

485 Tracfin, blanchiment et fraude fiscale : les déclarations de soupçon

De nouvelles obligations pour les juristes et fiscalistes

Patrick MICHAUD,
avocat



Depuis le 1^{er} février 2009, une nouvelle réglementation antiblanchiment 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.

Introduction : l'origine de la réglementation antiblanchiment

1 - 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 Groupe d'Action financière (GAFI)¹.

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 le blanchiment d'argent des organisations criminelles.

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

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

- ou bien obligation à vigilance interne rigoureuse et coûteuse 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 coûteuse et immunité, mais uniquement en cas de dénonciation secrète de bonne foi.

Cette politique de lutte contre les blanchiments de tous genres avait 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 États membres.

Ainsi, fin janvier 2009, la France a introduit dans son droit les dernières règles européennes telles qu'elles avaient été prévues par la directive n° 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**

1. Fondé en 1989, le GAFI est un organisme intergouvernemental visant à développer et promouvoir des politiques nationales et internationales afin de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Pour plus de détails, voir le site internet <http://www.fatf-gafi.org>.

30 janvier 2009 et ses textes réglementaires d'application², qui ont procédé à la transposition de la directive, vont profondément modifier les principes fondamentaux de notre système de droit.

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 financière 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 Code monétaire et financier, 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 la **Convention européenne des droits 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 :

« 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.

1. Les participants aux missions antiblanchiment

A. - Le service Tracfin

1° Définition de Tracfin

2 - 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, baptisée 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 du Code monétaire et financier définit Tracfin comme étant le service de renseignement financier national.

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

2° Les missions de Tracfin

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

4 - **Mission de réception des renseignements financiers (C. monét. et fin., art. L. 521-23 et R. 561-33).** - Le rôle de Tracfin est notamment :

- de recueillir, d'analyser, d'enrichir et d'exploiter les déclarations émises par les dix-sept 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'État, 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 du Code monétaire et financier ;

- 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 du Code monétaire et financier ;

- 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 L. 561-15 du Code monétaire et financier mais uniquement lorsqu'il y a présence d'au moins un critère défini par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009.

5 - **Mission d'échange de renseignements avec les administrations étrangères (C. monét. et fin., art. L. 561-31).** - 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, 1 000 notes d'informations des cellules de renseignements financiers étrangères et en a diffusé 800.

À titre d'exemple, un dernier accord a été signé avec la Chine le 8 juillet 2009. Cet accord porte ainsi à trente-cinq le nombre des accords signés par Tracfin depuis sa création.

2. Ord. n° 2009-104, 30 janv. 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme : JO 31 janv. 2009, p. 1819. - D. n° 2009-874, 16 juill. 2009 : JO 18 juill. 2009, p. 11978. - D. n° 2009-1087, 2 sept. 2009 : JO 4 sept. 2009, p. 14660.

6 - Mission de diffusion des renseignements reçus (C. monét. et fin., art. L. 561-29). – La diffusion des renseignements reçus par le service Tracfin en faveur d'organismes publics est prévue par le 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 l'anonymat est garanti seulement s'il est de bonne foi, est très strictement encadrée (V. *infra* n° 42).

B. - Les autorités informées par Tracfin

7 - Les textes prévoient que le service Tracfin diffuse les renseignements auprès de différentes autorités publiques, notamment les suivantes.

8 - Le procureur de la République. – Ce rôle de renseignement du 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'enquêtes préliminaires, soit directement dans le cadre de poursuites pénales. 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)³.

9 - 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 a été signé sur le fondement de l'ancien article L. 563-5 du Code monétaire et financier, qui 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 celle de Tracfin.

10 - 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'État. Il s'agit notamment de la DGSE, de la DRM, de la DPSD, de la DAS, de la DCRI et de l'UCLAT.

11 - 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 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 énonce 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 (CIF) reste compétente en cas de poursuite au plan pénal des infractions de fraude fiscale. En revanche, les poursuites pour blanchiment de fraude fiscale ne nécessitent pas l'avis de cette commission.

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 CGI, l'avis de la CIF n'a pas à être sollicité (C. monét. et fin., art. L. 561-29 *in fine*).

12 - Pour assurer l'efficacité de la collaboration entre Tracfin et la DGFIP, des fonctionnaires issus de cette direction apportent, au sein de Tracfin, une collaboration centrée sur une expertise comptable et fiscale des circuits de blanchiment⁴.

Les domaines d'intervention sont notamment les suivants :

- 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 antiblanchiment 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 seize critères de soupçon de fraude fiscale que devront obligatoirement viser les déclarations.

Cette nécessité d'une forte relation entre la DGFIP et le service Tracfin a été récemment confirmée, le 11 septembre 2009 dans un rapport de l'Assemblée nationale sur les paradis fiscaux⁵.

C. - Les correspondants « déclarants »

13 - Le service Tracfin doit être informé des différentes opérations suspectes à incidence financière et pouvant éventuellement être qualifiées de blanchiment d'infractions pénales. Le législateur a donc déterminé les services et les personnes qui devront, obligatoirement ou sur leur initiative, déposer soit des déclarations dites de soupçon d'infraction soit des notes d'information.

14 - Les administrations publiques (C. monét. et fin., art. L. 561-27). – Les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, les 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,

3. 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 et 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.

4. Source : *Rapport Tracfin 2008*.

5. *Rapport d'information n° 1902 sur les paradis fiscaux* : Dr. fisc. 2009, n° 38, act. 285.

toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Le service Tracfin peut aussi les obtenir de ceux-ci à sa demande.

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.

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.

15 - Les autorités étrangères. – Tracfin peut échanger des informations avec ses homologues étrangers qui remplissent les conditions de réciprocité et de respect du secret professionnel (V. *supra* n° 5).

16 - Les prestataires de services professionnels qualifiés par la loi (C. monét. et fin., art. L. 512-2). – Dix-sept catégories de prestataires de services ont l'obligation légale de lutter contre le blanchiment de capitaux 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 **avocats**⁶ 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 antiblanchiment mais avec des spécificités : champ d'application plus restrictif visant uniquement sept types de « transactions économiques », non-application de la présente législation pour les procédures juridictionnelles ou pour les consultations juridiques (à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme), 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 antiblanchiment 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 (C. monét. et fin., art. 561-26, I).

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

D. - Le client « soupçonnable »

17 - 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 les clients, et les obligations de déclaration, qui visent des « opérations » ou, pour les avocats et les notaires notamment, des « transactions »⁷.

L'objectif de la lutte antiblanchiment 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 Code monétaire et financier.

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 Code monétaire et financier, de dissuader « son client » de réaliser la « transaction » soupçonnable.

Enfin, les entreprises non soumises aux obligations de lutte contre le blanchiment ont évidemment 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.

2. Les obligations des professionnels qualifiés

18 - 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.

A. - Les obligations de vigilance à l'égard de la clientèle

19 - Le principe d'une obligation de vigilance est un des piliers du système antiblanchiment : 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 (C. monét. et fin., art. L. 561-33).

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.

1° Objectif légal de l'obligation de vigilance

20 - 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 »⁸.

Cette décision de la Cour de cassation 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 du 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 ;

6. Les règles applicables aux avocats sont fixées notamment par les articles L. 561-3 et L. 561-17 du Code monétaire et financier.

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

8. Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-15.054, FS-P+B+I, Sté Crédit Lyonnais, Sté Moon et a. : *JurisData* n° 2004-023445 ; *Bull. civ.* 2004, n° 72.

- ajuster l'intensité de ses vigilances en fonction du risque que présente le client ou le produit.

À 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.

« 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 » (C. monét. et fin., art. L. 561-9 et art. 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 (C. monét. et fin., art. 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.

2° Le principe de base : connais ton client (CTC)

21 - 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 R. 561-5 et suivants du Code monétaire et financier 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 »⁹.

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. monét. et fin., art. L. 563-1).

22 - Le bénéficiaire effectif. - L'article L. 561-2-2 du Code monétaire et financier 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 R. 561-7 et suivants du Code monétaire et financier précisent la définition du bénéficiaire effectif pour les différentes catégories de personnes morales et notamment pour les **organismes fiduciaires** et pour les **trusts**.

23 - La relation d'affaires. - Une relation d'affaires est nouée lorsqu'un professionnel qualifié engage une relation professionnelle ou commerciale qui est sensée, au moment où le contact est établi, s'inscrire dans une certaine durée (C. monét. et fin., art. L. 561-2-1).

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** (C. monét. et fin., art. L. 561-6, al. 1^{er}), **pendant la relation** (C. monét. et fin., art. L. 561-6, al. 2) et **à la rupture de la relation**¹⁰.

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

Le professionnel identifie dans les mêmes conditions ses clients occasionnels dans les conditions prévues à l'article R. 561-10 et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires.

En cas de 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. monét. et fin., art. L. 561-8) et ce, contrairement à la jurisprudence antérieure¹¹.

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. monét. et fin., art. L. 561-10 et art. R. 561-21 et s) :

- 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 État 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 (C. monét. et fin., art. R. 561-18) ; aux termes de la directive n° 2005/70 du 1^{er} 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, etc.) 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-ci (C. monét. et fin., art. R. 561-19)¹² ;

- l'opération est une opération pour compte propre ou pour compte de tiers effectuée avec des personnes domiciliées, enregistrées ou établies dans un État 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 ;

- le risque de blanchiment ou de financement du terrorisme présenté par le client, le produit ou la transaction paraît élevé (C. monét. et fin., art. L. 561-10-2, I) ;

- pour toute opération particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite (C. monét. et fin., art. L. 561-10-2, II).

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'État 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 soupçon¹³.

client et de la relation d'affaires aux fins d'évaluation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

11. Cass. com., 21 janv. 2004, n° 01-10.928, n° 01-10.929, n° 01-10.930, FS-P, Sté Optima conseil et Sté Axa conseil vie et a. : JurisData n° 2004-022001.

12. 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.

13. CE, 6^e et 4^e ss-sect., 12 janv. 2004, n° 245750, Banque de gestion privée Indosuez : JurisData n° 2004-066374.

9. Know Your Client.

10. Les obligations ont été précitées par l'arrêté du 2 septembre 2009 (JO 4 sept. 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

3° L'obligation de vigilance internationale de groupe

24 - 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. monét. et fin., art. L. 561-34*).

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 notre avis, aucune 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 à 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 les établissements financiers.

Ceux-ci ont l'obligation stricte de créer un comité de « conformité » de groupe qui a notamment vocation à examiner les activités dans les paradis fiscaux comme cela est prévu par le **règlement n° 97/02 du 21 février 1997** du Comité de la réglementation bancaire et financière et ce tenant compte de « l'ensemble des risques juridiques, financiers et de réputation ».

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 États 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.

B. - Les obligations de déclaration dite de soupçon (*C. monét. et fin., art. L. 561-15*)

25 - 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 30 janvier 2009 a étendu le champ de la déclaration de soupçon aux sommes ou opérations portant sur des sommes dont les personnes soumises à l'obligation de déclaration 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 seize critères prévu par le décret est existant.

Il existe plusieurs types de déclaration dite de soupçon de fraude et nous n'examinerons ici que les déclarations à incidence fiscale : la déclaration après analyse, les déclarations systématiques, la déclaration après analyse renforcée complémentaire.

1° Typologie

a) La déclaration après analyse d'un soupçon de fraude (*C. monét. et fin., art. L. 561-15, I*)

26 - 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 lorsque :*

– 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 estimant que c'est à la jurisprudence de fixer une telle définition.

27 - Définition du soupçon de fraude. – 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 par la loi du mot « *somme* » en sus de l'expression « *opérations portant sur des sommes* » montre bien qu'est indifférente la circonstance qu'il y ait eu ou non manipulation – physique ou comptable – de sommes 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.

À titre d'exemple, la déclaration analytique de soupçon peut viser des abus de biens sociaux, des escroqueries de tous genres 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 Robert, magistrat et conseiller juridique du directeur de Tracfin a précisé les éléments pouvant établir un soupçon de fraude, précisions que nous reprenons ci-dessous ¹⁴.

« 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'opération » ¹⁵.

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 » ¹⁶.

« 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 apporter la preuve de la matérialité de l'infraction ou procéder à sa qualification pénale, ce qui relève de la seule compétence de l'autorité judiciaire, ou même apporter un début d'indice de tentative de délit.

14. H. Robert, *L'obligation de déclaration de soupçon* : LPA 17 juill. 2008, p. 11 et s.

15. Tracfin, *Les déclarations de soupçons (évolution, rôle, ambiguïtés, statistiques)* : Banque et droit 2004, n° 88, p. 29.

16. Commission bancaire. *Décision du 26 mars 2004, Banque belgeolair* : BOBF 2004, n° 68-69, p. 33.

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.

La Commission bancaire a ainsi rappelé, notamment dans sa **décision du 7 juin 2007, Caisse régionale de crédit agricole Centre-Est**¹⁷ que « la bonne application des dispositions de l'ancien article L.562-2 (*C. monét. et fin., art. 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 ».

28 - La distinction entre la fraude fiscale et le blanchiment de fraude fiscale. – L'obligation de déclaration vise 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 2008¹⁸ sur sa jurisprudence antérieure de 2000¹⁹ en décidant que le délit de blanchiment de fraude fiscale n'est pas soumis aux articles L. 228 et suivants du LPF, 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 CGI, mais une condition, à peine d'irrecevabilité, de sa poursuite.

b) Les déclarations systématiques (*C. monét. et fin., art. L. 561-15*)

29 - 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 par la loi comme particulièrement sensibles.

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 (pour le régime ancien, *V. C. monét. et fin., art. L. 562-2 ancien*).

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.

30 - Déclaration systématique de soupçon de fraude fiscale (*C. monét. et fin., art. L. 561-15, II et art. D. 561-32-1*). – La déclaration de soupçon de fraude fiscale au sens de l'article 1741 du CGI est prévue par l'article L. 561-15, II du Code monétaire et financier et par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 (*codifié C. monét. et fin., art. D. 561-32-1*) 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, systématique et obligatoire, 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 spéci-

ficité 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.

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

Quels sont les critères prévus par le décret²⁰ ?

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 État 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 liés 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 inexpliquée, 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 inexpliqué 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 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 États ou des territoires qui n'ont pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires.

17. BOBF 2007, n° 103.

18. Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-82.977, FS-P+F ; JurisData n° 2008-043263 ; Dr. pén. 2008, n° 5, comm. 67, note M. Véron.

19. Cass. crim., 14 déc. 2000, n° 99-87.015 ; JurisData n° 2000-008069 ; Bull. crim. 2000, n° 381.

20. F. Perrotin, *Blanchiment : Fraude fiscale et déclaration de soupçon* : LPA 6 août 2009.

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**.

31 - Déclaration systématique pour des opérations avec certains États non coopératifs (*C. monét. et fin., art. L. 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.

32 - Déclaration systématique en cas de doute sur l'identité du bénéficiaire (*C. monét. et fin., art. L. 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.

33 - Déclaration systématique en cas de complément d'information (*C. monét. et fin., art. L. 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.

c) La **déclaration après analyse complémentaire** (*C. monét. et fin., art. L. 561-15, III*)

34 - 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 L. 561-10 du Code monétaire et financier 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 (sur cette notion, voir *supra* n° 23) ;
- 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 État ou un territoire « non coopératifs ».

Il s'agit de personnes domiciliées, enregistrées ou établies dans l'ensemble des États ou territoires 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'État 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

2° Modalités pratiques d'application

a) Qui doit déclarer ?

35 - La loi définit uniquement les dix-sept catégories de professionnels qualifiés 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 » (*C. monét. et fin., art. R. 561-23 et R. 562-24*).

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 ».

b) Date du dépôt de la déclaration

36 - Antérieurement à l'ordonnance de janvier 2009, la Commission bancaire et le Conseil d'État 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 »²¹ ;

- **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 prévu par les textes²².

Dans le cadre de la nouvelle législation, l'article L. 561-25 du Code monétaire et financier 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.

Une obligation de suspension de l'opération ou de la transaction jusqu'au dépôt de la déclaration sauf circonstances particulières (*C. monét. et fin., art. L.561-16*) est toutefois prévue 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 Tracfin²³.

21. Commission bancaire, 31 août 2004, Arab Bank plc, succursale de Paris : BOBF n° 70, oct. 2004.

22. CE, 6^e et 4^e ss-sect., 3 déc. 2003, n° 244084, Banque SBA.

23. Commission bancaire, 20 sept. 2005, Banco Popular France : Rapport d'activité Tracfin 2006, p. 44.

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.

c) Procédure de déclaration

37 - Principe : 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.

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

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.

38 - Exception : 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 L. 561-3 visant leur assujettissement au dispositif de prévention contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (*C. monét. et fin., art. L. 561-17*).

3° La confidentialité (*C. monét. et fin., art. L. 561-19*)

39 - Principe. – 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 et ce, même pour les avocats (sauf vis-à-vis des 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 (*C. monét. et fin., art. L. 561-19, I et art. L. 574-1*).

40 - Dérogations. – Il existe quelques dérogations au principe de confidentialité :

- en faveur des **autorités de contrôle** : seules les autorités de contrôle, les ordres professionnels et le Conseil national des barreaux peuvent avoir accès aux informations déclarées afin d'exercer leur mission de contrôle ;

- en faveur, très limitée, de l'**autorité judiciaire** : 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 ; 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 »** (*C. monét. et fin., art. L. 561-20*) : 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 ; les 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 ;

- en faveur de certains **professionnels participant à une opération commune** (*C. monét. et fin., art. L. 561-21*) : l'interdiction de divulgation est levée pour les experts-comptables et les profession-

nels 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.

4° Les immunités du déclarant

41 - La loi renforce et la sécurité juridique du déclarant et l'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 sont les suivantes :

- 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 antiblanchiment, notamment dans le cadre d'un strict respect des délais de dépôt (*V. supra n° 36 et infra n° 49*) ;

- la déclaration doit avoir été établie dans les conditions législatives ou réglementaires applicables (*C. monét. et fin., art. L. 561-22, a*) ;

- l'opération doit avoir été exécutée sans concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération (*C. monét. et fin., art. L. 561-22, IV*).

Par ailleurs, le caractère incitatif des immunités est renforcé par la prise en charge par l'État du préjudice direct subi du fait d'une déclaration (*C. monét. et fin., art. L. 561-21, II in fine*).

42 - Anonymat (*C. monét. et fin., art. L. 561-19 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 a été indiqué *supra* n° 5 et suivants.

43 - Secret professionnel (*C. monét. et fin., art. L. 561-22, I*). – 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 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.

44 - Responsabilité civile (*C. monét. et fin., art. L. 561-22, I*). – La loi prévoit également, toujours avec la 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'État du préjudice subi si un lien de causalité directe est établi.

45 - Responsabilité pénale (*C. monét. et fin., art. L. 561-22, IV*). – Le professionnel déclarant qui aura conduit à bien une opération pénalement qualifiable de blanchiment est exonéré de sa responsabilité sous les **conditions cumulatives suivantes** :

- la déclaration doit être émise dans les conditions fixées par l'article L. 561-16 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire en principe avant la réalisation de l'opération (*V. supra n° 36*) ;

- 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'opération²⁴.

46 - Sanctions disciplinaires (C. monét. et fin., art. L. 561-22, II). - Aucune sanction professionnelle ne pourra être prononcée contre les déclarants de bonne foi²⁵.

3. Contrôle et sanctions

47 - Lorsqu'un professionnel assujéti 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.

A. - Contrôle et sanction disciplinaires

48 - 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 toutefois 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 (V. *infra* n° 50).

49 - Le Conseil d'État, 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.

Il a ainsi jugé le 3 décembre 2003²⁶ 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 criminelle, 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 1^{er} janvier 2006, le règlement n° 97-02 du Comité de la réglementation bancaire et financière a créé, pour les éta-

blissements 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 » (art. 4).

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 assujéti 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 ».

B. - Complicité de blanchiment

50 - 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 (V. *supra* n° 45), 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 »²⁷.

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 une 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 »²⁸.

Pour un notaire : « 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

24. Cass. crim., 3 déc. 2003, n° 02-84.646 : *JurisData* n° 2003-021565 ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 636, obs. E. Fortis. - V. également, C. Cutajar, *Comment un blanchiment le conseiller financier qui, connaissant l'origine illicite des fonds qui lui sont confiés, accepte de les convertir en bons anonymes, nonobstant la déclaration de soupçon auprès de Tracfin* : *JCP G* 2004, II, 10066.

25. CE, 6^e et 4^e ss-sect., 3 déc. 2003, n° 244084, Banque SBA, préc.

26. CE, 6^e et 4^e ss-sect., 3 déc. 2003, n° 244084, Banque SBA, préc.

27. Cass. crim., 3 déc. 2003, n° 02-84.646, préc.

28. Cass. crim., 26 janv. 2005, n° 04-83.972. - Cass. crim., 29 mars 2007, n° 06-84.445, FS-P+F+I : *JurisData* n° 2007-038473 et Cass. crim., 29 mars 2007, n° 06-81.114, FS-P+F+I : *JurisData* n° 2007-038472 ; *Bull. crim.* 2007, n° 98 ; *Gaz. Pal.* 2008, I, p. 5, note Y. Monnet.

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 »²⁹.

Pour un **avocat fiscaliste** : « 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 ; »³⁰.

Conclusion : un rôle nouveau pour les juristes et fiscalistes d'entreprises et pour leurs conseils

51 - La nouvelle réglementation, très complexe, conduira à renforcer le rôle préventif et protecteur des services juridiques et fiscaux

29. *Cass. crim.*, 7 déc. 1995, n° 95-80.888 : *JurisData* n° 1995-004161 ; *Bull. crim.* 1995, n° 375 ; *Dr. pén.* 1996, *comm.* 139, *obs.* M. Véron.

30. *Cass. crim.*, 9 nov. 1995, n° 94-84.204 : *JurisData* n° 1995-003342 ; *JCP G* 1996, IV, 51365 ; *Gaz. Pal.* 1996, I, *chron. dr. crim.* p. 34 ; *D.* 1996, *inf. rap.* p. 14 ; *BRDA* 1995, n° 24, p. 10.

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 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 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 est en passe de devenir une formidable centrale de renseignements financiers sur les entreprises et les citoyens et ce, sous la seule autorité et sous le seul contrôle d'un ministre.

Ce nouveau système, inédit dans l'histoire contemporaine de France, relève d'une pratique courante dans certains pays anglo-saxons et ce, dans le cadre de législations 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.

MOTS-CLÉS : Fraude fiscale - Déclaration de soupçon fiscal - Tracfin - Nouvelles obligations

Le Club des juristes et le Conseil constitutionnel vous convient au

SALON DU LIVRE JURIDIQUE

17 octobre 2009
de 10h à 18h



lextenso éditions LexisNexis puf

CONSEIL CONSTITUTIONNEL
2 rue de Montpensier 75001 Paris