http://lamyline.lamy.fr

Blanchiment et avocat : de la confiance au soupçon

La modernité des moyens, non seulement de répression mais également de détection, d'alerte, en un mot de prévention du blanchiment, apparaît difficilement compatible avec les exigences relatives à l'exercice de la profession d'avocat. La difficulté majeure réside dans l'opposition franche entre le caractère général et absolu du secret de l'avocat et les obligations de vigilance et déclarative décrites dans le présent cahier spécial. Si le droit positif prévoit en faveur des avocats une garantie matérielle résultant de l'immunité pour les activités judiciaires ou de consultation ainsi qu'une garantie organique résultant du filtre du bâtonnier, le point d'équilibre ne semble pas encore définitivement arrêté.

Par César GHRÉNASSIA

Avocat à la Cour
Ancien Secrétaire de la Conférence
Cabinet Vigo

→ RLDA 4652

1. Le médecin soigne un malade, le prêtre relève une âme, l'avocat assiste un homme. Ces charges singulières rappellent à chacun de ceux qui les exercent, quoique de manière différente, la vulnérabilité de la condition humaine. Or, cette fragilité ne saurait jamais s'exprimer si chacun n'avait, dans la personne de celui dont il sollicite le secours, une confiance suffisante qui tient parfois à la foi, souvent à la science et toujours à la loi.

2. Émile Garçon écrivait ainsi, dans son Code pénal annoté, sous l'ancien article 378 : « *Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'Ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans conditions ni réserves car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié* » (Garçon É., Code pénal annoté, 3 vol., 2e éd., Sirey, 1952-1959, art. 378, n° 7).

3. Le secret professionnel de l'avocat, condition nécessaire de la confiance que cet auxiliaire de justice ne peut tirer ni de la physique, ni des Écritures, est donc d'ordre public, général, absolu et illimité dans le temps. Une multitude de normes impératives le fonde : prescriptions légales (L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 66-5), pénalement sanctionnées (C. pén., art. 226-13 et s.) et déontologiques, tant réglementaires (D. n° 2005-790, 12 juill. 2005, art. 4) qu'ordinales (RIN, art. 2 ; Ader H. et Damien A., Règles de la profession d'avocat, 2011/2012, Dalloz action, n° 36).

4. Un intérêt supérieur justifie le secret professionnel, confidence et confiance ayant, au-delà d'une racine étymologique commune, un lien infrangible. C'est ainsi, à titre d'exemple, que l'obligation pénalement sanctionnée de dénoncer un crime en préparation ne saurait peser sur l'avocat ayant reçu en confidence ledit projet criminel (C. pén., art. 434-1, dernier al. ; *cf.*, également, Cass. crim., 25 oct. 1995, n° 95-81.724, Bull. crim., n° 323, déclarant fondée la décision d'une cour d'assises ayant écarté le témoignage d'un avocat qui portait sur des actes, faits et entretiens survenus au cours d'une instruction préparatoire à laquelle il avait participé en qualité de conseil). L'exception ne procède pas d'une faveur à l'égard d'une profession mais de ce qui, dans la tradition libérale, constitue la vocation même de l'État de droit : la protection de l'individu face à un pouvoir sur qui pèse toujours le soupçon de l'arbitraire.

5. Or, de récents évènements invitent à penser qu'un renversement s'opère, que le soupçon ne porte plus sur l'État mais d'abord sur l'individu, et, par capillarité, sur son avocat. En France, en particulier, trois projets de réforme relayent cette défiance : le premier, évoqué à l'occasion d'un opportun débat sur la moralisation de la vie politique, entend ériger, au-delà des dispositions pénales, réglementaires et ordinales existantes, une incompatibilité entre la fonction de parlementaire et le ministère d'avocat (« *L'honneur d'être avocat* », Éditorial du Président Charrière-Bournazel , 28 mai 2013); le deuxième a confié à des associations agréées, de préférence aux avocats, la mission de représenter des consommateurs lésés dans le cadre des « *class actions* » à la française (Éditorial du Bâtonnier de Paris Christiane Féral-Schuhl, Le Bulletin n°17, 28 mai 2013) ; le dernier, sans doute plus anecdotique mais tout aussi symbolique, prévoit de faire supporter aux avocats, à la défaveur d'une taxe additionnelle sur leur chiffre d'affaires, le financement d'une aide juridictionnelle dont ils souffrent chaque jour le caractère notoirement insuffisant.

6. L'Union européenne considérant que « *les blanchisseurs de capitaux ont de plus en plus tendance à utiliser les professions non financières* » a étendu aux avocats les règles relatives à la préven-

http://lamyline.lamy.fr

tion de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (Dir. Parl. et Cons. CE n° 2001/97, 4 déc. 2001, modifiant la directive n° 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, consid. n° 14). Du reste, l'intérêt pour la criminalité organisée de recourir à l'expertise de professions juridiques, et en particulier des avocats, avait été mis en évidence par le Groupe d'action financière (GAFI) dès 1998 (GAFI, rapport 1998-1999 sur les typologies du blanchiment de l'argent).

7. L'impact du blanchiment sur l'économie mondiale, et par voie de conséquence sur l'organisation des sociétés, est considérable. Le blanchiment de capitaux révèle non seulement la modernité de la criminalité organisée mais également un certain état du système financier. « *La suppression des barrières aux échanges dans le marché intérieur facilite certes l'établissement et le développement d'entreprises licites dans l'ensemble de l'UE, mais peut aussi favoriser le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.* [...] *Le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme font donc peser une menace élevée sur l'intégrité, le bon fonctionnement, la réputation et la stabilité du système financier, avec des conséquences potentiellement dévastatrices pour toute la société* » (Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme 2013/0025 [COD]).

La spécificité de l'avocat, en matière de prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, résulte ainsi de ce que la loi organise à son profit une double garantie matérielle et organique.

8. La prévention, et non seulement la lutte, contre le blanchiment apparaît, de ce point de vue, nécessaire au maintien de la confiance à l'égard du système financier. À la lecture de la proposition de directive précitée, la criminalité apparaît ici moins dangereuse comme transgression d'une norme morale ou juridique qu'elle méprise que comme subversion de l'activité économique et financière dont elle emprunte, avec efficacité, les circuits. On serait tenté d'y voir la mutation d'une « *société disciplinaire* » à une « *société de contrôle* » où le pouvoir s'exercerait moins en sanctionnant la transgression d'une règle commune par l'intermédiaire d'un appareil policier qu'en multipliant les organes d'identification, d'alerte et de prévention des comportements anormaux (Deleuze G., Pourparlers, Les Éditions de Minuit, p. 240 et s.).

9. Que devient l'avocat dans ce nouvel environnement ? Comment concilier les exigences du « *sacré secret* » (Damien A., Le sacré secret, RT barr. Versailles n° 506, août-sept. 1987, p. 131 et s.) avec le redéploiement des systèmes répressifs ? C'est l'objet particulier du présent article qui ne prétend pas à l'exhaustivité des nombreuses études sur le sujet ni à une présentation complète de l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. Les obligations de vigilance et déclaratives étant comparables à celles précédemment décrites dans le présent cahier spécial (voir notamment, Le Corre C., Blanchiment et organismes financiers, RLDA 2013/83, n° 4648) ne seront donc reprises qu'au regard des exigences propres à l'exercice de la profession d'avocat.

10. Dans ce cadre, mérite une attention particulière l'arrêt, rendu le 6 décembre 2012, par la Cour européenne des droits de l'homme, aux termes duquel l'obligation de déclaration de soupçon des avocats en matière de lutte contre le blanchiment, ne porte pas atteinte à l'article 8 de la Convention (CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, Michaud c/ France, JCP G 2013, note 187, Robert H., Gaz. Pal. 9 au 11 déc. 2012, p. 13, comm. Repiquet Y., D. Avocats, février 2013, p. 96, comm. Feugère W., Procédures 2013, n° 2, p. 15, Fricero N.). Après avoir rappelé le caractère fondamental du secret professionnel dans une société démocratique, la Cour de Strasbourg a jugé que son importance doit être mise « *en balance avec celle que revêt pour les États membres la lutte contre le blanchiment de capitaux issus d'activités illicites, susceptible de servir à financer des activités criminelles* » (§ 123). Ainsi, si l'obligation de déclaration de soupçon imposée aux avocats constitue une ingérence au sens de l'article 8 de la Convention, la Cour retient qu'elle est proportionnée pour deux raisons : d'une part, les avocats sont exemptés de cette déclaration dans deux hypothèses qui ne touchent pas à l'essence même de la mission de défense (§ 121 et 127) ; d'autre part, ils ne communiquent pas les déclarations directement à Tracfin mais au bâtonnier de l'Ordre auprès duquel ils sont inscrits qui est soumis aux mêmes règles déontologiques « *mais aussi élu par ses pairs pour* [...] *assurer le respect* [du] *secret professionnel* » (§ 129) (*cf.* Lévy D., JCP G 2013, doctr. 622, , chronique sous la direction de Jamin C.).

11. La spécificité de l'avocat, en matière de prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, résulte ainsi de ce que la loi organise à son profit une double garantie matérielle (I) et organique (II).

I.– GARANTIE MATÉRIELLE DE L'INDÉPENDANCE DE L'AVOCAT EN MATIÈRE DE BLANCHIMENT

12. Le mécanisme de prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, en particulier en ce qu'il impose une obligation déclarative de soupçon aux avocats, pose une difficulté au regard des règles protectrices de la vie privée et familiale et en particulier de la confidentialité des correspondances d'une part et des droits protégés au titre du procès équitable d'autre part. Si la conformité du système à l'article 8 de la Convention est désormais acquise aux conditions fixées au Code monétaire et financier (A), la question de la conformité dudit système à l'article 6 demeure ouverte (B).

A.– Protection du secret professionnel et confidentialité des échanges (Conv. EDH, art. 8)

13. Il importe de relever que la Cour de Strasbourg, dans le prolongement notamment du Conseil d'État (CE, 10 avr. 2008, n° 296845, D. 2008, p. 2322, Cutajar C., AJDA 2008, p. 1085, RFD adm. 2008, p. 575 et p. 711, RTD civ. 2008, p. 444) et de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 26 juin 2007, aff. C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones et a., D. 2007, p. 1972, D. Avocat 2008, p. 944, nov. 2007 – janv. 2008, Rev. sc. crim. 2008, p. 168), rappelle que « *la correspondance entre un avocat et son client, quelle qu'en soit la finalité jouit d'un statut privilégié quant à sa confidentialité* » (§ 117). « *Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il as-*

sure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu » (§ 118). Il en résulte que le « *secret professionnel des avocats – qui toutefois se décline avant tout en obligations à leur charge – est spécifiquement protégé* » par l'article 8 de la Convention (§ 119).

14. Si l'obligation de déclaration de soupçon qui pèse sur les avocats porte atteinte à ce droit garanti par la Convention, la Cour estime néanmoins que l'ingérence qui poursuit un but légitime est également nécessaire et proportionnée dans la mesure où ladite « *obligation ne concerne* [...] *que des activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à cette obligation* » (§ 127). En effet, l'article L. 561-3 du code monétaire et financier divise les obligations des avocats en deux grandes catégories : lorsqu'ils agissent en qualité de mandataire pour des opérations financières ou immobilières, en qualité de fiduciaire ou encore en tant qu'assistant juridique pour la préparation ou la rédaction d'une série d'actes, ils sont tenus par les obligations de vigilance et déclarative de soupçon (C. mon. fin., art. L. 561-3, I : « *I.- Les personnes mentionnées au 13° de l'article L. 561-2 sont soumises aux dispositions du présent chapitre lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle :1° Elles participent au nom et pour le compte de leur client à toute transaction financière ou immobilière ou agissent en qualité de fiduciaire ; 2° Elles assistent leur client dans la préparation ou la réalisation des transactions concernant : a) L'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ; b) La gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ; c) L'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance ; d) L'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ; e) La constitution, la gestion ou la direction des sociétés ; f) La constitution, la gestion ou la direction de fiducies, régies par les articles 2011 à 2031 du code civil ou de droit étranger, ou de toute autre structure similaire ; g) La constitution ou la gestion de fonds de dotation* »). Lorsqu'au contraire, ils donnent une consultation juridique ou que leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle, ils ne sont tenus à aucune obligation déclarative (Defferrard F., L'avocat, le secret et le blanchiment, D. 2013, p. 284, JCP G 2013, note 187, Robert H., Gaz. Pal. 9 au 11 déc. 2012, p. 13, comm. Repiquet Y., D. Avocats, février 2013, p. 96, comm. Feugère W., Procédures 2013, n° 2, p. 15, Fricero N.).

15. Les avocats bénéficient donc d'un régime d'exemption et d'une immunité exceptionnelle lorsque leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle que « *les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure* » « *y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure* » (cf. JCP G 2013, note 187, Robert H., préc.). À cet égard, il convient de relever que l'activité juridictionnelle doit être entendue au sens large, au-delà de l'activité judiciaire, et comprend les procédures administratives, judiciaires et disciplinaires mais également la médiation, l'arbitrage national ou international, les ventes à la barre du tribunal et les procédures conduites devant certaines autorités administratives indépendantes (conseils de vigilance et de procédures internes destinés à prévenir l'utilisation de la profession d'avocat aux fins de blanchiment des capitaux d'origine illicite et de financement du terrorisme, Les Cahiers du Conseil national des Barreaux, 2007, p. 59).

16. La consultation juridique n'entraîne pas plus d'obligation déclarative, sauf bien sûr si elle est établie aux fins de blanchiment, mais dans cette hypothèse une telle activité relèverait de la complicité pénale (D. Avocats, février 2013, p. 96, comm. Feugère W.). De manière générale, il est également de bonne pratique de se tenir à un devoir de vigilance nécessitant notamment de vérifier l'identité des clients et de s'assurer de la licéité des opérations (D. Avocats, février 2013, p. 96, comm. Feugère W.).

17. Cette solution ne règle pas toute difficulté. D'abord, parce que la liste de l'article L. 561-3, I, 2°, du code monétaire et financier peut être interprétée assez largement pour couvrir « *pratiquement toute l'activité juridique des avocats* » (conseils de vigilance et de procédures internes destinés à prévenir l'utilisation de la profession d'avocat aux fins de blanchiment des capitaux d'origine illicite et de financement du terrorisme, Les Cahiers du Conseil national des Barreaux, 2012, p. 17 : « *La notion de préparation pose le problème du passage de la consultation à la rédaction d'un acte ou à la mise en œuvre des moyens juridiques utiles pour concrétiser l'une des transactions prévues par les dispositions précitées* » ; cf., également, Dr. & patr. 2009, n° 182, p. 64, Feugère W.). Ensuite, parce que les activités juridiques et judiciaires, les pratiques du conseil ou du contentieux ne peuvent être séparées que de manière imparfaite pour ne pas dire artificielle : « *L'activité juridique de l'avocat se situe donc bien dans la plupart des cas, dans un type de débat qui aurait pu, dès l'origine avoir un sort judiciaire. On ne peut donc distinguer d'une part, le juridique, d'autre part, le judiciaire, comme s'il s'agissait de matières limitées par un fossé infranchissable ; elles sont étroitement mêlées dans la vie quotidienne* » (Hamelin J. et Damien A., Les règles de la profession d'avocat, Dalloz, 9e éd., 2000, n° 255-1, p. 292, cité par Feugère W., Les avocats et la lutte contre le blanchiment, Dr. & patr. 2009, n° 182, p. 68). On peut d'ailleurs s'interroger sur le sort des informations croisées ou mixtes c'est-à-dire celles qui résulteraient du rapprochement de renseignements issus pour partie d'une activité juridictionnelle et pour partie d'une activité de conseil ou de rédacteur de projet d'acte. En vérité, la frontière n'est pas infranchissable ce qui, dans l'esprit du justiciable, ne peut que prêter à confusion et exposer l'avocat au soupçon.

B.– Protection du secret professionnel et droits de la défense (Conv. EDH, art. 6)

18. Au regard de l'article 6 de la Convention, l'obligation faite aux avocats de déclarer leurs soupçons relatifs à des activités illicites éventuelles de leurs clients est-elle compatible avec le droit de ces derniers de ne pas s'auto-dénoncer et avec la présomption d'innocence dont ils doivent pouvoir bénéficier ? C'était un des moyens soulevés par le requérant et soutenu également par le Conseil des barreaux européens, l'ordre français des avocats du barreau de Bruxelles et l'institut des droits de l'homme des avocats européens.

19. « *Le client parle à son avocat, se confie à lui. Si ces propos sont retransmis à Tracfin, puis, via ce service, au parquet, ils seront donc in fine utilisés contre le client, pour permettre sa poursuite, voire sa condamnation* » (Feugère W., Les avocats et la lutte contre le blanchiment, Dr. & patr. 2009, n° 182, p. 64). Situation d'autant plus choquante, au regard non plus seulement des droits au silence et de ne pas s'auto-incriminer mais également de la présomption d'innocence tandis que par hypothèse, l'avocat ne dispose pas de preuve au moment où il procède à la déclaration de soupçon. C'est la raison pour laquelle des juridictions étrangères se sont opposées à toute obligation déclarative à la charge des avocats, celle-ci étant considérée comme incompatible avec le droit de ne pas s'auto-incriminer ainsi que le devoir de loyauté de l'avocat et le principe d'indépendance de ce dernier (Ontario, Superior Court of justice, aff.

http://lamyline.lamy.fr

01.CV-222041, 9 janv. 2002, cité par Feugère W., Les avocats et la lutte contre le blanchiment, Dr. & patr. 2009, n° 182, p. 64).

20. Au demeurant, la Cour de Strasbourg dans l'arrêt précité n'écarte les allégations de violation des articles 6 et 7 de la Convention qu'en raison du défaut d'intérêt à agir du requérant qui en qualité d'avocat ne pouvait être considéré comme une victime personnelle des supposées violations. En d'autres termes, « *la porte du prétoire de Strasbourg n'est* [...] *pas définitivement refermée* » (Bachelet O., Conventionalité de la déclaration de soupçon imposée aux avocats, Dalloz actualités, 12 déc. 2012).

La question de la conformité à l'article 6 de la Convention du dispositif appliqué aux avocats nous apparaît d'autant plus pertinente qu'en l'état il est interdit à l'avocat d'informer son client qu'il se soumet à une déclaration de soupçon le concernant.

21. La question de la conformité à l'article 6 de la Convention du dispositif appliqué aux avocats nous apparaît d'autant plus pertinente qu'en l'état il est interdit à l'avocat d'informer son client qu'il se soumet à une déclaration de soupçon le concernant. La deuxième directive anti-blanchiment prévoyait ce mécanisme de *tipping off*. La troisième directive, transposée à l'article L. 561-19, I, du code monétaire et financier, a posé le principe de la confidentialité de la déclaration à Tracfin sous peine de sanctions pénales (conseils de vigilance et de procédures internes destinés à prévenir l'utilisation de la profession d'avocat aux fins de blanchiment des capitaux d'origine illicite et de financement du terrorisme, Les Cahiers du Conseil national des Barreaux, 2012, p. 36).

22. Or, l'avocat doit la vérité à celui qui lui fait l'honneur de sa confiance. Il ne saurait le recevoir, l'assister et agir pour son compte sans lui présenter, de manière objective, l'état du droit et le cas échéant les périls de sa position (Ader H. et Damien A., Règles de la profession d'avocat, 2011-2012, Dalloz action, n° 36). Sa conscience lui impose ce devoir et la loyauté le lui rappelle quand sa conscience s'endort. Comment dissuader efficacement si l'arme de dissuasion la plus puissante est dissimulée ? Comment accuser équitablement si la répression se fonde sur la surprise, la ruse et, aux yeux de celui qu'on poursuit, sur la trahison d'un conseil qui portait la même robe que celui qui le défendra ? Pourquoi remettre à l'avocat le soin de recueillir les confidences d'un assassin, en renonçant à lui en demander le compte, et porter le soupçon au cœur de l'indépendance de son ministère quand le crime n'est pas de sang mais d'argent ?

II.– GARANTIE ORGANIQUE DE L'INDÉPENDANCE DE L'AVOCAT EN MATIÈRE DE BLANCHIMENT

23. Si l'intermédiation du bâtonnier de l'Ordre auquel appartient l'avocat déclarant représente une garantie (A), l'exercice de la profession d'avocat n'en demeure pas moins affectée par les modifications introduites et que traduit notamment le devoir de prudence intégré au Règlement Intérieur National (RIN) (B).

A.– Protection résultant de l'intermédiation du bâtonnier

24. Aux termes de l'arrêt précité, si l'ingérence étatique est considérée comme nécessaire et proportionnée c'est non seulement en raison de son champ d'application restreint mais également « *du fait que la loi met en place un filtre protecteur du secret professionnel : les avocats ne communiquent pas les déclarations directement à Tracfin mais, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel ils sont inscrits* ». Par conséquent, selon la Cour, « *il peut être considéré qu'à ce stade, partagé avec un professionnel non seulement soumis aux mêmes règles déontologiques mais aussi élu par ses pairs pour en assurer le respect, le secret professionnel n'est pas altéré* » (§ 129).

25. Le Conseil d'État avait dans son arrêt précité du 10 avril 2008 imposé l'intermédiation du bâtonnier « *également en matière de vigilance lorsque Tracfin veut vérifier que les obligations de prévention ont bien été respectées par les avocats et les interroge à ce sujet* » (Feugère W., Les avocats et la lutte contre le blanchiment, Dr. & patr. 2009, n° 182, p. 64). L'article L. 561-26, II, du code monétaire et financier octroie ainsi le bénéfice de ce filtre aux avocats à l'exception de l'avocat fiduciaire. « *Ainsi, l'avocat sauf s'il agit en qualité de fiduciaire ne doit jamais transmettre une déclaration de soupçon directement à Tracfin. L'intervention du bâtonnier est prévue par la loi. Faire une déclaration directement à Tracfin revient à violer celle-ci. L'avocat qui ferait une déclaration directe s'expose, à tout le moins, à des procédures disciplinaires* » (conseils de vigilance et de procédures internes destinés à prévenir l'utilisation de la profession d'avocat aux fins de blanchiment des capitaux d'origine illicite et de financement du terrorisme, Les Cahiers du Conseil national des Barreaux, 2012, p. 40).

26. Le Conseil national des Barreaux (CNB) précise que la déclaration peut être orale dans l'hypothèse exceptionnelle où l'avocat se sentirait menacé. Il est toutefois préférable de procéder au moyen d'un écrit se composant d'une partie nominative portant identification de l'avocat ou du cabinet déclarant, d'une partie déclarative avec notamment l'identification du client et du bénéficiaire réel de l'opération, et enfin d'une partie justificative assortie le cas échéant d'une déclaration sur l'honneur du contrôleur interne. Le CNB a mis en ligne des modèles de déclaration accessibles sur son site (conseils de vigilance et de procédures internes destinés à prévenir l'utilisation de la profession d'avocat aux fins de blanchiment des capitaux d'origine illicite et de financement du terrorisme, Les Cahiers du Conseil national des Barreaux, 2012, p. 40).

27. Il convient de préciser que la déclaration sincère effectuée de bonne foi, si elle interdit la poursuite de la relation entre l'avocat et son client, exonère l'avocat de toute responsabilité quand bien même la preuve du caractère délictueux des faits à l'origine de la déclaration ne serait pas rapportée.

28. Le bâtonnier doit vérifier que les faits décrits par l'avocat justifient une transmission de la déclaration parce qu'elle porte sur des opérations et des sommes visées à l'article L. 561-3 du code monétaire et financier et que l'avocat se situe bien en dehors des exceptions tenant à la consultation juridique donnée au client ou à sa défense dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Cette mission doit surmonter trois séries, au moins, de difficultés. En premier lieu, et d'un point de vue pratique, le bâtonnier doit agir dans un délai très court de huit jours francs à l'intérieur duquel il devrait pouvoir nouer un dialogue confidentiel avec l'avocat déclarant (conseils de vigilance et de procédures internes destinés à prévenir l'utilisation de la profession d'avocat aux fins de blanchiment des capitaux d'origine illicite et de financement du terrorisme, Les Cahiers du Conseil national des Barreaux, 2012, p. 40).

29. En deuxième lieu, la question de la confidentialité de principe des échanges entre le bâtonnier et l'avocat risque de se trouver affectée par un arrêt rendu en matière civile aux termes duquel : « *le règlement intérieur d'un barreau ne peut* [...] *étendre aux correspondances échangées entre l'avocat et les autorités ordinales le principe de confidentialité institué par le législateur pour les seules correspondances échangées entre avocats ou entre l'avocat et son client* » (Cass. 1re civ., 22 sept. 2011, n° 10-21.219, Bull. civ. I, n° 148, JCP G 2011, note 1243, note Repiquet Y.). Le CNB a ainsi adopté une résolution visant à renforcer la protection du secret professionnel, la confidentialité des échanges et à modifier le régime des preuves constituées par des correspondances entre avocats et clients (Dr. pén. 2012, alerte 49, Roumier W.).

30. En dernier lieu, il est apparu que Tracfin aurait incité les avocats à procéder directement à des déclarations de soupçon auprès de leurs services sans passer par le filtre du bâtonnier ce qui peut laisser craindre que contrairement au mécanisme précédemment décrit, Tracfin ait pu se servir de déclarations qu'auraient imprudemment faites des avocats ignorants des garanties de la loi (courrier du Président Charrière-Bournazel C. à Carpentier J.-B., Directeur de Tracfin, Ministère de l'Économie et des Finances).

B.– Exposition des praticiens résultant des modifications introduites

31. La décision à caractère normatif 2011-002, adoptée par l'assemblée générale du CNB du 18 juin 2011, a modifié l'article 1er du RIN en ajoutant un paragraphe 5 relatif au devoir de prudence de l'avocat (RIN, art. 1er, § 5 : « *En toutes circonstances, la prudence impose à l'avocat de ne pas conseiller à son client une solution s'il n'est pas en mesure d'apprécier la situation décrite, de déterminer à qui ce conseil ou cette action est destiné, d'identifier précisément son client. À cette fin, l'avocat est tenu de mettre en place, au sein de son cabinet, une procédure lui permettant d'apprécier, pendant toute la durée de sa relation avec le client, la nature et l'étendue de l'opération juridique pour laquelle son concours est sollicité. Lorsqu'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet ou pour résultat la commission d'une infraction, l'avocat doit immédiatement s'efforcer d'en dissuader son client. À défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier* » ; cf. Cutajar C., Le devoir de prudence des avocats et la lutte contre le blanchiment d'argent, D. 2011, p. 1960).

32. Les avocats doivent dans ce cadre mettre en place des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme (C. mon. fin., art. L. 561-32). Les procédures et les mesures de contrôle interne sont définies par le conseil de l'ordre du barreau auprès duquel est inscrit l'avocat tenu de les mettre en œuvre (C. mon. fin., art. R. 561-38, III et L. 561-36, 4°). « *Dans les cabinets de grande taille, il convient donc d'envisager la création d'une cellule dédiée à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme dont la mission sera de collecter l'information, mettre à jour les données, les analyser, les conserver, etc.* » (Cutajar C. et Montigny G., L'avocat face au blanchiment d'argent. Prévention et sanction des bonnes pratiques, dossiers pratiques Francis Lefebvre, à jour 5 févr. 2012).

33. Il importe également de préciser que le cabinet est responsable de la formation de ses collaborateurs, qu'ils exercent à titre libéral ou sous le statut salarié, mais également de son personnel (assistants, comptables, secrétariat) (cette obligation peut s'intégrer à l'obligation de formation continue). La formation doit s'accompagner d'une information régulière et d'une structure de recueil desdites informations propre à garantir à Tracfin, par le filtre du bâtonnier, un accès effectif. Bien entendu, ces obligations spécifiques ne concernent que les cabinets exposés, en raison de leur activité, à des obligations déclaratives (Cutajar C. et Montigny G., L'avocat face au blanchiment d'argent. Prévention et sanction des bonnes pratiques, dossiers pratiques Francis Lefebvre, à jour 5 févr. 2012). L'Ordre est chargé d'assurer, le cas échéant, la vérification du respect de ces procédures et d'engager en cas de manquement des poursuites disciplinaires (C. mon. fin., art. L. 561-36).

34. Il est néanmoins permis de s'interroger sur l'opportunité d'un tel changement de paradigme. En premier lieu, il importe de rappeler que l'avocat ne bénéficie d'aucune protection s'il participe, à titre de complice, à la commission d'une infraction de blanchiment. À cet égard, force est de constater que les exemples de condamnations d'avocats en France ne manquent pas (Cass. crim., 4 mai 2011, n° 10-84.456, Bull. crim., n° 90, JCP E 2011, 1460 ; Cass. crim., 20 mai 2009, n° 08-86.786 ; CA Colmar, 14 déc. 2011, n° RG : 11/01334). En second lieu, il n'est pas déraisonnable de considérer que le nouveau devoir de prudence correspond en réalité à des obligations déontologiques traditionnelles de l'avocat. En particulier, défense est faite à l'avocat de manier des fonds de telle sorte qu'il aurait peut-être suffi d'autoriser l'avocat à interroger les banques sur la licéité d'une opération, à charge pour ces dernières, le cas échéant, de procéder à une déclaration de soupçon (Feugère W., Les avocats et la lutte contre le blanchiment, Dr. & patr. 2009, n° 182, p. 64).

35. Entre le ministère de l'avocat et les objectifs modernes de la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme l'équilibre demeure donc instable. De fait, Tracfin n'a enregistré que six déclarations provenant d'avocats depuis 2008 (Tracfin, rapport annuel 2012, p. 41). Certes, et au regard de l'article 8 de la Convention, la Cour de Strasbourg, ne s'est pas dite « *insensible* » à l'argument tenant au fait que les avocats soumis à une déontologie stricte en amont, et aux règles de la complicité pénale, en aval, leur participation à la lutte contre le blanchiment était acquise (§ 124). Mais elle a considéré que « *cela ne saurait invalider le choix d'un État ou d'un groupe d'États d'assortir les dispositions répressives dont ils se sont dotés d'un mécanisme à vocation spécifiquement préventive* » (§ 124).

36. Or, il n'est pas certain, au regard de l'article 6 de la Convention, que l'avocat puisse participer à une activité de prévention d'infractions sans trahir les devoirs de sa charge et les droits de celui qui a sollicité son conseil. Du reste, la politique qui s'est attachée à profaner le secret professionnel de l'avocat avant de s'être sérieusement attaquée aux seize paradis fiscaux de l'Espace économique européen s'expose au risque de l'inefficacité et au reproche du cynisme (pour mémoire, le GAFI a classé au nombre des pays non coopératifs en matière d'investigations liées à la lutte contre le blanchiment de capitaux certains membres ou futurs membres de l'Union européenne : Autriche, Luxembourg, Irlande, Grande Bretagne et ses dépendances telles les îles anglo-normandes, Gibraltar et l'île de Man, la France et sa dépendance Monaco, les Pays-Bas et ses dépendances, Aruba et les Antilles néerlandaises, Malte). Si l'objectif est légitime, les moyens sont-ils adaptés et nécessaires ? Ou, dans cette campagne qui tend à confondre l'avocat et celui qu'il assiste, ce qui est sacrifié n'est-il pas plus précieux que ce qui est gagné ? ■