



SENAT INTERNATIONAL

publié le **10/02/2017**, vu **595 fois**, Auteur : [Maître Michel BENICHO](#)

BLANCHIMENT ET SECRET PROFESSIONNEL

Je souhaite, immédiatement, répondre à la question qui m'a été posée et qui est au cœur de vos préoccupations.

Le secret professionnel et la dénonciation des clients dans le cadre du blanchiment sont-ils compatibles ? Ma réponse est claire. C'est une incompatibilité absolue. Nous pouvons être vigilants et prévenir le risque d'être instrumentalisés par des personnes qui voudraient se servir d'avocats pour blanchir de l'argent. Il nous est impossible de dénoncer. Je suis entré dans cette profession pour conseiller et défendre mes clients et non pour les dénoncer. Ce n'est pas à mon âge que l'on commence une carrière de délateur.

Tous les avocats sont unanimes. Il existe un droit fondamental pour tous les citoyens de bénéficier d'un avocat indépendant et tenu au secret professionnel. C'est le droit des citoyens et non le privilège des avocats. C'est d'ailleurs la garantie d'une justice impartiale dans un Etat démocratique.

Le secret professionnel est conditionné par l'existence d'un exercice indépendant de la profession. Or, chacun constate, en Europe, la réduction du périmètre de ce secret. Comment pouvons-nous réagir ?

LA REDUCTION DU SECRET PROFESSIONNEL

La réduction est due à la situation européenne

L'EUROPE, légitimement parfois, décide de se protéger. Nous sommes donc dans une évolution due aux différentes crises :

Avec la crise des migrants, l'Europe sans frontières devient une Europe forteresse.

Avec le terrorisme, l'Europe se retrouve en état de siège. Du fait des soucis de sécurité, les Etats passent progressivement de l'Etat de droit à l'Etat de surveillance. On transforme la peur en un instrument de gouvernance et la surveillance concerne tous les citoyens mais également les avocats au mépris du secret professionnel.

Certains envisagent de mettre entre parenthèses l'Etat de droit pendant un temps déterminé ce qui constituerait une victoire pour les terroristes et les ennemis de la démocratie. De surcroit, un principe semble aujourd'hui transcender le Droit : celui de transparence !

On ne supporte plus que le secret puisse couvrir des turpitudes, celles d'individus. On ne supporte plus que l'avocat puisse connaître les secrets de son client et ne pas les dénoncer.

Quels sont les textes qui réduisent le périmètre du secret ?

La lutte contre le blanchiment

La lutte contre le blanchiment d'argent est essentielle à la sauvegarde de nos démocraties. L'Union Européenne l'a compris. Progressivement une législation importante est intervenue sous forme de Directives anti-blanchiment. La première directive ne concerne pas directement les avocats. Dès la deuxième directive, le législateur européen a considéré que la profession d'avocat était exposée au risque du blanchiment des capitaux d'origine illicite en raison de ses missions, de la diversité des métiers et de la sophistication accrue des techniques de blanchiment.

La deuxième directive anti-blanchiment (2001/97/C.E. du 4 décembre 2001) a donc inclus les avocats dans cette lutte en fixant des obligations. Depuis, une troisième directive (26 octobre 2005) puis enfin une quatrième directive ont été adoptées (20 mai 2015). De nouvelles règles facilitant le traçage de transfert de fonds ont été approuvées. La quatrième directive contre le blanchiment des capitaux contraindra, pour la première fois, les Etats membres de l'Union Européenne à tenir des registres centraux reprenant les informations liées aux propriétaires « effectifs » finaux de sociétés et autres entités légales ainsi que de fiducies et trusts.

Selon les textes, les banques, les auditeurs, les avocats, les agents immobiliers ou les casinos devront se montrer encore plus vigilants concernant les transactions suspectes réalisées par leurs clients. La quatrième Directive s'intéresse également aux personnes « politiquement exposées » (personnes présentant un risque de corruption plus élevé que d'habitude en raison des positions politiques qu'elles détiennent telles que chefs d'Etat, membres du gouvernement, juges de la Cour suprême, parlementaires, membres de leur famille, ...). En cas de relation d'affaires à haut risque avec une telle personne, des mesures supplémentaires doivent être mises en place pour établir les sources de richesse et les fonds impliqués.

Les Etats auront deux ans pour transposer la dernière directive anti-blanchiment dans leur loi nationale. (17 juin 2017)

Auparavant, toute la législation anti-blanchiment était fondée sur les recommandations du GAFI. Mais, ce n'est plus le cas et nous allons au-delà. Enfin, la 4ème Directive n'est toujours pas transposée que, déjà, la Commission Européenne publie le 5 juillet 2016 un projet de modification de cette 4ème Directive soit l'idée d'une 5ème directive.

Il ne s'agit plus de lutter contre le terrorisme mais contre la fraude fiscale et l'évasion fiscale c'est-à-dire l'utilisation légale des textes applicables dans un pays pour pratiquer une optimisation fiscale qui, certes, peut être condamnable sur le plan moral mais qui, sur le plan légal, ne l'est nullement.

Le texte est proposé alors qu'il n'y a eu aucune évaluation de la 4ème Directive. Il va plus loin que les recommandations du GAFI sans veiller à la préservation de la règle de proportionnalité.

Enfin, elle vise les trusts et les fiducies en priorité alors même que ces instruments sont parfaitement légaux dans certains pays. Ce texte va multiplier les obligations qui, en pratique, ne pourront être respectés par les petits et moyens cabinets d'avocats.

Mais, la législation sur le blanchiment est en train d'être complétée par une seconde législation particulière.

La législation fiscale

Le 5 juillet 2016, dans un autre texte, faisant d'ailleurs référence au blanchiment, la Commission Européenne publie des éléments concernant la législation fiscale et la nécessaire transparence.

Cela avait débuté par un rapport de l'OCDE en mars 2015 et complété par une résolution du Parlement Européen du 6 juillet 2016 concernant le secteur du conseil fiscal.

Que disent toutes ces propositions et futures législations ?

Les conseillers fiscaux devront dénoncer les montages fiscaux « agressifs ». Naturellement, il n'y a aucune définition d'un montage fiscal agressif.

Il s'agit d'obliger tous les conseillers fiscaux y compris les avocats bénéficiant du secret professionnel, à dénoncer l'application de textes légaux, publiés par des gouvernements et les empêcher de conseiller leurs clients.

Le Commissaire européen aux affaires économiques et financières, à la fiscalité et l'Union douanière, Monsieur MOSCOVICI parle de « révolution de la transparence fiscale ».

Le Conseil des Barreaux Européens a créé un groupe de travail pour répliquer et faire des propositions.

Il n'est pas question d'accepter la fin du secret professionnel pour tous les avocats conseillant leurs clients en matière de fiscalité.

L'Etat de surveillance

Parallèlement à ces atteintes au secret professionnel liées à la lutte contre le blanchiment ou la lutte contre l'optimisation fiscale, on procède à des écoutes d'avocat systématiques, des perquisitions dans les cabinets d'avocats et dans les Ordres.

Cette situation est intolérable. Le Conseil des Barreaux Européens a publié plusieurs

recommandations :

Celles destinées aux législateurs et gouvernements européens pour faire cesser cette surveillance des avocats à travers quelques principes :

Le recours à la surveillance doit s'inscrire dans les limites de l'Etat de droit et doit respecter le principe selon lequel les données et les communications couvertes par le secret professionnel sont inviolables et ne peuvent être sujettes à des interceptions ou à une surveillance,

Toutes les activités de surveillance doivent être règlementées avec un degré de précision suffisant par la législation, qu'il s'agisse de surveillance établie par l'Etat ou par des sociétés privées,

Seules les communications sortant du champ d'application du secret professionnel peuvent être interceptées avec une preuve convaincante que l'avocat est sorti de son domaine d'activité et a participé à l'infraction.

Il faut un contrôle juridictionnel indépendant qui puisse mettre fin à l'interception, détruire les informations interceptées, contrôler tous les stades de la mise en place des mesures de surveillance et puissent prendre à tout moment des décisions exécutoires.

Toute l'information interceptée sans autorisation judiciaire préalable et portant atteinte au principe du secret professionnel doit être jugée irrecevable devant un tribunal et cette destruction doit être exigée.

Les voies de recours sont indispensables pour les avocats et pour leurs clients et les avocats ont le droit d'être informés quant aux données recueillies lors des activités de surveillance directe ou indirecte une fois que la prise de ces mesures a été divulguée.

Nous avons complété ces recommandations par des recommandations directement aux avocats pour le renforcement de la sécurité informatique.

QUE POUVONS-NOUS FAIRE ?

Dénoncer l'hypocrisie de l'Etat

Les gouvernements multiplient les législations concernant la lutte contre le blanchiment. Toutefois, cette « lutte » est-elle réelle ? Les gouvernements emploient-ils tous les moyens pour combattre ce cancer de la société ?

La criminalité industrielle correspondait à la première mondialisation dès la fin du XIXème siècle. La circulation des biens et des personnes s'est accélérée. Les fraudes, la contrebande, les trafics divers ont suivi cet emballement.

Puis, dans la seconde partie du XXème siècle, une criminalité financière s'est progressivement développée. On s'est rendu compte que la criminalité industrielle ne pouvait prospérer que si elle s'appuyait sur un blanchiment des fonds. Or, chacun sait que cette criminalité financière ne peut exister sans les paradis fiscaux et les établissements offshores. Il n'y a pas de sites offshores qui n'aient été inventés pour autre chose que la fraude. Cela sert essentiellement à la fraude fiscale, à la corruption, à la dissimulation des fonds issus du crime.

Il n'y a aucune raison légale durable d'avoir des sites offshores. Pendant un certain temps, les banques étaient les victimes de cette situation. Puis, elles ont souhaité participer à la gestion de cette masse d'argent. Les principales banques ont ouvert des succursales dans les paradis fiscaux pour gérer cette manne issue de la fraude et du blanchiment. L'argent du crime représenterait – selon certaines estimations – de 1 à 5 % du PIB mondial.

Ce sont 70.000 milliards de Dollars qui circuleraient ou reposeraient dans le circuit offshore (estimation la plus courante). Cette masse d'argent virtuelle est désormais supérieure à l'argent réel qui circule. On a donc créé un monstre financier. Cet argent va permettre de spéculer. Ainsi, le crime s'est financiarisé.

La dérèglementation financière a parfois entraîné la dérèglementation morale. La dérégulation du système bancaire dans les années 1990 a créé les conditions d'une intrusion du crime. Les paradis fiscaux en sont la porte d'entrée.

Aux Etats-Unis, de nombreuses banques ont été condamnées à des peines d'amende très importantes depuis une dizaine d'années. Elles se font prendre pour des dizaines de milliards de dollars de détournement. Il s'agit de banques américaines mais également de banques européennes (les exemples de l'UBS ou de la HSBC le démontrent, Société Générale, BNP, ...).

Si les grands Etats de la planète le souhaitent, ils pourraient facilement fermer ces sites offshore. Aucun site offshore n'a d'armée. Si les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, la France ou la Russie déclaraient que ces sites devaient fermer, ce serait le cas dans la minute. Qu'il s'agisse des Iles Vierges, de Jersey, des Iles Caïmans, leur capacité militaire est égale à zéro.

Quant au Panama, c'était le gouvernement panaméen qui permettait l'utilisation de comptes offshore. Le scandale des comptes ouverts dits « Panama papers » a mis à jour ce système. Il est condamnable que certains avocats aient participé à cette opération lorsque les fonds qui sont dans ces comptes sont illégaux ou proviennent de fraudes diverses. Il est condamnable que certains s'en vantent dans les médias. Mais, il a suffi de ce scandale et de la pression américaine pour que le Panama entre dans le rang et se rallie à la charte OCDE. Le Panama a décidé d'être « transparent fiscal ». Toutefois, cette ouverture à la coopération devra se concrétiser dans les faits.

Cela démontre, une nouvelle fois que les sites offshore n'existent que parce que les Etats en ont besoin. Nous sommes dans l'hypocrisie la plus totale. Les sociétés et les Etats produisent un grand nombre de matériels représentant un chiffre d'affaires potentiel important et des millions d'emplois. Or, les affaires se font par des systèmes joints à la corruption dans certains domaines dans certains pays. Il s'agit du matériel militaire et d'autres matériels sensibles.

L'hypocrisie en matière de fiscalité

Les Etats certes développent les lois fiscales. Toutefois, on laisse – volontairement – une optimisation fiscale se développer c'est-à-dire une évasion voire une fraude. On connaît les accords qui ont été passés entre le Luxembourg et les grandes sociétés mondiales (AMAZONE, GOOGLE, MICROSOFT, COCA COLA, ...) aux fins que ces dernières ne payent pas d'impôt dans les pays dans lesquels elles vendent services et produits, et font leur profit.

Le chef du gouvernement luxembourgeois, à l'époque où sont signées les luxleaks – optimisations fiscales d'Etat : était Monsieur JUNCKER, président actuel de la Commission Européenne.

Il est paradoxal de voir que la Commission Européenne procède à un redressement de GOOGLE d'une dizaine de milliards de dollars au profit de l'Irlande et que ce pays refuse de percevoir le chèque qui couvrirait intégralement sa dette extérieure.

C'est la démonstration qu'il existe des intérêts communs fiscaux entre certains Etats et les firmes

multinationales sur le plan de la fiscalité.

Malheureusement, des avocats ont parfois participé à ces montages juridiques qui permettent ces fraudes. Pourtant, l'avocat doit arbitrer en conscience entre le droit et la vérité. Le moindre manquement à l'honneur nous transforme en simples marchands de droit ou, pire, en complices du délinquant. En cas de complicité, la sanction doit être disciplinaire et pénale. Il faut que les barreaux prennent leurs responsabilités.

Il faut proposer :

Que les Etats luttent contre les sites offshores.

Qu'il y ait une harmonisation fiscale européenne en matière d'impôt direct comme en matière de société. C'est possible. Elle existe en matière de TVA. Il pourrait y avoir de nouvelles règles de territorialité adaptées à la nouvelle économie dématérialisée et numérique, et une détermination de l'assiette des impôts du résultat ainsi qu'une convergence des assiettes fiscales. Enfin, il pourrait y avoir un encadrement des taux d'imposition à l'instar de ce qui existe en matière de TVA (« fourchettes »).

Ce sont des propositions simples à mettre en place qui permettraient de lutter efficacement contre l'évasion fiscale.

Lutter avec les armes du droit

Lorsque le secret professionnel est atteint,

Aller en justice nationalement : Le Conseil des Barreaux Européens est allé en justice dans l'affaire PRAKKEN devant la juridiction hollandaise à la suite de la découverte des écoutes téléphoniques concernant un cabinet d'avocats hollandais. Nous avons gagné en première instance, nous avons gagné en appel et le gouvernement hollandais a été sommé d'arrêter les écoutes de ce cabinet d'avocat.

Nous pouvons aller devant les juridictions européennes

L'arrêt MICHAUD (2012) rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme a estimé qu'il n'y avait aucune violation de l'article 8 de la C.E.D.H. (droit au respect de la vie privée familiale), considérant que la déclaration de soupçon portant sur les avocats ne constituait pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel et que cette déclaration ne touchait pas à la mission de défense de l'avocat. Mais, elle a considéré également qu'il existait un filtre protecteur c'est-à-dire le Bâtonnier.

Or, 22 états européens ne disposent pas du filtre. Les avocats sont donc contraints de faire leur déclaration directement auprès de la cellule étatique de renseignements financiers. Il n'y a que 6 Etats qui ont un système de filtre (Allemagne, Belgique, France, Grèce, Luxembourg et République Tchèque). Pour le Danemark, l'avocat doit demander un avis du barreau afin de faire de déclaration et il doit attendre cet avis.

Il faut instaurer des filtres systématiquement pour les barreaux européens. Il faut aussi obliger les avocats à prendre des mesures de protection concernant la sécurité informatique et notamment en suivant les recommandations que nous venons publier. Il faut multiplier les recours juridiques chaque fois qu'il y a une atteinte au secret professionnel.

En France, le Conseil Constitutionnel, par une décision du 21 octobre 2016, vient de considérer que la nouvelle loi sur la surveillance qui prévoyait une surveillance des communications hertziennes est illégale et que le gouvernement a jusqu'au 31 décembre 2017 pour trouver une autre solution.

Utilisons le droit, c'est notre arme.

Tous les barreaux européens – avec le Conseil des Barreaux Européens – doivent répondre à la prochaine consultation publique relative à la divulgation obligatoire de montages fiscaux qui aura lieu avant la fin du mois d'octobre c'est-à-dire dans les jours qui viennent. Nous aurons 90 jours pour préparer une réponse à la consultation sur cette divulgation. Elle sera sur le site du C.C.B.E..

Il nous faut impérativement être uni.

Lutter contre l'hypocrisie des avocats

On ne peut dire en même temps que le secret professionnel est absolu et général et :

Utiliser des sites sans protection,

Utiliser des messageries sans protection,

Utiliser des WIFI sans mot de passe,

Ne pas garantir à ses clients un accès WIFI préservé,

Utiliser le cloud sans lire le contrat et sans connaître le pays de l'hébergeur,

Utiliser des boîtes mails telles que Dropbox,

Pour les barreaux, ne pas développer des outils permettant de protéger les avocats,

Multiplier les violations au secret par des conversations ou discours inappropriés.

Il reste la dernière solution : les dénoncer tous

Finalement, que nous demande-t-on : de dénoncer nos clients !

Ils estiment que c'est une opération simple et facile. Et bien, dénonçons TOUS nos clients. Après tout, lorsque je reçois un couple de retraités qui veut divorcer, je ne sais nullement comment ils ont pu payer la modeste maison familiale qu'ils habitent.

Faisons en sorte que le système ne fonctionne plus. Si chaque avocat reçoit dans l'année 100 clients et s'il les dénonce, pour la France cela correspondra à plus de 6 millions de déclarations, pour l'Allemagne 18 millions de déclarations, pour l'Italie 240 millions de déclarations...

On ne pourra plus nous accuser d'omerta et le système sera bloqué.

Je ne souhaite pas en arriver là. Je considère que nous avons une obligation de vigilance à l'égard de nos clients que nous devons respecter les lois et non les saboter. Mais je veux que le législateur nous respecte, respecte notre secret professionnel non pour notre personne mais pour ce que nous représentons et pour nos clients et la justice, élément fondamental de l'Etat de droit.

Le Parlement Européen vient d'adopter le 25 octobre 2016 une résolution pour la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'Etat de Droit et des droits fondamentaux. Il propose un pacte de l'Union Européenne sur ces fondements. Il estime que l'Etat de droit est la première valeur. Alors il faut le respecter.

Enfin, il faut, et j'en appelle à l'ensemble des barreaux européens, soutenir le Conseil des Barreaux Européens qui entend obtenir la création par le Conseil de l'Europe d'une convention sur la profession d'avocat. Des parlementaires ont déposé un projet en ce sens. Le contenu doit être discuté et préparé ensemble. C'est la seule façon d'avoir un texte européen et peut être par la suite mondial qui protégera les avocats.

Michel BENICHO