

## Ôtez-moi d'un doute <sup>113s3</sup>

Quelques réflexions inspirées par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 6 décembre 2012

L'essentiel

**La Cour européenne des droits de l'Homme considère que l'obligation de déclaration de soupçon, imposée aux avocats, ne touche pas à l'essence même de la mission de défense qui constitue à ses yeux le fondement du secret professionnel des avocats.**

CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, Michaud c/ France, D. Spielmann, prés.



Note par  
Jean-Charles KREBS  
Vice-président de l'UNCA

**E**n bataillant contre l'obligation de déclaration de soupçons, jusqu'à ce que soit rendu le désormais célèbre arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 6 décembre 2012, Patrick Michaud ne nous aurait-il pas ôté quelques doutes et confortés dans quelques certitudes ?

La Cour souligne, dans cet arrêt, que l'obligation de soupçon ne concerne que des activités éloignées de la

mission de défense confiée aux avocats, qu'elle assimile d'ailleurs à celles exercées par d'autres professionnels soumis à cette obligation de déclaration.

Elle rappelle que sont ainsi concernés les seuls cas où les avocats, dans le cadre de leur activité professionnelle, participent au nom et pour le compte de leur client à des transactions financières ou immobilières, ou agissent en qualité de fiduciaire, ainsi que les cas où ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant certaines opérations définies. Il s'agit notamment de l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce, de l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés, de la constitution, la gestion ou la direction des sociétés. Ces opérations s'inscrivent dans la sphère d'activité juridique des avocats, et supposent la plupart du temps la rédaction d'un acte spécifique.

Ayant relevé que les avocats ne sont astreints à l'obligation de déclaration de soupçon que dans ces cas parfaitement définis, elle observe de surcroît que les avocats n'y sont pas tenus lorsque l'activité dont il est question se rattache à une procédure juridictionnelle, ou lorsqu'ils donnent des consultations juridiques, à moins, ce qui apparaît de bon sens, qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, ou en sachant que le client les demande à de telles fins.

Ayant mis en évidence le champ restreint de l'obligation de déclaration de soupçon s'imposant aux avocats, la Cour reconnaît la pertinence et la légitimité du filtre protecteur du secret professionnel mis en place par la loi française, qui a prévu que l'avocat ne puisse communiquer directement une déclaration de soupçon à Tracfin, mais uniquement à

son bâtonnier, auquel il appartient d'apprécier s'il y a lieu de transmettre ladite déclaration à Tracfin.

La Cour considère qu'ainsi partagé avec un professionnel, non seulement soumis aux mêmes règles déontologiques, mais aussi élu par ses pairs pour en assurer le respect, le secret professionnel n'est pas altéré tout en permettant de respecter le but poursuivi. Il est intéressant de noter que l'arrêt du 6 décembre 2012 mentionne que le Gouvernement français a indiqué que le bâtonnier ne procède pas automatiquement à la transmission de la déclaration de soupçon de l'avocat à Tracfin, s'il considère qu'il n'existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux, ou s'il apparaît que l'avocat concerné a cru à tort devoir transmettre des informations reçues à l'occasion d'activités qui sont exclues du champ de l'obligation de déclaration de soupçon.

Le filtre du bâtonnier est bien un filtre actif, destiné à ce qu'il ne soit pas porté atteinte au secret professionnel

La précision est d'importance : le filtre du bâtonnier est donc bien un filtre « actif », destiné, d'une part, à garantir qu'il ne puisse être porté atteinte au secret professionnel en dehors des seuls cas strictement prévus par la loi et, d'autre part, à vérifier s'il existe bien un soupçon de blanchiment de capitaux impliquant une déclaration. La Cour estime ainsi que « telle que mise en œuvre en France et eu égard au but légitime poursuivi et à la particulière importance de celui-ci dans une société démocratique, l'obligation de déclaration de soupçon ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats ». La Cour européenne des droits de l'Homme consacre ainsi le rôle essentiel joué par le bâtonnier en application de la législation française, en l'érigeant véritablement en garant du respect du secret professionnel des avocats.

Dans son arrêt du 6 décembre 2012, la Cour rappelle par ailleurs les obligations de vigilance qui s'imposent aux avocats, aux termes des articles L. 561-5 et L. 561-6 du Code monétaire et financier. Dans le même sens, le Gouvernement français faisait aussi état devant la Cour des dispositions de l'article 1.5 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat, qui édicte que l'avocat doit, notamment, mettre en place au sein de son cabinet une procédure lui permettant d'apprécier la nature et l'étendue de l'opération juridique pour laquelle son concours est sollicité, et qu'il doit s'efforcer immédiatement de dissuader son client lorsqu'il a des raisons de

suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet, ou pour résultat, la commission d'une infraction, et à défaut d'y parvenir, se retirer du dossier.

Le Gouvernement soutenait, par ailleurs, que la notion de « soupçon » est dénuée d'ambiguïté, et que le soupçon peut porter sur l'identité du client ou du bénéficiaire de l'opération, sur l'origine des fonds, sur le caractère inhabituel ou complexe de la transaction, ou sur sa finalité. La Cour ne l'a pas contredit, et a ajouté que « les déclarations de soupçon étant adressées aux bâtonniers, tout avocat ayant des doutes quant à l'existence d'un soupçon dans un cas donné est en mesure de bénéficier à cet égard de l'assistance d'un confrère averti et expérimenté ». Il est intéressant de voir ainsi introduite la notion de doute sur le soupçon, sur laquelle nous reviendrons.

Le Gouvernement prétendait, en outre, qu'en application des dispositions de l'article L. 561-15 du Code monétaire et financier, « la déclaration de soupçon s'impose dès que le professionnel a une connaissance avérée, au regard d'éléments d'information objectifs et précis, de l'origine délictueuse des fonds, ou dès lors que les caractéristiques de l'opération ou le manque de preuves ou d'éléments qui lui échappent ou qu'il n'a pu obtenir, font naître des suspicions de blanchiment et constituent des motifs raisonnables de penser que les fonds ont une origine douteuse ».

Le point névralgique de l'arrêt est celui de l'articulation exacte entre obligations de vigilance et obligations de déclaration

On appréhende ici le point névralgique qui n'est pas traité par l'arrêt du 6 décembre 2012, celui de l'articulation exacte entre les obligations de vigilance et les obligations de déclaration. Si les diligences menées par l'avocat le conduisent à avoir des soupçons sur la légalité d'une opération, les dispositions de l'article 1.5 du Règlement intérieur national lui imposent de se retirer du dossier. En pareilles circonstances, peut-on penser que l'avocat puisse être tenu de procéder à une quelconque déclaration, puisqu'il n'aura, par définition, pas participé à l'opération ?

Si l'arrêt du 6 décembre 2012 ne se prononce pas directement sur cette question, la Cour rappelle, néanmoins, que les textes applicables en la matière indiquent que l'obligation de déclaration ne s'impose aux avocats que lorsqu'ils « réalisent au nom et pour le compte de leur client », ou « lorsqu'ils participent en assistant leur client à la préparation ou à la réalisation » d'une transaction telle que visée par lesdits textes. Seul le cas où l'avocat découvre en cours de réalisation d'une opération à laquelle il apporte son concours, des éléments de nature à faire naître le soupçon et qui le conduisent à envisager de mettre un terme à son intervention, devrait donc donner lieu à une déclaration auprès du bâtonnier.

Il nous reste toutefois à nous interroger plus amplement sur la problématique évoquée par la Cour, d'un doute sur l'existence du soupçon ; la Cour européenne des droits de l'Homme considère que la loi française permet précisément à l'avocat de soumettre de tels cas à son bâtonnier, bénéficiant ainsi de l'assistance de ce confrère averti et expérimenté qu'est réputé être le bâtonnier.

Il s'agit là de l'hypothèse avancée lors de différents colloques par les responsables de Tracfin, d'une opération

sur laquelle les informations recueillies ne seraient pas suffisamment probantes pour emporter la conviction de l'avocat de l'illégalité de l'opération envisagée, et donc pour lui commander de se retirer, mais ne lui permettraient pas non plus d'être certain de la régularité de l'opération. Dans le doute sur l'existence légitime d'un soupçon justifié, l'avocat ne pourrait donc prendre, vis-à-vis de son client, la responsabilité de ne pas faire l'opération et de risquer dès lors de la faire échouer mais, tout en la réalisant, devrait la signaler à Tracfin, fût-ce *via* son bâtonnier, faute d'avoir acquis la conviction de sa régularité !

La maxime « dans le doute, abstiens-toi » ne serait donc pas ici applicable, et il serait au contraire implicitement recommandé à l'avocat de déclarer ses doutes pour se couvrir, à toutes fins utiles, tout en continuant de traiter le dossier pourtant objet d'interrogations insatisfaites. Le principe de précaution ne trouverait donc plus sa traduction dans l'abstention, mais dans la dénonciation « à titre conservatoire ».

Nous pourrions ironiser que, dans une telle perspective de dénonciation préventive généralisée au nom du principe de précaution, s'agissant de certaines opérations visées à l'article L. 561-3 du Code monétaire et financier telles que les cessions de fonds de commerce, les services de Tracfin pourraient d'ailleurs tout aussi utilement se reporter directement au BODACC pour en avoir connaissance au travers des publicités légales. Plus sérieusement, une telle position ne paraît tout simplement pas acceptable au regard des principes essentiels énoncés à l'article 1.3 du Règlement intérieur national.

Nous en percevons, en outre, bien évidemment, toutes les dérives inéluctables qui dénatureraient profondément la substance même de la relation entre l'avocat et son client. Il apparaît, en réalité, que l'essentiel du dispositif de prévention du blanchiment concernant les avocats se situe dans la mise en œuvre du devoir de vigilance. Le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'Homme sur la déclaration de soupçon, qui consacre le partage du secret professionnel entre l'avocat et son bâtonnier et le rôle de filtre protecteur conféré ainsi à ce dernier, présente à cet égard un intérêt tout à fait fondamental : « Partagé avec un professionnel non seulement soumis aux mêmes règles déontologiques mais aussi élu par ses pairs pour en assurer le respect, le secret professionnel n'est pas altéré ».

Il convient de rappeler que repose sur ce principe tout le dispositif de contrôle des manèges de fonds effectués par les avocats. Selon l'article 235-2 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, l'avocat ne peut procéder à des règlements pécuniaires que par l'intermédiaire de la caisse prévue par l'article 53-(9°) de la loi du 31 décembre 1971, c'est à dire la CARPA. Il doit, dès lors, satisfaire à l'ensemble des obligations prévues par le décret, et notamment aux dispositions de l'article 240-1, c'est-à-dire au contrôle préalable exercé par la CARPA, tel que prévu par l'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996, qui impose expressément de pouvoir s'assurer de l'intitulé et de la nature des affaires, de la provenance des fonds crédités en CARPA, de l'identité des bénéficiaires des règlements, et de la justification du lien entre les règlements pécuniaires

des avocats et les actes juridiques ou judiciaires accomplis par ceux-ci dans le cadre de leur exercice professionnel.

Il n'existe pas de meilleur *vade-mecum* de la mise en œuvre de l'obligation de vigilance, et ce depuis plus de quinze ans, à la demande de la profession d'avocat elle-même. Rappelons ici que le contrôle exercé par la CARPA, placée sous la responsabilité du ou des barreaux qui l'ont instituée, s'effectue sous l'égide de l'autorité ordinaire et plus particulièrement du bâtonnier, en application de l'article 232 du décret, qui soumet la comptabilité de l'avocat au contrôle du bâtonnier, ainsi que de l'article 235 qui se réfère quant à lui à l'article 17-9° de la loi, confiant au conseil de l'ordre la mission de vérifier la tenue de la comptabilité des avocats, tandis que l'article 17-13° lui attribue d'ailleurs celle de vérifier le respect par les avocats de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux.

Voilà donc bien la mise en œuvre d'un partage du secret professionnel entre l'avocat et son bâtonnier, tel que consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme, ayant pour objectif de garantir la régularité et la sécurité des managements de fonds opérés par les avocats, tant d'ailleurs dans l'intérêt des justiciables que dans l'intérêt public général, dont la lutte contre le blanchiment des capitaux n'est en fait qu'une des facettes.

La CARPA qui, pour satisfaire à ses missions légales, doit disposer de moyens d'investigations supérieurs à ceux de l'avocat lui-même, va ainsi constituer l'outil mis au service de l'avocat pour assurer son devoir de vigilance, et lui permettre d'identifier les éventuels éléments d'un dossier pouvant faire naître le soupçon, au regard duquel il devra refuser de prêter son concours à l'opération pour laquelle il a été sollicité. Concrètement, l'appréciation du dossier sera menée de concert par la CARPA et l'avocat, étant ici rappelé que la CARPA s'appuie par ailleurs également sur sa banque de flux. Si la CARPA n'identifie pas, dans un dossier donné, de point obscur au regard des questions posées en application de l'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996, l'avocat ne saurait être en principe confronté dans l'affaire en cause à une obligation de déclaration de soupçon. Si, par contre, la CARPA décèle une anomalie dans un dossier, et si celle-ci ne peut être levée, elle demandera

à l'avocat de refuser de mener à terme l'opération pour laquelle il est sollicité, et la prévention aura joué son rôle.

L'appréciation d'un doute possible sur l'existence d'un soupçon se fera ainsi entre l'avocat et la CARPA, et à travers elle le bâtonnier, mais dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation de vigilance, donc le plus souvent *a priori*, évitant de la sorte à l'avocat de se retrouver confronté *a posteriori* à l'obligation de dénonciation. Cela suppose bien sûr que l'avocat, ou au moins l'un des avocats intervenant dans le dossier avec lui, ait la maîtrise de l'opération financière concrétisant l'acte juridique qu'il accomplit ou auquel il prête son concours, de sorte que la CARPA puisse exercer son contrôle sur le paiement opéré et les éléments d'identification visés par l'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996.

Et c'est la conclusion à laquelle nous conduit une lecture prospective de l'arrêt du 6 décembre 2012 de la Cour européenne des droits de l'Homme : pour ne pas être confronté aux affres inhérents à l'obligation de déclaration de soupçon, l'avocat qui concourt à la rédaction d'un acte a, de toute évidence, intérêt à faire en sorte que la matérialisation financière de l'opération juridique qu'il réalise passe par son intermédiaire, de sorte qu'elle soit placée sous le contrôle expérimenté de la CARPA.

Celle-ci lui apportera l'assistance nécessaire à une analyse objective du dossier. Elle l'aidera à se retirer de l'opération si celle-ci apparaît suspecte, et lui évitera de la sorte d'y prêter négligemment son concours, avec d'autres participants non-avocats qui n'hésiteront peut-être pas, de leur côté, à procéder à une déclaration de soupçon auprès de Tracfin pour se dédouaner, tout en poursuivant la réalisation. Inversement, elle le confortera lorsqu'elle ne relèvera pas d'élément générateur de doute.

Ainsi, le contrôle exercé par la CARPA, qui relève également du partage du secret professionnel avec l'autorité ordinaire tel que l'admet et le consacre la Cour européenne des droits de l'Homme, participe pleinement à la mise en œuvre de l'obligation de vigilance de l'avocat, et constitue pour ce dernier le meilleur moyen d'éviter d'être confronté à l'obligation de déclaration de soupçon. Cela ne fait pas l'ombre d'un doute.