

SECRET
PROFESSIONNEL

ET

BLANCHIMENT DE
CAPITAUX

FERJAULT Elodie : Université Panthéon Assas.
Magistère de Juriste d'affaires
Mai 2002

Maître de mémoire : Madame Edith BOIZETTE

Doyen des Juges d'Instruction au Pôle Financier du Tribunal de Grande
Instance de Paris.

INTRODUCTION.

La lutte contre le blanchiment des revenus tirés d'activités délictueuses n'est devenue que récemment l'une des principales priorités des autorités étatiques. L'expression « blanchir de l'argent » est relativement neuve et trouve son origine dans la pègre américaine des années 20 qui avait acheté des laveries blanchisseries automatiques, fonctionnant avec des pièces de monnaie, afin de mélanger l'argent du trafic d'alcool aux recettes procurées par ces laveries. Même si aujourd'hui les origines délictueuses de l'argent blanchi ont quelques peu évoluées, l'opération consiste toujours à transformer des revenus d'activité criminelle en revenus d'apparence légale. C'est pourquoi dès les années 80, la communauté internationale a pris conscience de l'ampleur du phénomène et a entrepris de bâtir un dispositif de lutte contre le blanchiment. La création en 1989 du GAFI (Groupe d'action financière internationale) par les chefs d'état et de gouvernement du G7 et la présidence de la Commission des Communautés européennes, est un élément pivot de cette lutte car ce groupe met en place un suivi de la situation dans le monde.

Depuis sa création, les experts du GAFI se sont attachés à décrire les aspects matériels d'une opération de blanchiment afin que ceux-ci soient appréhendés dans leur matérialité. Ils ont posé une définition classique qui établit une chronologie qui sert de référence à toute étude du phénomène de blanchiment. Ainsi, le blanchiment se déroule suivant trois étapes fondamentales qui sont indépendantes de son degré de complexité. La première étape du blanchissement réside dans le **placement**. A ce stade de l'opération, il s'agit de se débarrasser matériellement d'importantes sommes en numéraires. Les banques et toutes les autres institutions ou mécanismes de dépôts sont les principaux agents de transmission des fonds et sont donc indispensables pour la mise en œuvre de cette phase. Vient ensuite **l'empilage** qui vise à dissimuler toute trace de l'opération. On cherche à interdire toute possibilité de remonter à l'origine des produits illicites grâce à un système complexe de transactions financières successives. Dans ce but, les moyens techniques les plus sophistiqués sont mis en œuvre pour dissocier le plus efficacement possible les fonds de leur origine. L'ultime étape est celle de l'intégration. Elle consiste à conférer une apparence de légalité à l'argent sale, il est donc réinvesti ou réutilisé dans l'économie légale. En effet, une fois terminé le processus

de l'empilage, le blanchisseur de capitaux a besoin de fournir une explication pour habiller sa richesse d'un parfum de légalité. Les plans d'intégration replacent les produits blanchis dans l'économie de telle façon qu'ils réintègrent le système bancaire en apparaissant alors comme les profits normaux d'une affaire commerciale.

Le mécanisme du blanchiment met donc en exergue la place que peuvent avoir des professionnels dans cette opération. En effet, pour mettre en place l'opération, les blanchisseurs vont avoir nécessairement comme interlocuteurs privilégiés des professionnels juridiques, financiers ou autres. Ces derniers vont, de par leurs fonctions, être amenés à connaître certains détails qui peuvent les amener à avoir des doutes sur la légalité de l'opération. Même si la plupart du temps ils n'ont qu'une vision parcellaire de l'opération, l'utilisation de certains mécanismes et le comportement de leur client peut être un facteur déclenchant de ce doute. Face à une situation inquiétante, le professionnel va se retrouver confronté à un dilemme. Par principe, tout professionnel détenteur d'une information confidentielle, reçue lors de sa mission, est tenu de garder le secret. Néanmoins, comme nous le verrons dans notre développement, la lutte contre le blanchiment est un cas particulier de la répression du crime dans la mesure où l'Etat délègue une partie de son pouvoir aux professionnels impliqués dans le mécanisme en sollicitant leur coopération dans la surveillance des opérations financières et la détection des transactions menées par les blanchisseurs. Les membres de la société civile sont intégrés dans la lutte de manière systématique.

Dans un premier temps, on peut donc voir une sorte de rapport conflictuel entre le devoir de discrétion des professionnels et le rôle actif dans la lutte contre le blanchiment qu'entend leur confier la loi. Néanmoins, depuis plus de 10 ans un dispositif légal basé sur la coopération des professions a été mis en place. Le mécanisme légal est basé sur une obligation de coopération et de vigilance imposée de manière plus ou moins étendue selon les professions. L'approche du secret professionnel n'est donc pas envisagée de manière uniforme. En outre, quant on s'attache à analyser le dispositif légal face aux pratiques des blanchisseurs, on peut mettre rapidement en évidence les failles du système qui sont dues à la fois à un manque de coopération de certaines professions et à un défaut conceptuel du dispositif légal qui ne prend pas en compte l'ensemble des mécanismes juridiques

susceptibles de faciliter le blanchiment en instrumentalisant le secret.(première partie) C'est pourquoi, aux vues de ces divers éléments, nous poursuivrons notre réflexion en analysant les nouvelles approches du secret professionnel par les dispositifs anti-blanchiment qui se dessine depuis quelques mois tant au niveau national (avec la création d'une mission parlementaire pour entamer une réflexion sur les dispositions actuelles) qu'au niveau européen. (deuxième partie)

**Première partie : traitement actuel du secret professionnel au regard de la législation
luttant contre le blanchiment de capitaux**

I.	Mécanisme actuel	p. 8
	A. Le secret professionnel	p. 8
	1) Fondement de principe	p. 8
	2) Le secret bancaire	p. 11
	3) Le secret des avocats	p.13
	B. Le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux	p.15
	1) Généralités	p. 15
	2) Le système français de lutte	p. 17
	(a)Obligations mises en place par le dispositif	p.17
	• Obligation de vigilance	p. 17
	• Obligation de coopération	p.18
	(b)Champ d’application du dispositif	p. 19
	(c)Modalités de déclaration	p. 20
	3) Personnes soumises au dispositif anti-blanchiment français.	p. 22
II.	Illustrations des failles du système.	P. 24
	A. Les professions peu actives	p. 25

1)	Marchés financiers et gestionnaires de portefeuille	p. 26
2)	Assureurs	p. 29
3)	Agents immobiliers.	p. 32
4)	Les notaires : le contre-exemple	p. 33

B. les mécanismes juridiques qui utilisent le secret pour faciliter le blanchiment p. 34

1)	Les sociétés opaques	p. 35
	(a) Les sociétés civiles immobilières	p. 35
	(b) Les sociétés d'affaires internationales	p. 37
2)	Les fonds fiduciaires ou trust.	p. 38
3)	Les instruments financiers anonymes	p. 41
	(a) Les valeurs mobilières au porteur.	p. 41
	(b) Les lettres de change.	p. 42
4)	Le système de la représentation fiscale.	p. 42

Deuxième partie : vers une nouvelle approche du secret professionnel. p. 44

I. Les réponses au niveau national. p. 44

A. Le monde bancaire remis en première ligne de la problématique. p. 44

1)	Une profession a priori strictement encadrée.	p. 44
	(a) Quelques chiffres.	p. 44

(b)	Mécanismes utilisés par les banques françaises.	p. 45
	• Implantation dans les banques offshore.	p. 45
	• Le risque des banques correspondantes.	p. 47
2)	Affaire de la société générale	p. 48
(a)	Les faits.	p. 48
(b)	Les raisons du trouble dans le milieu bancaire.	p. 49
3)	Une réflexion entamée grâce à cette affaire.	p. 51
B.	Les propositions du rapport parlementaire : vers une nouvelle approche du traitement de la lutte contre le blanchiment de capitaux et du secret professionnel.	p. 53
1)	Propositions des rapporteurs français.	p. 53
(a)	Assujettissement à la déclaration de soupçon des professions qui relèvent des dispositions de la directive européenne du 2 décembre 2001	p. 53
(b)	Suppression de l'anonymat fiscal ainsi que des bons et contrats de capitalisation anonyme.	p. 54
(c)	Acte authentique obligatoire pour les cessions de SCI.	p. 54
(d)	Pénalisation du manquement de vigilance.	p. 54
2)	Propositions adoptées par la Conférence des Parlements de l'Union européenne contre le blanchiment.	p. 56

- (a) Sanctions pénales en cas de manquement au devoir de vigilance. p. 56
- (b) Transparence des mouvements de capitaux. p. 56
- (c) Sanctions contre les pays non coopératifs. p. 58

II. Une perspective proche : la levée du secret professionnel des avocats.

p. 60

A. Les problèmes liés à la profession d'avocat. p. 60

1) Point sur la directive européenne du 10 juin 1991. p. 60

2) Difficultés liées aux fonctions des avocats. p. 61

(a) Panorama européen p. 61

(b) Les arguments de la profession contre la levée du secret.

p. 62

B. Analyse de la nouvelle directive européenne. p.63

1) Présentation de la nouvelle directive et du champ d'application de ce nouveau dispositif. p. 63

2) Les réticences des avocats. p. 67

3) Le système préconisé par les avocats. p. 70

4) Application de la directive par le droit français. p. 72

Conclusion p. 73

Bibliographie p. 76

Première partie : Traitement actuel du secret professionnel au regard de la législation luttant contre le blanchiment de capitaux.

I. LE MECANISME ACTUEL.

Après avoir analysé le fondement du principe du secret professionnel, nous verrons quel est le traitement fait à ce principe par le dispositif de lutte anti blanchiment actuel.

A. LE SECRET PROFESSIONNEL.

1) Fondement du principe

Comme nous l'avons envisagé en introduction, les systèmes de blanchiment de capitaux font de plus en plus appel à des mécanismes juridiques sophistiqués. Pour mettre en place ces mécanismes, les blanchisseurs sont souvent amenés à avoir comme interlocuteurs privilégiés des professionnels juridiques, financiers ou autres. Ces professionnels vont donc être à même de connaître certains détails des opérations envisagées, détails qui peuvent les amener à avoir certains doutes quant à la légalité de ces opérations.

Cependant, par principe, un professionnel se trouve tenu de garder secret ce qui lui a été confié au titre ou à l'occasion de l'exercice de sa profession. Le droit français, en cela comparable à de nombreux pays, pose de manière claire ce principe. Il est du devoir de ces professionnels d'exercer leur activité dans la discrétion la plus complète. Cette confidentialité est un fondement de leur déontologie et de leur compétitivité. Ce secret professionnel est d'ailleurs strictement protégé dans la mesure où sa violation est sanctionnée par une peine correctionnelle. Ainsi, l'article 226-13 du Code Pénal dispose-t-il que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par*

profession, soit en fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende. » La primauté du secret sur les obligations de témoignage ou de dénonciation a d'ailleurs été affirmée sans ambiguïté (art 109 al 1 Code de procédure pénale et art 434-1, 434-3 et 434-11 du Code pénal) On doit néanmoins noter que toute possibilité de révélation n'est pas interdite pour autant (même en présence d'un secret qui serait considéré comme général et absolu), le nouvel article 226-14 reprenant les dérogations traditionnelles et laissant subsister au profit de certains dépositaires de secret le pouvoir d'apprécier en conscience l'opportunité de cette révélation.

Face à un tel protectionnisme de la part du législateur, on ne peut que s'interroger sur le fondement intellectuel de ce secret professionnel. De fait, on peut se demander pourquoi certaines personnes appartenant à un corps professionnel déterminé sont soumises à une obligation de confidentialité en ce qui concerne les informations qui sont portées à leur connaissance dans le cadre de leur fonction. En outre, il est utile de préciser que cette obligation est particulièrement stricte. Il ne s'agit pas d'un simple devoir de discrétion mais bien d'une véritable obligation légale, d'un silence absolu à l'égard de toute personne autre que le client du professionnel et qui couvre toute information reçue dans le cadre de la mission pour laquelle il a été engagé.

Nous l'avons précédemment vu, la loi affirme de manière extrêmement explicite le caractère absolu et obligatoire de ce devoir de secret professionnel. Le fondement intellectuel, voir philosophique de ce secret professionnel semble très clairement ancré dans une forte volonté de double protection : celle de l'intérêt individuel et celle de l'intérêt général. Pour expliquer cette disposition législative fortement enracinée dans la pratique professionnelle, on met en avant le fait que certaines professions doivent bénéficier d'une confiance plus ou moins importante de la part des personnes qui requièrent leur service. Cette confiance est une condition nécessaire à un accomplissement serein des tâches qui leur sont confiées.

Néanmoins, si on peut aisément expliquer l'existence du secret professionnel, il n'est pas pour autant facile d'en donner de manière certaine son fondement. En effet, alors que la loi se contente de poser le principe du secret, la doctrine s'attache à reconnaître un double fondement à ce principe. D'une part, on peut facilement constater que le secret repose sur l'idée de confiance et qu'il est destiné dans un intérêt général, et d'ordre collectif, à garantir la sécurité des confidences liées à l'exercice de certaines professions. Le secret professionnel

revêt donc à l'évidence un aspect général, mais on ne peut nier non plus qu'il dérive aussi de l'intérêt privé et que sa force varie selon la diversité des situations. Concrètement, le texte ne permet pas de trancher en faveur de l'une des deux thèses en présence qui sont celles du secret général et absolu et celle du secret relatif.

Derrière cette dichotomie doctrinale, on retrouve une certaine notion de proportionnalité en vertu de laquelle l'obligation de respecter le secret professionnel serait plus ou moins forte en fonction de la valeur sociale protégée par le secret. Ce dernier ne devrait donc être respecté qu'aussi longtemps qu'il protège une valeur considérée comme étant supérieure à celle en vertu de laquelle sa violation est requise par l'autorité publique. La plupart du temps, l'équilibre se fait naturellement entre ces deux intérêts, mais quand cet équilibre est rompu et s'il y a un conflit entre eux, il convient de voir comment ce conflit se résoudra.

En ce qui concerne la lutte contre le blanchiment de capitaux, l'intérêt général du secret professionnel va être confronté à un autre intérêt général extrêmement important qui est la mise en œuvre de tous les mécanismes possibles afin de mettre à mal les différents modes de blanchiment existants. Cette volonté politique est de plus en plus forte et présente depuis quelques années et elle risque d'être confrontée au principe du secret professionnel à un moment ou à un autre de sa mise en œuvre. Des acteurs aussi variés que les banques, les opérateurs des marchés financiers et immobiliers, les sociétés d'assurance, les commissaires aux comptes sont susceptibles d'avoir accès à des informations concernant un dispositif de blanchiment de capitaux d'origine frauduleuse. Si on veut que les mesures légales aient un véritable effet, il est nécessaire de voir si ces acteurs de la vie économique ont la possibilité d'opposer le principe de secret professionnel à leurs interlocuteurs.

Ne pouvant nous attacher à chacun des professionnels intervenant dans un mécanisme de blanchiment, il nous paraît néanmoins nécessaire de nous attarder plus particulièrement sur deux professionnels pour qui la problématique du secret professionnel a été envisagée de manière diamétralement opposée par le législateur. On analysera dans un premier temps le cas du secret bancaire avant de nous interroger plus précisément sur la problématique du fondement du secret professionnel des avocats. (un cas de secret relatif et un de secret absolu)

2) Le secret bancaire

En ce qui concerne le secret professionnel du banquier, la question qui se pose relève de la nature même des relations que ce dernier partage avec son client. En effet, on peut se demander si le banquier est vraiment le confident de son client ou bien s'il est seulement celui qui connaît certains mouvements de fonds. A priori, les opérations financières ou même l'état de fortune peuvent ne pas entrer dans le domaine des secrets par nature. Cependant, il n'en est pas moins vrai que, comme tout professionnel, le banquier a tout intérêt à cultiver la discrétion et même à invoquer l'existence d'un secret professionnel. L'idée d'un secret professionnel incombant aux banques existait ainsi depuis de nombreuses années et le législateur n'a fait que confirmer ce principe lors de la refonte de la législation bancaire en 1984.

Ainsi, l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984 (L 511-33 du Code monétaire et financier), énonce-t-il que tout membre d'un conseil d'administration (ou de surveillance) et toute personne participant, à un titre quelconque, à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou employée par celui-ci est tenu au secret, professionnel dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 du nouveau code pénal. Ainsi le banquier est-il tenu au respect du secret professionnel, à moins que la loi impose ou autorise la communication d'un secret. Il est évident que ce secret doit être gardé à l'égard des tiers et que le client lui-même doit avoir accès à toutes les informations susceptibles de l'intéresser.

A ce stade de la présentation du secret bancaire, il convient de s'interroger sur la raison d'être de ce secret. De manière générale, en ce qui concerne par exemple les médecins, on considère que le secret est édicté dans un but d'intérêt général afin que le malade puisse se confier sans retenue. Comme nous le verrons un peu plus tard, le même fondement pose le principe du secret professionnel de l'avocat ou bien du notaire. Mais en ce qui concerne le secret professionnel du banquier, il n'est pas édicté dans un dessein d'intérêt général, il tend plutôt à la protection du client. Le banquier n'est que le gardien de tout ou partie du patrimoine de son client. Certes il est tenu par une obligation de discrétion envers les tiers mais il n'exerce aucune activité susceptible d'être couverte par un secret opposable à une autorité publique. Le banquier ne défend pas son client, il n'a pas pour mission d'assurer son

bien être physique ou social de ce dernier. Il se contente d'assurer un service financier : il conserve et manie les fonds que lui remet son client tout en ayant une mission de conseil au niveau patrimonial. Ce secret professionnel est donc considéré comme étant relatif et le client peut y renoncer.

Il apparaît donc assez rapidement que ce caractère relatif du secret du banquier va limiter les possibilités de ne pas révéler. En outre, comme le banquier détient nombre d'informations sur sa clientèle, voire a connaissance de mouvements financiers divers, l'intérêt général vient aussi limiter le secret professionnel. De fait, la loi autorise spécialement certaines administrations à solliciter et à obtenir des renseignements couverts normalement par le secret professionnel, elle peut même avoir une position plus contraignante dans la mesure où elle ordonne au banquier d'agir spontanément en dénonçant certaines opérations. On peut donc d'ores et déjà mettre en évidence ces trois données qui illustrent le caractère relatif du secret bancaire.

Dans un premier temps, on peut faire remarquer la position de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, cette dernière considère, à l'instar d'un grand nombre de législations d'Etats membres de l'Union européenne, que la révélation d'information concernant le patrimoine d'une personne, même physique, ne porte pas atteinte à l'intimité de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.¹ Elle avait été précédée dans ce sens par la Cour de cassation dès 1991.² De même, si le banquier est tenu par le secret professionnel, l'article 511-33 du Code monétaire et financier qui énonce cette obligation l'en affranchit expressément à l'égard de la Commission bancaire, de la banque de France, et de l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale. Enfin, et cette dernière exception concerne plus particulièrement notre sujet, le banquier peut être soumis à une véritable obligation de dénonciation lorsqu'il constate que des infractions sont commises à l'aide des comptes qui sont couverts dans ses livres. Cet aspect nous retiendra plus particulièrement quand nous étudierons les mesures législatives existantes visant à la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Après avoir vu l'exemple d'un secret professionnel qui souffre d'une certaine fragilité, on peut désormais s'attarder à un autre type de secret qui paraît beaucoup plus solide quant à son fondement : le secret professionnel des avocats.

¹ Arrêt Fressoz et Roire contre Calvet, 21 janvier 1999, JCP 1999, II, note Derieux

3) Le secret professionnel des avocats

Le secret professionnel auquel sont tenus les avocats semble quant à lui beaucoup plus profondément ancré tant dans les textes que dans les esprits. C'est véritablement dans un souci d'intérêt général que ce secret a été posé. En outre, il semble que ce secret soit le corollaire nécessaire et indispensable à une relation de confiance sereine entre les avocats et leurs clients. L'organisation de la défense en justice n'est possible que si le confident-avocat voit son client parler sans réserve. La source essentielle du secret est donc la confiance reçue par le professionnel. A la base simple sauvegarde d'un intérêt privé, ce respect de la confiance conquiert ses lettres de noblesse en devenant un principe d'ordre public indispensable au soutien d'une société libérale.

En droit interne, ce principe est consacré par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, comme nous l'avons déjà vu précédemment. Il existe en outre d'autres dispositions qui prônent de manière extrêmement explicite une obligation de discrétion absolue à l'égard des avocats. On peut ainsi citer les dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires ou juridiques telles qu'elles résultent de la loi modificative du 7 avril 1997. Cet article pose qu'« *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et l'avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont **couvertes par le secret professionnel.*** » Dans le même sens, on peut aussi citer l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 qui pose de manière très claire et simple que « *L'avocat, en toute matière, ne doit commettre une divulgation contrevenant au **secret professionnel.*** »

En outre, ce principe est posé de manière toute aussi forte au niveau européen grâce à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette dernière pose en effet que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté*

² Cass Civ 1 ère, 28 mai 1991, JCP 1992, 21 845 note Riegel

publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et liberté d'autrui. » La Cour européenne de Strasbourg a d'ailleurs mis en pratique ce principe dans une affaire récente. A l'occasion d'une perquisition au cabinet d'un avocat allemand, elle a considéré que ce dernier constituait le prolongement du domicile de chacun des clients, en ce que ceux-ci y déposent les secrets de leur vie personnelle.³

On se trouve donc face à un secret extrêmement protégé et qui ne semble souffrir aucune dérogation, contrairement au secret bancaire. Cet état de fait relève du fondement même du secret pour une profession telle que l'avocat. Pour ce type de profession, le secret vise à protéger l'intérêt général et non plus l'intérêt propre du client. Ce principe est particulièrement bien éclairé par les propos de M. Garçon que nous nous permettons de reproduire. *« Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social ; sans doute sa violation peut causer un préjudice au particulier, mais cette raison ne suffirait pas à en justifier l'incrimination. La loi la punit parce que l'intérêt général l'exige. Le bon fonctionnement de la justice 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 condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation d'un secret confié. Ainsi, l'article 378 a pour but moins de protéger la confiance d'un particulier que de garantir **un devoir professionnel.** »*

Le secret professionnel de l'avocat repose ainsi sur la confiance qui relève du domaine sacré. De fait, le respect du secret professionnel est à la fois un droit et un devoir. Un droit qui couvre toutes les confidences, sentiments, calculs, stratégies recommandables ou pas, faites à l'avocat dans l'exercice de ses fonctions de conseil et de défense. Le devoir qui oblige au silence le plus absolu n'est que le corollaire de ces droits. L'avocat doit donc s'imposer de manière très stricte un silence pour tout ce qui concerne les informations qu'il détient grâce à la mission qui lui a été conférée. L'étendue de l'obligation au silence légitime le refus de témoigner dans un procès pénal ou civil sur des faits dont l'avocat a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Plus subtil, il peut ne révéler que les faits favorables à son client

³ Affaire Niemietz, CEDH, 16 décembre 1992, RTD hommes 1993, p. 467

suyvant un arrêt très ancien de la Cour de cassation : « *Attendu que l'avocat a toujours été tenu de garder un secret inviolable sur tout ce qu'il apprend à ce titre ; que cette obligation absolue est d'ordre public ? que l'avocat appelé en témoignage n'a donc dans sa déposition d'autres règles que sa conscience et qu'il doit s'abstenir des réponses qu'elle lui interdit.* »⁴Quant à la question de la confiance, elle est fort délicate dans la mesure où elle est propre à chaque professionnel. Néanmoins, ce renvoi à la conscience de ce dernier est lui aussi posé par la loi dans l'article 226-14 du Code pénal.

Après avoir mis en exergue la problématique du secret professionnel de manière très théorique, il convient désormais de nous attacher plus particulièrement aux dispositions législatives visant à lutter contre le blanchiment de capitaux. Cette approche nous permettra de voir comment ces deux impératifs ont été traités et ce qu'il ressort de ce système.

B. Le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux.

1) Généralités

Lutter contre le blanchiment de capitaux de manière efficace n'est envisageable que si les services chargés de le combattre ont accès à l'information sur les transactions financières et les mouvements internationaux de fonds. C'est à ce point même de la réflexion que la problématique du secret professionnel apparaît clairement. En effet, comment les professionnels qui sont susceptibles d'être impliqués dans une transaction frauduleuse vont-ils pouvoir concilier le devoir de discrétion qui leur est propre et le devoir non moins important et impérieux d'être des membres actifs de la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Jusqu'à une période relativement récente, le secret d'affaire et plus particulièrement le secret bancaire était un obstacle majeur à la collecte des renseignements financiers. Les autorités publiques rencontraient donc une difficulté matérielle certaine pour lutter contre le

⁴ Cass, crim, 24 mai 1862, D 1862 p ; 545

pouvoir économique des trafiquants et autres organisations criminelles. Sans pour autant transformer les professionnels en véritables informateurs de la police, il n'en demeurerait pas moins nécessaire de trouver un moyen légal permettant une traque efficace des différentes opérations de blanchiment. Ces dernières sont par elles-mêmes déjà assez complexes sans y ajouter une absence totale de coopération de la part des professionnels. C'est ainsi que depuis la fin des années 1980, la plupart des états européens, et donc la France, ont particulièrement insisté sur la nécessité de mettre en place un système qui permet, voire oblige, les différents opérateurs de la vie économique et financière à porter à la connaissance des autorités certaines opérations, et en particulier toute opération susceptible de couvrir des faits de blanchiment.

Le type de déclarations que ces agents économiques devront faire est primordial, et l'efficacité de la législation en vigueur dépend souvent du spectre professionnel visé. Selon les cas, il pourra s'agir d'une déclaration systématique de certaines opérations, même non suspectes telles que les transferts d'argent liquide. On peut même envisager de ne faire déclarer que les opérations dont le contexte particulier fait suspecter un mouvement d'argent sale de la part de l'opérateur financier. En tout état de cause, quel que soit le choix fait par la loi, l'information devra être traitée afin de déterminer précisément s'il s'agit d'un cas de blanchiment et quelles suites judiciaires il faut apporter à cette affaire.

Cette mise en perspective nous amène à nous interroger plus particulièrement sur la mise en place de structure de lutte anti-blanchiment au niveau de la France. Historiquement, les premiers textes qui ont traité du blanchiment datent de 1988. En Europe, l'obligation de déclarer les opérations suspectes découle de la directive européenne du 10 juin 1991 qui n'a été introduite dans les législations nationales que progressivement. La France quant à elle a mis en place un cadre légal à cette lutte dès 1990. C'est effet la loi du 12 juillet 1990, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment de capitaux provenant du trafic de stupéfiants qui est venue mettre en place un système efficace. Ce texte a été modifié à de multiples reprises en 1993, 1996, 1998 et tout dernièrement en 2001 avec la loi portant sur les nouvelles régulations économiques. Ce texte pivot de la lutte nationale contre le fléau du blanchiment est désormais codifié dans le titre VI du livre V du Code monétaire et financier sous le titre « obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux »

Concrètement, la démarche du législateur français était de mettre en place une véritable coopération active des organismes financiers, et ce en totale rupture avec des normes et des coutumes profondément enracinées dans ces milieux professionnels. Face à l'obligation morale de contrer les organisations criminelles qui blanchissaient impunément des sommes colossales d'argent, la politique de la discrétion et du secret d'affaire ne devait plus pouvoir être opposée aux différentes autorités nationales. De fait, dans le lent et complexe processus de démantèlement d'une filière de blanchiment, le rôle des professions financières est essentiel. Il s'agit désormais pour eux, et c'est une obligation légale, de détecter et alerter en cas d'opération litigieuse. Ces professionnels ont en effet une position stratégique dans la délicate étape qui consiste à transformer de l'argent illégalement acquis en actif on ne peut plus respectable.

Dans le système français regardons, dans un premier temps, quelles sont les obligations posées par le dispositif légal ainsi que les personnes soumises à ces obligations. Après ce bref rappel de la situation existante, les failles du système nous apparaîtront.

2) **Le système français de lutte anti-blanchiment.**

(a) Obligations mises en place par le dispositif.

Un rapide point de vue panoramique des obligations légales imposées aux professionnels nous permet de voir quelle est la position actuelle du secret des affaires face aux éventuels réseaux de blanchiment de capitaux

- *L'obligation de vigilance*

C'est lors du premier contact avec le client que cette obligation de vigilance doit se manifester. L'article L 563-1 énonce en effet que les professionnels doivent veiller à identifier le client de manière exacte. Cette identification se fait lors de l'ouverture d'un

compte, pour toute opération supérieure à 8 000 euros (50 000 F) réalisée par un client occasionnel et enfin lors de toute demande de location d'un coffre par un client occasionnel. Concrètement, le professionnel doit s'assurer de l'identité de son client de manière active, (pièce d'identité et justificatif de domicile) et en cas de doute, refuser d'entrer en relation semble la meilleure garantie.

Vient ensuite l'examen particulier de certaines opérations (L563-3). Il s'agit de toute opération portant sur des sommes dont le montant unitaire ou total est supérieur à 150 000 euros. Ces opérations doivent se présenter dans des conditions inhabituelles de complexité et ne pas paraître avoir de justification économique ou d'objet licite. Face à un tel cas, le professionnel a l'obligation de se renseigner auprès de son client sur l'origine et la destination de ces sommes, l'objet de la transaction ainsi que l'identité de la personne qui en bénéficie. Il doit consigner les caractéristiques de l'opération par écrit et conserver ce compte-rendu pendant 5 ans.

On perçoit très clairement que ces obligations conduisent des professionnels tels que les banquiers à s'immiscer dans les affaires de leurs clients, contrairement au *principe de non-ingérence* selon lequel celui-ci n'a pas à surveiller les opérations qu'effectuent son client. Cependant, comme nous l'avons déjà abordé avec le secret professionnel du banquier, cette intrusion est faite pour des motifs d'intérêt général. Le banquier a alors le droit et le devoir de connaître l'arrière-plan économique. En tout état de cause, cette ingérence ne concerne finalement que peu de personnes et des opérations d'une certaine importance. Cette obligation n'apparaît donc pas comme choquante en soi. Il ne s'agit pas ici pour la banque d'avoir des soupçons. Une simple méfiance face aux caractéristiques de l'opération suffit pour justifier l'obtention d'explications. Toute attitude passive sera interprétée comme de la complaisance.

- *L'obligation de coopération.*

Le dispositif légal met à la charge de certaines professions d'importantes obligations de vigilance. Néanmoins, la pratique montre que la vigilance exigée de la part des organismes financiers est soumise à une obligation de moyen et non à une obligation de résultat. Il fut

nécessaire de mettre en place une véritable coopération active entre les professions intéressées et les autorités par un système déclaratif. En outre, on peut noter que pour pallier une certaine insuffisance, la loi du 15 mai 2001 a mis en place un dispositif de **déclarations systématiques** posé à l'article L 562-2. Ce texte très précis dispose que toutes les professions que nous énumérerons dans un prochain développement sont tenues de déclarer les opérations suivantes.

- les sommes inscrites dans leurs livres qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées
- les opérations qui portent sur des sommes qui **pourraient** provenir du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées
- les opérations dont l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire reste douteuse malgré les diligences effectuées conformément à l'obligation de vigilance
- Les opérations effectuées par les organismes financiers pour compte propre ou pour compte de tiers avec des personnes physiques ou des personnes morales, y compris leurs filiales ou leurs établissements, agissant sous forme ou pour le compte **de fonds fiduciaires ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation dont l'identité des constituants ou des bénéficiaires n'est pas connue.**

Un décret pourra étendre l'obligation de déclaration aux opérations pour compte propre ou pour compte de tiers effectuées par les banques avec des personnes physiques ou des personnes morales domiciliées, enregistrées ou établies dans un Etat dont la législation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux par le GAFI.

(b) Champ d'application de la déclaration de soupçon.

La déclaration de soupçon repose donc sur l'appréciation que l'organisme financier peut porter sur les opérations dont il a connaissance, en fonction de leur nature propre et des

renseignements qu'il détient, notamment, nous l'avons vu, sur ses clients. Cette marge d'appréciation résulte de la rédaction de la loi du 12 juillet 1990 selon laquelle les organismes financiers étaient tenus de se comporter en auxiliaire de l'administration dans la lutte anti-blanchiment en matière de *trafic de stupéfiants*. En 1996, le champ d'application fut étendu à ***toute activité d'organisation criminelle***. Malheureusement, cette notion était à même de constituer un frein à l'efficacité de cette lutte parce qu'elle posait la question de l'appartenance des fonds. C'est donc la loi NRE qui a mis en place la dernière définition du champ d'application en visant ***toute activité criminelle organisée***. Cette nouvelle formule a l'avantage de mettre l'accent plus sur la commission de l'infraction que sur l'appartenance à une organisation. Les professionnels se trouvent ainsi dans une situation plus confortable.

Une seconde modification a été apportée par la loi NRE. Elle met en évidence le fait qu'il ne s'agit pas de dénoncer une infraction mais de déclarer des sommes et des opérations suspectes. Avant la loi NRE, il s'agissait de sommes « *paraissant provenir* », désormais la loi vise les sommes qui « *pourraient provenir* » *du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées*. Selon les explications du rapporteur Monsieur le Sénateur MARINI la formule serait plus souple dans la mesure où il n'est plus nécessaire que des faits concrets existent. Dans la plupart des cas, il s'agira d'opérations emportant *transfert de fonds*, un soupçon sur l'origine des fonds inscrits au compte suffit. Les cas de figure sont donc très larges, aucune certitude n'est exigée, ni même aucun montant minimal requis. Le soupçon comporte donc forcément un élément de subjectivité assez important que l'expérience professionnelle du banquier aidera à mieux cerner.

(c) Modalités de la déclaration.

La déclaration doit intervenir dès que les soupçons naissent. Elle peut ainsi concerner aussi bien des opérations en cours d'exécution que des opérations déjà exécutées. Mais le principe reste la *déclaration a priori*.

La déclaration doit être faite auprès des services de TRACFIN. Il s'agit d'une cellule de coordination chargée du traitement de l'information et de la lutte contre les circuits financiers clandestins auprès du ministère des finances. Il a pour mission première de

recueillir les déclarations mentionnées précédemment. Dans les faits, TRACFIN recueille, rassemble et analyse les renseignements qui lui sont adressés afin de les enrichir et de transformer éventuellement de simples soupçons en véritables présomptions. Il transmet ensuite tous ces éléments aux autorités judiciaires compétentes en application de l'article 40 du Code de procédure pénale.

L'organisme dispose du pouvoir de bloquer provisoirement l'opération suspecte pendant douze heures, sauf prolongation par le président du tribunal de grande instance de Paris. Il bénéficie en outre d'un véritable pouvoir de communication auprès des organismes financiers ou des professionnels déjà cités. TRACFIN peut ainsi se faire communiquer, sans que le secret bancaire lui soit opposable, l'ensemble des renseignements et documents conservés par les intéressés en application des obligations de vigilance imposées par la loi. Néanmoins, depuis la loi NRE, l'émetteur de la déclaration de soupçon peut désormais être tenu au courant des suites données à sa déclaration. Cette nouvelle disposition est plus motivante pour les professionnels qui s'impliquent.

Outre la transmission aux Parquets des faits susceptibles de caractériser l'infraction de blanchiment, Tracfin peut adresser ces informations aux officiers de police judiciaire spécialement désignés (en l'espèce l'Office Centrale de Répression de la Grande Délinquance Financière) ou à la douane, pour ce qui est du délit douanier de blanchiment. Tracfin peut aussi échanger des informations avec les organismes étrangers aux compétences analogues et soumis aux mêmes obligations de confidentialité.

La question de la confidentialité est en effet primordiale au sein d'un système tel que Tracfin. Face à de nombreuses obligations imposées à des professionnels, obligations qui dérogent toutes au principe de secret des affaires, il va sans dire qu'en parallèle, cet organisme se devait d'offrir à ces professionnels de solides garanties. En effet, la garantie est une condition essentielle du dispositif, tant pour s'assurer la coopération des professionnels que pour préserver l'efficacité des investigations ultérieures. On peut aussi noter que la loi a défini un strict contrôle de l'utilisation des informations recueillies. Ces dernières ne peuvent être utilisées qu'aux fins prévues par la loi. Cette disposition est souvent interprétée comme interdisant à Tracfin de communiquer les renseignements aux services fiscaux. Les autorités ministérielles avaient d'ailleurs appuyé cette approche lors de la mise en place de Tracfin. On peut néanmoins s'interroger sur la réalité de cette position. En effet, blanchiment de capitaux

et fraude fiscale sont souvent intimement liés, est-il si évident que la frontière entre Tracfin et les services fiscaux soit véritablement étanche ?

3) Personnes soumises au dispositif anti-blanchiment français.

Dans un souci de clarté, nous nous proposons de récapituler cette liste sous forme d'un tableau.

Etablissement de crédit Sociétés de bourse Changeurs manuels	Loi du 12 juillet 1990
Sociétés d'assurance Entreprises d'investissement Agents de compensation Membres des marchés réglementés d'instruments financiers	Loi du 13 mai 1996
Professionnels de l'immobilier Notaires	Loi du 2 juillet 1998
Directeurs de casinos Commissaires priseurs Acteurs des marchés de pierres précieuses, des antiquités et œuvres d'art.	Loi du 15 mai 2001

Ainsi, on remarque que la liste des professions soumises aux obligations contre le blanchiment s'est progressivement allongée au fil des réformes législatives. Il convient toutefois de noter que cette extension est modulée selon le type de métier. De fait, en analysant le dispositif légal, nous avons mis en évidence deux types d'obligations : l'obligation de vigilance et l'obligation de coopération. Or, toutes les professions impliquées

dans la lutte anti-blanchiment ne sont pas soumises à ces deux obligations de manière cumulative.

Ainsi, l'article 563-1 du Code monétaire et financier pose-t-il que seuls « les organismes financiers mentionnés à l'article 562-1 » sont soumis aux obligations de vigilance. Ce sont donc les établissements de crédit, les sociétés de bourse, les changeurs manuels, les sociétés d'assurances, les entreprises d'investissements, les agents de compensation et les membres des marchés réglementés d'instruments financiers qui sont assujettis à l'ensemble des obligations. En revanche, pour ce qui est des autres professions (professionnels de l'immobilier, notaires, directeurs de casinos, commissaires priseurs, acteurs des marchés de pierres précieuses, des antiquités et œuvres d'art), elles ne sont soumises qu'à la déclaration de soupçon. Néanmoins, cette différence peut s'expliquer par la nature même des services proposés par ces professionnels.

Le dispositif met donc particulièrement à contribution les professions financières ainsi que quelques autres professions limitativement énumérées. Cela paraît justifié quant on connaît leur rôle crucial pour la mise en place d'un quelconque système destiné à blanchir des fonds mal acquis. Néanmoins, ce ne sont pas les seuls qui pourraient être concernés. En effet, l'article 561-1 du Code monétaire et financier pourrait nous amener à nous interroger sur le point de savoir si cet article ne serait pas applicable à une profession telles que celle d'avocat. En effet, cet article dispose que « *les personnes autres que celles mentionnées à l'article 562-1 qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, sont tenues de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance et qui portent sur des sommes qu'elles savent provenir de l'une des infractions mentionnées à l'article 562-2* ». En l'espèce, on se trouve face à une disposition qui semble plus large quant aux personnes tenues de faire une déclaration de soupçon. On vise ici tout mouvement de capitaux et non plus seuls ceux qui ont lieu lors de transactions immobilières ou par l'intermédiaire d'organismes financiers. Il serait donc plausible de considérer que les professions juridiques telles que les avocats soient eux-aussi obligés de déclarer les opérations qu'ils considéreraient comme suspectes. Pourtant, la pratique considère généralement que les professions juridiques autres que celles visées à l'article 562-1 ne sont pas concernées par cette disposition. On se retrouve donc confronté à une première faille du dispositif législatif. Nous retrouverons cette problématique quant nous

nous attarderons un peu plus particulièrement au secret professionnel de l'avocat qui risque d'être bouleversé avec la directive européenne de 2001.

Pour conclure cette partie descriptive du dispositif légal anti- blanchiment, le constat premier qui s'impose est celui d'une négation totale du secret professionnel des activités visées par la loi. Que ce soit le banques, les marchés réglementés, les notaires, toutes ces professions ont désormais les obligations d'être en quelque sorte des auxiliaires de la justice en déclarant les opérations pour lesquelles ils ont des soupçons. Certes, nous l'avons vu, la loi aborde la question du secret de manière différente selon que l'on est face à une profession financière ou non. Ainsi, un banquier a-t-il plus d'obligations qu'un notaire ou un agent immobilier. Ces derniers ne sont soumis qu'à une obligation de déclaration en cas de soupçons tandis que le premier se doit de mettre en place un dispositif de vigilance interne en plus de son devoir de coopération. On impose donc à certaines professions un grand effort et on leur demande presque de faire un travail d'investigation policière afin de détecter d'éventuelles opérations suspectes à la fois en amont et en aval. Le culte du secret des affaires est donc complètement occulté face à la nécessité impérieuse de lutter de manière efficace et intelligente contre les puissantes organisations criminelles qui ont à leur disposition des mécanismes de blanchiment de plus en plus complexes et efficaces. L'intérêt général de la société française explique donc le traitement fait au « sacro-saint » secret professionnel.

Nous sommes donc face à un dispositif légal qui paraît efficace et rigoureux. Néanmoins, un constat d'inefficacité doit se faire en ce qui concerne certaines professions ou bien certains schémas de blanchiment qui ne sont pas pris dans les mailles du filet. Ce constat fera l'objet de notre seconde partie dans laquelle nous nous attacherons à illustrer les failles du système.

II. ILLUSTRATIONS ET ANALYSE DES FAILLES DU SYSTEME.

Pendant longtemps, face à un relatif constat d'impuissance, les autorités françaises avaient tendance à dénoncer les pays qui reconnaissaient et facilitaient l'utilisation de

mécanismes juridiques tels que le trust ou la fiducie, très faciles à créer et qui permettent de conserver l'anonymat des ayants droits économiques des fonds placés ou circulant dans de telles structures. Certes, ces situations persistent et ne sont pas négligeables quand on prend en considération les résultats pas toujours à la hauteur des espérances placées dans les mécanismes juridiques. Néanmoins, une étude critique de la situation française est tout de même nécessaire. Au regard des dispositions actuelles, on ne peut que constater que le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux repose en grande partie sur les épaules du monde bancaire. Cela paraît logique dans la mesure où cette profession, véritable point de passage obligé, est la mieux placée pour déclencher l'alerte à partir d'un soupçon car elle est l'instrument incontournable pour blanchir des capitaux.

Cependant, cette profession ne saurait assumer à elle seule les obligations. De par la loi, cette mission est partagée avec d'autres professions exposées aux problèmes de blanchiment d'argent. Mais une brève étude de l'activité de ces professions montrent à quel point ces dernières ne jouent pas le rôle que la société leur a confié. La raison profonde de cette carence tient autant à un profond attachement au secret professionnel qu'à un manque certain d'organisation interne. Connaître et comprendre ces carences nous permettra de mieux appréhender une solution efficace pour remédier à ce constat. C'est pourquoi dans un premier temps nous mettrons en évidence les raisons pour lesquelles certaines professions sont peu actives. Enfin, nous analyserons une autre facette de la faille du système qui réside essentiellement dans les mécanismes juridiques dans lesquels on peut instrumentaliser un secret professionnel encore intact, et ce, pour faciliter le blanchiment.

A. LES PROFESSIONS PEU ACTIVES.

Nous analyserons une à une les professions les plus soumises à critiques en tentant de comprendre quelles sont les raisons de cette situation, plus que dommageable pour la lutte contre l'argent sale.

1) Marchés financiers et gestionnaires de portefeuille.

Ces professions sont soumises à une double obligation de vigilance et de coopération depuis un certain nombre d'années. Ainsi, les anciennes sociétés de bourse ont-elles été incluses dans le dispositif dès la loi du 12 juillet 1990, tandis que les membres des marchés réglementés d'instruments financiers ainsi que les entreprises d'investissement ne l'ont été que par la loi du 13 mai 1996. Cependant, malgré ces obligations légales, force est de constater que ces professionnels sont loin d'être très actifs dans la traque faite par l'Etat pour démanteler les opérations visant à blanchir de l'argent sale. Les chiffres parlent d'eux-mêmes, les déclarations de soupçon provenant de ces secteurs restent anecdotiques. Ainsi, les déclarations faites par les entreprises d'investissement représentent-elles à peine plus de 1% des déclarations faites entre 1996 et 2000.

Le constat est donc alarmant, et ce d'autant plus qu'il est démontré que les marchés financiers présentent de nombreuses possibilités de blanchiment et que ces opérations sont difficilement détectables par les autorités de place. Il est donc vital pour le système de lutte que les opérateurs agissant sur ces marchés soient sensibilisés au problème du blanchiment et qu'ils appliquent de manière stricte les obligations légales. Or, encore une fois, ces professionnels de la finance sont soumis aux obligations de vigilance mais aussi aux obligations de coopération que nous avons décrit. Ils sont donc censés avoir un rôle très actif et efficace, ce qui n'est pas le cas. L'ensemble du dispositif anti-blanchiment leur est donc opposable. Néanmoins, les statistiques de Tracfin ne peuvent que laisser songeur quant au comportement de ces professions. On peut en effet se demander pourquoi ils n'ont pas intégré le dispositif légal de la même manière que les banques. Une telle différence peut paraître surprenante dans la mesure où ces professions sont soumises aux mêmes obligations légales en ce qui concerne le secret professionnel. Il s'agit là encore d'une obligation de discrétion à la charge du professionnel dans le principal intérêt du client. La lutte contre le blanchiment étant un intérêt supérieur à celui des particuliers, la mise en œuvre du dispositif légal ne devrait pas être aussi laborieuse.

Dès 1999, le GAFI a attiré l'attention des pays sur les dangers d'une utilisation des marchés financiers par les organisations criminelles. Dans son rapport sur les typologies⁵, il

⁵ Rapport du GAFI sur les typologies, 1999.

met en exergue le fait que les marchés dérivés et les produits associés offrent d'excellentes perspectives de blanchiment en raison de la facilité de brouillage du contrôle et du suivi des opérations. Est mis aussi en avant le fait que les opérateurs de ces marchés sont moins sensibilisés à la lutte anti-blanchiment que le personnel des banques. Le système décrit par le GAFI montre en effet toutes les opportunités qu'un marché financier peut offrir à une personne désirant blanchir des capitaux de manière facilement efficace. C'est le marché dérivé qui offre le plus de possibilités. Les instruments dérivés sont des instruments qui n'ont pas de valeur par eux-mêmes. Leur valeur est déterminée par rapport à un autre instrument financier ou bien un actif sous jacent qui va lui servir de support. Le propre des instruments dérivés est d'être des contrats vendus à titre de couverture, contre des risques de fluctuation des prix de marchandises, de décalages dans le temps de taux d'intérêt, de taux d'imposition ou bien de cours de change. Ce sont donc des produits financiers extrêmement souples et anonymes et ce sont cette souplesse et cet anonymat qui intéressent les blanchisseurs. En effet, la réputation de ces marchés se fait grâce à l'ampleur du volume de l'activité. Les modalités même de négociation des instruments dérivés et le nombre d'opérateurs sur le marché font qu'il est très aisé de « brouiller les pistes ». Aucun maillon de la chaîne des transactions n'est à même de connaître l'identité de la personne qui est derrière celle avec laquelle il traite directement. On est donc face à un système qui met en place un anonymat total. C'est un mécanisme de rêve pour les blanchisseurs.

En outre, les marchés dérivés n'ont jamais été soumis à une surveillance stricte de la part des autorités de tutelle car on considérait que les opérateurs n'avaient pas besoin des mêmes protections que les petits épargnants car ils avaient la qualité d'investisseurs à haut risque. Par nature, ces marchés sont donc plus sensibles au problème du blanchiment. L'introduction de mesures de contrôle qui répondraient aux obligations de vigilance et de coopération aurait vraisemblablement pour effet de repousser les investisseurs vers des marchés dérivés de places moins regardantes. La crainte d'effrayer les investisseurs et donc de mettre en péril les marchés dérivés eux-mêmes, a contribué à la persistance d'un système où les opérateurs de marchés ne se posent pas trop de questions embarrassantes. Il s'agit donc d'un cercle infernal car l'absence de contrôle rigoureux par les pouvoirs publics rend ces marchés dérivés d'autant plus intéressants pour les blanchisseurs.

Afin d'illustrer ce propos, nous pouvons nous intéresser plus particulièrement à deux mécanismes de blanchiment de capitaux qui utilisent les marchés dérivés.

On peut ainsi utiliser la stratégie dite d'aller et de retour. Ce système a été décrit par M. YAHYA lors de son audition par la mission parlementaire.

« A titre d'exemple, un gestionnaire domicilié dans un pays X et gérant les comptes de deux clients, l'un dans un pays Y, l'autre dans un centre offshore non coopératif, veut blanchir les fonds qui sont sur le compte du client de L'OFC en les transférant via la chambre de compensation au client domicilié dans le pays Y.

Le gestionnaire demande à une société de bourse de lui passer deux ordres successifs d'aller-retour. Il achète et revend en l'espace d'une à deux minutes, par exemple 50 contrats et quelques instant plus tard, il fait le même acheté-revendu de 50 contrats.

Entre ces deux opérations d'acheté-revendu, le contrat CAC 40 a évolué soit à la hausse, soit à la baisse. L'opération perdante sera toujours allouée au client de l'OFC, tandis que l'opération gagnante sera affectée au client domicilié dans le pays Y.

Cette technique peut facilement être renouvelée jusqu'à 25 fois dans la journée. Vu de l'extérieur, les deux clients dont les comptes sont en fait gérés par un même gestionnaire, sont indépendants l'un de l'autre.(.....)

Le client du pays Y a gagné face à la chambre de compensation la somme à blanchir, sans qu'à aucun moment, n'apparaisse le lien entre lui et le client de l'OFC. Il recevra son paiement de la chambre de compensation. Le dépôt de garantie est également blanchi. »

Il s'agit donc d'un système extrêmement élaboré et qui n'existe que dans la mesure où les opérateurs des marchés dérivés ont une attitude des plus complaisante.

Un autre exemple de mécanisme de blanchiment peut être donné avec la stratégie du delta neutre. *« Elle consiste à prendre position sur différents instruments financiers qui peuvent évoluer en sens contraire, de telle sorte que, quelle que soit la configuration, on ne gagne rien et on ne perd rien. C'est une des stratégies les plus intéressantes pour blanchir un milliard de franc sans que cela soit détecté ».*

Pour comprendre cette stratégie, il faut savoir que le delta est la mesure, exprimée en pourcentage, de la sensibilité d'une option à l'actif sous-jacent sur lequel elle est référencée. C'est le changement occasionné sur le prix de l'option par une modification d'un euro du cours du sous-jacent. Le delta est de 0 % lorsque l'option est largement en dehors de la monnaie, parce qu'une variation d'un euro dans la valeur du sous-jacent demeure à ce stade peu susceptible de ramener l'option dans la monnaie et donc de lui donner une quelconque valeur. Inversement, le delta est de 100% lorsque l'option est largement dans la monnaie, parce qu'à ce stade, l'option est certaine d'être exercée, elle n'a plus de valeur et se comporte donc comme le sous-jacent lui-même. Quand une option est à la monnaie, ses chances d'exercice sont de 50/50, le delta est égal à 50 %. En mesurant la probabilité qu'une option soit exercée, le delta permet à l'investisseur de déterminer l'exposition induite par sa position optionnelle et l'ampleur de la couverture en place.

Ce qui était dénoncé en 1999 par le GAF est donc confirmé par des professionnels de ces marchés dérivés. Face à l'énonciation de ces deux méthodes de blanchiment qui semblent à la fois simples et efficaces, on ne peut que supposer que des investisseurs peu scrupuleux ne sont certainement pas passés à côté de mécanismes aussi sûrs. Ce constat ne fait que souligner les carences des marchés financiers en matière de déclaration de soupçon. Cette situation est due à plusieurs raisons. Tout d'abord, ces professions souffrent d'un *défait culturel* certain. Ces professions ont un véritable culte de la discrétion. Elles ne veulent pas se poser de questions et n'en prennent pas le temps, temps qui est une valeur suprême dans la conclusion de ces opérations sur les marchés. Il y a donc un défaut majeur de volonté d'agir. Néanmoins, même si cette volonté existait, il est fort à parier que le blanchisseur serait assez malin pour faire en sorte de ne pas être détecté, il répartirait habilement ses capitaux. Cependant, ces difficultés matérielles ne sont en aucun cas une excuse à l'attitude complètement passive de ces professionnels. Ils sont tenus à des obligations légales de vigilance et de coopération, et il est évident qu'ils ne remplissent pas cette mission. Le culte de la discrétion doit donc s'effacer devant l'impératif d'ordre public constitue la lutte contre le blanchiment.

2) Les assureurs.

Cette profession fait elle-aussi partie de celles qui sont soumises à une double obligation de vigilance et de coopération. Là encore, on ne peut que déplorer le faible taux de participation des compagnies d'assurances dans le processus de démantèlement des réseaux de blanchiment. Sur la période de 1996 à 2000, les déclarations de soupçon des assureurs représentent moins de 4 % des déclarations d'ensemble.

Le constat de la situation est là encore sujet à perplexité. Dans son rapport annuel de 1999, la Commission de contrôle des assurances a montré l'insuffisance de la prise de conscience des assureurs de la vulnérabilité de leur produit au blanchiment. En outre, alors que les organismes d'assurances, comme toutes les professions financières, sont soumis à une obligation de vigilance et de coopération, de nombreuses lacunes apparaissent au stade des obligations de vigilance. Il semble que l'identification du bénéficiaire d'une assurance vie ne soit pas toujours faite, les vérifications lors du paiement par chèque de grosses sommes sont très faibles et il arrive même qu'aucun correspondant Tracfin ne soit désigné.

Les organismes d'assurances semblent ne pas appliquer rigoureusement les obligations que la loi leur impose. Cette situation ne paraît pas alarmer ces professionnels qui sont persuadés que les produits qu'ils mettent en service ne peuvent être l'instrument d'un quelconque blanchiment. Pourtant, dans son rapport d'activité 2000, Trafim a démontré le contraire.

Il a en effet mis en évidence l'utilisation de l'assurance-vie aux fins de blanchiment. Dans l'exemple pris, il s'agissait de convertir des espèces en contrat d'assurance-vie. Pour ce faire, une personne souscrit ce contrat et paie la prime en espèces en les déposant sur le compte de la filiale bancaire de la compagnie d'assurance. Lors de la souscription, l'individu déclare être gérant de société et que les fonds proviennent de commissions versées en dessous de table. Le bénéficiaire du contrat est inconnu et c'est une clause testamentaire déposée chez un notaire qui contient son identité. Une enquête de Trafim permet de prouver que l'individu en cause n'est le gérant d'aucune société existante. De surcroît, cette personne est sous le coup d'un mandat d'arrêt pour divers délits commis en bande organisée. Cette affaire révélée par Trafim met donc en lumière le fait que les assurance-vie constituent un instrument potentiel de blanchiment de capitaux. Une telle opération aurait pu être détectée par la banque

filiale ainsi que par la société d'assurance elle-même qui aurait du se méfier que l'identité du bénéficiaire ne soit pas révélée.⁶

Les bons de capitalisation anonyme, qui peuvent être souscrits sans divulguer l'identité du souscripteur ou du porteur, sont eux aussi des vecteurs potentiels de blanchiment. Les risques ici sont encore plus évidents et relèvent de la nature même de ces bons. A partir du moment où ils sont anonymes, ils constituent un instrument financier des plus intéressants pour s'inscrire dans le cadre d'un mécanisme de blanchiment de capitaux.

Les assurances sont donc susceptibles d'être instrumentalisées dans le cadre d'une opération de blanchiment. Il est donc primordial que ces professionnels prennent conscience du rôle qu'ils devraient avoir. En se conformant scrupuleusement aux obligations posées par le dispositif anti-blanchiment, la situation ne pourrait que s'améliorer. En outre, cette profession est moins attachée à une obligation de discrétion absolue. Certes, une discrétion liée à leur relations d'affaires avec le client est nécessaire, mais tout comme le secret bancaire, le secret de l'assureur doit se plier à l'intérêt général.

A noter que la mise en examen de certains dirigeants du monde des assurances en 2001 a permis cette prise de conscience de la profession. En décembre 2001, la Fédération française des sociétés d'assurances a adopté sept résolutions pour remédier à cette situation déplorable. Toutes les compagnies d'assurance sont désormais conscientes des risques de blanchiment. La mise en place de moyen de détection informatique et un effort conséquent dans la formation du personnel a été mis en œuvre depuis quelques mois. Ainsi, chez Prépar, (filiale de la Bred) un suivi informatique a-t-il été mis en place. Des opérations telles que le rachat successif de contrats d'un certain montant sont particulièrement contrôlées et depuis le début de l'année 2002, une déclaration de soupçon a déjà été faite.(80 000 euros en moins de quatre ans) La démarche des professionnels de l'assurance devient donc de plus en plus active

Cela semble avoir eu une certaine efficacité car les déclarations de soupçon **ont triplées en 2001**. Elles restent néanmoins vraisemblablement insuffisantes et il faudra lever le « tabou » de la discrétion pour mettre définitivement à bas cette situation. Il faudrait en outre éviter le risque de déclarations trop nombreuses de type préventif que les professionnels seraient tentés de faire afin d'éviter toute responsabilité. Ce type de comportement entraînerait une saturation de Tracfin.

⁶ Exemple tiré du rapport d'activité 2000 de Tracfin.

3) Les agents immobiliers

Les agents immobiliers sont eux aussi un maillon important dans une opération de blanchiment. La mission parlementaire a ainsi interrogé en 2000 des agents immobiliers de la région PACA. Cette région est connue pour être le terrain de prédilection des blanchisseurs qui investissent dans de somptueux biens immobiliers. Sur les 210 réponses d'agents, seuls 11 ont indiqué avoir eu des doutes sur l'origine des fonds. De plus, quand ces doutes existent, ce n'est pas à Tracfin que s'adressent ces professionnels mais plutôt à la police ou aux services fiscaux. Cette profession ne semble donc pas respecter rigoureusement toute la législation qui date de 1998.

Une plus grande sensibilisation de ces professionnels semble donc nécessaire. Il faut entreprendre une sorte de travail pédagogique pour mettre en lumière à quel point ce secteur est recherché par les blanchisseurs. De simples réflexes face à un certain type d'opération seraient utiles et suffisants. En effet, on peut aisément dresser une liste sommaire des quelques opérations qui doivent entraîner obligatoirement un doute :

- demande faite à un agent immobilier d'établir le compromis de vente sous seing privé
- demande de confidentialité de la transaction
- intervention de sociétés étrangères à la transaction
- provenance géographique des fonds placés dans des banques ukrainiennes ou liechtensteinoises par exemple

Ce sont autant d'indices qui devraient amener le professionnel à faire une déclaration de soupçon auprès de Tracfin. Néanmoins, face à ce constat d'impuissance de la loi, il semble que la mauvaise volonté des agents immobiliers ne soit pas la seule raison de cet état de fait. Un responsable de Tracfin a souligné devant la mission parlementaire la position particulière

des agents de cette profession dans un secteur géographique tels que le Sud-est. Il ne faut en effet pas sous-estimer les risques réels que peuvent encourir ces personnes, dont certaines ont été physiquement menacées par des investisseurs douteux qui n'entendaient pas voir leur cas évoqué chez Tracfin.

Le constat est donc simple. Les professionnels de l'immobilier, dont la déontologie est moins rigoureuse que celle des autres professions sus-mentionnées, sont à la fois moins organisés que les notaires et moins protégés que les banquiers. De ce fait, ils sont moins engagés dans le processus de déclaration de soupçon.

4) Les notaires : le contre exemple.

Profession juridique très ancienne, le métier de notaire se construit autour de la culture du secret. Historiquement, on peut même dire que le droit au secret de cette profession tire son origine de la religion, du temps où le clergé assurait les fonctions de notaire et des autres professions libérales. Saint Augustin disait « *ce que j'ai entendu en confession, je le sais moins que ce que je n'ai pas entendu* », et les notaires modernes reprennent cette idée en affirmant que les « *secret professionnel est vital* » et que les notaires sont « *les hommes qui savent garder les secrets* ». ⁷

La loi anti-blanchiment qui impose à ces derniers de dénoncer les soupçons de trafic d'argent sale a donc été ressentie comme un véritable séisme au sein de cette profession. En effet, certains trouvent démesuré de « risquer la prison et un million de francs de sanctions pour n'avoir pas dénoncé un simple soupçon », sans compter que « *le trafiquant saura d'où vient la fuite* ».

Néanmoins, les notaires semblent avoir pris conscience assez rapidement du danger du blanchiment au travers des transactions immobilières. Ainsi, dès octobre 1999, le président du conseil Supérieur du Notariat, M. Decorps, a-t-il déclaré que « *le blanchiment est une opération qui suit directement l'appréhension des revenus d'origine illicite, et l'immobilier*

⁷ Jean-François Sagaut, notaire assistant à Paris, Droit & Patrimoine, septembre 2000, p. 10

est devenu une cible privilégiée du recyclage de l'argent sale. ». Il apparaît donc que les notaires sont sensibilisés à ce problème, en outre le fait que ce soit une profession bien structurée est un atout pour la lutte contre le blanchiment de capitaux. Il s'agit donc d'une profession qui a mis en place une surveillance interne efficace. Alors que la profession n'est soumise à la déclaration de soupçon que depuis 1998, le Conseil supérieur du Notariat a très rapidement adressé une circulaire à tous ses membres. Les notaires sont ainsi appelés à être particulièrement attentifs à certains montages précis tels que le montage de dossier de grande importance pour des clients qu'ils ne connaissent pas et dans lesquels il y a un élément d'extranéité. Cette circulaire est donc très importante et sa non-application peut entraîner des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la destitution. A titre anecdotique, on peut relever qu'il y a déjà eu une procédure disciplinaire dans les Alpes-Maritimes, à la demande de la profession et relayée par le parquet. Ce notaire avait reçu un compromis d'une personne (a priori bien sous tous rapports) qui entre le compromis et la vente avait été arrêtée et emprisonnée pour blanchiment. Or, le notaire a tout de même passé l'acte de vente avec la concubine de cet individu. Le notaire a donc été destitué par la sanction disciplinaire.

Malgré une telle structure de surveillance, les déclarations auprès de Tracfin restent relativement faibles et ne dépassent pas quelques dizaines par an. Face à ce constat, ce n'est pas tant la mauvaise volonté des notaires que la difficulté certaine que peuvent rencontrer ces professionnels à détecter un éventuel blanchiment qui est à déplorer. En effet, les blanchisseurs sont très habiles et il n'est pas toujours aisé de les contrer. Les notaires doivent donc continuer à être vigilants (surtout ceux de la région parisienne et du Sud) et continuer d'être des collaborateurs actifs de la lutte anti-blanchiment.

B. LES MECANISMES JURIDIQUES QUI UTILISENT LE SECRET PROFESSIONNEL POUR FACILITER LE BLANCHIMENT.

Les professionnels qui se cachent derrière le secret professionnel pour ne pas coopérer de manière active au dispositif anti-blanchiment ne sont pas les seuls à soulever la problématique du secret professionnel. Il existe en effet des cas de figure où les blanchisseurs instrumentalisent des structures juridiques tout à fait légales en tant que telles, mais qui ont pour eux le grand avantage de protéger l'anonymat de ces investisseurs douteux. Il s'agit donc

d'outils juridiques on ne peut plus intéressants pour ces derniers. Ils se servent du fait que les professionnels n'ont cette fois-ci pas les moyens matériels de déceler la fraude. C'est pourquoi nous allons nous attacher à mettre en lumière ces différentes structures qui posent problème.

1) Les sociétés opaques

Ce sont des sociétés qui de par leur structure même sont particulièrement vulnérables au blanchiment. Le rapport parlementaire a mis en exergue un cas précis qui est celui de la Société civile immobilière. Néanmoins, il existe d'autres mécanismes à caractère plus international. Nous nous attacherons donc à ces deux exemples.

(a) Les Société civiles immobilières. (SCI)

En France, les SCI constituent un véhicule juridique extrêmement utilisé. La plupart du temps, ce type de société est utilisé dans un objectif d'optimisation fiscale car il permet de bénéficier d'une fiscalité allégée lors de la transmission du patrimoine. Pendant très longtemps, les formalités constitutives à la création d'un tel type de société étaient réduites à néant. Depuis 1978, les SCI sont tenues d'être immatriculées au registre du commerce. Elles doivent déposer leurs statuts au moment de leur constitution et déposer chaque année une déclaration fiscale. Ces obligations réduites au minimum ne sont pas faits pour freiner l'utilisation de cette structure à des fins de blanchiment.

En fait, toute la difficulté vient du fait qu'aucun acte authentique n'est obligatoire lors de la constitution, ni même lors de la cession des parts de la société. Cela permet donc de transférer la propriété du capital en l'absence de tout contrôle public et de toute traçabilité de ces mouvements de fonds. En général, les notaires estiment être impliqués dans 85 % des actes concernant les SCI. Ce sont donc les 15 % restants qui peuvent poser problème dans la mesure où aucun professionnel tel que le notaire ne pourra faire son travail de surveillance sur

ces opérations. Lors de son audition par la mission parlementaire, le président du conseil supérieur du notariat met très justement en lumière la stratégie des blanchisseurs.

Le système paraît à la fois simple et efficace. L'atout principal de la SCI est qu'elle peut très facilement se constituer avec des hommes de paille. *« Les cessions des parts qui se déroulent ensuite sont des cessions en blanc, des sortes de bons au porteur, donc anonymes. Le cédant inscrit son nom, le cessionnaire est en blanc, on lui remet le document et les virements se font par des paradis fiscaux ; de ce fait plus aucun contrôle n'est exercé »*⁸ En outre, le mécanisme du fonctionnement de la SCI permet une discrétion totale. Il s'agit en effet d'un type de société qui peut être créé avec un faible capital social. Le financement nécessaire aux différentes opérations de la vie de la société se fait donc sous forme d'apport en compte courant. Or, ces comptes courants ne sont mentionnés nulle part et la comptabilité de la société reste ainsi occulte. Ce fonctionnement des SCI constitue donc un autre attrait pour ces sociétés.

On peut aussi s'arrêter plus particulièrement aux SCI constituées avant 1978, et qui n'ont donc pas été soumises à l'obligation d'immatriculation au registre du commerce. Ces « coquilles vides » sont extrêmement recherchées par les spécialistes du blanchiment car elles sont particulièrement indétectables. Elles constituent donc un instrument idéal et les blanchisseurs n'hésitent pas à démarcher les professionnels afin d'avoir à leur disposition cette structure.

A noter aussi que l'obligation d'effectuer sous forme authentique la cession de parts de SCI a fait l'objet d'un amendement lors de la discussion de la loi portant sur les nouvelles régulations économiques. Cette proposition aurait été un des moyens envisageable pour lutter contre l'utilisation des SCI à des fins de blanchiment. Cependant, elle n'a pas été adoptée.⁹

Evoquant la région du Sud Est « épinglée » par la mission parlementaire, un magistrat a déclaré qu' *« il n'y a pas une personne qui compte dans la région qui ne soit propriétaire du bien immobilier où elle vit. Tout cela est masqué derrière une société, une Anstalt, un trust ou*

⁸ Audition de M. DECORPS devant la mission le 27 octobre 1999.

⁹ Audition de M. DORCET, Juge d'instruction au Tribunal de grande instance de Nice devant la mission en mai 2001

une société fiduciaire en Suisse. Le premier obstacle est que l'on ne peut plus identifier, sauf à mener une enquête, fouillée et difficile, les propriétaires des biens immobiliers. »¹⁰

(b) Les sociétés d'affaires internationales (SAI)

Les SAI sont au cœur du problème de blanchiment de capitaux. Comme pour les SCI en France, les filières de blanchiment font appel à ce type d'entité pour cacher l'identité du propriétaire des avoirs. L'intérêt d'une société en général est de constituer une entité juridique ou une personne morale afin de permettre à des personnes physiques de faire des affaires sans pour autant risquer leurs biens propres. Il s'agit en fait du principe de responsabilité limitée. La constitution permet ainsi de séparer la propriété de la gestion.

Dans les grands pays ou territoire pratiquant le libre commerce, les sociétés sont tenues par la loi de réunir leur conseil d'administration régulièrement, de tenir une comptabilité ainsi que les archives de la société. La société est tenue d'être représentée par un agent partout où elle traite des affaires. Tout manquement à ces principes met fin à la protection légale de la société. Il s'agit donc d'une sorte d'échange de bons procédés entre la société et l'Etat qui l'accueille

A l'inverse, dans la plupart des pays où opèrent les SAI, ces dernières n'ont à répondre à aucune prescription des pouvoirs publics. A condition qu'elles ne fassent pas d'affaires dans le pays ou territoire qui l'abrite, la SAI peut taire l'identité de ses propriétaires et être dispensée d'impôts. Dans de nombreux pays, elle n'est pas même tenue à des obligations comptables. Ces quelques traits font que les SAI sont d'usage courant pour le blanchiment de fonds car elles établissent une couche protectrice impénétrable autour de l'identité réelle des propriétaires des actifs. Elles jouent ainsi un rôle crucial dès qu'il s'agit de cacher l'origine et la destination de marchandises faisant l'objet d'un commerce international, de contourner les lois sur les ventes d'armes par exemple et d'échapper à l'impôt.

¹⁰ Propos cités dans l'audition de M.DORCET.

On se trouve dans le cas présent face à une typologie juridique où la problématique du secret professionnel, et donc de son traitement par la loi, ne se pose même pas. Néanmoins, il ne serait pas juste pour autant d'affirmer que les dispositifs législatifs de lutte anti-blanchiment ne sont d'aucune utilité face à ce type de structure. En effet, les obligations de vigilance imposées aux organismes financiers, et que nous avons exposé précédemment, se sont révélées d'une efficacité certaine. De fait, il apparaît que de nombreuses banques soumises à de telles contraintes légales refusent actuellement d'ouvrir des comptes au nom de SAI qui n'ont pas été constituées par la banque elle-même. Ces banques estiment que les règles générales d'obligation de diligence leur imposent de connaître l'identité des propriétaires des actifs des sociétés. (La banque qui crée une société en connaît toujours le propriétaire à titre bénéficiaire. Elle sera donc toujours en mesure de répondre à des demandes officielles dans le cadre d'une enquête criminelle).

Ces types de sociétés sont donc des vecteurs importants de blanchiment. Néanmoins, il semble que les dispositifs législatifs ne soient pas tout à fait impuissants. Au fur et à mesure que les mentalités professionnelles évoluent et vont vers une plus grande prudence et diligence, ces véhicules juridiques deviendront caducs ou sans intérêt.

2) Les fonds fiduciaires ou Trust.

En *common law*, les fonds fiduciaires ou trusts sont des instruments importants et utiles pour transférer et gérer des actifs. Les principes fondateurs de ce mécanisme juridique sont à la fois simples et déconcertants pour un juriste français.

Un trust est un mécanisme juridique anglo-saxon en vertu duquel un *settlor* (ou *grantor*)- le constituant, se dessaisit de la propriété de certains biens ou droits, de manière irrévocable ou non, à la charge pour les trustees d'administrer ces derniers pour le compte d'un ou plusieurs bénéficiaires (les *beneficiaries*). Le trust est dit discrétionnaire si le trustee a tout pouvoir pour distribuer ou non le capital ou les revenus mis en trust. Le trust est dit irrévocable si le constituant s'est dessaisit définitivement de la propriété des biens mis en trust. A défaut, le trust est révocable. Le trust est créé par la déclaration du constituant et ne

relève pas du droit des contrats. Il est nécessaire de prévoir un acte (*le trust deed*) dans lequel figure tous les droit et obligations du trustee. Un trust permet donc le transfert de propriété de biens au profit d'une entité juridique. Bénéficiaires et constituants n'ont aucun droit sur les biens mis en trust lorsque le trust est irrévocable et discrétionnaire.

Cette rapide description du mécanisme met donc en avant l'originalité et des particularités de ce concept culturel très original puisqu'il est basé sur la confiance (*to trust* = faire confiance). Or, cette confiance n'est pas vraiment inscrite dans notre philosophie juridique. En outre, ce concept est différent de la fiducie telle qu'elle était en projet en France. En effet, personne n'est propriétaire des actifs, ce qui heurte nos mentalités et notre culture civiliste. En général, ce mécanisme juridique sert des objets tout à faits louables tels que la répartition des actifs familiaux dans l'avenir ou le transfert d'actifs à des fins charitables. En fait, les problèmes commencent à se poser lorsque le trust sert à masquer l'origine et la répartition de fonds illicites. Les fonds fiduciaires qui occultent l'identité des disposants et des bénéficiaires sont devenus un élément classique de l'architecture du blanchiment d'argent.

Dans les pays ou territoires de *common law* les plus anciens, ces trusts sont régis par un corpus juridique important qui établit des limites à leur terme et impose des obligations aux administrateurs, dans l'intérêt aussi bien des constituants que des bénéficiaires. Les administrateurs (*trustees*) ne peuvent être dessaisis en dehors d'une procédure judiciaire et les termes du fonds sont fixés. (*trust non discrétionnaire*). En revanche, quand ces caractéristiques sont absentes, la loi considère la propriété en fiducie comme étant celle propre du disposant, et donc soumise aux mêmes astreintes et aux mêmes conditions que si celui-ci jouissait directement des actifs déposés (*trust discrétionnaire*). Dans les principaux pays ou territoires de *common law*, ces prescriptions limitent l'intérêt du trust pour servir d'occultation et de protection du produit du crime. Par conséquent, le véritable danger provenant de ces mécanismes juridiques ne provient pas des pays de *common law* traditionnels qui depuis longtemps ont encadré ces mécanismes de manière à empêcher toute dérive.

Cependant, on peut constater que depuis quelques années, plusieurs pays ou territoires ont modifié leur législation sur les fonds de ce type, afin de les rendre attractifs pour ceux qui veulent dissimuler des avoirs. Ces pays proposent ce que l'on peut appeler des « fonds fiduciaires distincts » conçus pour mettre des actifs à l'abri des pouvoirs publics du pays du

constituant. La législation sur ces fonds contient des dispositions qui garantissent au fonds l'immunité en cas de poursuites judiciaires de l'étranger à compter d'un an après sa constitution. La tâche des organes de répression étrangers est plus difficile. La législation de ces places offshore permet de libeller les instruments constitutifs du fond de manière à cacher l'identité aussi bien du constituant que du bénéficiaire. Les véritables bénéficiaires et les instructions sont indiqués dans des pièces annexes (mémoires d'intentions.) Le constituant peut garder le contrôle des actifs par le biais d'une personne désignée comme curateur du fonds. Le curateur a en outre le pouvoir de changer les bénéficiaires et de changer les administrateurs (trustees).

Comme pour les SAI, ces fonds ont dépassé leur vocation initiale qui est de gérer et contrôler des actifs au bénéfice d'autrui. De nombreux mécanismes de blanchiment de capitaux marient une SAI à un fonds offshore. Les administrateurs y désignent le constituant comme chef exécutif de la société et lui donne pouvoir de retirer des actifs, de toucher un salaire ou bien d'utiliser une carte de crédit de la société. Ainsi, le propriétaire bénéficiaire des actifs garde-t-il un accès instantané à son argent, ainsi que le contrôle de ses avoirs, sans aucun indice normal de propriété. Toute tentative d'interférence avec les actifs de la société sera repoussée par les lois de la place où est implanté le fond en question. Toujours dans la même lignée, les fonds fiduciaires et les SAI sont souvent administrés par des sociétés fiduciaires de fait non réglementées. Les criminels peuvent avoir recours à une société de fiducie fonctionnant dans un centre financier offshore pratiquant le secret fort pour occulter complètement le transfert d'actifs. Les sociétés de fiducie non réglementées cachent ces actifs en déplaçant des parts de société d'un compte à un autre, en changeant les noms des sociétés, en opérant des fusions et en remplaçant les documents correspondants sur instruction du constituant. Les possibilités que ces mécanismes juridiques offrent à toutes sortes de comportement illicites mettent donc le monde international des affaires dans une position délicate.

Nous nous proposons d'illustrer ces structures juridiques qui garantissent l'anonymat en nous attachant au cas du Liechtenstein. En effet, ce pays offre une grande diversité de statuts juridiques aux sociétés offshore qu'il abrite. Il existe ainsi des fondations, des entreprises fiduciaires et une catégorie spécifique d'entité dénommée « *Anstalt* ». Il s'agit d'une entité dotée de la personnalité morale et qui n'est à proprement parlé ni une société, ni un contrat de droit privé du type trust. La direction d'un Anstalt appartient à son ou ses

fondateurs qui nomment des administrateurs auprès desquels ils peuvent désigner un Kurator, sorte de conseil qui partage le pouvoir de décision. Ce montage juridique permet donc aux véritables décideurs (les propriétaires-fondateurs) de rester dans l'ombre alors que seuls apparaissent publiquement leurs mandataires (les administrateurs) ou le Kurator. Il faut aussi souligner que cette entité juridique n'est nullement soumise à l'obligation de publier des comptes, pas plus qu'à celle de tenir une assemblée annuelle. L'anstalt est donc la parfaite illustration de l'outil juridique recherché par d'éventuels blanchisseurs.

3) Les instruments financiers anonymes.

Il s'agit encore ici de produits qui utilisent l'anonymat pour blanchir des capitaux d'origine illicite. Nous l'avons déjà envisagé, le point clef d'un mécanisme de blanchiment est l'utilisation d'un instrument qui empêche l'identification de l'ayant droit économique. Dans son rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux 2001-2002, le GAFI a porté une attention tout à fait particulière aux valeurs mobilières au porteur et autres instruments négociables. Le GAFI met en évidence le fait que les titres aux porteurs que l'on peut se procurer sur certaines places peuvent être d'une grande utilité pour les réseaux internationaux de blanchiment de capitaux. Nous allons donc nous intéresser à ces différents instruments.

(a) Les valeurs mobilières au porteur.

Les valeurs mobilières au porteur se composent d'obligations au porteur, de certificats d'actions au porteurs appelées « actions au porteur ». Comme dans les cas des titres nominatifs, ces deux instruments sont émis par une société dans l'objectif de lever des capitaux. Néanmoins, la méthode de transfert est différente des titres nominatifs. Lorsque les titres nominatifs sont transférés à un nouveau propriétaire, le nom de ce dernier doit être enregistré pour que le transfert soit valable. Quand il s'agit de titres de valeurs mobilières au porteur, comme il n'y a pas de registre des titres, le transfert a lieu par la remise physique du titre obligataire ou de certificat d'actions. Dans tous les cas, ces derniers représentent une part de l'entreprise émettrice. Le nombre d'actions détenues par une personne détermine donc son degré de contrôle sur la société. Or, dans le cas des actions au porteur, il est beaucoup plus difficile de savoir qui possède les certificats au porteur et par conséquent qui a le contrôle de

l'entreprise. Or, ce sont justement ces difficultés d'identification des actions au porteur qui sont utilisées par les blanchisseurs pour dissimuler les propriétaires effectifs des entités intervenant dans des réseaux de blanchiment de capitaux.

Le rapport du GAFI précise néanmoins que de nombreux pays membres de l'organisme ont abandonné l'utilisation de ces valeurs mobilières au porteur et les entreprises ne peuvent plus les émettre. Néanmoins, d'autres pays membres du GAFI autorisent l'émission d'actions au porteur et soutiennent qu'elles ont des fonctions légitimes, car elles facilitent l'achat et la vente par le biais d'écriture comptable. Il ne s'agit donc pas uniquement d'un problème propre aux mauvais élèves traditionnels en matière de blanchiment.

(b) Les lettres de change

En général, l'utilisation de tels instruments n'a pas besoin d'être déclarée. Dans nombre de pays membres du GAFI, les obligations d'identification ne s'appliquent pas sauf s'il s'agit de transactions en espèces ou d'un montant supérieur à un certain seuil. Une lettre de change constitue un ordre écrit inconditionnel émanant d'une partie (le tireur – la banque émettrice), par lequel une deuxième partie (le tiré – la banque correspondante) paie un montant fixe à une partie désignée (le bénéficiaire). Le rapport du GAFI précise que ces instruments ne font pas partie de la catégorie des instruments au porteur mais qu'ils apparaissent souvent dans le cas de blanchiment de capitaux au côté des instruments au porteur au sens strict du terme.

4) Le système de la représentation fiscale.

Après nous être attachés aux mécanismes internationaux, nous pouvons revenir à un mécanisme français pour clore cette partie qui n'est en aucun cas exhaustive.

En ce qui concerne la représentation fiscale, il s'agit d'un mécanisme juridique tout à fait légal mais qui peut soulever certaines interrogations. L'article 164 C du Code général des

impôts dispose en effet que « *les personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal en France mais qui y disposent d'une ou plusieurs habitations, à quelque titre que ce soit, directement ou sous le couvert d'un tiers, sont assujetties à l'impôt sur le revenu sur une base égale à trois fois la valeur locative réelle de cette ou de ces habitations (...)* »

Cette taxe de 3 % est un prix de l'anonymat abordable pour des blanchisseurs. Ce système de la représentation fiscale permet à tout un chacun de ne pas se déclarer propriétaire d'un bien immobilier. Le rapport de la mission parlementaire sur le blanchiment de capitaux met en exergue ce problème technique. Il s'attache plus particulièrement au problème des SCI monégasques qui mettent en œuvre cette disposition.

En effet, la convention fiscale du 18 mai 1963 qui régit les rapports entre Monaco et la France pose des problèmes d'application. Selon les termes de l'article 20 de cette convention, la France est en droit de solliciter de l'autorité monégasque des renseignements sur l'identité des porteurs de parts des SCI monégasques détenant des immeubles en France soumis à la taxe de 3 %. En général, face à cette demande, les autorités monégasques répondent que cet article ne prévoit de fournir des renseignements sur les porteurs de la SCI que s'ils sont utilisés en vue de définir l'assiette de l'impôt sur le revenu, et non pas pour appliquer la taxe de 3 % qu'ils considèrent comme un droit d'enregistrement. Il s'agit donc d'une subtilité d'interprétation qui emporte la malheureuse conséquence que les services français n'obtiennent jamais les renseignements voulus. Cet exemple illustre le fait qu'il est nécessaire de combiner cet article français avec une convention fiscal dépourvue de toute ambiguïté.

Le secret professionnel est donc une question cruciale du traitement du blanchiment d'argent sale. En France, le parti a été pris de mettre en avant cette lutte au sacrifice d'une confidentialité d'affaire. Le dispositif légal met donc au cœur du système de lutte les professionnels qui sont susceptibles d'être au courant d'une opération de blanchiment. L'outil théorique semble extrêmement bien adapté et il a su évoluer avec le temps. Néanmoins, force est de constater que la réalité ne rencontre pas toujours la théorie. Les problèmes existent, qu'ils soient d'ordre pratiques ou théoriques. C'est pourquoi il paraît intéressant de voir si de nouvelles perspectives peuvent éventuellement s'offrir à la question du secret professionnel au regard des événements récents dans le monde financier ou juridique.

Deuxième partie : Vers une nouvelle approche du secret professionnel.

Après avoir étudié plus précisément l'actualité du sujet nous verrons quelles solutions sont envisageables par les différents acteurs.

I. LES REPOSES AU NIVEAU NATIONAL.

La lutte contre le blanchiment de capitaux est particulièrement d'actualité depuis quelques mois. En janvier 2002, l'affaire mettant en cause la Société Générale a mis en évidence ce que d'aucun ont qualifié de lacune dans le dispositif légal. Quelques mois plus tard, la mission parlementaire Peillon rend son rapport sur le blanchiment de capitaux, dernier volet d'une longue étude qui est allée au-delà de nos frontières nationales.

A. Un monde bancaire en première ligne de la problématique.

1) Une profession a priori strictement encadrée

(a) Quelques chiffres.....

Comme nous l'avons démontré dans notre première partie, les établissements de crédit sont au cœur du dispositif de vigilance. Cela est dû à des facteurs tels que la nature de leur activité, la densité de leurs réseaux sur le territoire, ainsi que la structure hiérarchique de leurs organigrammes. Quelques chiffres permettent d'illustrer cet état de fait. En 2001, les banques ont été à l'origine de 67 % des déclarations de soupçon transmises à Tracfin. Cette proportion est constante alors même que le volume total des déclarations est lui-même en forte progression car il a doublé entre 1999 et 2001. Les déclarations du secteur bancaire représentent les deux tiers des déclarations sur la période 1996-2000, auxquels il faut ajouter les 14 % en provenance des établissements financiers publics (Caisse des dépôts, La Poste, le Trésor public). En 2001, les déclarations étaient au nombre de 2400 sur 67 millions de comptes bancaires ouverts en France et sur les quelques 10.7 milliards d'opérations qui transitent chaque année dans les systèmes interbancaires. La profession bancaire est dotée d'une très bonne organisation qui comprend à la fois un organe disciplinaire et un organisme professionnel représentatif et structuré. Sa contribution à la lutte contre le blanchiment comme étant « homogène et cohérente ¹¹ » paraissait donc un fait établi. C'est pourquoi l'annonce en janvier dernier de la mise en examen de dirigeants de la Société Générale, une des plus grande banque de la place de Paris, a fait l'effet d'un véritable cataclysme au sein du monde bancaire. Face à un dispositif légal aussi complet et apparemment sûr, on peut légitimement se demander d'où viennent les failles. C'est ce que nous allons voir en disséquant quelques pratiques bancaires qui peuvent être des vecteurs de risques.

(b) Mécanismes utilisés par les banques françaises pour contourner le système.

Dans la première partie, nous avons abordé les mécanismes juridiques utilisés par les blanchisseurs pour arriver à leurs fins. Les banques quant à elles sont parfois confrontées à des problèmes concurrentiels et pour y répondre, elles ont trouvé quelques mécanismes qui leur permettent de satisfaire les attentes de certains clients internationaux.

- **Implantation dans les centres offshore**

¹¹ Rapport parlementaire, p. 16 et suite

Le rapport Peillon est assez sévère envers ces techniques. Selon lui « *les pays industriels occidentaux qui animent les GAFI font preuve d'une hypocrisie coupable en tolérant, au-delà des condamnations vertueuses des centres offshore et des territoires non coopératifs, des implantations massives de leurs agents économiques dans ce type d'Etats.* ». Il est même établi que certains Etats tels que les Etats-Unis encouragent ces implantations en autorisant les montages d'évasion fiscale destinés à garantir leur compétitivité commerciale internationale. En effet, la loi américaine sur les sociétés de vente à l'étranger officialise ainsi l'exonération fiscale des sociétés qui domicilient, de façon tout à fait artificielle, les profits générés par des contrats internationaux, dans leurs filiales implantées dans les centres offshore. Concrètement, les agents économiques des pays occidentaux utilisent massivement la souplesse et les facilités procurées par les centres offshore et en tirent un grand profit.

Les établissements bancaires français ne font pas exception à cette règle et la mission Peillon a pu vérifier cette situation en étudiant plus spécifiquement le cas des îles Caïman. Au côté des Bahamas, ces îles constituent une implantation privilégiée de la finance internationale dans la Zone caraïbe. Les îles Caïman possèdent toutes les caractéristiques du centre offshore. Leur législation met en place un secret bancaire extrêmement fort, la création de société se fait de manière à la fois souple et simple, la supervision financière est à son strict minimum et la fiscalité est allégée. Ce territoire met donc à la disposition d'éventuels blanchisseurs un panel d'outils très intéressants. Leur poids financier est considérable et l'on évalue à 500 milliards de dollars les dépôts gérés par les banques immatriculées aux îles Caïman, ce qui en ferait la cinquième place financière mondiale.

Le rapport de la mission parlementaire dénonce la duplicité de la réglementation applicable à l'exercice de l'activité bancaire dans ce territoire. Deux catégories de licences (A et B) peuvent être délivrées en fonction des catégories de contreparties avec lesquelles l'établissement est habilité à traiter. La catégorie B est particulièrement intéressante parce que les contraintes d'agrément et de fonctionnement sont très souples. La plupart des établissements choisissent cette catégorie dans la mesure où ils ne peuvent effectuer leurs opérations qu'avec des non-résidents des îles. En outre, ce centre offshore a longtemps organisé le développement de banques-coquilles car il n'existait aucune obligation de présence physique sur le territoire. La désignation d'un simple représentant local incarné par des cabinets juridiques qui ne gèrent aucunement les comptes est suffisante.

Ces éléments sont autant de raisons de l'implantation de quelques 600 banques sur les îles Caïman dont seulement une trentaine sont d'origine locale. Les banques françaises ne sont pas absentes de ce paysage financier comme le montre le tableau suivant.¹²

Les banques françaises implantées dans les îles Caïman	
A la date du 31 décembre 2001	
Raison sociale	Type de licence
Banque nationale de Paris	Banque et trust
Banque Sudameris	Banque et trust
BNP Paribas Private Bank and trust Cyman limited.	Banque et trust
Crédit agricole Indosuez	Banque
Crédit industriel et commercial	Banque
Crédit Lyonnais	Banque
Inchauspe Bank corporation	Banque
Indosuez Trust Compagny (Cayman) Ltd	Trust
Natexis Banques populaires	Banque
Parisbas	Banque
Société Générale	Banque

De même, le rapport constate que les banques françaises sont très discrètes sur ce type d'implantation et ont tendance à les dissimuler aux pouvoirs publics. M. Jean-François Thony déplore lui-aussi cette situation en déclarant « *Douze banques françaises, qui ont pignon sur rue en France ont des filiales aux îles Caïman. Je ne porte pas le blâme sur aucune de ces banques. Mais lorsque la législation française sur le blanchiment impose d'être très pointilleux sur l'origine des fonds, il est évident qu'on préfère passer par les filiales de ces banques dans ces pays-là pour faire les transactions.* »¹³

- **Le risque des banques correspondantes.**

L'implantation de filiales dans des centres offshore ne constitue par l'unique danger qui se présente aux banques françaises. En effet la capacité de nuisance de certains centres offshore et des entités plus ou moins fictives qui y sont immatriculées est démultipliée par les

¹² Tableau tiré du rapport parlementaire Peillon, p. 105

¹³ Audition de M. THONY par la mission. Responsable du programme des Nations unies pour la lutte contre de blanchiment.

modes de fonctionnement traditionnel des échanges interbancaires. C'est d'ailleurs essentiellement le système des comptes de correspondants entre les établissements bancaires qui doit être montré du doigt. Le principe est le suivant : une banque correspondante délivre à une autre banque des services bancaires afin de lui permettre de réaliser des transactions financières internationales pour son compte et celui de ses clients, dans des Etats où elle n'a pas d'implantation physique. C'est ainsi que les grandes banques internationales telles que celles citées dans le tableau sont à même d'avoir un réseau très ramifié au niveau mondial. Elles peuvent ainsi assurer des fonctions de correspondants pour des milliers de banques dans le monde.

Le système des banques correspondantes a été récemment mis en cause dans des affaires impliquant de grandes banques françaises. En étudiant ces affaires, nous allons donc mettre en évidence les dangers de ces mécanismes.

2) L'affaire de la Société Générale

(a) Les faits

En janvier dernier, ce que les journalistes ont qualifié de véritable cyclone a ébranlé le monde bancaire français. En effet, des membres de l'état-major de la Société Générale ont été mis en examen le 14 janvier 2002 pour blanchiment aggravé dans le cadre d'une affaire de blanchiment entre la France et Israël. Cette mesure a touché le PDG de la banque ainsi que le directeur général délégué et le directeur général adjoint. En mars 2002, c'est la Société Générale qui est mise en examen en tant que personne morale. La banque venait alors allonger la liste des établissements bancaires déjà mis en examen dans le cadre de cette affaire, et qui comprend notamment la BRED (groupe Banque Populaires), la Sociétés marseillaise de Crédit (SMC, filiale de CCF), American Express Bank France et Leumi France.

Pourtant, l'affaire ne date pas d'hier et elle est le fruit d'un long processus d'instruction mené par Madame le juge d'instruction Isabelle Prévost-Desprez depuis 1998.

L'affaire en cours d'instruction met en cause des chèques émis en France et qui ont été négociés dans des bureaux de change contre des paiements en espèces après avoir été endossés. Ensuite ces chèques ont été présentés à la compensation par des établissements bancaires israéliens aux banques françaises correspondantes. Or, la société Générale est la banque correspondante de nombreux établissements financiers israéliens. Le système de banque correspondante qui, moyennant une commission, permet à des établissements bancaires étrangers de réaliser des paiements transfrontaliers, est donc pointé du doigt dans cette affaire. A cause de lui, de grandes banques françaises sont impliquées dans l'affaire dite du « Sentier II » en raison de l'insuffisance des contrôles qu'elles exerçaient sur leurs banques partenaires. Il est reproché à la Société Générale de ne pas avoir tout mis en œuvre pour vérifier la chaîne des endos.

Cette affaire a entraîné un grand émoi dans l'ensemble du milieu bancaire et financier. Néanmoins, il est nécessaire de connaître les dispositions légales exactes avant d'analyser cette réaction de manière rigoureuse et sans s'attacher au caractère émotionnel.

(b) Les raisons du trouble dans le milieu bancaire.

C'est l'article 324-1 du Code pénal qui pose la définition du blanchiment. Ce dernier est le fait de faciliter par tous les moyens, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. En outre le blanchiment est qualifié d'aggravé lorsqu'il est commis en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle. La définition est donc extrêmement large et peut toucher le simple conseil et l'assistance.

En fait, ce que le monde bancaire reproche dans cette affaire est l'absence totale, selon eux, d'intentionnalité dans les faits reprochés aux banques. Or, il est vrai que l'intention est un des grands principes de notre droit pénal, établi par l'article 121-3 alinéa 1 du Code pénal qui dispose qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. ». Ce principe s'applique au délit de blanchiment et l'accusation doit établir que la personne savait

que les actifs qu'elle gérait provenaient d'une infraction. Le fait que la rédaction actuelle ne précise pas de manière explicite le caractère intentionnel du délit n'implique pas l'exclusion du principe général de l'intentionnalité des délits.

Or, les banques mises en cause dans ce dossier affirment clairement qu'elles ont toujours rigoureusement respecté leurs obligations légales et mis en place le dispositif nécessaire pour prévenir l'utilisation des circuits d'encaissement de chèques à des fins de blanchiment. De même, dans un communiqué de presse la Société Générale a affirmé qu'« aucun élément du dossier ne laisse supposer qu'un collaborateur ou un service de la banque ait sciemment commis une action de blanchiment ». La notion d'intentionnalité a donc été mise au cœur du débat par les professionnels qui voient en elle leur meilleur argument de défense. Ce débat a d'ailleurs été largement relayé par la presse et a même pris un ton assez virulent et polémique. Ainsi, Maître Michel Beaussier, avocat spécialiste en droit bancaire pénal, a-t-il estimé que la juge d'instruction « *invente de nouvelles normes prétoriennes qui échappent aux règles en vigueur, notamment parce que les banquiers en cause n'ont jamais eu l'intention de participer à un circuit de blanchiment* »¹⁴ Selon lui, les normes que doivent respecter les banquiers en matière de blanchiment devraient être clarifiées tant au niveau européen que national. L'autre argument invoqué par les banquiers est celui d'une impossibilité matérielle de vérifier les quelques centaines de millions de chèques traités chaque années.

Les banques se posent donc en victimes d'un dispositif légal impossible matériellement à mettre en place de manière complète. Le ton est donné, et il est par certains cotés agressif. Pour ce qui est de la réponse de la justice, elle a été beaucoup moins relayée par les médias. Néanmoins, il semble que les enquêteurs et la juge d'instruction reprochent à la Société Générale et à ses dirigeants de ne pas avoir respecté les obligations légales qui leur imposent de vérifier les chèques apportés à l'encaissement. Alors que les banquiers savaient que des circuits de blanchiment étaient susceptibles d'exister, rien n'aurait été fait pour leur barrer la route. Les enquêteurs ont en effet trouvé lors de leur perquisition il y a de cela plusieurs mois des notes et documents internes qui alertaient les dirigeants sur le caractère éventuellement anormal de certaines opérations. L'accusation semble donc avoir une preuve du manquement aux obligations de vigilance en établissant la continuité d'un comportement inactif en dépit des observations répétées des corps de contrôle interne.

¹⁴ Article de La tribune, article de Dominique Mariette du 15/01/2002

3) Une réflexion entamée grâce à cette affaire.

Au-delà des conséquences pour les banques mises en cause, l'affaire de la Société Générale a mis en mouvement une réflexion nationale du monde bancaire et de l'Etat pour trouver des solutions afin d'éviter qu'une telle situation ne se reproduise. Il est apparu très rapidement que la question de l'intentionnalité était un faux problème et qu'il fallait plus s'intéresser aux obligations de chacun.

Dès le lendemain de la mise en cause des dirigeants de la Société Générale, l'Association Française des Banques a fait part de son émotion et a réclamé « solennellement aux plus hautes autorités de ce pays » la réponse « urgente » à deux questions clés dans cette affaire :

- Peut-on être coupable de blanchiment ou de tout autre crime ou délit sans intention de le commettre ? Une telle intention peut-elle être déduite d'une organisation ou d'un comportement conforme aux pratiques et usages établis ?
- Quelles sont les obligations qui incombent aux banques à l'occasion de la circulation des moyens de paiement ?

Dans les développements précédents, nous avons déjà répondu à la première question en posant le principe de l'intentionnalité comme une condition sine qua non à toute incrimination. Reste à connaître la réponse à la seconde interrogation. Pour cela, le ministre de l'économie avait annoncé la création d'un groupe de travail réunissant l'Etat, les banques et la Commission bancaire afin d'établir une sorte de code de bonne conduite pour le contrôle des transactions par chèques. Le fruit de ce travail collectif semble avoir vu le jour le 18 avril dernier. En effet, la veille, le quotidien financiers Les Echos révélait que le Comité de la réglementation bancaire allait examiner un projet de texte fixant les nouvelles obligations des banques françaises en matière de lutte contre le blanchiment et en particulier l'utilisation des chèques.

Le projet met l'accent sur l'obligation des banques de mieux connaître leurs clients. Cette option a été préférée à celle imposant un contrôle minutieux à l'extrême des chèques transitant dans les agences bancaires, dont le nombre est supérieur à 4 milliards par an. Le groupe de travail créé en janvier a proposé un catalogue de mesures pratiques censé répondre à l'urgence. Il est ainsi prévu que les banques effectuent une vérification à 100 % des chèques provenant d'un pays inscrit sur la liste noire du GAFI et sur lesquels un endos au bénéfice d'un tiers qui n'est pas un établissement financier a été ajouté. Faute de procéder à cet effort de vigilance, les banques encouraient une sanction disciplinaire de la Commission bancaire. Pour les chèques provenant de la centaine de pays situés dans la « zone grise » du GAFI, moins infamante que la liste noire mais qui laisse néanmoins des doutes, il est prévu que les banques se livrent à des sondages. Il n'a pas encore été décidé dans quelle proportion ceux-ci doivent s'effectuer.

Cependant, le projet prévoit que les banques ne seraient soumises à aucune nouvelle obligation pour les chèques échangés avec des établissements de pays membres du GAFI ou d'autres banques françaises. Une autre proposition obligerait les banques à vérifier périodiquement la chaîne de transit des chèques en provenance de l'étranger. Il semble même que la mesure pourrait être reprise par le GAFI.

Il est enfin prévu une clause de renvoi, indiquant que le contenu de ce règlement CRBF sera réexaminé dans un délai à déterminer selon les circonstances. S'il est adopté ce texte sera homologué par le ministre de l'économie et des finances sous la forme d'un arrêté ou d'un décret.

Toutes ces informations sont issues d'un article de presse datant du 18 avril 2002¹⁵ et il y était précisé que le texte était d'une « technicité très pointue » selon les dires de Bercy et qu'il était susceptible de subir des arbitrages ultimes. Néanmoins, on peut déceler de nouveaux principes intéressants.

« L'affaire de la Société Générale »¹⁶ a permis une mise au point des obligations pratiques à la charge des établissements financiers. Ces derniers seront satisfaits par cette

¹⁵ La Tribune, édition du 18 avril 2002, article de Jean-Philippe Lacour

¹⁶ Cette affaire a connu de récents « rebondissements ». Selon le journal Le Monde, la juge d'instruction Valérie Salmon a mis en examen le directeur commercial du secteur Paris-Est de la Société Générale pour « blanchiment

clarification qu'ils appelaient de leurs vœux dès le mois de janvier. Néanmoins, on peut penser que ce sera une mince consolation pour ce milieu qui revendiquait l'ajout par la voie législative du caractère intentionnel dans la définition du délit de blanchiment.

Après nous être longuement attardé à cette actualité brûlante du monde bancaire, nous allons nous tourner vers un autre monde qui est celui du législateur. En effet, le dernier volume du rapport parlementaire Peillon a été rendu public mi-avril et il a en germe une approche nouvelle des obligations des professionnels, approche qui sera peut-être la réalité de demain.

B. Les propositions du rapport : vers une nouvelle approche du traitement de la lutte contre le blanchiment de capitaux et du secret professionnel.

Comme nous l'avons montré dans nos développements précédents, le dispositif actuel pourrait être amélioré afin d'être plus efficace. C'est pourquoi le rapport Veillon a fait quelques propositions tendant à ce résultat.

1) Les propositions des rapporteurs français.

(a) Assujettissement à la déclaration de soupçon des commissaires aux comptes, experts comptables externe, conseillers fiscaux et

aggravé » le 24 janvier 2002 et soupçonne la banque d'avoir pris part au recyclage de 200 millions d'euros entre fin 1998 et 2000. La magistrate reprocherait à la banque d'avoir poursuivi ses prestations de service avec trois bureaux de change suspects après avoir soumis à Tracfin une déclaration de soupçon concernant trois de leur compte. Sensiblement plus importante que dans l'affaire du Sentier II, les sommes en jeu apportées de manière répétée par 600 déposants aux bureaux de change étaient, selon Le Monde, de 10 000 à 30 000 francs. Des importateurs chinois dans les domaines de la maroquinerie, de la restauration et de la distribution auraient ainsi transféré l'argent accueilli dans les bureaux de change de comptes tenus par la Société Générale vers des banques chinoises. Une opération qui leur permettait de frauder le fisc. Quant à la banque, elle se défend en mettant en avant le fait que si elle avait cessé toute contact avec ces clients, ils auraient pu prendre la fuite.

*de certaines professions juridiques indépendantes,
conformément à la directive du 2/12/2001.*

Cette proposition reprend la lettre et l'esprit de la directive européenne que nous étudierons plus précisément dans la seconde partie.

(b) Suppression de l'anonymat fiscal ainsi que des bons et contrats de capitalisation anonyme.

Dans la mesure où tout instrument financier ou juridique qui a un caractère anonyme est potentiellement dangereux, les rapporteurs de la mission proposent de mettre fin à tous ces mécanismes. En mettant fin à l'anonymat, la tâche pour les blanchisseurs est rendue plus difficile.

(c) Acte authentique obligatoire pour cession dans les SCI.

La trop grande souplesse du fonctionnement des SCI étant un vecteur non négligeable de blanchiment, il apparaît nécessaire de remédier à cette situation. La plupart des gens qui n'ont rien à cacher ont déjà l'habitude de passer un acte authentique à l'occasion d'une cession (85 %). Rendre cette démarche obligatoire ne serait donc pas préjudiciable pour cette catégorie de la population, en revanche, cela rendrait la tâche plus ardue pour d'éventuels blanchisseurs. En effet, leurs opérations seraient désormais passées sous le crible vigilant du notaire qui se doit de dénoncer les opérations qu'il juge douteuses.

(d) Pénalisation du manquement de vigilance

La mission parlementaire milite depuis sa création pour la pénalisation de la négligence au regard des obligations de vigilance. Selon le rapport, cette pénalisation

relèverait des alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal selon lequel *« Il y a aussi délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.*

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. »

Ce sont ces manquements aux « diligences » ou ces violations « manifestement délibérées » des obligations de vigilance que la mission entend réprimer sans obliger l'accusation à prouver que le professionnel ayant organisé de manière crédible sa négligence l'origine illicite des fonds qu'il manipulait. Selon les rapporteurs, cette proposition conduirait à une application plus limitée du principe d'intentionnalité qui suscite tant d'émoi dans le monde des professionnels. Si cette proposition était adoptée, il resterait à l'accusation à apporter la preuve de l'intentionnalité du manquement aux obligations de vigilance, en établissant, par exemple, la continuité d'un tel comportement malgré les observations répétées des autorités de régulation ou des corps de contrôle internes.

Néanmoins, il n'est pas certain que cette pénalisation soit mieux accueillie par les professionnels car elle peut se révéler lourde de conséquence. La Mission avait d'ailleurs échoué à instituer cette pénalisation lors de la discussion de la loi sur les nouvelles régulations économiques. Le combat n'est pourtant pas réellement perdu car cette idée a été reprise lors de la Conférence des Parlements de L'union européenne contre le blanchiment qui a eu lieu les 7 et 8 février 2002.

2) Les propositions adoptées par la Conférence des Parlements de L'union européenne contre le blanchiment.

Lors de cette conférence, la déclaration finale dite « Déclaration de Paris » propose 26 propositions destinées à améliorer au niveau européen la lutte contre le blanchiment de capitaux. Nous allons décrire celles qui apporteraient une solution aux failles envisagées dans la première partie.

(a) Sanctions pénales en cas de manquement au devoir de vigilance.

Comme nous venons juste de le voir, la proposition nationale du rapport Peillon avait été rejetée l'an dernier, néanmoins, elle a été inscrite au nombre des propositions actées par la Conférence. Cette solution a été d'autant plus facile qu'au niveau européen un certain nombre de pays connaissent déjà ce dispositif (la Belgique et l'Espagne semblent avoir adopté cette position).

La proposition 53 est donc rédigée de cette manière : « Assortir de sanctions pénales le manquement à leurs obligations de vigilance des professions qui y sont soumises »

En fait, seulement deux titres de la déclaration nous intéressent. Il s'agit d'une liste de ce que les Etats de l'union considèrent comme étant leur futur code de bonne conduite.

(b) La transparence des mouvements de capitaux

Dans cette déclaration, le constat est fait qu'une lutte efficace contre le blanchiment et la délinquance financière impose de pouvoir reconstituer l'historique des mouvements de capitaux. La traçabilité des opérations et des donneurs d'ordre est donc prioritaire, comme nous l'avons déjà démontré. Cependant, de nombreux obstacles existent :

- L'opacité de certaines entités juridiques (fiducies, établissements, fondations) et des comptes anonymes
- L'opposabilité aux enquêteurs de différents secrets professionnels, dont le secret bancaire.
- Le fonctionnement de certains services financiers internationaux (remise de fonds, compensation, virements interbancaires) qui ne permet pas toujours d'identifier le donneur d'ordre.

Plusieurs propositions sont donc faites pour remédier à ces situations.

□ **Considérant 15 :**

Prévoir une déclaration systématique auprès de l'unité du renseignement financier des opérations menées avec des fonds fiduciaires ou assimilés, en cas d'impossibilité d'identifier l'ayant droit économique

□ **Considérant 16**

Réglementer la forme des fiducies (documentation normalisée, interdiction des clauses suspectes)

□ **Considérant 17**

Prévoir l'obligation d'inscription des fiducies sur un registre central ainsi que l'identification des bénéficiaires.

□ **Considérant 18**

Harmoniser les procédures de levée des secrets professionnels.

□ **Considérant 19**

Généraliser l'accès des unités de renseignement financier aux informations détenues par les organismes financiers ;

□ **Considérant 20**

Créer un registre central des comptes bancaires.

□ **Considérant 21**

Normaliser, au niveau mondial, l'obligation d'identification du donneur d'ordre dans les messages financiers internationaux.

□ **Considérant 22**

Prévoir l'identification par les fournisseurs d'accès des auteurs de transactions financières sur Internet.

Le traitement du secret professionnel est bien présent dans ces « bonnes résolutions » des membres de l'union européenne. Dans un espace où les normes tendent à s'harmoniser dans tous les domaines, il paraît logique et normal que cette question se retrouve au cœur d'un dispositif commun de lutte contre le blanchiment de capitaux.

Le second point traité dans la déclaration est celui des territoires non coopératifs.

(c) Les sanctions contre les pays et territoires non coopératifs.

Face aux pays non coopératifs, la détermination et l'application des sanctions dépendent actuellement des Etats. Une action coordonnée de l'Union européenne dans ce domaine viendra renforcer l'efficacité des sanctions, tel est l'objet des résolutions suivantes.

□ **Considérant 25**

Renforcer les obligations d'identification de l'ayant droit économique par les organismes financiers avant l'établissement de relations avec des particuliers ou entités de ces pays ou territoires.

□ **Considérant 26**

Renforcer les mécanismes de déclaration ou prévoir une déclaration systématique auprès de l'unité de renseignement financier des opérations financières avec ces pays ou territoire.

□ **Considérant 27**

Renforcer les ratios prudentiels applicables aux opérations financières menées avec ces pays ou territoire.

□ **Considérant 28**

Assortir de conditions, restreindre, surtaxer ou interdire les opérations avec des particuliers ou entités situées dans ces pays et territoires.

□ **Considérant 29**

Interdire aux établissements des pays membre de l'Union européenne d'ouvrir des filiales, succursales ou bureaux de représentation dans ces pays ou territoires ou d'y détenir des comptes de correspondants.

□ **Considérant 30**

Interdire aux établissements financiers dont le siège social est implanté dans ces pays et territoires d'ouvrir des filiales, succursales ou bureaux de représentation dans l'Union européenne ou d'y tenir des comptes de correspondants.

Les intentions des parlementaires ont le mérite d'être claires. Le danger des pays non coopératifs et des centres offshore est posé sans ambiguïté. Il semble qu'il y ait au sein de l'Union un consensus général sur le principe même de la lutte contre ces entités. Quant aux armes à utiliser, la lutte contre l'anonymat et l'opacité semble donc en première ligne. Des solutions concrètes sont peut-être plus difficiles à mettre en place au plan des relations internationales imprégnées par le principe de souveraineté nationale. La volonté politique semble exister. Il faut désormais attendre son exécution dans chaque pays signataire.

II. UNE PERSPECTIVE PROCHE : LA LEVEE DU SECRET PROFESSIONNEL DES AVOCATS.

Après avoir exposé les problèmes liés à la profession d'avocat au regard du système actuel tant français qu'europpéen, nous nous attacherons plus spécialement aux perspectives qu'apportent la nouvelle directive européenne sur le blanchiment de capitaux.

A. Les problèmes liés à la profession d'avocat

1) Point sur la directive européenne du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Avant d'analyser les modifications apportées par la directive du 4 décembre 2001, il convient de comprendre le mécanisme et peut-être les insuffisances de cet instrument juridique européen.

Une lecture rapide de la directive de 1991 montre qu'elle a mis en place un dispositif quasi identique à celui posé au niveau français par la loi du 12 juillet 1990. Elle pose un système qui vise à la révélation des soupçons, avec le modèle qui est quasiment celui de Tracfin et qui vise donc au premier chef les banques et les institutions financières. D'aucun avaient jugé regrettable que l'Europe n'ait pas plutôt mis en place un système d'entraide systématique entre les pays membres afin d'éviter que les frontières ne deviennent des refuges. Ce n'est donc pas tant sur l'entraide judiciaire que sur un dispositif de déclaration de soupçon que se fonde la directive de 1991.

En ce qui concerne le secret professionnel des avocats, rien de précis n'existait dans la directive. Néanmoins, on pouvait voir dans son article 12 une disposition qui était susceptible d'intéresser directement ces derniers. Cet article dispose que « *Les Etats membres veillent à*

étendre tout ou partie des dispositions de la présente directive aux professions et catégories d'entreprises autres que les établissements de crédit et institutions financières visés à l'article premier, qui exercent des activités particulièrement susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux. »

On peut donc voir que dès 1991, au niveau européen, l'obligation de déclaration de soupçon pouvait peser sur la profession d'avocat. Une simple transposition suffisait. Néanmoins, la réponse à la question du secret des avocats a toujours paru évidente aux intéressés ; ils ne sont en aucun cas soumis à obligation de déclaration de soupçon. Pourtant, un faisceau d'indices textuels tendait à mettre à mal ce secret absolu. Au niveau du droit interne, nous avons vu que l'article 561 du Code monétaire et financier pouvait éventuellement faire l'objet d'une interprétation allant dans ce sens.

Il semble donc que dès les années 1990, les germes d'une remise en cause du secret professionnel des avocats aient été mis en place. Néanmoins, il n'y avait pas de volonté politique d'aller jusqu'au bout et de bouleverser une profession juridique aussi attachée à son secret professionnel. Pourtant, les failles de ce système basé sur un compromis sont apparues rapidement tant au niveau national qu'au niveau européen. Le mouvement était à l'extension des personnes soumises à la déclaration de soupçon. La commission européenne a envisagé dès 1998 de modifier la directive du 10 juin 1991 et d'étendre l'obligation de révélation de soupçons à de nombreux professionnels au nombre desquels figurent les avocats. Cependant, cette solution n'est pas sans poser quelques difficultés d'ordre pratique liés aux fonctions de l'avocat dans les différents pays.

2) Difficultés liées aux fonctions des avocats.

(a) Panorama européen.

Les avocats n'ont pas une fonction universelle et leur rôle varient d'un pays à l'autre, causant ainsi certaines difficultés d'ordre pratique.

Ainsi en France l'avocat est un conseil juridique qui assiste et représente en justice. Il n'est pas un gérant d'affaires. En revanche, les choses peuvent être différentes dans d'autres pays. Ainsi, en Grande Bretagne, les sollicitors peuvent faire des transactions immobilières, de la gestion d'affaires. Ils peuvent en outre exercer l'activité de trustee, c'est à dire se charger de l'administration de biens qui leur sont confiés. Or nous avons vu que ce mécanisme juridique est un vecteur potentiel de blanchiment de capitaux. Les avocats anglais ont quant à eux la faculté de réaliser un certain nombre d'opérations sur des instruments financiers dans le cadre de contrats qui dépassent de très loin le concept de louage d'ouvrage auquel le système français est habitué et qui est constitué du mandat et de la gestion d'affaires. Autre exemple, les avocats suisses (pays qui n'est pas dans l'Union mais qui est proche de nous en raison de nombreuses relations) peuvent exercer une activité de mandataire fiduciaire, de gérant d'affaires. Ils exercent cette activité en plus de leur activité de conseil ou de représentation judiciaire.

Dans la mesure où la directive vise les avocats pour l'ensemble des pays de l'Union européenne, elle se doit de traiter toutes les situations. Or, comme nous l'avons démontré, le champ d'application de la directive des avocats est difficile à déterminer en raison de leur domaine d'activité qui est variable d'un pays à l'autre.

(b) Les arguments de la profession contre cette levée du secret.

L'annonce de l'extension de la directive européenne au secret professionnel a rapidement créé un émoi au sein de cette profession. La très grande partie des professionnels s'insurge contre cette mesure qu'ils considèrent comme attentatoire à l'un des « *principe pilier* » de la profession.¹⁷ Comme nous l'avons vu dans notre première partie, le secret professionnel est un élément essentiel du droit pénal ou des droits de la Convention européenne des droits de l'homme et font ainsi partie des droits fondamentaux selon les avocats. Les avocats critiquent fermement le discours des politiques qui, selon eux, caricaturent la situation. Ainsi ce discours est-il perçu de la manière suivante par un professionnel tel que Maître Vatier lors de l'assemblée générale de l'UNCA en janvier 2001: « *la lutte contre le blanchiment est une priorité essentielle dans une société organisée. Il faut*

¹⁷ Michel Beaussier, Droit & Patrimoine, novembre 2001

faire sauter tous les obstacles. Faisons sauter tous les obstacles des professions qui ont attaché à leurs prérogatives le secret professionnel, comme cela nous aurons une véritable transparence » (...) « *Je ne suis pas sûr que la transparence soit la meilleure des vertus. Et ceux qui l'utilisent, bien souvent ont des choses à cacher »*

Par ailleurs, on peut noter qu'à mesure que la date fatidique de l'adoption de la directive approchait les propos des avocats étaient de plus en plus dures et critiques. Ainsi, Maître Beaussier (que l'on retrouve aussi dans l'affaire de la Société Générale) déclare-t-il fin 2001 : « *Mon sentiment, partagé par l'ensemble de mes confrères, est que les technocrates français et européen, pour faire oublier l'échec cuisant de la lutte contre le blanchiment, se servent en partie des avocats comme boucs émissaires.* » Le ton est donc donné, et les avocats semblent se poser en victime du système.

Leur principal argument, en plus du fait que le principe du secret professionnel est posé par la loi est l'affirmation que dans un Etat de droit, ce n'est pas parce que l'on défend un criminel que l'on est soi-même criminel. Ainsi, quand un avocat défend un délinquant, même le pire selon la société (un blanchisseur), il reste néanmoins avocat et n'est pas lui-même complice d'activités criminelles. En outre, les professionnels mettent en exergue la situation curieuse qui découlerait de la levée du secret. De fait, les avocats pourraient ne pas être tenus de dénoncer un assassin qui leur aurait avoué ses crimes, tandis qu'ils seraient obligés de dénoncer quelqu'un sur la base d'une incertitude. L'exercice de la profession est intimement lié au secret professionnel et ce dernier est ressenti comme étant un et indivisible par ceux qui l'exercent.

En outre, les avocats estiment ne pas être le maillon le plus faible dans la chaîne de lutte contre le blanchiment de capitaux. Ils dénoncent ainsi les mécanismes que nous avons décrits dans notre première partie. Pour eux, aujourd'hui, la lutte contre le blanchiment ne se passe plus seulement par l'identification des personnes physiques ou morales qui donnent des ordres ou qui en bénéficient. Or, nous avons déjà constaté que les textes actuels ne le permettraient pas. Et c'est ce constat que déplorent les avocats. Ainsi, ils pointent du doigt les paradis fiscaux, les sociétés holding qui assurent l'anonymat à leur dirigeant. Néanmoins, s'occuper de ces mécanismes juridiques n'empêche pas de traiter du secret des avocats.

Afin de mieux comprendre les réactions des avocats et la position de la Commission européenne, une étude des dispositions de la nouvelle directive s'impose.

B. Analyse de la nouvelle directive européenne.

1) Présentation de la nouvelle directive et du champ d'application de ce nouveau dispositif.

La directive met en place un système où le secret professionnel de l'avocat est absolu pour ce qui concerne l'activité judiciaire. En revanche, l'obligation de révélation de soupçons devient non pas une exception au principe du secret professionnel, mais devient un principe par lui-même obligatoire. Cette directive étend le nombre de professionnels actifs dans la lutte contre le blanchiment. Un article 2 bis est ajouté à la directive originelle, qui pose le principe suivant :

« Les Etats membres veillent à ce que les obligations prévues par la présente directive soient imposées aux établissements suivants :

- 1) Etablissements de crédit tels que définis à l'article 1 air, point A ;*
 - 2) Institutions financières telles que définies à l'article 1 air, point B ; ainsi qu'aux personnes morales ou physiques suivantes, agissant dans l'exercice de leur profession :*
 - 3) Commissaires aux comptes, experts comptables externes et **conseillers fiscaux** ;*
 - 4) Agents immobiliers*
 - 5) **Notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent***
- (a) En assistant leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant :*

- i) *L'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;*
- ii) *La gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client ;*
- iii) *L'ouverture des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ;*
- iv) *L'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés.*
- v) *La constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires*

(b) Ou en agissant au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction immobilière ;

6) Marchands d'articles de grande valeur, tels que pierres et métaux précieux, ou d'œuvre d'art et commissaires-priseurs, lorsque le paiement est effectué en espèces, pour une somme égale ou supérieure à 15 000 euros ;

7) casinos. »

Il s'agit ici de la reproduction du texte tel qu'il a été voté en décembre 2001. Nous sommes faces à l'ultime formule, mais il serait intéressant de s'attarder à la formule d'origine pour comprendre la logique du texte. Il faut en effet noter que la formule d'origine, avant que la Chancellerie française n'ait pris part aux débats était : « Notaires et avocats quand ils agissent dans leur compétence de conseil juridique ». Etait ainsi créée sous forme de principe, et non d'exception à un principe de secret, une obligation de révélation de soupçon pour tout avocat qui agit dans sa compétence de conseil et en particulier aux opérations de transactions financières. Tout conseil juridique qui pouvait être donné de manière accessoire à une opération financière pouvait donner lieu à une obligation de révélation de soupçon.

Or, dans sa rédaction finale, le texte utilise non seulement le terme de profession juridique indépendante mais en plus il met en place un champ d'application très précis (i, ii,

iii,iv,v). Le champ d'application a été modifié pour éviter que l'activité de conseil juridique puisse tomber dans le champ de la révélation de soupçons. Cette modification vise à faire apparaître que l'obligation de la révélation de soupçon à la charge de l'avocat devrait concerner essentiellement la gestion d'affaires entendue dans un sens large. A partir du moment où l'avocat exerce cette activité, il est tenu à la révélation de soupçon.

Cette obligation de révélation de soupçon le conduira à être soumis à l'obligation de coopérer avec les autorités nationales responsables de la lutte anti-blanchiment. Dans cette perspective, tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment doit être communiqué aux autorités nationales compétentes. Une obligation de dénonciation est consacrée en la matière par le nouvel article 9 qui précise que « *la divulgation de bonne foi aux autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux, par un établissement ou une personne relevant de la présente directive, ou par un employé ou un dirigeant d'un tel établissement ou une telle personne, des informations visées aux articles 6 et 7 ne constitue pas une violation à une quelconque restriction à la divulgation d'information imposée par un contrat ou par une disposition législative, réglementaire ou administrative et n'entraîne, pour l'établissement ou la personne, ou leurs dirigeants et employés, aucune responsabilité d'aucune sorte.* »

La directive a toutefois réglé le cas particulier des notaires et des membres des professions juridiques indépendantes et par-là même celui des avocats. Dans un premier temps, elle précise que s'agissant de ces professions, les Etats membres peuvent désigner un organe d'autorégulation approprié de la profession et c'est cet organe qui sera compétent pour assumer ce devoir d'information. Il est surtout indiqué que les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations d'information aux notaires, membres des professions juridiques indépendantes (...) « *pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant et après cette procédure.* » (**article 6 §3**)

Ce texte vise à sauvegarder le conseil juridique en lui donnant une définition suffisamment large à deux niveaux. Dans un premier temps il s'agit de l'évaluation de la

situation juridique du client et enfin on veille à ce que l'appréciation du critère judiciaire se fasse de la façon la plus large possible en amont ou en aval de la procédure.

En résumé, on peut dire que le texte est ambitieux. L'ouverture du champ d'application de la directive doit être soulignée mais on peut légitimement s'interroger sur la portée de la restriction que nous venons de voir et qui fait de la judiciarisation d'un cas un véritable critère distinctif. Ce dernier aspect a suscité de nombreux débats au sein du Parlement européen qui ne souhaitait pas que la directive mette fin au secret professionnel. Or, nous avons tenté de démontrer dans notre première partie que les montages financiers, l'opacité du droit des sociétés, les failles dans les différents systèmes juridiques sont autant d'instruments qui autorisent les activités de blanchiment. C'est pourquoi cette position commune a finalement été retenue après les échecs successifs des votes du Parlement européen et de la Commission.

Nous allons désormais nous intéresser à la réaction des avocats face à ce texte qu'ils critiquaient avant son vote.

2) Les réticences des avocats

Les avocats ont bien entendu eu une réaction violente face à ce texte. Néanmoins, en raison des événements de septembre, cette réaction n'a pas eu l'ampleur qu'elle aurait eu il y a quelques mois. Il est en quelque sorte devenu moralement incorrect de s'insurger contre des mesures qui visent à lutter contre le blanchiment de capitaux. Les avocats sont pourtant majoritairement contre ce nouveau dispositif qui met en place, selon eux, deux principes antinomiques. En effet, dans un premier temps, le principe du secret professionnel est garanti à l'occasion de l'évaluation de la situation juridique du client, de même que pour sa défense. Néanmoins, ce principe cher au cœur des avocats est rapidement battu en brèche à cause de trois exceptions que nous avons déjà énoncées. Ainsi, le secret professionnel tombe si l'avocat, dans son activité de conseil juridique, prend part à des activités de blanchiment. Il en est de même si la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment de capitaux ou si l'avocat sait ou est en mesure de savoir que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux.

Les avocats déplorent les conséquences pratiques qui risquent de résulter de ce dispositif. On impose aux avocats d'être en mesure de savoir que leurs clients souhaitent obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux. Toute la difficulté d'application de ce texte résiderait dans le fait que l'avocat étant un professionnel, en cas de problème, il pourrait être considéré par le juge d'instruction comme « ne pouvant pas ne pas savoir ». La mise en œuvre de cette directive impliquerait donc un certain degré de méfiance de l'avocat vis à vis de son client. Le client quant à lui pourrait ne plus avoir la même confiance en son avocat dans la mesure où il saurait que ce dernier est susceptible de faire une déclaration de soupçon contre lui. Or, nous l'avons déjà souligné, la confiance est la base d'une relation harmonieuse et efficace entre l'avocate et son client. D'aucun pensent que *« cette position n'est pas acceptable. Il faut bien comprendre que le secret professionnel de l'avocat ne souffre aucune dérogation ; personne ne peut l'en relever, ni son client, ni le bâtonnier, ni même le juge. »*¹⁸

De même, lors de son audition par la mission parlementaire en 1999, Mme de La Garanderie, Bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, avait déjà pris cette position parlant au nom de tous, elle affirmait *« nous ne pouvons qu'être hostiles au projet de modification de la directive européenne de 1991 étendant à notre profession une obligation de dénonciation en cas de soupçon, c'est-à-dire un système à deux degrés : d'une part, la notion de dénonciation – et nous préférons même dire qu'il s'agit de délation, parce que le poids des mots est important ; d'autre part, le soupçon – mais comment peut-on définir le soupçon dans le cadre d'une relation entre l'avocate et son client ? (...) Nous considérons que les personnes qui viennent confier leur secret ne doivent pas perdre cette confiance dans leur conseil, sous prétexte qu'elles ont pour interlocuteurs désormais un professionnel chargé de soupçonner. »*. Les mots pour qualifier le nouveau dispositif sont donc très durs.

Outre la dénonciation de ce dispositif d'un point de vue éthique, les avocats dénoncent le postulat même du système posé par la directive. Cette dernière met en opposition la reconnaissance du secret professionnel en ce qui concerne les activités judiciaires tandis que le secret est nié pour les autres activités. Quant il agit dans un domaine non judiciaire, l'avocat serait un véritable acteur financier et l'idée qu'*« il n'y aurait pas de blanchiment s'il*

¹⁸ Maître Michel Beaussier, membre du Conseil de l'ordre. Cf supra

n'y avait pas d'avocat »¹⁹ est de nouveau mise en avant. Selon les avocats, ces deux principes s'opposent radicalement dans leur expression. On ne pourrait pas dire à la fois que l'avocat a un secret professionnel absolu et que, d'un autre côté, il a une obligation de révélation de soupçons. Si l'avocat a une obligation de soupçon, il l'a par exception à un principe général.

Les avocats dénoncent aussi la dichotomie de leur fonction qui a été opérée par la directive. En étudiant cette dernière on a l'impression que la profession d'avocat se sépare en deux missions bien distinctes et séparées : la mission de conseil et celle de défense. Or, « *il faut garder à l'esprit les fonctions des avocats en France et se souvenir des limites posées à leurs activités. Le rôle de l'avocat, c'est d'abord de donner des conseils et de défendre. Cela signifie que son activité est protégée par un secret professionnel. Ce secret est indivisible, et il n'y a pas lieu de distinguer entre secret professionnel dans le cadre d'un conseil ou dans le cadre de la défense : la loi le dit (art 66-5), la chambre Commerciale de la Cour de cassation le dit, la Cour européenne des droits de l'homme le confirme. On peut même dire que, dans le cadre de son contrôle des décisions de la Commission des opérations de bourse ou du Conseil de la concurrence, la Cour d'appel de Paris a confirmé que le secret est indivisible et couvre donc bien les actes de conseil comme les actes de défense.* »²⁰

Le principe du secret indivisible est donc mis en avant et la nouvelle directive qui s'appuie sur la distinction entre la défense et le conseil est pointée du doigt.

Afin d'illustrer ces propos quelques peu théoriques, nous avons imaginé un exemple pour montrer que l'avocat est considéré comme tenu de respecter le secret professionnel dans toutes les disciplines de son activité. En effet, les professionnels considèrent que ces activités sont indissociables l'une de l'autre. De fait, il apparaît que pour l'avocat, toute activité de conseil peut précéder, à titre préventif ou par anticipation, une activité de défense. Par exemple, l'avocat conseil en droit des sociétés qui participe à l'élaboration d'une opération boursière délicate peut-il être conduit à attirer l'attention de son client sur certains risques pénaux. Si ces risques se réalisent, la saisie des documents relatifs à l'activité de conseil, et notamment des notes remises par l'avocat au client, constitue un acte gravement préjudiciable aux droits de la défense, parce qu'elle établit de fait une présomption quasiment irréfutable de l'existence chez le prévenu de l'élément intentionnel de l'infraction commise. Les

¹⁹ M.Bertossa

²⁰ Mme de La Garanderie. .

arguments posés par les avocats ne sont donc pas de pures spéculations intellectuelles et sont donc sujets à réflexion.

Malgré tous ces arguments contre la levée du secret professionnel, les avocats ne sont pas pour autant contre le principe même d'avoir un rôle actif dans la lutte contre le blanchiment. Néanmoins, ils souhaitent un système différent.

3) Le système préconisé par les avocats

De fait, les avocats ne sont pas contre l'idée même de participer à la lutte contre le blanchiment. Ils souhaitent néanmoins que ce rôle soit fondé sur la prévention. Cette idée existait déjà en 1997 dans le programme d'action relatif à la criminalité organisée.²¹ Ce programme affirmait en effet que « *la prévention n'est pas moins importante que la répression dans toute approche intégrée de la criminalité organisée.* ». A titre de recommandation, le conseil préconisait que « *soient prises les mesures visant à protéger certaines professions vulnérables* » contre des influences de la criminalité organisée par l'adoption de codes de bonne conduite et à s'assurer que les organisations professionnelles qui les représentent soient associées à l'établissement et à l'application de ces codes. Les avocats appellent de leurs vœux la mise en place de systèmes basés sur ce modèle ; ils expliquent cette solution par le fait qu'une opération de blanchiment est souvent très morcelée et que l'opération juridique ne représente souvent qu'un pourcentage infime de l'opération. L'avocat n'est donc pas en mesure d'avoir une vision d'ensemble.

Afin de permettre cette vision, la formation des avocats à la détection des opérations douteuses serait pour eux la meilleure solution. Il faudrait pour cela définir un référentiel technique d'indicateurs d'alerte. A noter que certains cabinets anglo-saxons ont déjà adopté des chartes déontologiques dans ce sens et des méthodes ont été élaborées pour détecter une opération frauduleuse. Cependant, là encore, la mise en œuvre d'un tel système ne serait pas sans poser un certain nombre de problèmes. L'avocat sera en position de méfiance vis à vis de son client, il devrait vérifier toutes les informations données par son client, solliciter de

²¹ JOCE du 15 août 1997.

l'expert comptable ou du banquier du client le partage de leur secret. Concrètement, il serait souhaitable d'imposer à l'avocat l'obligation d'identifier son client et l'ayant droit économique et qu'il obtienne de la banque émettrice ou réceptrice de fonds une attestation de provenance licite.

La seconde proposition des avocats est le descriptif complet normalisé du montage juridique annexé à toute demande d'opération CARPA ou tout au moins demeurer à la disposition du bâtonnier pour contrôle. De fait, les avocats mettent en avant le système CARPA qui, selon eux, serait suffisant pour prévenir le blanchiment. Le régime des CARPA est le fruit de l'édification d'un ensemble de règles rigoureuses de gestion et de contrôle qui a permis de faire face au blanchiment de capitaux. Ces quelques règles qui gouvernent le maniement des fonds par les avocats semblent claires et efficaces.

En résumé, nous pouvons dire que la première des obligations est de déposer les fonds effets ou valeurs que les avocats reçoivent pour le compte de leur client à la CARPA. Ensuite, la CARPA a elle-même une obligation de déposer les fonds sur un compte ouvert soit à la Caisse des dépôts et consignation ou à une banque. Ces derniers vont assurer aux fonds déposés un premier niveau de protection induit par la réglementation applicable au secteur bancaire. La traçabilité des fonds est aussi assurée par l'individualisation par avocat et par affaire, des comptes de la Carpa et l'interdiction de toute compensation entre les différents comptes. Le Président de la CARPA a en outre le pouvoir de contrôler la provenance des fonds crédités sur les sous-comptes affaires, l'identité des bénéficiaires des règlements ainsi que la justification du lien entre les règlements pécuniaires des avocats et les actes juridiques ou judiciaires accomplis.

Le régime des Carpa constitue un dispositif de prévention et d'alerte efficace en matière de lutte contre le blanchiment et les avocats regrettent que la directive ait sacrifié le secret professionnel plutôt que de développer ou améliorer ce système déjà existant.

La directive étant adoptée, les professionnels se tournent désormais vers l'espoir que pour sa transposition, on tiendra compte de leurs avis et sentiments.

4) Application de la directive par le droit français.

La question qui se pose est de savoir comment le Parlement français va accueillir ce texte. En effet, l'article 3 de la directive énonce « *Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 15 juin 2003* ». Il reste encore quelques mois de réflexion aux autorités françaises pour appréhender sereinement cette échéance qui devra nécessairement avoir lieu. Néanmoins, les modalités de cette transposition ne sont pas encore connues et la perspective d'une transposition plus ou moins dure est donc envisageable. Si les avocats sont finalement contraints à la déclaration de soupçon, plusieurs problèmes pratiques vont apparaître. L'organe d'autorégulation prévu par la directive devra être défini. Il est fort à parier que ce sera le bâtonnier de l'ordre. En outre, comme dans le domaine bancaire, *des compliance officers* devront être formés afin d'analyser la fiabilité du soupçon avant de le transmettre à Tracfin.

Les avocats vont donc bientôt devoir faire face à un changement radical dans leur mission tant sociologique que professionnelle. Et même si cette solution ne semble pas les satisfaire, ils devront s'adapter à leur nouveau rôle.

CONCLUSION.

Le secret professionnel est donc une question importante quand on aborde la problématique de la lutte contre le blanchiment de capitaux. On a pu constater qu'un réel travail pédagogique a été fait au niveau des différentes professions impliquées dans le processus de blanchiment. On est passé du culte du secret professionnel à une véritable conscience de l'obligation morale et légale de participer à la lutte contre le blanchiment. Même si certaines restent professions restent encore trop en retrait, le constat de l'efficacité des mesures légales est assez positif. Les professionnels, et en particulier ceux du secteur bancaire sont conscients des risques qu'ils encourent à ne pas être assez vigilants. L'actualité récente a en effet mis en évidence un réel risque pénal. Il faut aussi tenir compte des conséquences qu'une affaire de blanchiment peut avoir sur l'image (et donc les affaires) d'une banque. Les professionnels doivent donc se montrer « *éthiquement irréprochables* »²² et « *montrer sans équivoque leur volonté de collaborer à une œuvre de salubrité publique* » Les professionnels sont donc conscient de leur rôle et son principe même leur paraît justifié car face à un tel fléau, il est compréhensible de faire participer les membres de la société civile à la lutte. Néanmoins, les événements récents ont aussi mis en évidence le fait que le dispositif légal mettait à la charge des établissements bancaires des obligations très lourdes de vigilance et de coopération. Or, concrètement, ces établissements ne disposent pas des moyens d'investigations légales ou techniques pour appliquer strictement les différentes obligations.

Néanmoins, même si le milieu bancaire constitue une clef de voûte du système de lutte, il apparaît que les dispositifs ne sont pas sans faille. De nombreux instruments juridiques ou financiers utilisant l'anonymat et le secret professionnel ne sont pas visés. Il était donc nécessaire de s'intéresser à ce type de mécanisme. En ce qui concerne la question du secret professionnel, la nouvelle directive élargit le champ des professions impliquées dans la lutte contre toute activité criminelle. Désormais tous les acteurs concernés par les flux monétaires sont tenus d'établir des déclarations de soupçon. Les événements récents ont facilité l'adoption de cette directive jusque-là freinée par les pressions exercées par les avocats. De même, une réflexion internationale est menée pour trouver un traitement approprié aux divers mécanismes qui font le lit des blanchisseurs en préservant leur anonymat.

²² Dominique Garabiol, Directeur à la direction des risques de la Caisse d'épargne.

Au delà des failles qui existent, il semble important de noter que l'ensemble des professions en cause dans le mécanisme de blanchiment a entamé une véritable prise de conscience. Même s'il faudra faire un gros travail pédagogique afin de changer les mentalités et réflexes de certaines professions face à la question du secret, le mouvement d'ensemble paraît plutôt positif. Un premier pas semble donc franchi, qui va vers une meilleure efficacité de la lutte. Il reste néanmoins à faire en sorte de donner aux différents acteurs de la lutte les moyens matériels et juridiques de mener ce que l'on pourrait nommer une croisade de manière satisfaisante. Croisade d'autant plus ardue qu'elle est menée contre des organisations qui ont à leur disposition les meilleurs moyens juridiques et financiers.

BIBLIOGRAPHIE

- ◆ **Où en est-on du blanchiment de capitaux, de sa prévention et de sa répression ?**
J-P. Deschanel et D. Gaillardot, Mélanges AEDBF-France 1999

- ◆ **Les limites du secret bancaire.**
Bernard Bouloc, Mélanges AEDBF-France 1997

- ◆ **Les mécanismes de traitement de l'information financière en matière de blanchiment de l'argent**
Jean-François Thony

- ◆ **Les politiques législatives de lutte contre le blanchiment en Europe.**
Jean-François Thony

- ◆ **Paradis financiers, secret bancaire et blanchiment d'argent.**
Nations Unies, Office pour le contrôle des drogues et la prévention du crime.

- ◆ **La Fiscalité internationale : 20 études de dossiers**
Pierre-Jean Douvier, Edition Litec

- ◆ **L'économie du blanchiment**
Sous la direction de Pierre Kopp, association d'économie financière

- ◆ **GAFI, Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux, 2001 – 2002**

- ◆ **Tracfin : obligation de déclaration de soupçon des professionnels de l'immobilier**
Claude Destame, JCP notariales et immobilière, 25 février 2000, p. 367

- ◆ **Le secret professionnel de l'avocat : de l'absolutisme à la relativité !**
Vincent Cottureau, , Droit & Patrimoine, novembre 2000, p. 36

- ◆ **Le secret professionnel en danger.**
Michel Beaussier, Droit & Patrimoine, novembre 2001, p 6

◆ **Assemblée générale de l'UNCA**

Gazette du Palais du dimanche 28 au mardi 30 janvier 2001

◆ **Editorial de banque magazine de février 2002**

◆ **Directive sur l'épargne, vers la fin du secret bancaire ?**

Option finance du 5 novembre 2001, p. 35

◆ **Les Carpa, un outil de modernité**

Droit et patrimoine, octobre 2000, p. 18

◆ **Blanchiment d'argent : les européens sont en quête d'une définition commune.**

Alain Lorang et Yolande Gevaudan, Droit et Patrimoine, octobre 2001, p. 26

◆ **Lutte contre la criminalité organisée : commentaire de la directive du 4 décembre 2001**

Europe, édition du Juris-Classeur, février 2002, p.19

◆ **Lutte contre le blanchiment : aspects internationaux et européens**

M-C Baldy. Banque et Droit n° 69. Janvier-février 2000

◆ **Commentaire de la loi n° 60-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants.**

ALD 1990, Commentaires législatifs p.157 (Francis J. Crédot)

◆ **PA 27 février 1991, Entrée en vigueur de la loi n° 90-614**

◆ **PA 22 mai 2001, Loi NRE, amélioration de la lutte contre le blanchiment d'argent provenant d'activités criminelles organisées.**

◆ **Banque magazine n° 609, Décembre 1999.**

L'organisation d'une grande banque, Marc Lavergne, Inspecteur général de la BNP

◆ **Manuels de droit bancaire (M. Bonneau, MM. Stoufflet et Gavalda)**

◆ **La principauté du Liechtenstein : paradis des affaires et de la délinquance financière.**

La lutte contre le blanchiment des capitaux en France : un combat à poursuivre

Par la mission d'information commune sur les obstacles au contrôle et à la répression de la délinquance financière et du blanchiment des capitaux en Europe

Président : M. Vincent PEILLON

Rapporteur : M. Arnaud MONTEBOURG

◆ **Divers articles de la Tribune et du Figaro concernant la Société Générale.**