaux ont délégué la tâche à la banque (c'est la banque qui doit faire le contrôle), tandis que d'autres barreaux (c'est le cas en France, je crois, ou dans certains barreaux autrichiens) exercent le contrôle eux-mêmes. Il y a aussi un troisième système où le contrôle doit être exercé par le client (on donne la tâche du contrôle au client lui-même, qui doit parfois débloquer des transferts vis-à-vis de la banque). Outre les contrôles de chaque transaction, il y a aussi un certain niveau de vigilance et de supervision qui peut consister aussi à des contrôles aléatoires, irréguliers, qui sont faits par les fonctionnaires du barreau, ou dans certains États membres, par des comptables indépendants embauchés par les avocats pour examiner les comptes et qui doivent faire un rapport au barreau.

Pour résumer, je peux dire que dans tous les États membres, les manègements de fonds des clients sont toujours soumis à des règles particulières. Les règles sont différentes, mais l'objectif de ces règles est toujours le même, à savoir la protection du client, les systèmes étant très différents dans le détail.

66 JEAN-PIERRE BUYLE

Président de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique

En matière de contrôle et de vérification sur le fait que les avocats satisfont bien à leurs obligations de vigilance et de déclaration, il y a eu une modification législative l'année dernière à la suite de cette directive européenne. L'ordre communautaire représentatif des avocats a été dessaisi de toute compétence, et ce sont dorénavant les ordres locaux et les bâtonniers qui ont toute compétence en matière de lutte contre le blanchiment.

À titre subsidiaire, nous avons créé une cellule blanchiment qui est à disposition, mais nous rencontrons les mêmes difficultés que l'Allemagne de trouver des gens qui ont le temps, qui ont envie et qui veulent faire tout ce travail bénévolement. Les barreaux locaux comportent 18 000 avocats pour une population de 11 millions d'habitants.

Bon an mal an, nous avons 2 ou 3 dénonciations, contre 11 l'année dernière, qui sont liées aux 2 barreaux les plus importants, Bruxelles et Anvers (Anvers avec le problème des diamantaires). Les bâtonniers font le contrôle des cabinets de manière aléatoire. Ils ont établi des foires aux questions (FAQ) sur les extranets (ce n'est pas mis à disposition du grand public et des clients). Des contrôles se font aussi dans les grands cabinets à l'intermédiaire de compliances. Les grands cabinets anglo-saxons ont tous des compliances et il faut reconnaître qu'ils travaillent bien, c'est uniformisé. Le reste est aléatoire, tiré au sort chaque année.

Nous avons un système qui s'appelle les «comptes CARPA», mais ce n'est pas une CARPA. Nous n'avons pas la personnalité morale. Cela veut dire que ce sont des comptes courants, comptes à vue, qui sont ouverts au nom de chaque avocat dans des établissements financiers agréés. Ce système existe depuis très longtemps. Les fonds de clients doivent obligatoirement transiter sur ces comptes dits «CARPA», comptes de tiers.

S'ils restent pendant une période un peu plus longue, ils doivent être transférés sur un compte *ad hoc* producteur d'intérêts à négocier. Différentes choses sont interdites : que le compte soit débiteur, que des cartes de crédit soient liées à ce compte, que des clauses d'unicité de compte et de compensation soient acceptées par l'avocat avec son banquier.

Il y a deux particularités : premier élément, lors de l'ouverture de ce compte, l'avocat donne un double mandat à son bâtonnier, un mandat d'accès au compte pour obtenir l'historique du compte et toutes les opérations qui sont passées, et second élément, transférer les intérêts créditeurs s'il y en a au barreau. Nous sommes dans une période de taux d'intérêt plutôt négatif, mais à la belle époque (que vous avez connue aussi) les intérêts étaient importants et alimentaient les finances de l'Ordre.

Les contrôles sont faits par le bâtonnier (chez nous, le disciplinaire se fait en dehors du conseil de l'Ordre, il n'y a pas de conflit d'intérêts de fonctions).

Ce contrôle est aléatoire, généralement 10 % du barreau est contrôlé chaque année, et lors de l'ouverture d'un disciplinaire, le contrôle est systématiquement fait sur la manière dont le compte est tenu. Pour les barreaux plus petits qui n'ont pas la possibilité de faire ce contrôle, c'est organisé au niveau fédéral.

Nous avons une cellule de contrôle de compte de tiers au sein d'Avocats.be avec une cinquantaine de personnes qui, aux frais de l'avocat, s'occupent des contrôles qui sont sollicités.

Actuellement, nous réfléchissons à implémenter un logiciel de déclaration, parce que nous avons introduit une déclaration obligatoire pour l'ensemble des avocats au mois de juin 2018 sur la situation de leurs comptes CARPA. Je voudrais implémenter un logiciel (son coût n'est pas élevé, de l'ordre de 10 000 à 15 000 euros) pour recevoir et traiter ces déclarations.

Nous discutons aussi avec les banquiers pour la création d'un logiciel dit « intelligent » qui pourrait, sur base de ces renseignements, analyser différents paramètres anormaux (par exemple, des retraits de cash importants ou des inégalités de comportement dans les comptes). Cela existe sur le marché mais c'est très cher.

Voilà où nous en sommes dans les comptes CARPA. Si nous ne nous montrons pas prudents dans les contrôles, nous risquons de nous voir imposer ce que les professionnels du chiffre ont eu chez nous : ils ont dysfonctionné à ce point que le contrôle disciplinaire leur a été retiré et a été à la Commission bancaire et financière. Le coût annuel est de l'ordre de 3 millions d'euros.

66 HERBERT SCHONS

*Vice-président du Deutscher Anwaltsverein (DAV),
Président du barreau de Düsseldorf*

Récemment, la problématique des manègements de fonds de tiers a été un sujet de discussion dans la profession juridique.

En principe, aucun avocat n'est obligé d'accepter de manier des fonds de tiers, même si certains clients s'y attendent et que, pour certains clients, le « détournement » par le compte d'un avocat semble indiqué pour des raisons de contrôle. À la différence d'autres pays européens, pour le moment et en pratique, seul le client contrôle si les fonds de tiers reçus par l'avocat sont gardés en dépôt ou versés, immédiatement ou en accord avec ses instructions.

Un problème particulier constitue ce que l'on appelle la « fiducie bilatérale ». Surtout lors de transactions, il était courant — soi-disant pour des raisons pécuniaires — que des montants parfois très élevés soient déposés auprès d'un cabinet d'avocat associé à la transaction.

Malgré une grande opposition, la cinquième *Satzungsversammlung* (l'assemblée pour l'autoréglementation des avocats) a fait prévaloir d'inclure une interdiction dans le Code déontologique (voir § 3, al. 1^{er}, p. 2 BORA) d'accepter des actifs des clients ou de la partie adverse durant le mandat en cours, dans

le but d'une administration ou garde de dépôt fiduciaire pour les deux parties. À juste titre, on a attiré l'attention sur le fait qu'il est tout à fait possible de transmettre la garde du dépôt à une banque, un notaire ou un avocat tiers qui n'est pas associé à la transaction et qui ne représente aucune des parties impliquées. Au début, cette nouvelle réglementation a été sévèrement critiquée par les grands cabinets, mais entre-temps elle a été acceptée et a certainement contribué à une sécurité juridique également pour les avocats. Pour tous les autres aspects du manègement de fonds de tiers, malgré plusieurs propositions de modifications, la sixième *Satzungsversammlung* a maintenu la réglementation actuelle de la *Berufsordnung für Rechtsanwälte* (BORA).

Le paragraphe 4, alinéa 1^{er} BORA oblige l'avocat allemand à disposer de comptes bloqués pour respecter les obligations du paragraphe 43a, alinéa 5 BRAO, alinéa 2 de ladite réglementation qui stipule l'obligation de transférer « immédiatement » des fonds de tiers et d'autres valeurs, surtout des titres etc., aux bénéficiaires. De l'avis de la commission 3 en charge de la *Satzungsversammlung*, la formulation « immédiatement » était trop floue. Par conséquent, la Commission a proposé un ajout qui stipule que la restitution et le décompte des fonds de tiers doivent être effectués dans les dix jours ouvrables au plus tard.

À mon avis, ce délai de dix jours ouvrables est tout à fait raisonnable. Néanmoins, pour la majorité des membres de la *Satzungsversammlung*, cet ajout n'était pas acceptable.

Quoi qu'il en soit, la réglementation du paragraphe 4, alinéa 2 BORA, qui précise que des fonds de tiers sont à garder en dépôt sur des comptes bloqués si une restitution n'est pas possible « immédiatement », reste valable. Ces comptes bloqués devraient normalement être des comptes bloqués individuels. D'après la législation existante, si on utilise un compte bloqué qui regroupe plusieurs personnes, des montants de plus de 15 000 euros par client ne peuvent pas être administrés pour plus d'un mois. De plus, le paragraphe 4, alinéa 3 BORA mentionne que des créances de la part de l'avocat ne peuvent pas être décomptées des fonds qui sont destinés à la restitution à des personnes autres que le client.

En ce qui me concerne, j'espère que cette discussion se poursuivra, possiblement à la prochaine *Satzungsversammlung*, car à mon avis, outre l'obligation de confidentialité de l'avocat, il n'y a guère de domaine plus sensible que le manègement de fonds de tiers.

66 OLIVIER NICOD

*Membre de la Commission de discipline
de l'organisme d'autoréglementation
des fédérations suisses des avocats et des notaires*

De nouveau, il y a une distinction entre l'activité typique et atypique de l'avocat où les fonds doivent être détenus de manière différente. Dans les deux cas, il y a une séparation entre les fonds de l'avocat et les fonds de

son client. Cela s'applique à toutes les activités de l'avocat mais plus pour défendre le client que pour lutter contre le blanchiment.

En ce qui concerne l'activité typique de l'avocat, les fonds que l'avocat manie dans ce cadre doivent être déposés auprès d'une banque. C'est un compte ouvert au nom de l'avocat, mais l'avocat doit certifier à la banque qu'il utilise ce compte uniquement pour des avoirs qui concernent son activité typique d'avocat. Cela peut concerner des avances de frais pour des procédures, des règlements transactionnels, etc.

En ce qui concerne l'activité atypique (par exemple une activité de trustee ou de membre d'un conseil d'une société de domicile), les fonds doivent être déposés sur des comptes séparés. L'avocat doit toutefois indiquer à la banque qui est l'ayant droit économique des avoirs et respecter toutes les obligations de diligence qui s'appliquent.

La loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme impose notamment des obligations de clarification, de vérification, d'identification qui doivent être effectuées par l'avocat et la banque. Dans ce cas, les deux intermédiaires financiers doivent effectuer ces diligences et avoir toute la documentation exigée par la loi. Les contrôles de l'OAR portent sur ces comptes ainsi que les transactions effectuées par les avocats dans le cadre de leurs activités atypiques.

66 JEAN-CHRISTOPHE BARJON

Président de l'UNCA

Il me revient de présenter en quelques minutes la réponse de la profession en France au problème de la régulation des managements de fonds et celle-ci est fondée sur le concept CARPA. La CARPA existe depuis fort longtemps puisqu'elle a été créée en 1957 par le barreau français lorsque les avocats français ont été autorisés à manier des fonds clients associés à des opérations juridiques ou judiciaires dont ils avaient la charge. Une caisse extérieure à la comptabilité de l'avocat, mais sous le contrôle du barreau, était créée pour chaque barreau de façon à contrôler ses managements de fonds de clients et assurer la représentation des fonds clients. L'ADN de la CARPA, c'est la représentation des fonds clients et le contrôle déontologique de l'utilisation de ces fonds clients.

Aujourd'hui, nous avons 164 barreaux en France et 128 CARPA parce qu'il y a eu des regroupements, la loi autorisant que plusieurs barreaux se regroupent pour avoir une CARPA commune, ce qui permet d'avoir des moyens plus importants pour exercer leurs missions. Deux missions légales sont désormais confiées aux CARPA, non seulement celle qui nous occupe aujourd'hui — c'est-à-dire les managements de fonds des clients accessoires à des opérations juridiques et judiciaires —, mais également la mission de

gestion administrative et financière de l'aide juridictionnelle depuis 1991. La loi de 1986 a rendu obligatoire la CARPA en France, pour les avocats français qui ont cette obligation légale de ne manier les fonds de leurs clients que par l'intermédiaire de la CARPA; faire autrement constituerait une infraction pénale. Mais, c'est avant tout un avantage pour les avocats français que de s'appuyer sur le système CARPA.

Il n'y a pas de comptes professionnels comme ceux qui ont été décrits récemment, ouverts spécialement au nom des clients sous le contrôle de l'avocat. L'avocat qui reçoit des fonds, valeurs ou effets de ses clients pour une opération juridique ou à l'occasion d'une opération judiciaire doit les remettre directement à la CARPA par tous les moyens de paiement autorisés par le Code monétaire et financier.

La CARPA va ainsi contrôler cette opération. Il est une idée reçue et que l'on entend parfois chez des confrères en France, et peut-être aussi lorsque nous recevons des délégations de confrères étrangers, qui est de dire « Manier des fonds de clients à l'occasion d'un contrat, d'une transaction, d'une acquisition, d'une cession d'entreprise, etc., c'est prendre une responsabilité plus grande », je dis que c'est une idée reçue, et donc fausse car, évidemment, à partir du moment où l'on participe à un acte et une opération juridique, la responsabilité du praticien est entière.

Que l'avocat prenne en charge le mouvement financier associé à l'opération juridique ou judiciaire, et donc le remette à la CARPA puisqu'il en a l'obligation légale, mène à s'assurer de l'appui d'un outil de contrôle qui permet éventuellement soit de documenter davantage l'opération, soit de refuser l'opération si la CARPA l'invite à le faire. C'est un avantage car c'est un service de conformité au profit de la profession.

Les objectifs de la CARPA sont la prévention, la vigilance et l'assistance des avocats. Le contrôle commence dès la demande d'opération par l'avocat. L'avocat va contacter la CARPA en demandant une autorisation de réaliser tel ou tel mouvement de fonds associé à son dossier juridique ou judiciaire, et la CARPA va examiner la nature de l'affaire, se renseigner sur la provenance des fonds et sur leur destination, accepter ou non, demander des documents et des justifications supplémentaires à l'avocat pour réaliser l'opération.

Donc, le contrôle se fait en amont, pendant l'opération et *a posteriori* lorsque les fonds ressortent pour vérifier que le destinataire des fonds est bien celui qui figure dans les actes juridiques.

En réalité, la CARPA repose sur deux piliers : l'autorité ordinaire car elle est une émanation de l'ordre, chaque ordre ayant créé sa CARPA, et s'il y a des CARPA communes à plusieurs barreaux, c'est le même principe et le secret professionnel partagé, évoqué tout à l'heure, notamment par le bâtonnier Marie-Aimée Peyron.

Il n'y a pas de CARPA sans ordre. On ne peut pas imaginer une CARPA extérieure à l'ordre qui ne soit pas placée sous l'autorité du bâtonnier et sous l'autorité de l'ordre des avocats qu'elle doit servir. C'est grâce à ce

secret professionnel partagé que la CARPA va pouvoir examiner le dossier du confrère. Elle a accès à tous les éléments et tous les renseignements utiles pour expliquer l'opération et la justifier, ce qui n'est pas le cas de la banque de flux. La banque remplit ses obligations de compliance et de conformité, mais elle n'a pas accès (heureusement) au dossier lui-même de l'avocat, ni aux actes.

La CARPA a accès aux actes puisque nous sommes dans le cadre du secret professionnel partagé. Cela permet d'avoir une efficacité du contrôle de conformité au service des avocats. Finalement, ce système de contrôle est utile quelle que soit la taille du cabinet. Un petit cabinet n'a évidemment pas les outils de contrôle de conformité que l'on peut parfois trouver dans des grands cabinets. Il a été expliqué tout à l'heure qu'en Belgique de grands cabinets avaient leur service compliance. En France aussi, un certain nombre de cabinets ont des outils. Mais, même pour eux, il est utile d'avoir un regard expert, institutionnel et extérieur, qui puisse accepter ou refuser l'opération en question.

J'ajoute que la CARPA n'est pas, pour l'instant, soumise à l'obligation de déclaration de soupçon, et que l'amendement de 2013 a finalement été retiré par la chancellerie — et cet élément de « difficulté » a été levé. En revanche, comme l'ont rappelé la présidente Christiane Féral-Schuhl et le bâtonnier Marie-Aimée Peyron, nous avons beaucoup travaillé, depuis cet épisode de 2013, avec Tracfin et son directeur Bruno Dalles pour construire un système permettant de respecter le secret professionnel strictement — c'est la formule que vous avez utilisée dans votre rapport publié l'année dernière, monsieur le directeur —, et assurer l'information légitime due aux autorités de contrôle sur la traçabilité de mouvements financiers, laquelle est hors champ du secret professionnel.

Nous avons donc trouvé une rédaction presque coconstruite des nouvelles dispositions de l'article L. 561-25-1 du C. mon. fin qui permet à Tracfin d'avoir les éléments nécessaires, tout en respectant strictement le secret professionnel. Le commentaire de Bruno Dalles dans son rapport de 2016 insiste sur ce respect « nécessaire », élément fondateur de tout État de droit et démocratique, avec en même temps des exigences de sécurité économique qui doivent permettre de tracer des opérations bancaires.

J'ajouterais que les contrôles effectués par nos 128 CARPA fédérées au sein de l'Union nationale des CARPA sont prévus par les textes réglementaires français, notamment l'arrêté du 5 juillet 1996 qui impose aux CARPA de vérifier chaque nature d'affaire, la provenance des fonds, le lien juridique de ce versement avec la mission de l'avocat, ainsi que la destination des fonds. Aucun fonds n'est managé directement par l'avocat, dont la comptabilité client est tenue par la CARPA dans le respect du secret professionnel.

Les fonds ne peuvent entrer et sortir qu'avec l'autorisation et l'accord de la CARPA, puisque la CARPA s'appuie sur un compte bancaire classique, mais dont la banque ne connaît pas le détail. C'est aussi l'originalité de ce système.

En tout cas, ce qu'il faut retenir, c'est que la CARPA joue un rôle essentiel : c'est le bras armé des barreaux dans la régulation de la lutte anti-blanchiment lorsqu'il y a un manquement de fonds. L'obligation de déclaration de soupçon existe à partir du moment où l'on participe à une opération, un acte juridique, dans les conditions rappelées par Bruno Dalles et strictement énoncées par le C. mon. fin.

Mais, s'il y a un manquement de fonds, la CARPA apporte son regard expert et permet de détecter d'éventuelles difficultés de refuser une opération ou de la documenter suffisamment pour le cas où, ultérieurement, les autorités judiciaires s'intéresseraient à une opération. Cela permettrait de démontrer à tout le moins que les obligations de vigilance et de prévention, qui pèsent sur chacun d'entre nous en qualité d'avocat, ont été remplies puisqu'on s'est notamment appuyés également sur le système CARPA pour remplir ces obligations.

Le système, mis en place en France, se renforce d'année en année face aux exigences, qui augmentent dans le domaine de la lutte anti-blanchiment. Il permet par cette mutualisation des moyens au sein des barreaux d'apporter aux avocats un service efficace grâce à l'architecture de contrôle qui a été mise en place, tant organisationnelle qu'informatique. Nous avons des logiciels métiers qui permettent de conforter la régularité des opérations qui passent en CARPA, et d'ailleurs l'UNCA a assuré la conception et le déploiement de ces logiciels dans toutes les CARPA de France, Paris disposant de ses propres logiciels équivalents en matière de contrôle. Nous disposons ainsi d'un standard de qualité et d'outils identiques pour l'ensemble des CARPA de France, de façon à ce que les méthodologies soient les mêmes.

Enfin, « l'autorégulation doit être régulée », formule que j'ai entendue, c'est-à-dire qu'elle doit être elle-même supervisée. Des dispositifs de surveillance de nos CARPA sont en œuvre. Ces dispositifs sont externes à chaque CARPA, notamment grâce à une réforme initiée en 2014 (elle existait déjà mais la chancellerie a publié un nouveau décret en 2014). La commission de contrôle des CARPA a donc compétence par ce décret de 2014 pour venir vérifier et contrôler les CARPA, mais je n'en dis pas plus parce que c'est Michelle Billet qui en est la présidente et qui va nous en parler.

66 MICHELLE BILLET

Présidente de la Commission de contrôle des CARPA

Effectivement la transition est faite. La Commission de contrôle des CARPA existe depuis 1996 mais elle a subi un lifting en 2014 (Décr. du 11 juill. 2014), sur demande de la profession, et j'insiste là-dessus. Outre un renforcement des pouvoirs de la Commission de contrôle, le texte a créé une Commission de régulation composée des organes de la profession, qui est chargée d'émettre des avis et recommandations à destination des CARPA. Cette création de la

Commission de régulation répondait en 2014 à la nécessité de dissocier une fonction normative (qui est donc réservée à la Commission de régulation) à côté d'une Commission de contrôle qui, fondamentalement repensée, exerce vraiment cette fonction de contrôle. On a donc un superviseur (la profession s'est dotée d'un superviseur qu'est la Commission de contrôle) et d'un organe chargé d'opérer les ajustements nécessaires aux normes, qui est donc la Commission de régulation.

Brièvement, pour ceux qui ne connaîtraient pas comment cela fonctionne, la Commission de régulation est composée du président du CNB, du président de la Conférence des bâtonniers et du bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris (qui peuvent désigner des suppléants).

La Commission de contrôle est composée de douze membres, lesquels sont tous des avocats en exercice, qui sont désignés (trois chacun) par le président du CNB, le président de la Conférence des bâtonniers, par le bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris et par le président de l'UNCA. C'est donc une commission comme toute autre mais efficace.

Nous avons une mission de contrôle mais sur des points très précis :

- le respect des dispositions de l'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996 qui permet de s'assurer de l'identification de la provenance des fonds pour lutter contre le blanchiment (nous sommes donc dans le sujet d'aujourd'hui) ;
- le respect de la garantie de représentation des fonds ;
- et le respect des dispositions de l'article 235.1, qui intéresse beaucoup la chancellerie, relatif aux dépenses que la CARPA pourrait verser pour l'intérêt collectif de la profession.

Ce décret de 2014 a renforcé les contrôles, sur la méthode tout d'abord. Nous avons donc des contrôles qui sont mis chaque année en œuvre selon un programme qui est établi par l'autorité normative, donc la Commission de régulation. Ces contrôles peuvent être néanmoins diligentés aussi à la demande du procureur général près la cour d'appel, dont le ressort duquel siège la caisse visée.

Il y a aussi eu la création d'un corps, je dirais même d'un bataillon d'avocats contrôleurs qui reçoivent une formation adaptée, là aussi dispensée par la Commission de régulation. Ce sont des avocats en exercice ou des avocats honoraires qui sont désignés par notre Commission de contrôle mais sur proposition du président du CNB, du président de la Conférence des bâtonniers, du bâtonnier de Paris et du président de l'UNCA. Ils ont une mission de trois ans renouvelables et, bien sûr, ces contrôleurs se déplacent au siège des CARPA pour effectuer le contrôle. Nous pouvons leur adjoindre un sapiteur en cas de nécessité. Ces contrôleurs pourront aussi solliciter l'UNCA aux fins d'obtenir tous les éléments d'information relatifs à la caisse contrôlée. Vous l'avez compris, on a les informations qui s'imbriquent les unes dans les autres.

Troisième échelon, on désigne au sein de notre commission un ou plusieurs rapporteurs qui sont chargés de porter à la connaissance de la commission

les conclusions du ou des contrôleurs et de formuler, le cas échéant, une proposition de sanction.

Nous avons donc un pouvoir juridictionnel, puisque lorsqu'un manquement de la caisse visée par une mesure de contrôle est constaté, avant toute sanction (puisque cela n'est pas une sanction dans le texte), la Commission de contrôle peut nommer un avocat aux fins d'assister le président de la caisse. Nous l'avons déjà fait. Le procureur général près la cour d'appel recevra cette information de cette mission d'assistance.

La véritable révolution opérée par la réforme de 2014 tient aux mesures que la Commission de contrôle peut prendre. En vertu de l'article 241.8 du décret de 1991 modifié, la commission peut prononcer une injonction de faire avec un délai maximal de six mois pour que la caisse visée régularise sa situation, une suspension des organes d'administration de la caisse assortie de son administration provisoire (la caisse en question n'a plus aucun pouvoir, nous nommons un administrateur provisoire qui vient en lieu et place des organes de la CARPA), et en cas d'urgence ou de manquement caractérisé ou réitéré, une délégation de gestion forcée, cas extrême, en présence d'une carence manifeste dans la gestion de la caisse ou bien un risque de non-représentation des fonds. Bien sûr, cette mesure va s'imposer à la CARPA mais aussi au conseil de l'ordre (cela peut être au pluriel si on est en CARPA groupées qui l'ont institué). Ce pouvoir juridictionnel va bien sûr s'accompagner de garanties procédurales. Nous allons statuer après avoir entendu le président de la CARPA visé (bien sûr éventuellement assisté du conseil de son choix), et, le cas échéant, du ou des bâtonniers, du procureur général et de tout individu dont l'audition paraîtrait nécessaire.

Nos décisions sont exécutoires par provision. Elles doivent être motivées (c'est normal, nous sommes avocats), notifiées au président de la caisse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et un appel est possible devant la cour d'appel de Paris (dans le délai d'un mois à compter de la notification).

Mais notre commission est également une commission qui rend compte, c'est-à-dire que le ministère de la Justice est destinataire de notre rapport annuel (qui nous est imposé par les textes) relatif à l'état des CARPA, sur la base des observations des commissaires aux comptes et de nos propres contrôles, puisque nous recevons aussi annuellement tous les rapports du commissaire aux comptes liés à la mission des manègements de fonds. Le parquet sera également destinataire lorsqu'il y aura des sanctions prises à l'encontre d'une CARPA, et on lui communiquera le rapport que nous avons effectué.

En conclusion, 128 CARPA, nous sommes en capacité de réaliser environ vingt-cinq contrôles par an. Les CARPA sont contrôlées au minimum tous les cinq ans (je dis bien au minimum parce que s'il y a une alerte notamment dans le rapport du commissaire aux comptes, nous demanderons que la commission de régulation fasse diligenter des contrôles).

Les sanctions sont prononcées, nous avons sanctionné et nous effectuons deux audits de CARPA par mois.

Donc, une autorégulation certes, mais avec un contrôle effectif, et, sans fausse modestie, efficace.

J'en profite pour remercier les membres de ma commission et les avocats contrôleurs qui vont sur site. Et puis, il ne faut pas oublier tout de même que nous avons un contrôle externe annuel qui est assuré et exercé par les commissaires aux comptes qui doivent rendre compte sur les managements de fonds, chaque CARPA étant dotée obligatoirement de son commissaire aux comptes.

66 STILIANO ORDOLLI

*Ancien chef du bureau de communication
en matière de blanchiment d'argent (MIROS)*

Nous n'avons pas d'échanges avec les barreaux, car nous travaillons directement avec les avocats et les organismes d'autorégulation. Ces derniers contrôlent leurs affiliés. Le système applique la distinction entre l'activité typique, donc judiciaire, de l'avocat, et l'activité d'intermédiation financière. Dans les deux cas, les professionnels du droit ont leurs propres comptes en banque. Un système semblable au CARPA n'existe pas en Suisse. L'avocat ou le notaire s'occupe lui-même de ses avoirs. Un autre élément particulier concerne le fait que le compte de l'activité typique de l'avocat est couvert par une déclaration que l'avocat signe à l'ouverture (le formulaire R). Par ce document, l'avocat s'engage à ce que les fonds qui transiteront ou qui seront déposés sur ce compte relèvent de son activité classique d'avocat, donc de l'activité judiciaire. Ce n'est pas juste une simple déclaration qu'il est possible d'oublier par la suite, puisqu'elle constitue un titre au sens légal du terme. Dès lors, une fausse déclaration ou l'utilisation d'un compte à d'autres fins constitue un faux dans les titres qui, en Suisse, est considéré comme une infraction pénale sanctionnée par trois ans et plus d'emprisonnement. Les conséquences peuvent donc être graves. Depuis que je suis au MIROS, je n'ai jamais vu d'avocat utiliser le compte de son activité typique à mauvais escient. Quant à l'activité d'intermédiation financière, elle est soumise à la loi sur le blanchiment d'argent. Cela nous attribue un accès entier à toutes les informations financières en lien avec cette activité.

66 BRUNO DALLE

Directeur de Tracfin

Très vite, une confiance et deux observations. La confiance est que quand j'entends autorégulation en matière de lutte contre le blanchiment, je suis inquiet, je serais même soupçonneux. Quand on entend autorégulation, et

surtout « auto » (pas « régulation »), « auto » rime avec « autosuffisance », « autonomie », « autosatisfaction », pire « autogestion ». Pour pouvoir être sûr que ce système fonctionne, c'est que l'aspect régulation doit être important.

Autre observation, j'ai fait du droit comparé, j'ai donc tenté (en étant aidé bien sûr) de dresser une revue des dispositifs européens et étrangers. Et, pour synthétiser très vite, il en ressort que le maniement de fonds est une opération à risque par nature. Cela veut dire que s'il y a un maniement de fonds, il faut mettre en place des vigilances et des surveillances parce qu'on est exposé au risque de blanchiment.

Quand on regarde les solutions : première solution, on mélange tout, le compte de l'avocat est ouvert dans sa banque préférée près de chez lui, dans le cadre du bon sens, et on met tout dedans. Même au Panama, ils n'ont pas osé le faire...

Deuxième cas de figure, on a un compte spécifique, distinct du compte de l'avocat, pour les opérations, avec des sous-comptes, soit des comptes globaux (qu'on n'arrive pas à suivre), soit des comptes spécifiques par opération et c'est le banquier qui s'en occupe avec la encore deux difficultés : soit on laisse tout faire au banquier qui en a la responsabilité puisqu'il assure le maniement et la surveillance anti-blanchiment — mais le banquier va dire qu'il n'est pas capable de le faire parce qu'il n'a pas les éléments de connaissance des opérations, et s'il les demande, on lui répond « secret professionnel » —, soit il existe une vulnérabilité dans le dispositif. Il y a même des législations qui disent que ces comptes, parce qu'ils sont des comptes spécifiques des opérations d'avocat, sont exclus des obligations de vigilance des banquiers. Vous voyez donc que ce dispositif est à risque par nature.

Puis existe la solution quasi CARPA, ou mieux CARPA, et là je le dis clairement (c'est pourquoi il faut que j'arrête de venir vous voir) : quand on fait ce travail de droit comparé, il est évident que le dispositif CARPA (même s'il n'a pas été pensé pour cela) devrait être aujourd'hui présenté — et là, je plaide coupable car on ne l'a pas assez fait collectivement — comme un élément de prévention de la lutte contre le blanchiment, un élément de prévention performant et efficace, surtout avec la réforme de 2014, les contrôles, la responsabilisation et les outils dont certaines CARPA se sont dotées, outils qu'il y a bien évidemment lieu de mutualiser.

Bien évidemment, il existe un sujet de taille critique, on n'est pas naïf ; avec 127, 128 CARPA, on n'a pas les mêmes capacités à agir que s'il n'y avait que 13, 20 ou 30 CARPA (disons 13, cela portera bonheur et cela correspond aux régions administratives, ainsi nous sommes dans le système napoléonien qui revient à la mode, comme vous le savez...).

Donc, sur la taille critique, il faut mener cette réflexion sur la capacité à mobiliser les moyens et les compétences (ce ne sont pas que des bénévoles, même si les bénévoles sont importants, surtout quand ils sont professionnalisés), à avoir des personnes véritablement investies dans ces contrôles.

Pour vous faire plaisir, on va les appeler des contrôles « déontologiques », c'est bien, tout le monde comprend, mais dire que c'est la même chose que « prévention du blanchiment », cela me va aussi —, et tant mieux si on les appelle « déontologiques ». Donc, j'ai peut-être la foi du converti, mais cela dit, je me souviens en 2002 avoir déjà tenu ici le même discours, donc je suis un converti militant, sur l'intérêt à travailler avec les CARPA.

Dernière observation, je l'ai mis en application car, depuis que l'on se rencontre, on a travaillé ensemble.

J'ai aussi mon livre de chevet, ce ne sont pas les rapports Tracfin parce qu'ils m'endorment à force de les relire, mais c'est la note du président, Jean-Christophe Barjon, du 10 avril 2007, adressée à toutes les CARPA, qui rappelle ce nouvel article qu'on a rédigé ensemble (on peut le dire, cela ne portera pas préjudice ni aux uns ni aux autres) et qu'on a réussi à glisser dans l'ordonnance de transposition à la quatrième directive, alors que la quatrième directive ne parlait pas du tout du sujet.

Mais comme l'a dit Chantal Cutajar tout à l'heure, il y a un préambule dans la quatrième directive qui disait (comme aux Jeux olympiques) qu'on peut aller plus loin, plus haut, plus fort. Et donc, on est allés plus loin, plus haut, plus fort avec ce nouveau dispositif qui s'appelle « le droit de communication de Tracfin pour les CARPA ».

Ce partenariat est concret et applicable juridiquement depuis le 1^{er} janvier 2017. Puisqu'on est entre nous, avant il y avait quand même déjà des CARPA qui nous répondaient quelque fois (mais je ne donnerai pas les noms...), mais il est vrai que le cadre juridique n'était pas ultra solide, alors qu'aujourd'hui il est solide et a donné lieu à des mises en œuvre. D'ailleurs, dans notre prochain rapport d'activité (que vous lirez avec attention et qui va sortir d'ici un mois, il sera dans les bonnes librairies avec des séances de dédicace...), vous pourrez lire le résumé de l'utilisation de ce droit de communication CARPA.

C'est amusant parce que j'en ai un qu'on a mis dans ma synthèse, qui est une réponse de juin 2016, c'est-à-dire six mois avant qu'il existe, et donc je ne le compte pas, mais en 2017 il y en a eu quatre, et en 2018 on en est déjà à trois. Je ne vais pas vous faire la liste de l'intérêt d'échanger sur ce sujet, mais on est restés dans le cadre qu'on avait défini et les réponses qui nous ont été apportées sont rapides, précises et elles nous aident.

Il y en a une, par exemple, qui nous a aidés à démontrer qu'une personne originaire d'une île de la Méditerranée (une île de beauté mais je ne dirai pas où c'était... connu pour des activités où on fréquentait les banques pour faire des retraits en liquide un peu imposés...) avait monté un dossier qui lui avait permis d'avoir une pension d'invalidité. On essayait de savoir d'où venaient les fonds qui étaient passés par la CARPA, et grâce au droit de communication CARPA de la CARPA concernée, on a pu démontrer qu'elle avait utilisé des faux documents et des fausses attestations parce qu'on a eu la catégorie dans laquelle les échanges avaient été réalisés.

On pensait que la personne en question avait toujours ses activités d'origine et on voit qu'elle s'était bien réinsérée puisqu'elle était dans la fraude de prestations sociales et plus dans les vols à main armée —, vous voyez qu'il y a quand même des efforts de réinsertion qui sont réalisés... Autre cas (et c'est là que je ne sais pas si je vais vous le donner, parce que du coup vous n'allez pas me réinviter...), grâce à la réponse d'une CARPA (dont je ne dirai pas le nom, mais merci!), on a pu démontrer que, dans une procédure judiciaire, une victime avait bénéficié de fonds, mais que l'avocat qui gérait les fonds avait... péniblement, on appelle cela « un abus de faiblesse »..., il avait donc récupéré et il avait oublié (on sait bien qu'il y a des phobies administratives, il y a peut-être aussi des phobies judiciaires...) que le bénéfice de l'indemnisation n'était pas pour lui mais pour la victime.

On ne le dira pas, mais grâce à la réponse, on a pu étayer le soupçon et transmettre à l'autorité judiciaire compétente. Puis, sur d'autres cas qui concernent des paiements de caution, grâce aux éléments qu'on a pu obtenir grâce à la CARPA, on est remontés au compte à l'étranger qui est le compte à partir duquel les fonds ont été payés pour payer la caution devant l'autorité judiciaire. C'est intéressant parce que c'était quelqu'un qui était *a priori* insolvable ou qui avait peu de solvabilité, ou au contraire qui était très riche, et cela nous aide à localiser son patrimoine qui n'a pas toujours été déclaré ni à son pays d'origine, ni à d'autres.

Donc, vous voyez très concrètement le peu de cas (cela ne noie pas notre activité, ni celle des CARPA) qui montrent que ce fil d'opacité qu'on avait détecté est rendu transparent aujourd'hui, enfin un peu plus transparent, grâce au mécanisme du droit de communication CARPA. On est donc tout à fait satisfait de cette mise en œuvre et on se dit qu'il faut franchir une autre étape, mais on en parlera tout à l'heure.

JEAN-CHARLES KREBS
Secrétaire général de la CARPA
Président de l'UNCA

Nous pouvons peut-être ajouter que ce droit de communication est un peu déconnecté du dispositif de lutte anti-blanchiment puisqu'il assure la traçabilité de toutes les opérations, raison pour laquelle vous venez de prendre cet exemple.

BRUNO DALLÉS
Directeur de Tracfin

Pour moi, ce n'est pas complètement déconnecté puisque, dès qu'il y a un manquement de fonds, il y a un risque. Or, on est là dans l'analyse de risque, et bien évidemment on va au-delà du sens strict du périmètre d'assujettisse-

ment puisqu'on n'est pas dans l'assujettissement, on est dans un droit de communication spécifique. Tracfin a un droit de communication sur tous les professionnels assujettis, et là c'est une exception puisque la CARPA n'est pas encore assujettie, et donc on a un droit de communication sur la CARPA, comme on a un droit de communication sur les transporteurs ou le GIE Carte bancaire qui ne sont pas des assujettis en matière d'anti-blanchiment. C'est donc un des exemples d'accès à l'information organisé et maîtrisé, merci à cette note de 2017 de rappeler à tout le monde la mise en œuvre de ce dispositif.

La nécessaire sécurisation des manègements de fonds dans l'espace juridique européen

- Le traitement des manègements de fonds transfrontaliers
- Une harmonisation nécessaire ?