



BLANCHIMENT TRACFIN ET FRAUDE FISCALE

LES DECLARATIONS DE SOUPCON FISCAL

DE NOUVELLES OBLIGATIONS POUR LES JURISTES ET FISCALISTES

Par PATRICK MICHAUD, AVOCAT

À jour en novembre 2010

Depuis le 1er février 2009, une nouvelle réglementation anti blanchiment oblige notamment les professionnels du droit –notaires et avocats- à déclarer à un service de renseignement financier national intitulé Tracfin les soupçons d'infractions punissables d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an, y compris les soupçons de fraude fiscale.

L'objectif de cette étude est d'analyser le contenu et la portée de cette nouvelle réglementation, qui conduira aussi à l'élargissement du rôle des juristes et fiscalistes des entreprises et de leurs conseils extérieurs, et comporte un enjeu évident en termes de libertés.

I.LES PARTICIPANTS AUX MISSIONS ANTI BLANCHIMENT.....	4
le PREMIER participant : le service Tracfin	4
Missions de réception des renseignements financiers.....	5
Mission d'échange de renseignements avec les administrations étrangères (Article L561-31 CMF)	6
Mission de diffusion des renseignements reçus.....	6
les autorités informées par Tracfin	6
Le Procureur de la république.	6
La Direction générale des Douanes et Droits indirects	7
Les services de renseignements	7
La Direction générale des finances publiques (DGFIP)	8
les correspondants « déclarants »	9
Les administrations publiques	10
Les autorités étrangères.....	10
Les prestataires de service professionnels qualifiés par la loi	10
Le client «suspçonnable »	11
II.LES OBLIGATIONS DES PROFESSIONNELS QUALIFIES	12
les Obligations de vigilance à l'égard de la clientèle	12
Objectif légal de l'obligation de vigilance	13

LE PRINCIPE DE BASE : CONNAIS TON CLIENT, le C.T.C.	14
les obligations de déclaration dite de soupçon	18
La déclaration après analyse d'un soupçon de fraude (<i>Article L 561-15 §1 CMF</i>)	18
La distinction entre la fraude fiscale et le blanchiment de fraude fiscale	21
Les déclarations systématiques	21
La déclaration de soupçon de fraude fiscale est elle systématique ?.....	22
Déclarations systématiques pour des opérations avec	24
certain États non coopératifs	24
(<i>art.561-15 § VI</i>).....	24
Déclarations systématiques en cas de doute sur l'identité du bénéficiaire (<i>art 561-15 §IV</i>)	24
Déclarations systématiques en cas de complément d'information.....	25
La déclaration après analyse complémentaire.....	25
Les modalités pratiques d'application	26
Date du dépôt de la déclaration	27
Procédure de la déclaration et cas de suspension ?.....	28
L'interdiction de divulgation.....	28
Les Immunités du déclarant.....	29
Immunité de l'anonymat (<i>article L561-19 in fine</i>)	30
Immunité de violation du secret professionnel (<i>article L. 561-22 nouveau</i>)	30
Immunité de responsabilité civile (<i>article L.561-22</i>).....	31
Immunité de responsabilité pénale (<i>article L 561-22°IV</i>).....	31
Le retour d'information.....	31
III.CONTRÔLE ET SANCTIONS	32
Le principe ; la sanction disciplinaire.....	32
L'exception : la complicité de blanchiment.....	34

L'origine de la réglementation anti blanchiment

Au début des années quatre-vingt, la communauté internationale a commencé à se mobiliser pour mettre en place une politique d'action commune pour lutter contre le blanchiment de l'argent sale, c'est-à-dire à l'époque pour lutter contre le développement de la criminalité organisée. Les pays européens ont été les premiers à réagir, avec l'adoption de la [recommandation du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980](#), bientôt suivie par le reste de la communauté internationale, sous l'égide du [GAFI](#).

[La déclaration de Bâle du 12 décembre 1988](#) ou « [déclaration de principes du comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires](#) » est la première manifestation internationale contre blanchiment d'argent des organisations criminelles.

Un petit nombre de responsables financiers internationaux a conduit la communauté bancaire à faire ce choix cornélien :

-ou bien création d'une obligation de dénonciation secrète des clients à risque avec son corollaire : une immunité de toute responsabilité pour le déclarant

-ou bien création d'une obligation de vigilance interne, rigoureuse et couteuse des clients avec son corollaire : une responsabilité financière et pénale renforcée en cas d'erreur ou d'absence de vigilance.

Finalement, la formule suivante a été trouvée : vigilance rigoureuse et couteuse et immunité mais uniquement en cas de dénonciation secrète de bonne foi !

Cette politique de lutte contre les blanchiments de tout genre ne pouvait devenir efficace qu'avec son corollaire indispensable : la nécessité d'établir la traçabilité internationale de tout mouvement de fonds par la suppression du secret bancaire

Dix ans après cette déclaration de pure intention, [le Conseil de l'Europe a adopté à Strasbourg le 8 novembre 1990 une convention visant le dépistage du blanchiment, la saisie et la confiscation des produits du crime](#), ratifiée par [la France le 8 octobre 1996](#). Un des objets de cette convention était déjà d'imposer la levée du secret bancaire.

Ces principes ont été repris par l'Union européenne dans le cadre de plusieurs directives et introduit dans la législation interne des Etats membres.

La France a continuellement adapté sa législation aux règles européennes et internationales.

Fin janvier 2009, la France a donc introduit dans son droit les dernières règles européennes telles qu'elles avaient été prévues par [la Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005](#) relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

[L'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009](#) publiée en obligation de **la directive** est un des textes législatifs et réglementaires qui vont profondément modifier les principes fondamentaux de notre système de Droit ¹

La réglementation européenne qui ne visait alors que des opérations liées au financement du terrorisme, aux activités criminelles organisées, au trafic de stupéfiants, à la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, ou encore la corruption a considérablement élargi son champ d'activité à l'ensemble des infractions à connotation financières dites « graves » c'est-à-dire punissables d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an.

Ce nouveau texte , applicable depuis le 1^{er} février 2009, oblige un grand nombre de prestataires de services notamment de l'immobilier ,de la finance, de la comptabilité, du marché de l'art et des jeux , du droit, à déclarer à un service de renseignement financier national intitulé TRACFIN de nombreuses informations et notamment des soupçons d'infractions punissables d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an et ce conformément à **[l'article L 561-15 du CMF](#)**, **y compris, ce qui est nouveau pour la France , les soupçons de fraude fiscale.**

Toutefois, il convient aussi de garder constamment à l'esprit que la directive et donc l'ordonnance d'application restent soumises aux principes fondamentaux de l'Homme. Et notamment au droit à un procès équitable (art.6) et au droit au respect à la vie privée (art.8)

En effet le préambule de la directive dispose en effet :

¹ les décrets d'application suivants ont été publiés à ce jour et insérés dans le code monétaire et financier
Décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009, décret n°2009-1087 du 2 septembre 2009
Blanchiment et fraude fiscale @EFI mise à jour novembre 2010

« 48) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Aucune disposition de la présente directive ne devrait faire l'objet d'une interprétation ou d'une mise en œuvre qui ne serait pas conforme à la convention européenne des droits de l'homme »

La finalité « philosophique » de ces textes internationaux est d'améliorer les garanties collectives, garanties dont la prévention et la lutte contre le blanchiment des infractions financières de tout niveau font partie, tout en essayant, vaille que vaille, de ne pas déstabiliser les principes régissant la protection des libertés individuelles reconnues notamment par la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

L'objectif de cette étude est simplement d'analyser avec un plan le plus synthétique possible cette nouvelle réglementation complexe et à tiroir dans le cadre des règles et pratiques fiscales applicables tant par les professionnels soumis à cette réglementation contraignante que par les fiscalistes et juristes des autres entreprises ainsi que par leurs conseils.

I. LES PARTICIPANTS AUX MISSIONS ANTI BLANCHIMENT

LE PREMIER PARTICIPANT : LE SERVICE TRACFIN

La définition de TRACFIN

La loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants a mis en place un système de lutte contre le blanchiment associant étroitement les établissements financiers et fonctionnant autour d'une cellule de Traitement du Renseignement et d'Action contre les Circuits Financiers clandestins, baptisé TRACFIN.

Ce service administratif, relevant du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, constitue à la fois une centrale de renseignements financiers et une unité spécialisée de lutte contre le blanchiment.

La brochure du ministère de l'Économie et des Finances présentait alors TRACFIN comme un service de renseignement et d'expertise qui permet aux institutions financières de ne pas s'adresser directement aux autorités judiciaires, afin « *de préserver au maximum la confidentialité de leurs transactions et de conserver de fait la confiance de leurs clients* ». Comme le rappelait ce document, les renseignements fournis à TRACFIN ne peuvent être utilisés à d'autres fins que la lutte contre le blanchiment.

Depuis sa création par l'article 5 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, le rôle du service TRACFIN s'est constamment développé au fil des années. Ainsi le décret (n°2006-1541) du 6 décembre 2006 a érigé la cellule TRACFIN en service à compétence nationale et a créé le pôle ministériel de lutte contre les circuits financiers clandestins.

L'article L 561-23 nouveau du CMF définit TRACFIN comme étant le service de renseignement financier national.

TRACFIN reçoit en effet de nombreux renseignements de nombreux organismes publics et privés, il s'agit notamment des déclarations de soupçon mais aussi de nombreuses notes d'information.

TRACFIN, un service de l'Etat soumis à la seule autorité d'un ministre, transmet, après analyse, les renseignements reçus au procureur de la république, à plusieurs administrations ou services de la République, à la police judiciaire, aux douanes et depuis le 1^{er} février 2009 à l'administration fiscale ;

Cependant la multiplicité des organismes de surveillance de toute sorte disséminés plus ou moins discrètement au sein de la République va nécessairement nécessiter au moins une forte réflexion sur leur animation, coordination et contrôle démocratique ¹

Les missions de Tracfin ²

Le service a comme tous les services de renseignements plusieurs types de missions : réception et analyse, échanges et diffusion du renseignement.

Missions de réception des renseignements financiers

Le rôle de TRACFIN est notamment de

- de recueillir, d'analyser, d'enrichir et d'exploiter les déclarations émises par les 17 catégories de professionnels assujettis aux fins d'établir l'origine ou la destination des sommes ou la nature des opérations ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon
- de recevoir à l'initiative des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, et de toute autre personne chargée d'une mission de service public, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission ou
- de les obtenir de ceux-ci à sa demande. et ce conformément à l'article L 561-27 CMF
- -de recevoir à l'initiative de l'autorité judiciaire, des juridictions financières et des officiers de police judiciaire toutes informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et ce, conformément à l'article L 561-27 CMF
- de recueillir, d'analyser, d'enrichir et d'exploiter les déclarations **de soupçon de fraude fiscale, soumises à l'obligation de dépôt conformément à l'article L561-15 du CMF mais uniquement** lorsqu'il y a présence d'au moins un critère défini par le **décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009.**

¹ En ce sens lire article R561-33 CMF sur le rôle animateur et coordinateur de Tracfin au sein du MINEFI

² L521-23 et R561-33 CMF)

Blanchiment et fraude fiscale @EFI mise à jour novembre 2010

Mission d'échange de renseignements avec les administrations étrangères (Article L561-31 CMF)

Le service TRACFIN peut communiquer, sur leur demande ou à son initiative, aux cellules de renseignement financier homologues étrangères les informations qu'il détient sur des sommes ou opérations qui paraissent avoir pour objet le blanchiment du produit d'une infraction punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou le financement du terrorisme, sous réserve de réciprocité et si certaines conditions sont réunies.

TRACFIN a reçu, en 2008, 1000 notes d'informations des cellules de renseignements financiers étrangères et en a diffusé 800.

A titre d'exemple, un dernier accord a été signé avec la Chine le 8 juillet 2009. Cet accord porte ainsi à 35 le nombre des accords signés par TRACFIN depuis sa création.

Mission de diffusion des renseignements reçus

La diffusion des renseignements reçus par le service TRACFIN en faveur d'organismes publics est prévu par [l'article L 561-29 du Code Monétaire et financier](#).

Toutefois, si les informations détenues par le service TRACFIN ne peuvent être utilisées à d'autres fins que la lutte contre le blanchiment, la loi ajoute aussitôt que cette restriction est faite « *sous réserve de l'application de l'article 40 du code de procédure pénale* » c'est à dire qu'en fait et en droit les fonctionnaires de TRACFIN ont l'obligation légale d'informer le procureur de la république de toutes les infractions pénales dont ils auraient connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Mais la divulgation de la déclaration et surtout celle de l'identité de son auteur, dont un anonymat total est garanti seulement si il est de bonne foi, est très strictement encadrée. (Article L561-19 in fine du code monétaire et financier)

LES AUTORITÉS INFORMÉES PAR TRACFIN

Les textes prévoient que le service TRACFIN diffuse les renseignements auprès de différentes autorités publiques, notamment :

Le Procureur de la république.

Ce rôle de renseignement au parquet est le rôle historique de TRACFIN qui adresse aux procureurs des cours d'appel des « notes d'information » que le parquet peut utiliser soit dans le cadre d'enquête préliminaire soit directement dans le cadre de poursuite pénale. [La transmission judiciaire est effectuée en préservant l'anonymat de la source déclarante : celle-ci n'est pas citée et sa déclaration initiale n'est en aucun cas jointe au dossier](#)

TRACFIN bénéficie pour cette mission de l'appui d'un magistrat judiciaire détaché dans les fonctions de conseiller juridique du directeur. Celui-ci est notamment chargé de la coopération avec l'autorité judiciaire.

Tracfin a des liens directs avec l'office central de répression de la grande délinquance financière (OCRGDF) ¹

La Direction générale des Douanes et Droits indirects

Conformément à **l'article L 561-29 du Code Monétaire et financier le service TRACFIN est autorisé** à communiquer des informations qu'il détient à l'administration des douanes.

En février 2008 un protocole de coopération sur le fondement de l'ancien article L. 563-5 du Code monétaire et financier prévoit les conditions dans lesquelles TRACFIN est susceptible de porter à la connaissance du Service national de douane judiciaire (SNDJ) les éléments pouvant relever de la compétence de ce service dont l'importance en nombre de fonctionnaires (200) est trois fois supérieure à celui de tracfin en pouvoir de police a été révélé récemment ²

Les services de renseignements

TRACFIN peut également transmettre aux services de renseignement spécialisés des informations relatives à des faits qui sont susceptibles de révéler une menace contre les intérêts fondamentaux de la nation en matière de sécurité publique et de sûreté de l'Etat. Il s'agit notamment de la DGSE, de la DRM, de la DPSD, de la DAS, de la DCRI et de l'UCLAT.

¹ Ce service a été créé en 1990 afin de coordonner les services de police et de gendarmerie notamment sur les notes transmises par tracfin il coopère avec Interpol et Europol Créé en même temps que la cellule TRACFIN, d'origine interministérielle, l'OCRGDF a une vocation transversale, ce qui conduit les services des différents ministères cosignataires du décret de création, à collaborer et à lui transmettre les informations relatives à son domaine d'activité.

² Eapport sur les paradis fiscaux AN septembre 2009 p.171
Blanchiment et fraude fiscale @EFI mise à jour novembre 2010

La Direction générale des finances publiques (DGFIP)

Il s'agit d'une nouvelle mission confiée au service TRACFIN par l'ordonnance de janvier 2009.

Jusqu'en février 2009, une muraille de chine devait en principe exister entre le service TRACFIN et l'administration fiscale, celle-ci ne pouvant pas en droit utiliser les renseignements à connotation de fraude fiscale.

Suivant l'exemple de nombreux États étrangers, l'ordonnance a supprimé cette muraille tant au niveau des renseignements à déclarer à Tracfin qu'au niveau des renseignements diffusés par ce service à l'administration fiscale.

L'article L 561-29 du code Monétaire et Financier stipule que le service de renseignements financiers national TRACFIN transmet à l'administration fiscale, des informations sur des faits susceptibles de relever de l'infraction de **fraude fiscale stricto sensu** ou **du blanchiment du produit de cette infraction**.

L'ordonnance précise, par ailleurs, que l'administration fiscale peut utiliser ces informations pour l'exercice de ses missions c'est-à-dire tant de contrôle fiscal que de répression pénale, étant rappelé que la Commission des Infractions Fiscales reste compétente en cas de fraude fiscale stricto sensu.

La poursuite au plan pénal des infractions de fraude fiscale stricto sensu devra recueillir, comme actuellement, un avis conforme de la Commission des Infractions Fiscales.

Cependant, les poursuites pour blanchiment de fraude fiscale ne nécessitent pas l'avis de la CIF.

Par ailleurs, lorsque, après la transmission d'une note d'information au procureur de la République, l'infraction sous-jacente à l'infraction de blanchiment se révèle être celle de l'article 1741 du Code général des impôts, l'avis de la commission visée à l'article L. 228 A du livre des procédures fiscales n'a pas à être sollicité. (L561-29 CMF in fine)

La nouvelle collaboration TRAFIN DGFIP¹

¹ Source Rapport Tracfin 2008

Pour assurer l'efficacité de cette collaboration, des issus de la Direction générale des Finances publiques (DGFIP) apportent , au sein de TRACFIN, une collaboration centrée sur une expertise comptable et fiscale des circuits de blanchiment.

Les domaines d'intervention peuvent notamment concerner les missions suivantes :

- formation à la matière fiscale des agents de la cellule ;
- aide à l'orientation des déclarations de soupçon ;
- enrichissement des enquêtes diligentées par le service ;
- examen sous un éclairage fiscal des informations reçues ;
- contribution à des analyses typologiques des circuits financiers rencontrés ;
- participation à certaines tâches dévolues au département institutionnel ;
- connaissance de l'organisation, des missions et des liaisons entre les différents services de l'administration fiscale.

Les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 30 janvier 2009 transposant la troisième directive anti-blanchiment vont donc conduire le service TRACFIN à renforcer cette expertise en matière fiscale et ce, d'autant plus que le décret du 16 juillet 2009 définit les 16 critères de soupçon de fraude fiscale que devront obligatoirement viser les déclarations de soupçon de fraude fiscale.

Cette nécessité d'une forte relation entre la DGFIP et le service Tracfin a été récemment confirmée, le 11 septembre 2009 dans le rapport de l'assemblée nationale sur les Paradis fiscaux.¹

TRacfin va devenir une des mines de renseignements pour la DGFIP

LES CORRESPONDANTS « DECLARANTS »

Comme tout service de renseignement, le service TRACFIN doit être le mieux informé possible des différentes opérations suspectes à incidence financière et pouvant éventuellement être qualifiées de blanchiment d'infractions pénales.

¹ Rapport d'information sur les Paradis Fiscaux Assemblée Nationale N°1902 du 10 septembre 2009 p.193
Blanchiment et fraude fiscale @EFI mise à jour novembre 2010

Le législateur a donc déterminé les services et les personnes qui devront, soit obligatoirement soit de leur initiative, déposer soit des déclarations dites de soupçon d'infraction soit des notes d'information.

Les administrations publiques

Les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, des organismes de sécurité sociale et d'allocations familiales et toute autre personne chargée d'une mission de service public peuvent adresser à TRACFIN, de leur initiative, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Le service TRACFIN peut aussi les obtenir de ceux-ci à sa demande et ce, conformément à l'[article L 561-27 CMF](#).

L'autorité judiciaire, les juridictions financières et les officiers de police judiciaire peuvent adresser à TRACFIN toutes informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et ce, conformément à l'[article L 561-27 CMF](#). La loi ne prévoit pas de droit de communication à l'initiative de TRACFIN mais ne l'interdit pas en fait, les rapports entre TRACFIN et ces institutions étant très étroits.

Les autorités étrangères

TRACFIN peut échanger des informations avec ses homologues étrangers qui remplissent les conditions de réciprocité et de respect du secret professionnel.

Cette fonction d'échange d'information est importante : en effet 1000 demandes sont adressées chaque année à tracfin contre 700 demandes adressée par tracfin à des cellules étrangères dont 85% au sein de l'Union Européenne .

Les prestataires de service professionnels qualifiés par la loi

L'article L512-2 du code monétaire et financier définit 17 catégories de prestataires de service qui ont l'obligation légale de lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Il s'agit principalement des professionnels de l'immobilier, de la finance, de l'assurance ; de la comptabilité, les commissaires priseurs, les antiquaires, les joailliers, les maisons de jeu et les professionnels du droit.

Les avocats¹ ont l'obligation de participer à la lutte contre le blanchiment et sont donc soumis aux obligations de vigilance et de déclaration de la lutte anti blanchiment mais avec des spécificités particulières : champ d'application plus restrictif visant uniquement 7 types de « transactions économiques », non application de la présente législation pour les procédures juridictionnelles ou pour les consultations juridiques, interdiction d'avoir des relations directes avec le service TRACFIN, passage obligatoire par le filtre du bâtonnier, reconnaissance légale du droit de dissuader la commission d'une infraction.

Tous ces professionnels qualifiés pour la lutte anti-blanchiment sont soumis à des obligations strictes à la fois de vigilance sur leur clientèle et de déclaration de soupçon d'infraction. Par ailleurs ils ont l'obligation de communiquer à TRACFIN à sa demande l'ensemble des documents sur lesquels la déclaration a été présentée (art.561-26-I).

L'absence ou la mauvaise observation de cet ensemble indissociable d'obligations est sanctionnée disciplinairement et éventuellement pénalement.

LE CLIENT «SOUPCONNABLE »

Le client participe aussi à la lutte contre le blanchiment, c'est lui en effet qui est le porteur de soupçon et qui sera éventuellement la cible judiciaire ou fiscale à « analyser ».

Le texte établit cependant une distinction entre les obligations de vigilance qui visent le client et les obligations de déclaration qui visent des « opérations » ou, pour les avocats, des « transactions »²

L'objectif de la lutte anti-blanchiment est de dénoncer des soupçons d'infractions concernant non pas seulement des clients mais des opérations qui seraient les éléments matériels d'une éventuelle infraction.

Il est alors significatif que le mot « client » ne soit pas mentionné dans le cadre des obligations de déclaration prévues aux articles L 561-15 et suivants du CMF.

¹ Les règles applicables aux avocats sont fixées notamment par les articles L561-3 et L 561-17 du CMF

² L'emploi du mot « transaction » au lieu et place du mot « opération » signifierait-il que les opérations à titre gratuit (succession, donation, partage familial c'est-à-dire le droit de la famille) sont hors champ pour les avocats et notaires. ?

Le système est établi de telle façon que la personne « déclarée », partie à l'opération ou à la transaction, doit rester totalement et absolument « ignorante » de la déclaration établie « confidentiellement » par le déclarant souvent dit « de confiance », notamment et même si celui-ci est le banquier, le notaire, l'expert comptable ou l'avocat.

Seul, un avocat a le droit, reconnu par l'article L 561-19 §I du CMF, de dissuader « son client » de réaliser la « transaction » soupçonnable.

Enfin, les entreprises non soumises aux obligations de lutte contre le blanchiment ont le plus grand intérêt à ne pas participer à des opérations ou à des transactions soupçonables.

Le rôle des responsables juridiques et fiscaux des entreprises va donc naturellement s'élargir à la prévention du risque de soupçon et non plus seulement à la prévention d'une infraction pénale

II. LES OBLIGATIONS DES PROFESSIONNELS QUALIFIES

L'obligation de déclaration et l'obligation de vigilance auxquelles sont soumis les professionnels qualifiés entretiennent une relation « fusionnelle » de complémentarité et le service TRACFIN rappelle constamment cette double obligation.

LES OBLIGATIONS DE VIGILANCE À L'ÉGARD DE LA CLIENTÈLE

Le principe d'une obligation de vigilance est un des piliers du système anti blanchiment : pour le service TRACFIN, il ne saurait y avoir une déclaration de soupçon sans que celle-ci soit fondée sur une surveillance plus ou moins forte du client.

Dans le domaine fiscal, cette surveillance peut se faire sur des indices de fait mais aussi de motivations de présomptions de soupçon de fraude ou de blanchiment de fraude.

Les professionnels qualifiés doivent adopter des procédures internes adaptées et destinées à mettre en œuvre leurs obligations légales notamment en assurant régulièrement la formation et l'information de leurs personnels (art. L561-33).

Par ailleurs, les organismes doivent appliquer les mêmes mesures de vigilance, de conservation des documents et de déclaration pour leurs succursales ou leurs filiales situées à l'étranger.

Objectif légal de l'obligation de vigilance

L'obligation de vigilance n'a pas pour objectif de prévenir une éventuelle infraction ou même de dissuader le client de ne pas réaliser l'opération – sauf pour les avocats qui ont obtenu le droit de dissuader.

Cette obligation, qui existait sous la législation antérieure à l'ordonnance du 29 janvier 2009, a « **pour seul objectif la détection des transactions suspectes**, et notamment la méconnaissance de l'examen particulier de certaines opérations importantes est sanctionnée disciplinairement par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire. »¹

Cette jurisprudence conserve encore plus son autorité dans le cadre de l'examen des opérations complexes.

L'ordonnance prévoit que les obligations de vigilance peuvent désormais être modulées.

En vertu de ce nouveau principe de l'approche par les risques, le professionnel assujéti peut donc, sous le contrôle de son autorité de supervision:

- établir sa propre politique de gestion des risques,
- ajuster l'intensité de ses vigilances en fonction du risque que présente le client ou le produit.

A cette fin, les critères qualifiant les produits ou les clients présentant des faibles risques, ainsi que la nature des vigilances renforcées que le professionnel devra mettre en œuvre pour les clients ou les produits énoncés dans la loi comme présentant un risque élevé seront définis par décret .

¹ (Cass ch com 28 avril 2004 N°02-15054)

En dehors des situations précises, le professionnel pourra également établir sa propre politique de gestion des risques et ajuster l'intensité de ses vigilances en fonction du risque que présente le client ou le produit, et ce sous le contrôle de son autorité de contrôle ou de supervision (articles L. 561-9 et L. 561-10).

En outre, afin d'éviter la répétition des procédures d'identification des clients qui serait source de retard des transactions, le texte autorise les professionnels financiers à se reposer sur les procédures d'identification de la clientèle effectuées par un autre professionnel assujéti qui lui apportera un nouveau client (*article L. 561-7*).

Mais, dans ce cas, le professionnel qualifié demeure responsable de la qualité des données d'identification ainsi recueillies et assure un suivi régulier de cette nouvelle relation d'affaires.

LE PRINCIPE DE BASE : CONNAIS TON CLIENT, le C.T.C.

L'[article L. 561-5 du Code monétaire et financier](#) pose comme principe de base le fait que le professionnel doit identifier son client dans les conditions prévues aux articles R561-5 et suivants du CMF et, le cas échéant, par la mise en œuvre de moyens adaptés, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires.

Ce principe est reconnu au niveau international sous la dénomination «KYC »¹

Le professionnel doit s'assurer, avant d'entrer en relation d'affaires avec un client même occasionnel, de l'identité de celui-ci et, le cas échéant, de celle du bénéficiaire effectif de la relation d'affaires (*C. mon. fin. art. L 563-1*).

Le bénéficiaire effectif

L'[article L 561-2-2 du CMF](#) définit le bénéficiaire effectif comme « la personne physique qui contrôle, directement ou indirectement, le client ou de celle pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée ».

Les articles R561-7 et suivants du CMF précisent la définition du bénéficiaire effectif pour les différentes catégories de personnes morales **et notamment pour les organismes fiduciaires et pour les trusts.**

La relation d'affaires

¹ KNOW YOUR CLIENT

Une relation d'affaires est nouée lorsqu'un professionnel qualifié engage une relation professionnelle ou commerciale qui est censée, au moment où le contact est établi, s'inscrire dans une certaine durée. (Art. L561-2-1 du CMF)

La relation d'affaires peut être prévue par un contrat selon lequel plusieurs opérations successives seront réalisées entre les cocontractants ou qui crée à ceux-ci des obligations continues.

Une relation d'affaires est également nouée lorsqu'en l'absence d'un tel contrat un client bénéficie de manière régulière de l'intervention d'un professionnel qualifié pour la réalisation de plusieurs opérations ou d'une opération présentant un caractère continu ou, s'agissant des experts comptables pour l'exécution d'une mission légale.

Les textes définissent les obligations de vigilance **avant l'entrée en relation d'affaires**, (art. L 561-6, al. 1 nouveau), **pendant la relation** L 561-6, al. 2) et à la rupture de la relation. ¹

Le professionnel a l'obligation de conserver ces documents et les informations pendant cinq ans (art. L 561-12 nouveau).

Le professionnel identifie dans les mêmes conditions ses **clients occasionnels dans les conditions prévues à l'article** R561-10 et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires.

En cas d'une vérification infructueuse :

Si le professionnel n'est pas en mesure d'identifier son client ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires, il ne doit exécuter aucune opération ni établir ou maintenir la relation.

Si celle-ci est déjà établie, le professionnel doit y mettre un terme (C. mon. fin. art. L 561-8) et ce, contrairement à la jurisprudence antérieure. ²

¹ Les obligations ont été précisées par l'arrêté du 2 septembre 2009 pris en application de l'article R. 561-12 du code monétaire et financier et définissant des éléments d'information liés à la connaissance du client et de la relation d'affaires aux fins d'évaluation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (JO du 04/09/2009)

² Cass. com. 21-1-2004 n° 01-10.928

La vigilance peut être allégée lorsque le risque de blanchiment ou de financement du terrorisme est faible.

La vigilance est renforcée, plus particulièrement dans le domaine fiscal, notamment lorsque (*C. mon. fin. art. L 561-10* et articles R561-21 et suivants):

- le client ou son représentant légal n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification ;
- le client est une personne résidant dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou un pays tiers et qui est exposée à un risque particulier en raison de ses fonctions actuelles ou anciennes **c'est-à-dire une Personne Politiquement Exposée (Article R561-18)**

Aux termes de la directive 2005/70 du 1er août 2006, sont considérées comme exposées les personnes qui occupent ou se sont vu confier une fonction publique importante (membre d'un gouvernement, parlementaire, magistrat d'une haute juridiction, dirigeant d'une entreprise publique...) ainsi que les membres directs de leur famille ou des personnes connues pour leur être étroitement associées ;

- le produit ou l'opération favorise l'anonymat de celle-ci¹ ;
- l'opération est une opération pour compte propre ou pour compte de tiers effectuée avec des personnes domiciliées, enregistrées ou établies dans un Etat ou un territoire où l'insuffisance de la législation ou les pratiques font obstacles à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.
- .. Si le risque de blanchiment ou de financement du terrorisme présenté par le client, le produit ou la transaction paraît élevé (*art. L 561-10-2, I nouveau*).
- .. Pour toute opération particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite (*art. L 561-10-2, II nouveau*).

¹ Article R561-19 Les produits ou opérations mentionnés au 3° de l'article L. 561-10 sont les bons et titres anonymes ainsi que les opérations portant sur ces bons et titres anonymes.

Dans ce cas, le professionnel qualifié doit se renseigner auprès du client sur l'origine des fonds et la destination de ces sommes ainsi que sur l'objet de l'opération et l'identité de la personne qui en bénéficie.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a précisé qu'un établissement, après s'être renseigné ou faute d'avoir recherché les renseignements nécessaires, qui n'a pas déterminé l'origine ou la destination des versements en cause devait effectuer une déclaration de soupçon » (1)

L'OBLIGATION DE VIGILANCE INTERNATIONALE DE GROUPE

L'obligation de vigilance et de conservation des documents s'impose au professionnel concerné, également pour ses filiales ou ses succursales situées à l'étranger (*C. mon. fin. art. L 561-34 nouveau*).

Si la législation locale ne lui permet pas de mettre en œuvre des mesures équivalentes, il devra en informer TRACFIN et son autorité de contrôle.

Quant à l'obligation de déclaration de soupçon, il n'existe, à mon avis, aucune référence explicite à une limitation territoriale pour les succursales étrangères qui n'ont pas par principe de personnalité morale donc comptable distincte de celle de leur maison-mère si ce n'est l'application des réglementations étrangères qui peuvent aussi être d'ordre public.

En ce qui concerne les filiales, leur soumission aux obligations de vigilance de leur société mère imposera celle-ci d'avoir de facto connaissance des opérations étrangères soupçonnables.

La banque des règlements internationaux (BRI) a établi un guide de conformité (**compliance and compliance function in banks**) qui sert de modèle pour nos établissements financiers

Pour les établissements de crédits et autres, ceux-ci ont l'obligation stricte de créer un comité de « conformité » de groupe qui a notamment vocation d'examiner les activités dans les paradis fiscaux comme cela est prévu par **le règlement 97/02 du 21 février 1997 du CRBF_ et ce tenant compte de » l'ensemble des risques juridiques, financiers et de réputation »**

¹ Conseil d'Etat N° 245750 12 janvier 2004

L'article 26 de la **loi n° 2009-431 du 20 avril 2009 de finances rectificative pour 2009**) impose aux établissements financiers de divulguer les conditions dans lesquelles ils exercent des activités dans des Etats ou territoires qui ne prêtent pas assistance aux autorités administratives françaises en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et entretiennent des relations commerciales avec des personnes ou entités qui y sont établies.

LES OBLIGATIONS DE DÉCLARATION DITE DE SOUPÇON

Antérieurement au 1^{er} février 2009, l'obligation de déclaration ne visait que certaines formes de criminalités d'exception (trafic de stupéfiants, criminalité organisée, financement du terrorisme, fraude aux intérêts des Communautés européennes).

L'ordonnance du 29 janvier 2009 étend le champ de la déclaration de soupçon aux sommes ou opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles pourraient provenir de **toute infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an** ou qui pourraient participer au financement des activités terroristes.

Cette définition vise l'infraction de blanchiment de fraude fiscale et le délit de fraude fiscale mais dans ce dernier cas si un des 16 critères prévu par le décret est existant

Il existe plusieurs types de déclaration dite de soupçon de fraude et nous analyserons que les déclarations à incidence fiscale

- A La déclaration après analyse
- B Les déclarations systématiques
- C La déclaration après analyse renforcée complémentaire

La déclaration après analyse d'un soupçon de fraude **(Article L 561-15 §1 CMF)**

Ce type de déclaration est celui qui correspond à l'appellation de droit commun de la déclaration de soupçon.

La loi française prévoit en effet que les professionnels qualifiés doivent déclarer à TRACFIN :

« Les sommes inscrites dans leur livre ou les opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner lorsqu' :

- *elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou*
- *elles participent au financement du terrorisme. »*

Le législateur a rendu obligatoire la déclaration de soupçon d'infraction mais sans définir le terme soupçon. Les pouvoirs publics estiment que c'est à la jurisprudence de fixer une telle définition.

Il n'existe aucune définition juridique du soupçon de fraude

Les responsables qui devront établir ce type de déclarations devront donc établir le soupçon à la suite d'une analyse notamment des faits et des motivations de l'opération, appréciation qui sera établie grâce aux informations reçues de l'accomplissement des mesures de vigilance.

Par ailleurs, l'utilisation du mot « somme » montre bien que la loi vise des opérations financières qu'il y ait ou non manipulation –physique ou comptable– de somme d'argent dont le déclarant *« sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner qu'elle provient d'une infraction »*.

La déclaration analytique de soupçon découle toujours d'une appréciation et d'une décision individuelle du professionnel et ce, après une analyse de l'opération déclarable

Elle ne peut donc être effectuée sans une vigilance préalable satisfaisante.

A titre d'exemple, la déclaration analytique de soupçon peut viser des abus de biens sociaux, des escroqueries de tout genre et notamment à la TVA, des fraudes aux régimes sociaux, des infractions aux réglementations financières et aussi le blanchiment de toute infraction et notamment le blanchiment de fraude fiscale.

Monsieur Hervé ROBERT¹, magistrat et conseiller juridique du directeur de TRACFIN a précisé les éléments pouvant établir un soupçon de fraude, précisions que nous reprenons ci-dessous.

« Il incombe aux opérateurs et à eux seuls de décider de déclarer ou non leur suspicion de blanchiment face à une transaction. Un soupçon est par essence une manifestation subjective, qui se nourrit de l'expérience acquise et de la vigilance quotidienne, ainsi que de l'appréhension des caractéristiques intrinsèques de l'opération²».

La déclaration analytique de soupçon doit être motivée. Dans sa jurisprudence, la Commission bancaire rappelle en effet aux établissements de crédit que *« la bonne application de l'article L. 562-2 (devenu L 561-15) du Code monétaire et financier implique que les déclarations de soupçon lorsqu'elles sont faites auprès de TRACFIN comportant des éléments de nature à faire apparaître les motifs qui ont conduit l'établissement [de crédit] à effectuer la déclaration »⁽³⁾.*

« Un soupçon, c'est tout simplement un soupçon ». Et devant tant d'imprécision, tout déclarant devra porter à la connaissance du service TRACFIN « le cheminement intellectuel qui l'a conduit de l'incertitude à la suspicion au regard des éléments précis et objectifs d'information qu'il a pu réunir ou qui lui échappent malgré ses efforts de documentation obtenus dans le cadre des obligations de vigilance. »

En fait, le législateur demande aux professionnels déclarants de posséder « le flair des douaniers ».

Si la loi impose au professionnel de porter ses soupçons à la connaissance de TRACFIN, la loi ne prévoit pas que celui-ci doit d'apporter la preuve de la matérialité de l'infraction ou de procéder à sa qualification pénale qui relève de la seule compétence de l'autorité judiciaire ou même à un début d'indice de tentative de délit.

En revanche, outre les éléments relatifs à l'identification du client et au descriptif des flux financiers concernés, sa déclaration doit être étayée par l'exposé de l'analyse qui a fondé sa suspicion.

¹¹ (H.Robert l'obligation de déclaration de soupçon Petites affiches 17 juillet 2008 p.11 et s

² *Tracfin, Les déclarations de soupçons (évolution, rôle, ambiguïtés, statistiques), Banque et Droit, n° 88, mars-avril 2004, p ; 29*

⁽³⁾ *Commission bancaire, décision du 26 mars 2004, Banque Belgoire, Bull. off. Banque de France, n° 68-69, août-septembre 2004, p. 33*

La Commission bancaire a ainsi rappelé, notamment dans sa **décision du 7 juin 2007 (Caisse régionale de crédit agricole Centre-Est)**¹ que « *la bonne application des dispositions de l'ancien article L.562-2 (L. 561-16 nouveau) du Code monétaire et financier implique que les déclarations de soupçon comportent tous les éléments recueillis par l'établissement permettant de comprendre les motifs du soupçon qui l'ont conduit à effectuer une déclaration auprès du service TRACFIN pour permettre l'exploitation par ce service* ».

LA DISTINCTION ENTRE LA FRAUDE FISCALE ET LE BLANCHIMENT DE FRAUDE FISCALE

Cette obligation de déclaration vise donc aussi le délit de blanchiment de fraude fiscale prévu et réprimé à l'article 324-1 du Code pénal, délit qui est « *une infraction générale, distincte et autonome* ».

La Cour de Cassation est en effet revenue en 2008² sur sa jurisprudence antérieure de 2000³ en jugeant le délit de **blanchiment** de fraude fiscale n'est pas soumis aux articles L 228 et suivants du Livre des Procédures fiscales, articles qui visent la saisine préalable de la commission des infractions fiscales et n'imposent donc pas que « *des poursuites aient été préalablement engagées ni qu'une condamnation ait été prononcée du chef du crime ou du délit ayant permis d'obtenir les sommes d'argent blanchies mais qu'il suffit que soient établis les éléments constitutifs de l'infraction principale ayant procuré les sommes litigieuses* ».

Ainsi la prévention du blanchiment de fraude fiscale ne nécessite pas la plainte de l'administration des impôts après avis conforme de la Commission des infractions fiscales, qui n'est pas, rappelle la chambre criminelle, un élément constitutif du délit prévu et réprimé par **l'article 1741 du Code général des impôts**, mais une condition, à peine d'irrecevabilité, de sa poursuite.

Les déclarations systématiques⁴

En complément de la déclaration basée sur une analyse de l'opération déclarable, il existe un régime de déclarations systématiques s'appuyant uniquement sur des critères objectifs, légaux ou réglementaires visant certaines opérations considérées

¹ Bulletin officiel de la Banque de France • N° 103 • Juillet 2007 61

² **Cass ch crim 20 février 2008 N° 07-82977**

³ Cass crim 14 décembre 2000 n°99-87015)

⁴ **article L.561-15 du code monétaire et financier**

Blanchiment et fraude fiscale @EFI mise à jour novembre 2010

par la loi comme particulièrement sensibles (article L.561-15 du code monétaire et financier)

Cette obligation de déclaration dite systématique vise depuis le 1^{er} février 2009 l'ensemble des professionnels qualifiés et non plus les seuls établissements financiers (**article L 562-2 ancien CMF**)

Le professionnel qualifié n'a plus de liberté d'appréciation et a « seulement » l'obligation de déposer une déclaration dès que l'un des critères légaux est établi.

La déclaration de soupçon de fraude fiscale est elle systématique ??

(Article L. 561-15-II et D561-32-1 CMF)

La déclaration de soupçon de fraude fiscale au sens de l'**article 1741 du Code général des impôts** est prévue par l'article L. 561-15-II CMF et par le décret D n° 2009-874 du 16 juillet 2009¹ et ne vise donc que les sommes ou opérations dont les déclarants savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale **lorsqu'il y a présence d'au moins un critère prévu par le décret.**

Cette déclaration doit être effectuée dès que l'un des 16 critères définis ci-dessous est établi ; **néanmoins**, le décret précise qu'elle doit aussi être effectuée en fonction de la spécificité de la profession du déclarant, conformément aux obligations de vigilance exercées sur sa clientèle et au regard des pièces et documents qu'il a réunis à cet effet.

« C'est seulement au terme d'une analyse du professionnel sur les faits et les motivations de l'opération suspecte que les déclarations de fraude fiscale doivent être transmises à nos services. Cet examen doit être fondé sur les 16 critères fixés par le décret et la connaissance de son client.

Nous ne voulons donc pas de déclarations systématiques. » a précisé Le directeur de TRACFIN en avril 2010

L'efficacité de la vigilance est donc une des conditions de cette déclaration systématique.

¹ Codifié sous l'article D561-32-1 CMF

Quels sont les critères prévus par le décret :¹

Premier critère qui doit alerter le professionnel : l'utilisation de sociétés écran, soit si celles-ci ont une activité qui n'est pas cohérente avec l'objet social ou si ces sociétés ont leur siège social, dans un Etat ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires, identifié à partir d'une liste publiée par l'administration fiscale, ou à l'adresse privée d'un des bénéficiaires de l'opération suspecte ou chez un domiciliataire au sens de l'article

L 123-11 du Code de Commerce.

Le recours à l'interposition de personnes physiques n'intervenant qu'en apparence pour le compte de sociétés ou de particuliers impliqués dans des opérations financières est également visé par le décret. Il en est de même de la réalisation d'opérations financières incohérentes au regard des activités habituelles de l'entreprise ou d'opérations suspectes dans des secteurs sensibles aux fraudes à la TVA de type carrousel, tels que les secteurs de l'informatique, de la téléphonie, du matériel électronique, du matériel électroménager, de la hi-fi et de la vidéo.

Assez logiquement, la constatation d'anomalies dans les factures ou les bons de commande, telles que l'absence du numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, du numéro SIREN, du numéro de TVA, de numéro de facture, d'adresse ou de dates lorsqu'ils sont présentés comme justification des opérations financières est intégrée à la liste des critères. Il en est de même pour la difficulté d'identifier les bénéficiaires effectifs et les liens entre l'origine et la destination des fonds en raison de l'utilisation de comptes intermédiaires ou de comptes de professionnels non financiers comme comptes de passage, ou du recours à des structures sociétaires complexes et à des montages juridiques et financiers rendant peu transparents les mécanismes de gestion et d'administration.

Mais le décret met également en avant des critères qui semblent moins directement liée à la notion de fraude fiscale comme la réalisation d'opérations financières par des sociétés dans lesquelles sont intervenus des changements statutaires fréquents non justifiés par la situation économique de l'entreprise ou bien la progression forte et inexplicée, sur une courte période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou jusque-là peu actifs ou inactifs ou le recours à des sociétés en sommeil ou peu actives dans lesquelles ont pu intervenir des changements statutaires récents. De même le recours inexplicé à des comptes utilisés comme des comptes de passage ou par lesquels transitent de multiples opérations tant au débit qu'au crédit, alors que les soldes des comptes sont souvent proches de zéro ou

¹ Blanchiment ; Fraude fiscale et déclaration de soupçon F.PERROTIN Les Petites Affiches 6 aout 2009
Blanchiment et fraude fiscale @EFI mise à jour novembre 2010

encore le retrait fréquent d'espèces d'un compte professionnel ou leur dépôt sur un tel compte non justifié par le niveau ou la nature de l'activité économique ou encore l'utilisation régulière par des personnes physiques domiciliées et ayant une activité en France de comptes détenus par des sociétés étrangères sont classés au nombre des critères d'une déclaration de soupçon en matière de fraude fiscale.

Il en est de même pour les opérations financières internationales sans cause juridique ou économique apparente se limitant le plus souvent à de simples transits de fonds en provenance ou à destination de l'étranger notamment lorsqu'elles sont réalisées avec des Etats ou des territoires qui n'a pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires. Le refus du client de produire des pièces justificatives quant à la provenance des fonds reçus ou quant aux motifs avancés des paiements, ou l'impossibilité de produire ces pièces, le transfert de fonds vers un pays étranger suivi de leur rapatriement sous la forme de prêts et l'organisation de l'insolvabilité par la vente rapide d'actifs à des personnes physiques ou morales liées ou à des conditions qui traduisent un déséquilibre manifeste et injustifié des termes de la vente devront également désormais conduire automatiquement le professionnel à déposer une déclaration de soupçon.

Derniers critères visés, le dépôt par un particulier de fonds sans rapport avec son activité ou sa situation patrimoniale connue ou la réalisation d'une transaction immobilière à un prix manifestement sous-évalué.

Déclarations systématiques pour des opérations avec

certains États non coopératifs

(art.561-15 § VI)

Un décret peut rendre obligatoire – et non plus facultatif- la déclaration d'opérations pour compte propre ou pour compte de tiers réalisées avec les pays ou territoires considérés comme non coopératifs par le GAFI et désignés, au plan national, par décret. Cette obligation ne s'applique que pour les professionnels de la finance.

Déclarations systématiques en cas de doute sur l'identité du **bénéficiaire (art 561-15 §IV)**

Il s'agit des opérations dont l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation reste douteuse malgré les vérifications effectuées.

Déclarations systématiques en cas de complément d'information

(Art 561-15 §V)

Toute information de nature à infirmer, conforter ou modifier les éléments contenus dans la déclaration doit être portée, sans délai, à la connaissance du service Tracfin.

La déclaration après analyse complémentaire

(Art 561-15 § III)

Ce type de déclaration laisse une faible marge d'appréciation au professionnel qualifié dans certaines situations légalement définies qui doivent obligatoirement et systématiquement être analysées.

Ce n'est pas la déclaration qui est systématique mais l'analyse de la situation.

Une déclaration de soupçon doit être, **le cas échéant**, déposée à l'issue de l'examen des mesures de vigilance complémentaires prévues par **l'article L561-10** lorsque :

1° Le client ou son représentant légal n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification ;

2° Le client est **personne politiquement exposée (la PPE°)** c'est-à-dire une personne résidant dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou un pays tiers et qui est exposée à des risques particuliers en raison des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives qu'elle exerce ou a exercées pour le compte d'un autre Etat ou de celles qu'exercent ou ont exercées des membres directs de sa famille ou des personnes connues pour lui être étroitement associées ;

3° Le produit ou l'opération favorise l'anonymat de celle-ci ;

4° L'opération est une opération pour compte propre ou pour compte de tiers effectuée avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliées, enregistrées ou établies dans un Etat ou un territoire « non coopératifs ».

Il s'agit de personnes domiciliées, enregistrées ou établies dans l'ensemble des Etats ou territoires n définis par **un décret non publié à ce jour** dont les insuffisances de la législation ou les pratiques font obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

En fait le texte ne vise pas un état particulier mais un ensemble d'états tels qu'il aurait pu être établi au niveau international sur une liste grise ou noire type OCDE

Un décret en Conseil d'Etat précise les catégories de personnes mentionnées au 2°, la liste des produits et des opérations mentionnées au 3°, ainsi que les mesures de vigilance complémentaires.

Un décret pourra rendre cette déclaration obligatoire dans toutes les situations

LES MODALITÉS PRATIQUES D'APPLICATION

Qui doit déclarer ?

La loi définit uniquement les 17 catégories de professionnels qualifiés et soumis aux obligations de lutte contre le blanchiment, sans préciser la qualification du responsable chargé de cette fonction.

Un texte réglementaire précise donc les modalités pratiques.

Dans le cadre de leur relation avec le service TRACFIN, les professionnels qualifiés doivent désigner d'une manière nominative auprès de TRACFIN et de leur autorité de contrôle, les dirigeants ou employés qui sont chargés d'assurer respectivement les fonctions de « déclarant » et de « correspondant » (articles R. R561-23 et R. 562-24 du Code monétaire et financier).

Ces fonctions peuvent, le cas échéant, être assurées par la même personne :

- le déclarant est chargé de la transmission des déclarations auprès du service ;
- le correspondant assure notamment l'interface avec TRACFIN : il est destinataire des accusés de réception des déclarations émises et traite ses demandes de communication de pièces ou documents.

Par ailleurs, **le texte** précise que tout préposé « *peut prendre l'initiative de déclarer au service même s'il n'est pas habilité dans des cas exceptionnels et en raison notamment de l'urgence* ».

DATE DU DÉPÔT DE LA DÉCLARATION

Principe : la déclaration préalable

Antérieurement à l'ordonnance de janvier 2009, la Commission bancaire et le Conseil d'Etat avaient été amenés à apporter des précisions en la matière :

- la déclaration doit intervenir « **en temps utile** » **dès la détection de l'anomalie** et non pas quelques mois « après la parution d'un article de presse faisant allusion à d'éventuels soupçons de détournement de fonds publics » ou « après le début d'une mission d'inspection » (Commission bancaire – décision du 31 août 2004 – Arab Bank PLC – succursale de Paris) ;
- **tout retard significatif** dans la transmission d'une déclaration de soupçon fait perdre au professionnel le bénéfice de la bonne foi, condition indispensable pour que le professionnel puisse prétendre bénéficier du régime de protection prévue par les textes. ¹

Dans le cadre de la nouvelle législation, l'article L 561-25 CMF précise que « le service TRACFIN peut s'opposer à l'exécution d'une opération qui a fait l'objet d'une déclaration ».

Il est donc maintenant clair que la déclaration doit être préalable à l'exécution de l'opération sans que le professionnel ait toutefois l'obligation de la suspendre.

Obligation de suspension de l'opération

Une obligation de suspension de l'opération ou de la transaction jusqu'au dépôt de la déclaration sauf circonstances particulières (L.561-16) est toutefois prévue par **l'article L 561-16 du CMF** en cas d'opération liée à des **blanchiments de capitaux** – y compris donc le blanchiment de fraude fiscale- ou au **financement du terrorisme**.

Lorsqu'une opération devant faire l'objet de la déclaration a déjà été réalisée, soit parce qu'il a été impossible de surseoir à son exécution, soit que son report aurait pu faire obstacle à des investigations portant sur une opération suspectée de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme, soit qu'il est apparu postérieurement à sa réalisation qu'elle était soumise à cette déclaration, le déclarant en informe sans délai TRACFIN.

Par ailleurs, toute information de nature à modifier l'appréciation exposée dans la déclaration de soupçon doit être immédiatement portée à la connaissance de TRACFIN ²

¹ (Conseil d'Etat – 3 décembre 2003 – Banque SBA, n° 244084, 6è et 4è ss-sect).

² (Commission bancaire – décision du 20 septembre 2005 – Banco Popular France).

Le professionnel qualifié aura un grand intérêt à rester vigilant sur la date du dépôt car un dépôt trop tardif risque de lui faire perdre le bénéfice de la bonne foi et donc de lui faire perdre ses droits à l'immunité.

PROCÉDURE DE LA DÉCLARATION

Le principe : la déclaration directe

Pour l'ensemble des professionnels assujettis à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, la déclaration doit être déposée directement au service TRACFIN le plus souvent par écrit.

L'exception : la déclaration « filtrée »

Cependant, pour les avocats, lorsqu'ils n'agissent pas en qualité de fiduciaire, la déclaration se réalise obligatoirement par l'intermédiaire du bâtonnier d'un des 181 ordres auprès duquel l'avocat est inscrit, Bâtonnier qui devra vérifier que les avocats ont bien transmis cette déclaration dans le cadre de l'article L561-3 visant leur assujettissement au dispositif de prévention contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (**article L. 561-17**).

L'INTERDICTION DE DIVULGATION

(Article L 561-19 CMF)

- L'interdiction de divulgation

Le principe de la confidentialité c'est-à-dire de l'interdiction de la divulgation de l'existence et du contenu de déclaration de soupçon vis-à-vis des clients, du propriétaire des sommes, de l'auteur des opérations et de tous les tiers est réaffirmé (*art. L 561-19 nouveau*) et ce, même pour les avocats sauf aux autorités de contrôle.

Le déclarant a donc une interdiction absolue, sous peine d'une amende de 22.500€ de divulguer l'existence de la déclaration qu'il a déposée, de son contenu et des suites données (*art. L 561-19, I et L 574-1 nouveaux*).

Par ailleurs, TRACFIN garantit l'anonymat du déclarant de bonne foi et du préjudice résultant d'une telle déclaration (*art L561-22 II in fine*).

Néanmoins il existe **quelques dérogations à cette confidentialité.**

En faveur des autorités de contrôle

Seules les autorités de contrôle, les ordres professionnels et le Conseil national des barreaux peuvent avoir accès afin d'exercer leur mission de contrôle.

En faveur, très limitée, de l'autorité judiciaire (L 561-19-II)

La déclaration au service TRACFIN n'est accessible à l'autorité judiciaire que sur réquisition auprès du service TRACFIN lorsqu'elle est nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité des organismes et personnes déclarants dès lors que l'enquête judiciaire fait apparaître qu'ils pourraient être impliqués dans le mécanisme de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme qu'ils ont révélé (*article L. 561-19*).

Par ailleurs, la déclaration n'est pas jointe au dossier transmis par TRACFIN au procureur de la république.

En faveur des membres d'un « groupe » (article L561-20)

Les entreprises financières, les compagnies financières et les compagnies holding mixtes appartenant au même groupe ainsi que les professionnels appartenant à un même réseau ou à une même structure d'exercice professionnel peuvent, sous certaines conditions, s'informer mutuellement de l'existence et du contenu d'une déclaration de soupçon.

En faveur de certains professionnels participant à une opération commune (art. L 561-21 nouveau).

L'interdiction de divulgation est levée pour les experts-comptables et les professionnels du droit lorsque même s'ils n'appartiennent pas à la même structure dès lors qu'ils interviennent pour un même client **et** pour une même transaction à condition notamment qu'ils soient soumis à des obligations équivalentes en matière de secret professionnel et que les informations soient utilisées exclusivement pour la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme

Ces informations doivent être échangées dans un cadre strict, respectueux de la protection des données individuelles, entre les seules personnes habilitées et aux seules fins de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (*article L. 561-20*).

Les Immunités du déclarant

La loi renforce et la sécurité juridique du déclarant et son incitation à déclarer les soupçons en prévoyant qu'aucune poursuite civile, ni aucune poursuite pour dénonciation calomnieuse ou atteinte au secret professionnel ne peut être intentée contre un professionnel assujetti qui a effectué **de bonne foi** une déclaration auprès du service TRACFIN.

Les conditions nécessaires pour bénéficier des immunités :

- La déclaration doit avoir été déposée de bonne foi

Le terme « bonne foi » est un terme générique qui signifie que la déclaration doit avoir été établie pour une bonne application de la législation anti blanchiment notamment dans le cadre d'un strict respect des délais de dépôt.

- la déclaration doit avoir été établie dans les conditions législatives ou réglementaires applicables (*art. L561-22-a*)
- l'opération doit avoir été exécutée sans concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération (*art. L561-22-IV*).

Le préjudice direct subi du fait d'une telle déclaration sera pris en charge par l'Etat (*art.L561-21-II in fine*).

Par ailleurs, ces immunités sont une forte incitation à collaborer activement avec le service TRACFIN.

Immunité de l'anonymat (*article L561-19 in fine*)

La loi fait obligation au service TRACFIN de protéger les informations confidentielles recueillies.

L'information obtenue par le dispositif de la déclaration de soupçon n'est utilisée que pour la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Par ailleurs, la loi fait une distinction très forte entre d'une part la déclaration proprement dite dont l'anonymat du déclarant est garantie y compris si l'exploitation de sa déclaration se traduit par une saisine de l'autorité judiciaire et d'autre part les informations tirées de cette déclaration qui peuvent être utilisées comme il est indiqué ci-dessus

Immunité de violation du secret professionnel (*article L. 561-22 nouveau*)

L'article L.561-22 du Code Monétaire et financier dispose que l'article 226-13 du Code pénal qui sanctionne pénalement la violation du secret professionnel n'est pas applicable dans le cas des informations transmises en application des dispositions du Code monétaire et financier.

Ainsi, sous réserve que la déclaration de soupçon ait été effectuée de bonne foi, le déclarant ne peut être poursuivi du chef de violation du secret professionnel pour avoir dénoncé à TRACFIN des faits, quelles que soient les suites données à ce signalement tant par ce service que par l'autorité judiciaire.

Immunité de responsabilité civile (article L.561-22)

La loi prévoit également, avec la même condition de bonne foi, une exonération de responsabilité civile dans l'hypothèse où la déclaration de soupçon serait génératrice d'un dommage pour le client, ainsi qu'une prise en charge par l'Etat du préjudice subi si un lien de causalité directe est établi.

Immunité de responsabilité pénale (article L 561-22°IV)

L'article L 561-22 IV organise pour le professionnel déclarant qui aura conduit à bien une opération pénalement qualifiable de blanchiment une exonération de responsabilité **sous conditions cumulatives** :

- la déclaration doit être émise dans les conditions fixées par l'article L 561-16 nouveau, **c'est-à-dire avant la réalisation de l'opération**, sauf impossibilité de surseoir à son exécution, qu'il appartiendra au professionnel éventuellement de justifier à l'autorité judiciaire.
- la seconde condition posée par la loi est l'absence de concertation frauduleuse du professionnel avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération¹.

Immunité disciplinaire

L'article L561-22 II dispose qu'aucune sanction professionnelle ne pourra être prononcée contre les déclarants de bonne foi ²

Le retour d'information

Le professionnel, s'il le souhaite, reçoit un accusé de réception de sa déclaration, attestant de sa prise en compte par TRACFIN.

¹ (Cass. Crim., 3 décembre 2003, N° 02-84646 ; JCP éd. G, II, note Ch. Cutajar ; Rev. Sc. Crim. 2004, p. 636, obs. E. Fortis)

² [Conseil d'Etat, 6ème et 4ème sous-sections réunies, du 3 décembre 2003, 244084, inédit au recueil Lebon](#)

Sans préjuger des suites réservées à la déclaration de soupçon, le professionnel est tenu informé de la transmission par TRACFIN d'une note d'information au procureur de la République territorialement compétent.

III. CONTRÔLE ET SANCTIONS

Lorsqu'un Professionnel Assujetti manque à son obligation de déclaration, il s'expose au risque :

- d'une part, d'être sanctionné disciplinairement sur le fondement de l'article [L. 561-36](#) du Code monétaire et financier.
- d'autre part, de voir sa responsabilité pénale engagée pour avoir participé à la commission du délit de blanchiment ;

LE PRINCIPE ; LA SANCTION DISCIPLINAIRE

L'article [561-36](#) du code monétaire et financier dispose que le contrôle des obligations des professionnels et, le cas échéant, le pouvoir de sanction en cas de non-respect de celles-ci sont assurés par les organismes professionnels spécialisés de chaque profession et, à défaut, par une commission nationale de contrôle.

Dans le système applicable aux professionnels français, les sanctions - qui sont définies pour chacune des professions - sont essentiellement et principalement des sanctions administratives prononcées par les organes de contrôle de chaque profession sous le contrôle du juge administratif ou judiciaire.

Il convient de faire attention à la forte tendance du ministère public, plus ou moins suivi par la jurisprudence de pénaliser l'inobservation des obligations en considérant le professionnel fautif comme complice ou coauteur du délit de blanchiment sous jacent.

La définition de la déclaration de soupçon est extensive

Le Conseil d'Etat, qui statue disciplinairement en dernier ressort – sur recours des décisions rendues par la Commission bancaire – à l'égard des Organismes Financiers, a développé une interprétation très contraignante des dispositions de l'article L. 562-2 ancien du Code monétaire et financier.

Le Conseil d'Etat a jugé **le 3 décembre 2003 req N° 244084** que lorsqu'un Organisme Financier n'était pas en mesure « *d'exclure que des sommes puissent provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisation criminelles, il doit procéder à la déclaration exigée par l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier* ».

De même un retard significatif dans un dépôt n'est pas exonératoire de responsabilité.

« Considérant qu'en application de l'article L. 562-8 du code monétaire et financier, aucune sanction professionnelle ne peut être prononcée contre un organisme financier qui a procédé de bonne foi à la déclaration mentionnée à l'article L. 562-2 ; qu'en jugeant que cette disposition n'a ni pour objet, ni pour effet, d'exonérer l'établissement qui a effectué avec un retard significatif les déclarations auxquelles il était tenu et qu'un tel retard est en tout état de cause exclusif de la bonne foi requise par le texte, la commission bancaire n'a commis aucune erreur de droit ».

De plus, depuis le 1er janvier 2006, **le règlement mise à jour n° 97-02 du Comité de la réglementation bancaire et financière** a créé, pour les établissements bancaires et financiers, un nouveau risque de non-conformité.

Il s'agit d'un « *risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation, qui naît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions de l'organe exécutif prises notamment en application des orientations de l'organe délibérant* » (article 4 p).

Par une décision rendue le 13 octobre 2004 et publiée au Journal Officiel de la République Française le 9 février 2005, la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance a sanctionné un Professionnel Assujetti aux motifs qu'il « *n'était pas en mesure de procéder à l'examen particulier des opérations inhabituelles et sans justification économique rendu obligatoire par les dispositions de l'article L. 563-3 du Code monétaire et financier* ».

L'EXCEPTION : LA COMPLICITÉ DE BLANCHIMENT

Le délit de blanchiment est défini par **l'article 324-1 du code pénal** comme 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.

Par ailleurs les sanctions sont aggravées lorsque le délit est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ou lorsqu'il est commis en bande organisée

La cause d'irresponsabilité pénale instituée par l'article L. 562-8 du Code monétaire et financier au profit des personnes qui ont effectué, auprès du service TRACFIN, la déclaration mentionnée à l'article L. 562-2 du même Code, ne **s'applique pas** lorsqu'il y a eu **concertation frauduleuse entre le prévenu et le propriétaire des fonds**.

« N'encourt pas la censure l'arrêt qui écarte cette cause d'irresponsabilité invoquée par un assureur conseil en gestion de patrimoine, dès lors qu'il résulte des constatations des juges du fond que ce dernier avait agi en concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes qu'il était chargé de placer. ¹

S'agissant de l'élément intentionnel du délit de blanchiment, la haute juridiction considère que l'élément intentionnel du délit est caractérisé dès lors que le prévenu « *n'a pu ignorer l'origine criminelle ou délictueuse de la chose* ».

La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui avait retenu la culpabilité du prévenu du chef de blanchiment de fonds provenant d'un trafic de stupéfiants aux motifs que :

« *Le prévenu, professionnel de l'immobilier ne pouvait ignorer non seulement l'origine douteuse des fonds mais que ceux-ci provenaient du trafic de drogue* ». ²

Pour un notaire³

¹ C. Cas ch crim. 3 décembre 2003 - N°: 02-84646

² C. Cass. ch crim 26 janvier 2005 N° 04-83972 , C. Cass. ch. crim. 29 mars 2007 N° 06-84445

³ C. Cass ch. crim 7 décembre 1995 N°95-80888

L'article 2 de la loi du 12 juillet 1990 fait obligation à toutes les personnes qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent, ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance portant sur des sommes qu'elles savent provenir du trafic de stupéfiants ou d'organisations criminelles. Ainsi, commet le délit de blanchiment de capitaux provenant d'un trafic de stupéfiants, le notaire qui favorise l'achat d'un immeuble au moyen de fonds qu'il sait provenir d'un tel trafic, alors qu'il lui incombait de porter cette acquisition à la connaissance du procureur de la République.

Pour un avocat fiscaliste¹

*Attendu que, par l'intermédiaire de..et de **François D...**, **avocat fiscaliste** dudit groupe, une société SOCOTRA a été constituée à Jersey pour recueillir la commission occulte de 2 000 000 de francs qui lui a été versée en octobre 1991 par AEM-MEGRAS, sous le couvert d'une étude fictive,*

qu'avant la date du 21 mai 1991, François D... a donné à Samuel X... des instructions pour commettre l'action délictuelle et a ensuite aidé ou assisté l'auteur du délit postérieurement à celui-ci, en vertu d'un accord antérieur à la corruption ; qu'en donnant à Samuel X... les renseignements lui permettant de réaliser un montage financier destiné à permettre le versement de la commission aux bénéficiaires par le biais d'une société étrangère de manière à faciliter la commission de l'infraction, le prévenu s'est rendu coupable des faits reprochés et qu'il a également dans les conditions sus énoncées, apporté avec connaissance au corrupteur une aide et assistance postérieure au délit pour permettre le paiement des pots-de-vin ;

CONCLUSION

UN NOUVEAU RÔLE POUR LES JURISTES ET FISCALISTES D'ENTREPRISES ET POUR LEURS CONSEILS

Cette nouvelle réglementation très complexe conduira à renforcer le rôle préventif et protecteur des services juridiques et fiscaux des entreprises ainsi que celui de leurs conseillers extérieurs. Ces professionnels auront en effet à donner leur avis, si possible en toute indépendance, sur la compatibilité des opérations envisagées avec

¹ C. Cass ch. crim 9 novembre 1995 N° 94-84204

cette réglementation, au regard notamment des notions de blanchiment de fraude fiscale, d'opérations présentant un fort degré de complexité ou favorisant l'anonymat.

Le rôle des responsables juridiques et fiscaux va donc naturellement s'élargir à la prévention du risque de soupçon et non plus se limiter à la prévention du risque d'infraction pénale.

L'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 modifie radicalement notre système de Droit, en généralisant d'une part une obligation légale de vigilance continue et contraignante et d'autre part une obligation de déclaration élargie de soupçon d'infraction pénale en contrepartie de la protection de l'anonymat et de l'attribution de fortes immunités pour le déclarant de bonne foi..

Le service TRACFIN va devenir une formidable centrale de renseignements financiers sur nos entreprises et nos concitoyens et ce, sous la seule autorité et sous le seul contrôle d'un ministre.

Ce nouveau système, inédit dans l'histoire contemporaine de la France, a déjà interpellé un grand nombre d'humanistes mais sans toutefois émouvoir nos parlementaires. Il relève néanmoins d'une pratique courante dans certains pays anglo-saxons et ce, dans le cadre de législation de protection du témoin ou de dénonciation généralisée et rémunérée d'infractions notamment fiscales.

Ce nouveau positionnement du curseur des libertés, qui se fera nécessairement sous le contrôle des magistrats et des avocats, marque bien le renforcement généralisé de la protection des sécurités dites collectives, et la lutte contre le blanchiment en est une, mais ce nécessaire renforcement ne devra pas par principe mépriser les libertés individuelles telles qu'elles ont été consolidées en Europe au cours des dernières décennies.

Patrick Michaud avocat mis à jour novembre 2010