

**L'obligation de déclaration de soupçon pour les avocats en matière de blanchiment est-elle une fatalité ?**



Loïc DUSSEAU

Avocat au Barreau de Paris  
Président d'honneur de l'UJA  
de Paris  
Président de la FNUJA

« Toute loi qui ordonne la délation, la dénonciation, n'est pas une loi ; toute loi portant atteinte à ce penchant qui commande à l'homme de donner un refuge à celui qui demande asile, n'est pas une loi ». **Benjamin Constant**

La plupart des avocats viennent de découvrir avec effroi que, depuis la publication au journal officiel du décret n°2006-736 du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment des capitaux, ils étaient soumis à une obligation de déclaration de soupçons, à l'instar d'un magma d'autres professions allant des établissements financiers aux casinos, en passant par les experts-comptables, sans oublier les agents de change ou les bijoutiers.

Le recours formé devant le Conseil d'Etat contre ce décret par l'Ordre de Paris, la Conférence de Bâtonniers et le Conseil National des Barreaux (CNB) doit être encouragé car cette réglementation nous apparaît toujours aussi inacceptable.

En effet, les avocats ne sont pas officiers publics ou ministériels et leur indépendance doit être totale à l'égard des pouvoirs publics afin qu'ils puissent librement conseiller et défendre leurs clients, dont jamais ils ne doivent se rendre complices mais qu'ils peuvent utilement convaincre de ne pas commettre certaines infractions dès lors que la confiance dans leurs rapports est totale.

Pris en application de la loi n°2004-130 du 11 février 2004, ces dispositions résultent d'une transposition dans notre droit national de la directive du 4 décembre 2001 modifiant la directive du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

Une 3<sup>ème</sup> directive plus extensive encore, remplaçant les précédentes, a été adoptée le 26 octobre 2005 et devra être transposée dans les Etats membres de l'Union avant le 15 décembre 2007 (Directive 2005/60/CE, JOCE n° L309 du 25/11/2005).

**Quelles sont les obligations des avocats ?**

Concrètement, cette obligation de déclaration de soupçon devra être effectuées dans les six cas suivants, qui ne concernent d'ailleurs pas tous l'activité des avocats français (art. L 562-2-1 du Code des marchés financiers) :

- (1) l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds

- de commerce ;
- (2) la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ;
- (3) l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ;
- (4) l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés ;
- (5) la constitution, la gestion ou la direction de sociétés ;
- (6) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire.

Seuls les soupçons de blanchiment des produits des infractions suivantes sont concernés : trafic de stupéfiants, fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, activités criminelles organisées, financement du terrorisme (art. L 562-2 du CMF).

Les activités juridictionnelles de l'avocat sont clairement exclues du processus. S'agissant de l'activité de conseil, la consultation préalable à la rédaction des actes ou à la réalisation des opérations susvisés semble aussi l'être.

Il faudra toutefois attendre une définition jurisprudentielle précise de la notion de « consultation juridique », définie par le professeur Gérard Cornu comme une « opération consistant, pour celui qui est consulté (avocat, professeur, etc.) à fournir, sur la question soumise à son examen, un avis personnel, parfois un conseil, qui apporte à celui qui le consulte des éléments de décision, le cas échéant, des éléments en faveur de sa cause » (Vocabulaire juridique, PUF).

La déclaration est faite par l'avocat, non pas directement à TRACFIN, mais au Bâtonnier à charge pour lui de la transmettre ensuite s'il l'estime ou non fondée. Le client peut d'ailleurs est averti par son avocat de la régularisation d'une telle déclaration de soupçon (ce qu'exclut la 3<sup>ème</sup> directive).

La question de la dénonciation des confrères adverses reste cependant ouverte : elle semble être dans la logique des textes et un risque de dérive entre contradicteurs existe.

Enfin, le décret prévoit une obligation particulière de vigilance et de formation du personnel des Cabinets en la matière, mesures qui seules doivent être approuvées puisque bien évidemment les avocats ne souhaitent pas être utilisés pour participer à des opérations de blanchiment.

Il conviendrait, pour cette dernière obligation, que les CNB et/ou les Ordres mettent rapidement à la disposition des Cabinets un *vade mecum* synthétique qui puisse être utilisé pour chaque ouverture de nouveau dossier.

### Comment en sommes-nous arrivés là ?

Souvenons-nous que si la France ne pouvait pas s'affranchir éternellement de la transposition de la directive de décembre 2001 et que s'il n'est pas contestable que les instances représentatives de la profession d'avocat ont finalement obtenu une transposition *a minima* de celle-ci, elles ont toutefois privilégié à l'époque une défense de connivence à une défense de rupture qui aurait pourtant permis de sensibiliser l'opinion publique et les parlementaires.

Pis, nous avons vu avec consternation réglementer la délation, par l'article 4 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, puisque notre secret professionnel se trouve officiellement tempéré par les « *cas de déclaration ou de révélation prévues et autorisées par la loi* ». C'est avec ce type de règle déontologique que l'on pourrait nous contraindre demain à des dénonciations pour d'autres infractions que le blanchiment. C'est le grand danger de ce type de législation.

Souvenons-nous encore que la Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats (FNUJA) et les Unions des Jeunes Avocats (UJA) ont toujours critiqué cette transposition.

Lors du 60<sup>ème</sup> Congrès de la FNUJA à Paris en mai 2004, nous avons d'ailleurs signifié publiquement au garde des Sceaux de l'époque le rejet par les jeunes avocats de cette disposition « *avocaticide* ». Après lui avoir annoncé que nous allions continuer notre combat, parce que « *Antigone nous a appris que face à une loi illégitime, la lutte est légitime* », nous avons pourtant proposé au ministre de la Justice de lui présenter nos solutions alternatives.

### Comment en sortir ?

Ces solutions alternatives consistaient à assujettir les avocats aux règles déontologiques suivantes (proposition combinée de recommandations du Conseil Consultatif des Barreaux Européens (CCBE) datant de 1998 et d'une motion de l'UJA de Paris de 2003) :

1/ dans toute affaire qui leur est confiée, les avocats ont l'obligation de vérifier l'identité exacte de leur client ou de l'intermédiaire pour lequel ils agissent ;

2/ lorsque les avocats sont autorisés à manier des fonds, il leur est interdit de recevoir ou manier des fonds qui ne correspondent pas strictement à un dossier nommément identifié ;

3/ lorsqu'ils participent à une opération juridique, les avocats ont l'obligation de se retirer de l'affaire dès qu'ils suspectent sérieusement que ladite opération aurait pour résultat un blanchiment d'argent et que leur client n'entend pas s'abstenir de cette opération ;

4/ lorsque dans le cadre de leur activité professionnelle, ils participent en assistant leur client à la préparation ou à la réalisation des transactions concernant : (i) l'achat ou la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce, (ii) la constitution de sociétés ou l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés, (iii) la constitution de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire,

les avocats doivent obligatoirement se faire remettre par leur client les fonds, effets ou valeurs correspondant à la transaction susmentionnée et déposer ce règlement pécuniaire à la CARPA (Caisse de règlement pécuniaire des avocats).

En rendant ainsi réellement obligatoire le passage en CARPA de tout mouvement financier résultant de l'exécution d'un acte juridique, en assujettissant éventuellement ces seules CARPA à l'obligation de déclaration de soupçons, non seulement aucune brèche symbolique dans le secret que nous devons à nos clients n'aurait été ouverte, mais encore des produits financiers complémentaires auraient pu être dégagés aux fins d'abonder les fonds destinés à l'accès au droit ou à notre formation en matière de prévention du blanchiment.

Dans la perspective de la transposition de la 3<sup>ème</sup> directive, c'est la voie à laquelle il devient urgent de continuer réfléchir de toute urgence pour être en mesure de la promouvoir.

Il s'agirait de la seule forme appropriée de coopération entre les Barreaux et les autorités responsables de la lutte anti-blanchiment.

Les 40 recommandations du GAFI de juin 2003, et dont s'inspirerait la 3<sup>ème</sup> directive européenne du 26 octobre 2005, ne s'y opposent nullement puisqu'elles précisent que « *les avocats ne sont pas tenus de déclarer les opérations suspectes si les informations qu'ils détiennent ont été obtenues dans les circonstances relevant du secret professionnel* ».

Autrement dit, en sus de la question de l'indépendance des avocats à l'égard des pouvoirs publics car nous ne saurions accepter de devenir des auxiliaires de TRAFIN, c'est la définition du périmètre de notre secret professionnel qui est au cœur du problème.

C'est ce qu'a bien compris la Cour d'arbitrage de Belgique en saisissant d'une question préjudicielle la CJCE le 13 juillet 2005 :

« *L'effectivité des droits de la défense de tout justiciable suppose nécessairement qu'une relation de confiance puisse être établie entre lui et l'avocat qui le conseille et le défend. Cette nécessaire relation de confiance ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci. Il en découle que la règle du secret professionnel est un élément fondamental des droits de la défense.* »

Dans cette affaire venant d'être plaidée le 12 septembre 2006 à Luxembourg, on attend avec impatience les conclusions de

l'avocat général annoncée pour le 22 novembre.

C'est pourquoi, un véritable débat parlementaire sur la déclaration de soupçons, qui nous avait été confisqué par faux consensus en janvier 2004, est nécessaire avant la transposition de la 3<sup>ème</sup> directive.

Lors de son dernier Comité national qui s'est tenu à Versailles les 6 et 7 octobre 2006, la FNUJA a d'ores et déjà décidé, au delà de la poursuite de sa réflexion sur les solutions alternatives envisageables, les actions suivantes :

- son intervention volontaire au recours formé par le CNB, l'Ordre de Paris, la Conférence des Bâton-

niers et le CCBE devant le Conseil d'Etat contre le décret du 26 juin 2006 ;

- l'invitation des UJA et des Ordres de toute la France à se joindre également à se recours afin de démontrer en nombre la mobilisation de la profession d'avocat ;
- un appel à tous les Bâtonniers de France en leurs demander de prendre l'engagement solennelle de refuser de transmettre toute information à TRACFIN, sachant que des Bâtonniers de Province et des candidats au Bâtonnat de Paris ont déjà affirmé cette position courageuse.

## Chronique d'actualité en droit de l'arbitrage

Nicolas SENESI

Avocat au Barreau de Paris  
Cabinet Dubarry Le Douarin Veil  
D.E.A de Droit Privé Général (Paris II)  
D.E.A de Droit des Affaires et de l'Economie  
Doctorant à l'Université de Paris I

Parmi la multitude et la diversité des arrêts rendus ces derniers mois en matière d'arbitrage, toute une série de décisions se rapportent à l'application du principe de compétence-compétence. Ces décisions sont à signaler dans la mesure où, en dépit de la rigueur de la jurisprudence quant à la compétence des juridictions arbitrales et le principe de non interprétation des clauses compromissoires, une certaine marge de manœuvre conduisant parfois à l'éviction et l'inapplicabilité de la clause compromissoire se dessine à travers les dernières déclinaisons jurisprudentielles du principe de compétence-compétence (I).

A côté de ces décisions, certains arrêts de la Cour de cassation concernant la loyauté dans la procédure arbitrale présentent également un intérêt particulier dans la mesure où ils posent, à côté de la confirmation du principe de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure, l'affirmation en droit interne du principe de l'estoppel (II).

### I) Dernières déclinaisons jurisprudentielles du principe de compétence-compétence

En dépit de la rigueur du principe (B), certaines décisions récentes font apparaître une certaine marge de manœuvre conduisant à l'inapplicabilité de la clause compromissoire (A).

#### A) L'inapplicabilité de la clause compromissoire

i) En matière d'arbitrage interne, aux termes de l'article 1458 du Code civil : « *Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté de-*

*vant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle* ».

De même, en matière d'arbitrage international, la Cour de cassation a affirmé le principe selon lequel : « *il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence (...), que selon ce principe, la juridiction de l'Etat saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* ».

Il ressort de ces dispositions que le juge étatique doit se contenter d'une appréciation *prima facie* de l'existence, de la validité et de l'étendue de la clause compromissoire (1).

Dans ces conditions, quand une juridiction juge inapplicable une clause compromissoire, le problème de l'étendue de son pouvoir se pose.

ii) Par un arrêt du 11 juillet 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a dû faire application du principe de compétence-compétence afin de statuer sur la compétence du Tribunal de commerce de Paris. Il s'agissait en l'espèce d'un contentieux survenu à l'occasion de l'exécution d'un transport maritime dans lequel les réservations de fret (booking notes) comportaient une clause compromissoire d'arbitrage à Singapour selon le droit anglais ainsi qu'une clause selon laquelle les stipulations y étant contenues seraient annulées et remplacées par les stipulations du connaissement. C'est dans ce contexte, que la Cour d'appel de Paris, ayant confir-