

RÉPONSE DU CCBE AU PROJET DE NOUVELLE DIRECTIVE ANTI-BLANCHIMENT

18/05/2013

I - Introduction

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 31 pays membres et 12 pays associés et observateurs, soit plus d'un million d'avocats européens.

Le CCBE se réjouit de la possibilité de prendre part à un dialogue constructif avec les institutions européennes et les États membres afin de parvenir à un juste équilibre entre les besoins de la société en général et les droits des citoyens, en particulier quant aux obligations qu'impose déjà la directive à la profession d'avocat et aux obligations proposées dans le cadre de la révision de la directive.

Les observations suivantes viennent en réponse à la proposition de la Commission du 5 février 2013.

II - Commentaires liminaires

Avant d'aborder les points spécifiques contenus dans la proposition de la Commission, le CCBE tient à souligner certains aspects du rôle de la profession d'avocat dans le cadre de la directive. Certains de ces commentaires ont déjà été soumis à la Commission en avril 2012 : ils sont consultables en annexe, les nombreuses préoccupations qu'avait alors le CCBE étant toujours valables.

- Le CCBE ne ferme et ne fermera jamais les yeux sur les actes d'un avocat qui prend sciemment part aux activités criminelles d'un client, qu'il s'agisse de blanchiment de capitaux ou de toute autre activité criminelle. Outre les sanctions pénales, des règles déontologiques et des sanctions disciplinaires existent déjà pour les avocats qui participent à des activités criminelles de ce type.
- Le CCBE rappelle aux institutions européennes et aux États membres que tout avocat est membre d'une profession réglementée, qu'il contribue au processus de garantie de l'État de droit et qu'il est de son devoir d'appliquer et de faire appliquer la loi. La mission d'un avocat indépendant et membre d'une profession réglementée repose sur la confiance absolue que lui accorde son client, qui doit être en mesure de consulter son avocat en toute confidentialité et sans craindre que sa confiance puisse être trahie.
- Le CCBE estime que le rôle de la profession d'avocat dans l'administration de la justice est essentiel au respect de l'État droit. Ce rôle est fondamentalement différent de celui des autres professions. L'avocat est tenu d'agir dans l'intérêt de son client et de façon indépendante.

- Le CCBE tient à souligner que l'application d'un système conçu pour le secteur des services financiers est fondamentalement incompatible avec de nombreux systèmes juridiques européens et nuit au rôle des avocats dans les systèmes juridiques où prévaut l'État de droit. Le fait de modifier le système, qui s'applique au secteur des services financiers pour l'appliquer aux avocats ne résoudra pas ses défauts de conception fondamentaux.
- Le CCBE est convaincu que certaines des dispositions de la directive sont contraires à certaines valeurs fondamentales de la profession et qu'elles impliquent par conséquent une véritable atteinte aux droits des citoyens. Il est bien sûr admis que la profession d'avocat doit jouer et jouera son rôle dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. C'est pourquoi il est nécessaire de clarifier l'étendue de ces droits. Le principe directeur consiste donc à équilibrer les obligations imposées aux avocats et leurs conséquences pour les citoyens par rapport aux risques perçus.
- Eu égard aux principes généraux du droit, ainsi qu'aux articles 6 et 8 de la CEDH, la Cour de justice et la Cour de Strasbourg ont toutes deux reconnu le caractère spécifique et les principes essentiels de la profession d'avocat, notamment en ce qui concerne la protection du secret professionnel en tant que principe indissociable de l'indépendance des avocats.

III - Commentaires particuliers concernant la proposition de la Commission

(1) Exemption de l'obligation de déclaration (considérants 7 et 8 et article 12-4)

Considérants 7 et 8

Les considérants 7 et 8 décrivent le champ d'application pour les professionnels du droit. Les considérants établissent une distinction entre, d'un côté, la participation à des transactions financières ou à des transactions d'entreprise dont la prestation de conseils fiscaux (activités qui devraient être soumises à la directive) et, de l'autre, les informations obtenues avant, pendant ou après une procédure judiciaire ou au cours de l'évaluation de la situation juridique (activités qui devraient être exemptées). La directive semble établir une distinction entre les conseils fiscaux et les conseils juridiques : les conseils fiscaux sont soumis à l'obligation de déclaration, contrairement aux conseils juridiques.

Le CCBE estime que les conseils fiscaux sont indissociables des conseils juridiques. Le conseil fiscal est une catégorie de conseil juridique sur la marche à suivre dans les procédures et vis-à-vis des autorités fiscales : il ne concerne pas seulement les droits civils au sens de l'article 6 de la CEDH, mais peut également concerner des procédures judiciaires pénales et autres.

Article 12-4 et article 33-2

L'article 12-4 et l'article 33-2 renvoient à la formulation actuelle : « *évaluer la situation juridique* ». En outre, cette formulation ne restreint pas cette évaluation aux procédures judiciaires. Le CCBE se demande pourquoi la directive persiste à utiliser la formulation « *évaluer la situation juridique* » (qui est peu claire) au lieu de « *conseil juridique* » comme au considérant 7.

(2) Inclusion des infractions fiscales pénales (considérant 9 et article 3-4)

La proposition de la Commission mentionne expressément l'article 114 du TFUE comme base juridique. Le considérant 9 et l'article 3-4 prévoient explicitement que les infractions fiscales pénales qui sont passibles d'une peine de plus d'un an d'emprisonnement sont incluses dans la définition d'activité criminelle. L'article 114 du TFUE ne constitue cependant pas une base juridique permettant d'inclure les infractions fiscales pénales à la directive étant donné que l'article 114-2 du

TFUE exclut expressément les questions fiscales du champ d'application de la compétence d'harmonisation des dispositions juridiques régissant le fonctionnement du marché intérieur. Cette exclusion doit être comprise au sens large (par exemple, l'exclusion de toutes les questions de procédure, voir *C-338/01, Commission / Conseil, Rec. 2004 p. I-4829* de la Cour de justice). En outre, il n'existe aucune disposition dans les traités de l'UE octroyant à l'Union le pouvoir de statuer sur une telle disposition à la majorité qualifiée (par exemple l'article 115 du TFUE pourrait être une base juridique, mais il requiert l'unanimité au sein du Conseil). Il revient entièrement aux États membres de choisir dans quelle mesure ils suivent les recommandations du GAFI en incluant les infractions fiscales pénales dans la définition de l'activité criminelle aux fins du blanchiment de capitaux.

Les recommandations du GAFI (de février 2012) comprennent les infractions pénales fiscales en tant qu'infractions sous-jacentes mais laissent à chaque État le soin de définir les infractions. Elles se présentent comme suit (page 121) :

Lorsqu'il détermine la gamme des infractions constituant des infractions sous-jacentes dans chacune des catégories énumérées ci-dessus, chaque pays peut décider, conformément à son droit interne, comment il définira ces infractions et la nature de tout élément particulier de ces infractions qui en fait des infractions graves.

Le CCBE estime, en vertu des recommandations du GAFI, que les dispositions contre le blanchiment de capitaux visent à prévenir les infractions graves. Une infraction passible d'une peine de seulement plus d'un an de prison, tel que le prévoit la directive, est tout sauf sévère. Il est nécessaire de prendre en compte le fait que l'obligation de déclaration doit être équilibrée à la lumière de l'article 8 de la CEDH. Une telle obligation concernant les infractions fiscales mineures semble vraiment déséquilibrée et ne répond donc pas aux critères énoncés par la CEDH.

En outre, pour des raisons de subsidiarité, il n'existe aucune compétence pour inclure les infractions fiscales pénales, sauf en cas de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. La répression des infractions fiscales pénales est prévue dans la législation nationale et diffère donc grandement à travers l'Union. Cela s'applique également lorsqu'il s'agit de savoir si et quelles infractions fiscales pénales doivent être considérées comme une activité criminelle au sens des dispositions nationales en matière de blanchiment de capitaux. La disposition prévue va donc à l'encontre du principe de subsidiarité.

(3) Responsabilité finale (considérant 23 et article 24)

Comme il a été souligné à plusieurs reprises à la Commission, le recours à des tiers ne fonctionnera jamais si la responsabilité finale des procédures d'obligation de vigilance à l'égard de la clientèle revient à l'entité soumise à l'obligation. Néanmoins, le considérant 23 et l'article 24 maintiennent la règle selon laquelle la responsabilité finale de répondre aux obligations de vigilance à l'égard de la clientèle revient à l'entité soumise à l'obligation qui a recours à un tiers. Cette disposition oblige l'entité soumise à l'obligation à multiplier les mesures de vigilance et empêche efficacement le recours aux tiers.

(4) Délais d'expiration du droit de conservation des données (article 39)

Les modifications proposées aux obligations de conservation des documents proposent des délais d'expiration pour le droit de conservation des documents recueillis dans le cadre de l'obligation de vigilance à l'égard de la clientèle. Dans certaines circonstances, les professionnels du droit devront conserver les documents (les testaments par exemple) plus longtemps en raison des obligations et des normes professionnelles qui ne relèveraient d'aucune loi spécifique sur la conservation de ces données. Cela s'avèrera difficile pour la profession d'avocat étant donné que la proposition que toutes les pièces justificatives d'une transaction ne soient pas conservées plus de dix ans après la

fin de la relation d'affaires ne prend pleinement en compte ni les types de documents détenus par les professionnels du droit (tels que les testaments) ni les conséquences des délais.

(5) Évaluation des risques (article 8)

Le CCBE fait remarquer que tous les cabinets d'avocats, quels que soit leur taille et le type de droit qu'ils exercent, devront rédiger des évaluations des risques, des politiques et des procédures en matière de blanchiment et de financement du terrorisme ainsi qu'un procédé permettant d'en vérifier l'efficacité. Le CCBE estime que cela se traduira par des coûts excessifs et des exigences de conformité inutiles, qui sont disproportionnées vis-à-vis des risques encourus. Le CCBE tient donc à souligner encore une fois que la directive doit s'assurer que cette exigence est mise en œuvre dans les États membres de manière proportionnelle à la taille des cabinets d'avocats en question et en consultation avec l'organisme d'autorégulation de la profession dans chaque État membre. En outre, instaurer l'obligation que les politiques et procédures anti-blanchiment soient contrôlées de manière indépendante imposera un poids et des frais réglementaires excessifs sur le secteur des services juridiques. Aucun de ces contrôles indépendants ne doit avoir de répercussions sur les pouvoirs des barreaux ou le secret professionnel.

(6) Surveillance (article 44)

L'article 44-3 du projet de directive oblige les États membres à veiller à ce que les autorités compétentes prennent des mesures pour empêcher les criminels de détenir une participation au sein des entités soumises aux obligations. Pour les professionnels du droit, une telle disposition signifie que les non-avocats détenant une part dans un cabinet d'avocats (dans les structures d'entreprises alternatives) doivent être contrôlés et surveillés aussi strictement que les avocats. Comment une telle surveillance doit-elle être organisée ? Qui sera compétent pour surveiller les associés non-avocats dans les structures alternatives ?

(7) Le régime de sanction (articles 55, 56, 57 et 58)

Le régime de sanction est plus sévère que dans la directive actuelle et va au-delà de ce qui est acceptable selon le principe de subsidiarité. Il suffit de prévoir que les États membres prennent des mesures efficaces et suffisantes pour faire respecter les dispositions de la directive. À défaut de preuves convaincantes, il n'y a aucune raison d'aller au-delà d'une telle disposition générale prévoyant des sanctions efficaces.

En particulier, les sanctions et mesures suivantes sont inacceptables :

- L'article 56-2 a) et l'article 57 imposent aux États membres de dénoncer la personne ou l'entité soumise à obligations qui ne respecte pas parfaitement certaines des dispositions de la directive. L'article 56-2 a) mentionne « *une déclaration publique qui précise l'identité de la personne physique ou morale* ». L'article 57-1 indique : « *Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes publient dans les meilleurs délais les sanctions et les mesures appliquées... en indiquant... l'identité des personnes qui en sont responsables, à moins que cette publication ne soit de nature à compromettre sérieusement la stabilité des marchés financiers. Au cas où cette publication causerait un préjudice disproportionné aux parties en cause, les autorités compétentes publient les sanctions de manière anonyme* ».

Selon ces dispositions, toute personne ou entité sera dénoncée en public dès la moindre non-conformité à la directive alors que dans de nombreux États membres, les sanctions administratives et disciplinaires ne sont en général pas publiées.

Le CCBE estime que la publication des sanctions indiquant le nom de la personne physique ou morale est non seulement en contradiction avec les règles en matière de protection des données, mais qu'elle peut également être excessive par rapport à la nature de l'infraction. Par conséquent, la publication des sanctions de manière anonyme doit être la règle ; la dénonciation ne doit avoir lieu que dans des cas particulièrement exceptionnels si cette publication est juste et motivée par un intérêt public prépondérant et seulement en l'absence de dangers en matière de protection des données et de protection des droits de la personne.

- En outre, les amendes infligées comme sanctions administratives dépassent les sanctions prévues par la loi. La directive prévoit des sanctions administratives allant jusqu'à 5 000 000,00 EUR (article 56-2 f) ou jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel (article 56-2 e). Ces sanctions doivent être imposées par les tribunaux plutôt que par les organes administratifs. En outre, les amendes semblent totalement injustes par rapport à la nature des infractions.
- Eu égard à la disposition contenue à l'article 58 (3) « *Les États membres exigent des entités soumises à obligations qu'elles aient mis en place des procédures appropriées permettant à leur personnel de signaler en interne les infractions au moyen d'un canal spécifique, indépendant et anonyme* », le CCBE comprend que cette disposition s'adresse uniquement aux grandes entités, les petites entités de deux ou trois employés, par exemple, ne pouvant l'appliquer.
- La directive doit garantir que tout régime de sanction soit mis en œuvre dans les États membres de telle manière que la cellule de renseignement financier ne puisse être impliquée dans aucune procédure disciplinaire à l'encontre d'avocats.

IV - Conclusion

Voilà les observations préliminaires du CCBE. Le CCBE sera heureux d'aborder plus en détail ce qui précède, si nécessaire.