

Le blanchiment et les professions juridiques

La situation particulière des avocats

André Risopoulos
Avocat au barreau de Bruxelles
Chargé de conférences à l'Executive Master en gestion fiscale
à la Solvay Brussels School

La nouvelle loi préventive

- Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme
- Publiée au MB le 6 octobre 2017
- Entrée en vigueur le 17 octobre 2017

La loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention *de l'utilisation du système financier aux fins* de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme est abrogée

Pourquoi une nouvelle loi ?

Intégration de la 4^{ème} directive européenne

Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission

Approche fondamentale : « risk based approach »

Focus sur la transparence des structures, sur la circulation de l'argent liquide, sur la fraude fiscale

ATTENTION : nouvelle numérotation

Ce qui ne change pas

Les avocats sont des assujettis partiels

- Lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant :
 - L'achat ou la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales
 - La gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client
 - L'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles
 - La constitution, la gestion ou la direction de sociétés, de trusts, de fiducies, ou de constructions juridiques similaires
- Ou lorsqu'ils agissent au nom de leur client ou le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière

Attirer l'attention des avocats sur leur soumission fréquente au dispositif

Achat ou vente d'immeubles : un conseil sur un projet de compromis de vente suffit

Gestion de fonds ou d'actifs : sera soumise au dispositif l'intervention de l'avocat, comme conseil, dans une liquidation-partage de droit patrimonial de la famille, ou celle d'un fiscaliste pour une planification pré-successorale ou pour une régularisation de revenus ou de capitaux

Constitution de sociétés ou de structures similaires : toute intervention pour la rédaction de statuts, le choix d'un notaire ou d'un comptable

Ce qui change ... peu

Identification – vigilance – vigilance renforcée – formation

Dans une approche fondée sur le risque

Attention à la double identification, portant à la fois sur le client ET sur la mission confiée – nécessité d'en garder la trace

Transparence des structures : identification précise et complète des bénéficiaires économiques

L'analyse du risque

Evaluation globale d'abord (annexe I de la loi):

- finalité de la relation (ce qui est demandé par le client)
- montant et volume des opérations envisagées
- régularité et durée de la relation

Les annexes II et III de la loi identifient les facteurs de risque moins ou plus élevés, inhérents :

- aux clients
- aux services ou aux transactions envisagées
- au risque « géographique »

Les risques élevés d'exposition (annexe III)

Dans le chef du client

- Relation d'affaires se déroulant dans des circonstances inhabituelles
- Zones géographiques à haut risque
- Personnes morales ou constructions juridiques = structures de détention d'actifs personnels
- Actionnaires apparents (nominee) ou titres au porteur
- Manipulation d'espèces
- Structure de propriété des sociétés inhabituelle ou complexe au regard de la nature de l'activité

Les risques élevés - suite

Dans les opérations envisagées

- Banque privée
- Transactions susceptibles de favoriser l'anonymat
- Relations d'affaires et transactions qui n'impliquent pas la présence physique
- Paiements reçus de tiers inconnus
- Nouveaux produits, nouvelles pratiques commerciales (notamment distribution), technologies nouvelles

Les risques élevés- suite 2

Risques géographiques :

- Pays identifiés (GAFI, rapports d'évaluation et de suivi) comme peu efficaces dans la lutte BC/FT
- Pays connus pour des niveaux significatifs de corruption ou d'autre activité criminelle
- Pays sous sanctions ou sous embargo UE/ONU
- Pays qui financent ou soutiennent des activités terroristes

Ce qui change

Analyse globale (selon les annexes I, II et III), préalable et obligatoire, doublée d'une analyse individuelle, qui permet d'intégrer, pour le client particulier et la mission envisagée, un risque faible ou accru

Organisation et contrôle interne

Politiques, procédures et mesures de contrôle interne efficaces

A faire valider par le responsable AML (compliance)

EN GARDER LA DOCUMENTATION

Ce qui va changer : le contrôle du secteur

La loi prévoit des autorités de contrôle

La cellule de contrôle blanchiment OBF-G-Avocats.be

Les bâtonniers

Importance de l'évaluation de la Belgique par le GAFI – processus en cours (2018-2019)

La déclaration de soupçon – en général

Nouvelle rédaction (art. 47 de la loi):

« Les entités assujetties déclarent à la CTIF, lorsqu'elles savent, soupçonnent, ou ont des motifs raisonnables de soupçonner :

- Que les fonds, quel qu'en soit le montant, sont liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme;
- Que des opérations ou tentatives d'opérations [y] sont liées;
- Cette obligation de déclaration s'applique y compris lorsque le client décide de ne pas exécuter l'opération envisagée »

La déclaration de soupçon pour les avocats

Le « filtre » du bâtonnier : art. 52 de la loi

Les avocats sont tenus d'informer immédiatement leur bâtonnier lorsqu'ils sont confrontés à des fonds ou des opérations visées à l'art.47

Le bâtonnier vérifie le respect des conditions visées aux art. 5, §1er, 28°(l'assujettissement partiel) et 53 (l'exception – voir infra). Le cas échéant, il transmet conformément aux art. 50 et 51, de manière non filtrée, les informations à la CTIF

Les exceptions à la déclaration de soupçon pour les avocats – art. 53 de la loi

« (...) Les entités assujetties ne communiquent pas les informations et renseignements lorsque ceux-ci ont été reçus d'un de leurs clients ou obtenus sur un de leurs clients lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations ou renseignements soient reçus ou obtenus avant, pendant ou après cette procédure, sauf si [elles] prennent part à des activités de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, ont fourni un conseil juridique à [de telles] fins ou savent que le client les sollicite à de telles fins. »

Interprétation de l'exception : jurisprudence de la Cour constitutionnelle (10/2008)

« [...] les informations connues de l'avocat à l'occasion de l'exercice des activités essentielles de sa profession, y compris dans les matières énumérées dans cet article 2ter [aujourd'hui 5, §1^{er}, 28°], à savoir la défense ou la représentation en justice du client et le conseil juridique, même en dehors de toute procédure judiciaire, demeurent couvertes par le secret professionnel et ne peuvent donc pas être portées à la connaissance des autorités et que ce n'est que lorsque l'avocat exerce une activité, dans une des matières énumérées à l'article 2ter précité, qui va au-delà de sa mission spécifique de défense ou de représentation en justice et de conseil juridique, qu'il peut être soumis à l'obligation de communication aux autorités des informations dont il a connaissance » (Considérant B.7, § 2).

Arrêt 10/98 – suite : dissuader pour ne pas dénoncer ?

« B.13.5. L'avocat qui, s'étant efforcé de dissuader un client d'accomplir ou de participer à une opération de blanchiment ou de financement du terrorisme dont il connaît l'illégalité, constate qu'il a échoué dans cette entreprise, est tenu, s'il se trouve dans une hypothèse dans laquelle l'obligation de communication s'applique à lui, de transmettre les informations dont il a connaissance au bâtonnier, qui les transmettra à son tour aux autorités. Dans ce cas, l'avocat concerné ne peut continuer à agir pour le client en cause et doit mettre fin à la relation qui le lie à ce dernier. Il n'y a donc plus lieu, dans ce cas, de parler de relation de confiance entre l'avocat et son client. Par contre, si l'avocat constate qu'il a persuadé son client de renoncer à exécuter une opération illégale ou à y participer, rien ne s'oppose à ce que la relation de confiance entre l'avocat et son client soit maintenue puisque, dans cette hypothèse, il n'y a pas lieu de communiquer des informations à son sujet à la Cellule de traitement des informations financières :

Compte tenu du champ d'application limité de l'obligation de transmission des informations aux autorités qui s'impose aux avocats, interprétée ainsi qu'il est dit en B.9.6, la mesure attaquée n'est pas disproportionnée. »

Arrêt 127/2013 (autre matière – 458bis CP)

« B.29.2. S'il en va de même pour les informations confidentielles confiées à un avocat, dans l'exercice de sa profession et en raison de cette qualité, ces informations bénéficient aussi, dans certaines hypothèses, de la protection découlant, pour le justiciable, des garanties inscrites à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet, 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 imposée à l'avocat est un élément fondamental des droits de la défense.

Comme l'observe la Cour de cassation, « le secret professionnel auquel sont tenus les membres du barreau repose sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui se confient à eux » (Cass., 13 juillet 2010, Pas., n° 480; voy. aussi Cass., 9 juin 2004, Pas., n° 313). »

Obligation déontologique de l'avocat

Article 4.72 – dernier alinéa du Code de déontologie

« Lorsque l'avocat dissuade son client d'effectuer une transaction susceptible de donner lieu à une déclaration de soupçon, l'avocat ne doit pas faire de déclaration de soupçon auprès de son bâtonnier. »

Peut-être ajouter : « dissuade avec succès »...

Difficulté liée à la fin de la relation

Un avocat qui a transmis à son bâtonnier un soupçon doit mettre fin à son intervention (obligation déontologique)

MAIS interdiction du tipping off (divulgarion au client de la déclaration de soupçon, art. 55, §1^{er} de la loi) tempérée par :

« Lorsqu'une personne physique visée par l'art. 5, §1^{er}, 23 à 28 (professionnels du chiffre et professions juridiques) s'efforce de dissuader un client de prendre part à une opération illégale, il n'y a pas de divulgation au sens du 61^{er} »

Contradiction apparente entre l'obligation déontologique, conforme à l'enseignement de la Cour constitutionnelle, et la façon dont l'interdiction du tipping off est contenue dans la loi actuelle, qui envisage une dissuasion suivie d'une déclaration de soupçon (art.47, 2^o in fine)

Et au fond, le blanchiment c'est quoi ?

Le blanchiment en droit pénal : adopter un des comportements visés à l'article 505, 2° à 4° du Code pénal sur des choses définies à l'article 42,3° du même Code :

- 505, 2° : recel élargi aux avantages patrimoniaux
- 505, 3° et 4° : dissimulations, déguisements, avec ou sans conversions et transferts préalables

En gros, « faire quelque chose » sciemment avec le profit tiré d'une infraction (ou ce qui lui a été substitué), commise en Belgique ou à l'étranger, poursuivie ou non, prescrite ou non.

Selon les différents comportements, l'auto-blanchiment est pénalisé ou non.

Le blanchiment tel que défini dans le dispositif préventif (art.2 de la loi nouvelle)

Les définitions sont très voisines

art.2,1° loi nouvelle = 505, al.1^{er}, 3° CP

art.2,2° loi nouvelle = 505, al.1^{er}, 4° CP

art.2,3° loi nouvelle = 505, al.1^{er}, 2° CP

MAIS

Seuls certaines personnes ou organismes sont concernés (les entités assujetties)

Le blanchiment n'est envisagé que s'il porte sur le profit de certaines infractions (la liste est longue...presque tout y est, liste de A à Z insuffisante)

Le champ d'application s'étend du blanchiment au financement du terrorisme

Attention à l'art. 2, 4° : le blanchiment est aussi considéré, dans le cadre de la loi préventive, lorsqu'il est question d'y participer, de s'associer pour le commettre, de tenter de le commettre, d'inciter à le commettre ou de le conseiller à cet effet ou de faciliter l'exécution d'un tel acte

Les sanctions

Sanctions administratives : art. 132 de la loi

De 250 à 1.250.000 € - imposée par l'autorité de contrôle, soit le bâtonnier – au bénéfice de l'Etat. Attention, les contrôles vont être effectifs et se multiplier.

Sanctions pénales : art. 136 de la loi

Obstacle aux inspections et vérifications des autorités de contrôle, ou renseignements sciemment inexacts ou incomplets – 150 à 5.000 €

Manquement aux art. 66 et 67 (limitation à 3.000 € du paiement en espèces) : de 250 à 225.000 € (max de 10 % du paiement)

Le risque pénal supplémentaire

- Si l'avocat n'a pas respecté les obligations mises à sa charge dans le dispositif préventif
- Donc, essentiellement, s'il n'a pas fait de déclaration de soupçon alors qu'elle s'imposait
- Tendance possible PR-JI de considérer qu'il y a participation au sens des articles 66 et 67 CP
- Notion de participation par abstention

Conclusion : les avocats sont prêts et font
face, le blanchiment ne passera pas par eux
Sinon...

