

Un usage du barreau: la non-déclaration de soupçon ?

Pierre Mousseron

► **To cite this version:**

| Pierre Mousseron. Un usage du barreau: la non-déclaration de soupçon ?. 2019. hal-02315583

HAL Id: hal-02315583

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02315583>

Submitted on 14 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Un usage du barreau: la non-déclaration de soupçon ?

Pierre Mousseron¹

Fille de directives européennes² contestées³ et laborieusement transposées⁴, l'obligation de déclaration de soupçon mise à la charge des avocats s'expose aujourd'hui à une opposition plus souterraine au travers de son inapplication concrète.

Aux termes d'un dispositif inscrit principalement dans le Code monétaire et financier, on sait que plusieurs professionnels du chiffre et du Droit dont les avocats doivent déclarer les opérations portant sur des sommes dont ils « *savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme* » (Article L. 561-15-I du CMF). En application de l'article L. 561-3, II du CMF, les avocats ne sont pas soumis à cette obligation lorsque leur activité « *se rattache à une procédure juridictionnelle, que les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure, non plus que lorsqu'ils donnent des consultations juridiques, à moins 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 aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme* ». Néanmoins, l'article L 561-3, I et II maintient l'exigence de déclaration pour les avocats qui exercent une activité transactionnelle. Aux termes de l'article L. 561-17, les avocats doivent adresser leur déclaration écrite au bâtonnier de leur ordre, qui va alors exercer un filtre et vérifier que toutes les conditions de la déclaration sont remplies.

Au terme de ces aménagements laborieusement mis en place, on aurait pu croire que le dispositif était en ordre de marche et ce d'autant plus que le Conseil National des Barreaux a publié un « Guide Pratique » relatif au programme de déclaration.⁵ Cependant, le dernier rapport du service Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins (TRACFIN) publié à la fin de 2018 témoigne d'une nouvelle étape dans la résistance des avocats. On y constate que la participation des avocats qui était déjà faible depuis la mise en place du dispositif anti-blanchiment (15 déclarations entre 2012 et 2016)⁶, a atteint le plancher absolu: aucune déclaration de soupçon par un avocat n'a été enregistrée par TRACFIN en 2017. *A contrario*, les notaires en ont adressé 1.401 (contre 1.044 en 2016).

¹ La présente chronique a été rédigée par Pierre Mousseron, Président de l'Institut des usages de la Faculté de Droit de Montpellier avec le concours d'Alexis Dos Santos, Master Droit du Commerce International, Faculté de Droit de Montpellier. Les lecteurs peuvent trouver des informations complémentaires sur le site de l'Institut: bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com

² La cinquième directive n°2018-843 du 30 mai 2018 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme reprend et affine le dispositif mis en place depuis la première directive 91/308 de 1991.

³ En France, on notera plus particulièrement le recours formé par le Conseil National des Barreaux et le Conseil des Barreaux Européens qui a conduit le Conseil d'Etat à annuler partiellement le décret du 26 juin 2006, soumettant les avocats au dispositif préventif de lutte contre le blanchiment d'argent (CE, 10 avril 2008, n° 30993).

⁴ Dans un arrêt du 28 janvier 2008, la Cour constitutionnelle belge a ainsi annulé une disposition de la loi belge de transposition du 12 janvier 2004. G.-X. Bourin et P. Mousseron, *Blanchiment : un peu d'air frais pour les avocats*, Journal des sociétés, mars 2008, p. 29.

⁵ https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/cahier_blanchiment_2ed.pdf.

⁶ Rapport annuel d'activité TRACFIN 2017, publié par le Ministère de l'action et des comptes publics.

Pareil constat officiel invite à s'interroger sur l'identification (I) et l'invocation (II) d'un éventuel usage de non-déclaration de soupçon.

1. L'identification de l'usage

Au regard de la jurisprudence nationale contemporaine, l'identification d'un usage suppose l'identification d'un comportement sous-jacent déterminé, délimité, généralisé et légitime⁷.

1.1 *Un comportement déterminé*

Si les usages portent le plus souvent sur des comportements actifs, ils peuvent aussi consister en des abstentions ; c'est notamment le cas des mesures de tolérance. En l'espèce, le comportement sous-jacent à l'usage étudié consiste dans le non-accomplissement de l'obligation de déclaration posée par l'article L. 561-15 du CMF. La définition des contours d'une abstention est parfois malaisée dans la mesure où elle se confond parmi toute une série de non-comportements. Au cas particulier, la définition de cette abstention est facilitée en cela qu'elle épouse les contours de l'obligation de déclaration posée par ce code.

1.2 *Un comportement délimité*

La délimitation du champ du comportement est primordiale pour apprécier sa généralité et sa légitimité ainsi que pour définir le domaine dans lequel il pourra être invoqué. C'est pourquoi, il est important de délimiter le champ géographique, professionnel et temporel de l'usage revendiqué.⁸

S'agissant du champ géographique, le rapport annuel d'activité TRACFIN pour 2017 (le « Rapport ») rend compte d'une activité observée en France. Ce cadre national n'est pas le seul concevable en matière d'usage. S'il correspond au cadre naturel du Droit étatique, il ne correspond pas naturellement au champ territorial de l'usage qui peut être plus large ou plus étroit et qui suppose simplement une communauté dotée d'une homogénéité suffisante. A cet égard, un usage qui serait observé dans le ressort d'un barreau serait concevable.

S'agissant du champ professionnel, le Rapport permet d'observer une véritable communauté chez les avocats distincte de celle des autres professions libérales et notamment juridiques couvertes par l'obligation de déclaration (administrateurs de justice et mandataires judiciaires, huissiers, notaires, agents sportifs). Le particularisme des avocats est tout particulièrement frappant lorsqu'on compare leur activité déclarative à celle des notaires ; non seulement, le nombre de déclaration est différent (0 contre 1.401) mais la tendance est aussi différente ; le Rapport fait état d'une hausse des déclarations de 34% chez les notaires pour la dernière année alors que le nombre des déclarations par avocats a régressé. La comparaison des tendances est encore plus spectaculaire lorsque l'on compare l'évolution chez les avocats et chez les huissiers dont l'activité déclarative a cru de 49% au cours de l'année 2017 pour atteindre un total de 109 déclarations.

La définition du champ temporel est aussi intéressante pour définir la généralité du comportement sous-jacent; plus la période de référence sera brève plus il sera facile d'établir

⁷ *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, LexisNexis 2014, (dir. P. Mousseron), n°125 et s.

⁸ M. Bourdeau, *La délimitation de l'usage*, in *Customary Law Today*, Springer 2018, p. 31, sp. p. 39.

une généralité. Cependant, la brièveté de la période pourra affaiblir la force de l'usage. La définition de la période temporelle de référence suppose une permanence du contexte juridique ; il n'est ainsi évidemment pas pertinent d'observer le comportement de non-déclaration sur une période durant laquelle la loi ne faisait pas obligation de procéder à une déclaration. Au cas particulier, certains pourraient arguer de ce que le dispositif légal n'est définitivement en place que depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009 qui selon le communiqué du gouvernement du 28 janvier 2009 relatif à ladite ordonnance a constitué « *une mise à plat du dispositif national afin de lui redonner une cohérence globale* ». Cette période serait toutefois trop large encore dans la mesure où l'on ne dispose des statistiques de TRACFIN que depuis 2012.

1.3 Un comportement généralisé

Une fois délimité, il convient d'examiner si le comportement dont on vérifie le caractère juridiquement usuel est généralisé. Pareille exigence ne suppose pas un respect unanime des acteurs. Un respect majoritaire peut suffire⁹ étant précisé que dans pareil exercice, on peut pondérer plus fortement les comportements de certains acteurs majoritaires¹⁰. Le Rapport évoque un « *phénomène structurel* ». Au cas particulier, l'unanimité constatée et le constat de TRACFIN apporte la preuve de cette généralité de façon incontestable.

1.4 Un comportement légitime

On a souvent entendu que l'obligation de déclaration de soupçon mise à la charge de l'avocat contrarierait son devoir de défendre les intérêts de ses clients. Le Bâtonnier de Paris Bernard Vatier a aussi évoqué à propos de cette obligation de déclaration « *l'air vicié de l'esprit sécuritaire qui commence à empoisonner nos démocraties* »¹¹. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant de noter un manque de participation des avocats. Les aménagements aux textes apportés par l'Ordonnance de 2009 paraissent insuffisants pour garantir le principe d'indépendance des avocats et le droit à tout procès équitable des individus. Bien au contraire, les derniers ajustements apportés au dispositif anti-blanchiment assortissent l'obligation de déclaration de soupçon d'un régime lourd et menaçant. Comme son titre l'indique, l'Ordonnance n°2016-1635 du 1er décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme a alourdi les sanctions attachées à ce mécanisme de déclaration et complété le dispositif de communication qui peut lui faire suite (Article L. 561-25 CMF).

En n'appliquant pas l'obligation légale de déclaration, les avocats ou tout au moins les bâtonniers feraient prévaloir leurs valeurs déontologiques sur le strict respect des textes. On serait en présence d'un nouvel usage *contra legem* mais légitime, c'est-à-dire conforme aux valeurs sociales dominantes. On pourrait s'insurger contre pareille possibilité ; il convient toutefois d'observer que ce ne serait pas la première fois qu'un texte pénalement sanctionné

⁹ Pour une étude de pareille généralité en matière boursière à propos de la pratique des causes de *break-up fee*: A. de la Cotardière, L. Victor-Michel et P. Mousseron, *Les clauses de break-up fee: essai d'analyse quantitative*, Bull. Joly Sociétés 2015, p. 160.

¹⁰ Pour une évocation de cette méthode qualitative: P. Polanski, *Customary Law of the Internet, In the Search for a Supranational Cyberspace Law*, Information Technology & Law Series, T.M.C. Asser Press, 2007, p. 212.

¹¹ B. Vatier, Gaz. Pal. 2 février 2008, p. 4.

se heurterait à une résistance. Le contentieux opposant actuellement la Ligue de Protection des Oiseaux à la France en matière de chasses traditionnelles en serait la dernière illustration¹². L'originalité de l'usage ici évoqué en matière de blanchiment de capitaux tiendrait à ce que ce ne seraient pas des chasseurs mais des auxiliaires de justice qui en seraient les protagonistes ; observons que cette chronique a déjà étudié dans ce sens un usage relatif à la désignation rotative des mandataires judiciaires¹³.

Si l'on peut donc établir un usage en la matière, à quelles fins pourrait-on l'invoquer ?

2. L'invocation de l'usage

2.1 L'invocation au civil

L'avocat qui ne procéderait pas à la déclaration de soupçon imposée par le Code monétaire et financier pourrait craindre d'engager sa responsabilité civile. L'article 7.2 du Règlement Intérieur National dispose en effet que « *L'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties...* ». En sa qualité de rédacteur d'acte, l'avocat pourrait aussi craindre une mise en cause par ses clients de son obligation de conseil sur la portée et les incidences des engagements souscrits par eux notamment au cas où il serait intervenu comme rédacteur unique.

Cette inquiétude ne serait pas atténuée par l'article L. 561-22 II du CMF. Celui-ci dispose : « *Aucune action en responsabilité civile ne peut être intentée ni aucune sanction professionnelle prononcée contre : a) Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 ou leurs dirigeants et préposés ou les autorités mentionnées à l'article L. 561-17, lorsqu'ils ont, de bonne foi, fait la déclaration prévue à l'article L. 561-15 dans les conditions prescrites par les dispositions législatives ou réglementaires applicables, notamment par l'article L. 561-16, ou lorsqu'ils ont communiqué des informations au service mentionné à l'article L. 561-23 en application de l'article L. 561-25 ; ...* ». La cause de non-responsabilité textuelle est en effet ici subordonnée au respect de l'obligation de déclaration.

Cette restriction empêcherait-elle l'avocat d'invoquer l'usage de non-déclaration pour atténuer sa responsabilité civile. Nous ne le pensons pas ; le caractère fautif d'un comportement s'apprécie en effet au regard de multiples considérations dont le respect des usages. S'il est peu probable qu'un magistrat admette expressément que pareil usage serait à la base d'un jugement favorable à l'avocat, pareille considération pourrait très bien justifier une certaine clémence.

2.2 L'invocation au pénal

Les avocats peuvent surtout s'interroger sur le secours qu'il pourrait trouver dans l'usage en cas de poursuite pénale à leur encontre.

Les poursuites pourraient viser le délit de recel. L'article 321-1 al. 1 et 2 du Code pénal définit ce délit comme « *le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de*

¹² <https://www.lpo.fr/actualites/la-lpo-porte-plainte-contre-l-etat-francais-aupres-de-la-commission-europeenne>.

¹³ Cette chronique : *Un usage : la désignation rotative des mandataires judiciaires par certains tribunaux de commerce*, RJcom, sept-oct. 2015, p.531.

faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit ». Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Les avocats pourraient surtout s'inquiéter de poursuites au titre du blanchiment. En la matière, l'article 324-1 du Code pénal énonce : « *Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, 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.* ». L'inquiétude serait d'autant plus forte que l'on pourrait même être en présence d'un blanchiment aggravé dès lors qu'il serait commis « *en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle* » ; l'article 324-2 du Code pénal énonce alors des sanctions de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende.

Cette inquiétude ne serait pas apaisée par l'immunité édictée par l'article L. 561-22 du Code monétaire et financier qui dispose : « *Lorsque l'opération a été exécutée comme il est prévu aux articles [L. 561-16](#) ou [L. 561-24](#) et sauf concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont dégagées de toute responsabilité et aucune poursuite pénale ne peut être engagée à leur encontre de ce chef par application des articles [222-34 à 222-41](#), [321-1](#), [321-2](#), [321-3](#), [324-1](#), [324-2](#) et [421-2-2](#) du code pénal ou de l'article [415](#) du code des douanes* ». Cette immunité suppose en effet selon l'article L. 561-16 CMF que la personne poursuivie ait « *fait la déclaration prévue à l'article [L. 561-15](#)* ». On comprend alors que le Rapport souligne que le comportement des avocats est « *contre intuitif* »¹⁴ ; il est en effet surprenant que les avocats ne recourent pas davantage à une déclaration qui les mettrait à l'abri de poursuites pénales.

Les usages n'occupent pas à ce jour une place importante dans la littérature pénaliste en raison du principe de légalité des délits et des peines. On sait notamment que la pratique habituelle d'une infraction ne fait disparaître l'infraction.¹⁵ Les rares assouplissements implicitement admis concernent la personnalisation des peines¹⁶ ; le juge a en effet la possibilité d'adapter la peine en fonction de circonstances attachées à la personne.¹⁷

On peut cependant aller plus loin. Les juridictions françaises ont déjà explicitement admis dans l'affaire des comptes de la Fondation des sciences politiques de Paris qu'un usage relatif à la rémunération au sein d'un conseil d'administration puisse constituer une circonstance atténuant la responsabilité pénale de dirigeants.¹⁸ Par ailleurs, l'appréciation de l'intention criminelle nous paraît aussi laisser un rôle à jouer à l'usage. Enfin, le ton très conciliant du Rapport à l'égard des avocats qui se satisfait de quatre malheureuses communications à TRACFIN réalisées par les Caisses Autonomes des Règlements Pécuniaires des Avocats (CARPA) laisse présager un possible effet inhibant pour les éventuels titulaires des autorités de poursuites à l'encontre des avocats. L'usage a en effet plus de chance de produire ses effets en amont d'éventuelles poursuites pénales qu'en aval dans le texte d'un arrêt. Certains ne

¹⁴ Rapport, p. 34.

¹⁵ CA Montpellier, 13 mars 2014, n°12-01519.

¹⁶ M.-C. Sordino, *Droit pénal et usages : entre flux et reflux*, in *Customary Law Today*, Springer 2018 (dir.L. Mayali et P. Mousseron), p. 217, sp. p. 224.

¹⁷ Article 132-24 du Code pénal.

¹⁸ Cour de discipline budgétaire et financière, 4 décembre 2015, n°204-727, *Fondation nationale des sciences politiques et Institut d'études politiques de Paris (FNSP-IEP de Paris)*.

verront dans cet effet ralentisseur des poursuites que du fait, de la sociologie ; d'autres y verront au contraire le point le plus vivant du Droit.

Curieux destin pénal de l'usage : combattu dans le passé au nom de la légalité des délits et des peines, il pourrait aujourd'hui être invoqué pour éviter certains dévoiements sécuritaires de cette légalité.