

REVUE LAMY

# Droit des Affaires

## Dossier : Le point sur les responsabilités individuelles civiles et pénales incombant aux acteurs de la compliance

*Emmanuel DAOUD, Thalita LE BEL ESQUIVILLON, Guillaume MARTINE, Emmanuel MERCINIER, Hugo PARTOUCHE, Solène SFOGGIA et Robin BINSARD*

– Les évolutions récentes du Conseil d'administration dans les sociétés cotées

*François SAUVAGEOT*

– Loi Sapin II : la mise en place du dispositif anticorruption par les entreprises un an après la publication des recommandations de l'AFA

*Charlotte BURAUX et Matthieu DARY*

– Pas de droit à l'erreur et Name and Shame renforcé : deux nouvelles mesures en matière de lutte contre les retards de paiement

*Jean-Michel VERTUT*

– Conditions générales : comment les faire prévaloir dans ses relations commerciales ?

*Alexandre BAILLY, Xavier HARANGER et Laetitia de PELET*

**143** | MENSUEL  
DÉCEMBRE 2018

RLDA 6595

## L'obligation de dénonciation : les professionnels du droit sont-ils tous soumis au même régime ?

**Les professionnels du droit que sont les notaires, experts-comptables, avocats et commissaires aux comptes sont soumis au secret professionnel, les informations concernant leur clientèle et dont ils sont susceptibles de prendre connaissance au cours de l'exercice de leurs fonctions, étant par-là protégées de toute possibilité de divulgation desservant leurs intérêts. Toutefois, de récentes évolutions législatives en matière de *compliance* et de lutte anti-blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme viennent fragiliser ce secret sans pour autant que les professionnels du droit ne soient soumis de la même manière à ce régime dérogatoire.**

Depuis quelques années, les professions juridiques assistent à un bouleversement de la répartition traditionnelle des rôles et ce, notamment, à travers l'essor de la *compliance* et plus généralement d'un climat général de coopération. En effet, et afin de renforcer la lutte contre les infractions contre la probité, plusieurs pays ont adopté des législations obligeant les acteurs économiques du marché à adopter un ensemble de mesures visant à prévenir les atteintes à la probité à défaut de quoi elles seront sanctionnées, en France par exemple avec la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite *Sapin II*, le *UK Bribery Act* (2011) au Royaume-Uni ou encore le FCPA (1977) aux États-Unis d'Amérique. Cet essor de la *compliance* est accompagné d'un changement profond du paysage judiciaire puisque bon nombre de ces législations prévoient que la coopération des acteurs économiques avec les autorités, notamment en cas d'enquête judiciaire, leur permettra d'obtenir des réductions de peine<sup>(1)</sup> en cas de procès ou bien d'obtenir la négociation d'une transaction<sup>(2)</sup>.

Le climat juridique en droit pénal des affaires est donc celui de la coopération et c'est également dans ce contexte-ci qu'est née en 2001 de la directive européenne 2001/97/CE dite « anti-blanchiment », l'obligation de déclaration de soupçons d'un ensemble de

professions réglementées dont les élargissements successifs ont fini par inclure – et elles feront l'objet de notre étude – les avocats, les notaires, les commissaires aux comptes (CAC) et les experts-comptables. En raison de la position privilégiée de ces acteurs dans la vie des affaires, et de la difficulté de prendre connaissance des infractions de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme il a été décidé de rendre ces professionnels dépositaires d'une obligation de déclarer les soupçons qui seraient les leurs relativement aux activités de leur clientèle, *a fortiori* lorsque celle-ci suppose des transactions financières.

On assiste ainsi au développement d'une nouvelle forme de responsabilité en droit pénal dans laquelle il s'agit non pas de sanctionner l'accomplissement d'un fait contraire à la loi, mais plutôt de sanctionner le non-respect d'une obligation de faire. Ce régime de dénonciation se concilie cependant difficilement dans son principe avec le secret professionnel auquel sont pourtant tenus les avocats, notaires, CAC et experts-comptables<sup>(3)</sup>, ce qui explique qu'ils ne fassent pas tous l'objet du même régime de dénonciation. En effet, si les notaires et experts-comptables sont soumis au régime de



Emmanuel  
DAOUD  
Avocat au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA



Thalita LE BEL  
ESQUIVILLON  
Avocate au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo

(1) V. par ex. aux États-Unis, le *U.S. Attorney Manual* prévoyant la réduction d'une amende pénale en cas de coopération avec les autorités de poursuites.

(2) Convention Judiciaire d'Intérêt Public en France, *defferred prosecution agreement* ou *non-prosecution agreement* aux États-Unis.

(3) Pour les notaires v. Règlement national notarial, art. 3-4 ; pour les avocats v. L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 66-5 ; pour les commissaires aux comptes v. C. com., art. L. 822-15 ; pour les experts-comptables v. Ord. n° 45-2138, 19 sept. 1945, art. 21

déclaration de droit commun, les CAC et les avocats font chacun l'objet d'un régime particulier.

D'un côté, et en marge de cette obligation de déclaration liée à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, il existe aussi une obligation de révélation renforcée pesant sur le CAC lequel se verra poursuivi pénalement s'il ne révèle pas les faits délictueux dont il prend connaissance au cours de l'exercice de ses fonctions.

D'un autre côté, l'avocat bénéficie d'un régime de déclaration allégé ayant pour but de préserver la relation de confidentialité et de confiance qui doit exister entre lui et son client et d'assurer une défense digne de ce nom.

Dans ce contexte, quel est le contenu du secret professionnel et quelles sont les relations de confiance que peuvent entretenir les justiciables et les acteurs économiques avec les différentes professions ? Comment les régimes de dénonciation du CAC et de l'avocat diffèrent-ils du régime de révélation de droit commun ?

Dans un premier temps, nous examinerons le régime d'obligation général de déclaration de soupçons s'appliquant à l'ensemble des professions juridiques réglementées pour étudier ensuite la spécificité du régime de dénonciation de l'avocat par rapport à celui du CAC.

## I. – L'obligation générale de dénonciation liée à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme incombant aux professions juridiques réglementées

Le code monétaire et financier impose à un ensemble de professionnels de participer à la détection et à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au moyen de l'obligation déclarative. Ainsi, l'article L. 561-2 du code monétaire et financier impose aux avocats, notaires (C. mon. fin., art. L. 561-2, al. 1<sup>er</sup>, 13<sup>o</sup>), experts-comptables (C. mon. fin., art. L. 561-2, al. 1<sup>er</sup>, 12<sup>o</sup>) et CAC (C. mon. fin., art. L. 561-2, al. 1<sup>er</sup>, 12 bis) de se soumettre entre autres à l'obligation de déclaration prévue par la section 4 du chapitre Ier du titre VI du Livre V du code monétaire et financier.

### A. – L'obligation générale de déclaration de soupçons

#### → Les soupçons

Aux termes de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier, les avocats, les notaires et les experts-comptables, sont tenus de déclarer à TRACFIN :

- les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative

de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme<sup>(4)</sup> ;

- les sommes ou opérations dont ils 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 défini par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 (par exemple, l'utilisation de sociétés écran dont l'activité n'est pas cohérente avec l'objet social, la progression forte et inexplicquée, sur une courte période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou jusque-là peu actifs ou inactifs, le transfert de fonds vers un pays étranger suivi de leur rapatriement sous la forme de prêts, etc.)<sup>(5)</sup> ;
- toute information de nature à infirmer, conforter ou modifier les éléments contenus dans la déclaration<sup>(6)</sup> ;
- en cas d'opérations nécessitant une vigilance renforcée (c'est-à-dire en cas d'opération particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite), les informations concernant l'origine des fonds et la destination des sommes ainsi que l'objet de l'opération et l'identité de la personne qui en bénéficie<sup>(7)</sup>.

Les opérations susceptibles de donner lieu à une déclaration de soupçons sont celles dont les professionnels « savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction ». Il n'est donc pas nécessaire d'avoir une connaissance avérée ou même la preuve intangible qu'une telle infraction s'est produite ou est en train de se commettre.

En ce qui concerne le soupçon de fraude fiscale, la loi détaille une liste de 16 critères de nature à éveiller l'attention du professionnel. Pour être légitimement déclarées par le professionnel et à la différence de la détection des opérations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, les opérations suspicieuses en matière de fraude fiscale doivent nécessairement répondre au minimum à un critère de cette liste<sup>(8)</sup>.

(4) C. mon. fin., art. L. 561-15, I.

(5) C. mon. fin., art. L. 561-15, II.

(6) C. mon. fin., art. L. 561-15, IV.

(7) C. mon. fin., art. L. 561-15, III et L. 561-10-2.

(8) D. n° 2009-874, 16 juill. 2009, art. 2. V., par ex., l'utilisation de sociétés écrans, dont l'activité n'est pas cohérente avec l'objet social, 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, 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, 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, etc.



→ *Une obligation de déclaration limitée par le devoir de respect du secret professionnel*

**Champ d'application restreint de l'obligation de déclaration en raison du secret professionnel.** L'obligation de déclaration imposée aux notaires, experts-comptables, CAC et avocats, tous soumis au secret professionnel bénéficie d'un champ d'application restreint. Cette obligation n'existe effectivement que dans certaines circonstances qui sont les suivantes<sup>(9)</sup> :

- lorsqu'ils participent au nom et pour le compte de leur client à toute transaction financière ou immobilière ou agissent en qualité de fiduciaire ;
- lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou réalisation de transactions concernant :
  - l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce,
  - la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client,
  - l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance,
  - l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés,
  - la constitution, la gestion ou la direction des sociétés,
  - la constitution, la gestion ou la direction de fiducies ou toute autre structures similaires et enfin la constitution ou la gestion de fonds de dotation.

**Dispense de l'obligation de déclaration pour les professionnels rendant des consultations.** Afin d'assurer une protection résiduelle du secret professionnel, et ne circonscrire l'obligation de déclaration qu'aux véritables opérations à risque, les avocats, experts-comptables et notaires sont dispensés de déclarer les opérations lorsqu'ils donnent des consultations juridiques à moins que lesdites consultations 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<sup>(10)</sup>.

→ *Survenance de la déclaration*

La déclaration si elle doit en principe précéder l'opération frauduleuse afin d'empêcher sa survenance, peut toutefois être réalisée postérieurement à celle-ci (i) lorsqu'il a été impossible de surseoir à son exécution, (ii) ou que son report aurait pu faire obstacle à des investigations (iii) ou parce qu'il est apparu postérieurement à sa réalisation qu'elle était soumise à cette déclaration<sup>(11)</sup>.

(9) C. mon. fin., art. L. 561-3, I.

(10) C. mon. fin., art. L. 561-3, II, III et IV.

(11) C. mon. fin., art. L. 561-16, al. 2.

La déclaration de soupçon doit en principe être établie par écrit, règle qui s'explique aisément pour des questions de preuve<sup>(12)</sup>. Toutefois, elle peut exceptionnellement être recueillie verbalement.

L'obligation de déclaration de soupçon dont le but est de lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme est susceptible d'être sanctionnée en cas de non-respect par des infractions spécifiques à la lutte anti-blanchiment et d'autres relevant du droit pénal commun. À l'inverse, il existe une immunité concernant l'atteinte au secret professionnel pour les professionnels tenus à la fois à un tel secret, et à la fois à une obligation de déclaration.

### B. – Les sanctions de l'obligation de déclaration

Il ne peut y avoir atteinte au secret professionnel lorsque sa violation est imposée par l'obligation de déclaration. Dans le même temps, le non-respect de l'obligation de dénonciation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme est susceptible de constituer d'une part, une infraction spécifique et, d'autre part, de constituer des infractions de droit pénal commun.

→ *Immunité pour l'infraction d'atteinte au secret professionnel*

Aucune poursuite civile, ni aucune poursuite pénale pour dénonciation calomnieuse ou atteinte au secret professionnel ne peut être intentée contre un professionnel assujéti ayant effectué une déclaration auprès de TRACFIN, sous réserve du respect de certaines conditions<sup>(13)</sup>.

La déclaration doit avoir été déposée de bonne foi<sup>(14)</sup>. Partant, le professionnel coauteur ou complice d'une opération de blanchiment de capitaux ou de fraude fiscale, feignant l'exemplarité en déposant une déclaration n'échappera pas à des poursuites pénales.

Enfin, la déclaration ne doit pas avoir été exécutée après concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou auteur de l'opération. Cette condition si elle n'est pas sans lien avec la condition de bonne foi s'en distingue toutefois en ce qu'il s'agit ici de préciser que le professionnel assujéti ne saurait informer son client de la déclaration qu'il effectuait au départ de bonne foi.

→ *Les sanctions spécifiques aux obligations de vigilance et de déclaration*

La déclaration de soupçons devant être confidentielle<sup>(15)</sup>, il en découle deux interdictions, érigées en infraction :

(12) C. mon. fin., art. L. 561-18.

(13) C. mon. fin., art. L. 561-22.

(14) C. mon. fin., art. L. 561-22, I, a.

(15) C. mon. fin., art. L. 561-148, al. 1<sup>er</sup>.

- d'une part, les professionnels assujettis ne peuvent en aucun cas faire part de l'existence même de la déclaration à la personne propriétaire des sommes ou auteur de l'opération ;
- d'autre part, ils ne peuvent porter à leur connaissance les suites réservées à la déclaration.

Le fait de contrevenir à ces interdictions constitue en soi une infraction réprimée par l'article L. 574-1 du code monétaire et financier<sup>(16)</sup>. Cette infraction est intentionnelle si bien qu'en principe, l'imprudence ou la négligence ne sont pas de nature à engager la responsabilité pénale du professionnel. Il sera toutefois difficile en pratique de prouver que la divulgation d'une telle information par le professionnel à l'auteur de l'opération ou du propriétaire des sommes a été réalisée de bonne foi.

De même, des sanctions disciplinaires peuvent être prises à l'encontre des professionnels assujettis qui manqueraient à leur devoir de déclaration<sup>(17)</sup>. Ce pouvoir de sanction incombe aux différentes autorités professionnelles compétentes telles que le Conseil de l'Ordre du barreau pour les avocats, l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, la chambre des notaires pour les notaires, l'ordre des experts-comptables pour les experts-comptables et enfin le Haut conseil du commissariat aux comptes pour les CAC.<sup>(18)</sup>

#### → L'articulation avec les incriminations relevant du droit pénal commun

**L'obligation de déclaration se cumule-t-elle avec l'obligation générale de dénonciation de crime ?** Aux termes de l'article 434-1 du code pénal, il existe une infraction autonome qui punit le fait pour toute personne de ne pas informer les autorités administratives ou judi-

ciaires d'un crime dont il a connaissance et dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés. Ainsi, l'infraction de blanchiment de capitaux pourrait, en théorie, entrer dans le champ d'application de ce texte de deux manières différentes : soit s'il s'agit d'un blanchiment de nature criminelle, en matière de financement du terrorisme par exemple, soit lorsqu'il fait suite à un crime<sup>(19)</sup>.

Dès lors se pose la question de savoir si le fait, pour les professionnels du droit que sont l'expert-comptable, le CAC, le notaire et l'avocat, de ne pas dénoncer des faits de blanchiment de capitaux peut, en sus du régime prévu par le code monétaire et financier, constituer l'infraction de non-dénonciation de crime.

La réponse est non puisque l'alinéa 3 de l'article 434-1 du code pénal exclut de son champ d'application les personnes soumises au secret professionnel, dont font partie ces quatre acteurs<sup>(20)</sup>. Dès lors, ils ne peuvent se rendre coupable de l'infraction de non-dénonciation de crime lorsqu'ils prennent connaissance d'un crime qu'ils ne dénoncent pas dans le cadre de l'exercice de leur profession.

À cet égard se pose la question de savoir si les professionnels assujettis au secret professionnel peuvent être déliés dudit secret par leurs clients qui souhaiteraient qu'ils révèlent pour eux certains faits. Dans la mesure où le secret professionnel bénéficie d'un caractère absolu, et contrairement au « *legal privilege* » anglo-saxon, rien ne peut autoriser la personne qui y est tenue à le briser, même l'accord du client. Le seul motif légitime réside dans le fait justificatif de l'ordre de la loi, ici la section 4 du chapitre Ier du titre VI du Livre V du code monétaire et financier<sup>(21)</sup>.

**Les infractions de recel et de blanchiment.** Le dispositif législatif prévoit qu'aucune poursuite ne puisse être engagée à l'encontre d'un professionnel assujetti lorsque ce dernier a effectué une déclaration de bonne foi. Ceci sous-tend a *contrario* qu'en cas de mauvaise foi et de concertation frauduleuse avec la personne propriétaire des sommes litigieuses ou auteur de l'opération litigieuse, la responsabilité en tant que coauteur ou complice des infractions de blanchiment, recel ou fraude fiscale du professionnel assujetti puisse être engagée.

Dans la mesure où les professionnels assujettis sont par définition tenus au cours des missions techniques qui leur incombent de procéder au titre du devoir de vigilance à des vérifications précisément permises par leur qualité de pro-

(16) « Est puni d'une amende de 22 500 euros le fait de méconnaître l'interdiction de divulgation prévue à l'article L. 561-18, au III de l'article L. 561-25, au II de l'article L. 561-25-1 et à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 561-26 ».

(17) C. mon. fin., art. L. 561-36.

(18) C. mon. fin., art. L. 561-36, II : « En cas de manquement par une personne mentionnée à l'article L. 561-2 à tout ou partie des obligations lui incombant en vertu du présent titre, l'autorité compétente peut engager à l'égard de cette personne une procédure de sanction. Une telle procédure est engagée dans tous les cas lorsqu'il existe des faits susceptibles de constituer des manquements graves, répétés ou systématiques à ces obligations.

En cas de manquement par une personne mentionnée à l'article L. 561-2 à tout ou partie des obligations lui incombant en vertu du présent titre, l'autorité compétente peut également sanctionner les dirigeants de cette personne ainsi que les autres personnes physiques salariées, préposées, ou agissant pour le compte de cette personne, du fait de leur implication personnelle.

Dans le cas où l'autorité compétente engage une procédure de sanction, elle en avise le procureur de la République. Par dérogation, pour les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et les avocats, elle en avise, selon le cas, le procureur général près la Cour de cassation ou le procureur général près la cour d'appel ».

(19) C. pén., art. 324-4.

(20) Pour rappel, tant les avocats (L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 66-5), que les notaires (règlement national notarial, art. 3-4), experts-comptables (Ord. n° 45-2138, 19 sept. 1945, art. 21) et les commissaires aux comptes (C. com., art. L. 822-15), sont tenus au secret professionnel

(21) C. pén., art. 122-4.

professionnel, il sera difficile de faire valoir, afin d'échapper à des poursuites pour recel ou blanchiment, une inadvertance, une mauvaise compréhension ou une information échappée. En pareil cas, il sera peu aisé pour le professionnel d'échapper à toute responsabilité pénale et de convaincre les magistrats de l'absence d'intention coupable.

À ce titre, les obligations de vigilance édictées par le code monétaire et financier<sup>(22)</sup> sont susceptibles de servir de standard référence quant à ce qui aurait dû être connu ou non du professionnel assujéti et permettre d'apprécier de la légitimité de son niveau de connaissance de son client et de ses opérations. En effet, si tous les professionnels assujétis sont enjoins de conduire des recherches sur leurs clients et leurs opérations dans le cadre du devoir de vigilance et qu'un d'entre eux décide de ne pas s'y soumettre il ne pourra se défendre d'accusation de blanchiment ou fraude fiscale en affirmant « ne pas savoir » puisqu'il aurait précisément « dû » savoir.

Cette obligation de déclaration de soupçons en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme n'est toutefois pas la seule existante, puisque le CAC est par ailleurs tenu à une autre obligation spécifique de révélation au champ d'application beaucoup plus vaste. À l'inverse, l'avocat dans l'exercice de son obligation de déclaration de soupçons fait l'objet d'un certain nombre de dérogations notamment liées à l'exercice d'une activité juridictionnelle.

## II. – Les régimes spéciaux de dénonciation propres aux avocats et aux commissaires aux comptes

Les CAC sont soumis à une obligation de dénonciation spécifique justifiée par leur position privilégiée dans la vie des entreprises. Cette obligation spécifique trouve également à s'articuler avec l'obligation générale de révélation lui incombant également au titre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Il en résulte pour le CAC une obligation quasi systématique de dénonciation. À l'inverse, l'avocat est soumis à une obligation de déclaration de soupçons extrêmement allégée voire inexistante.

### A. – Le régime de révélation renforcé du commissaire aux comptes

L'article L. 820-7 du code de commerce prévoit une infraction spécifique pour le CAC le punissant lorsqu'il ne révèle pas au procureur de la République les faits délictueux dont il a pris connaissance.

#### → *Objet vaste de la révélation*

Le CAC est tenu par la lettre de l'article L. 820-7 du code de commerce de révéler tout fait délictueux au procureur

de la République. L'objet de la révélation visé par le texte est particulièrement large. Se pose ainsi la question de savoir si ces faits délictueux s'étendent à l'ensemble des infractions prévues en droit pénal français ou bien si elles sont circonscrites aux faits délictueux ayant trait à la vie économique de l'entreprise et à la mission du CAC.

Le texte ne distinguant pas, on devrait en principe considérer que le champ d'application de l'obligation de révélation du CAC couvre toutes les infractions, et les tentatives d'infractions. C'est ce qu'a considéré la jurisprudence à plusieurs reprises en adoptant une conception large du champ d'application de l'infraction de non révélation puisqu'il existe des condamnations pour des infractions au droit des sociétés dont la société est directement victime, comme des abus de biens sociaux<sup>(23)</sup>, mais il existe également des condamnations pour des infractions de droit pénal de droit commun telles que l'exercice illégal de la profession de banquier<sup>(24)</sup> ou de faux<sup>(25)</sup>, ce qui rend en pratique le champ d'application de ce texte très large.

*L'avocat est soumis à une obligation de déclaration de soupçons extrêmement allégée voire inexistante.*

En ce qui concerne la gravité des faits à dénoncer, tous les faits délictueux doivent-ils être révélés par le CAC, même ceux pouvant paraître d'une importance relative ? À cet égard, la circulaire relative à l'obligation de révélation des faits délictueux des CAC du 18 avril 2014 ainsi que la bonne pratique professionnelle de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) du 14 avril 2014 apportent une réponse en ne distinguant pas selon la gravité des faits ce qui signifie que l'obligation de révélation ne se limite pas aux faits significatifs et délibérés. La circulaire précise toutefois que peuvent être exclus du champ de l'obligation de révélation les « *simples irrégularités ou inexactitudes ne procédant manifestement pas d'une intention frauduleuse* ».

Par ailleurs, l'article L. 820-7 du code de commerce emploie la formule « *dont a eu connaissance* » pour désigner les faits délictueux soumis à l'obligation de révélation incombant au CAC ce qui signifie que par définition, la révélation peut intervenir *a posteriori* de la commission des faits délictueux. Mais à quel moment apparaît l'obligation de dénoncer (et notamment en cas de doute de la part du CAC) : est-ce qu'à l'instar de l'obligation de déclaration prévue dans le cadre de la lutte anti-blanchiment de ca-

(22) C. mon. fin., art. L. 561-4-1 à L. 561-14-2.

(23) Cass. crim., 12 janv. 1981, n° 79-93.455, Bull. crim., n° 10.

(24) Cass. crim., 7 juin 1993, n° 92-83.681.

(25) Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-85.312.



pitaux et financement du terrorisme, un simple soupçon suffirait ? Ou bien faut-il au contraire s'assurer de la véracité de l'illégalité des faits à révéler avant de les révéler ?

S'il n'existe pas de réponse de principe puisqu'aucun des textes n'impose un délai spécifique, il semble sage de considérer que la dénonciation doit avoir lieu dans un délai raisonnable. À défaut en effet, un délai de réflexion trop long pourrait s'apparenter pour les magistrats à une abstention de révélation voire à une rétention d'information. Il sera peu aisé pour le CAC de démontrer qu'il n'avait pas l'intention de cacher l'existence du fait délictueux. En revanche, et dans la mesure où le CAC n'est pas tenu de qualifier le fait qu'il révèle, et qu'il bénéficie d'une immunité, il sera toujours moins dangereux, sous réserve de sa bonne foi évidemment, de révéler un fait qui s'avèrera après investigations ne pas être délictueux. À ce titre, dans un arrêt du 15 septembre 1999<sup>(26)</sup>, les magistrats avaient considéré que le CAC devait procéder à la révélation des faits « *dès qu'il en a connaissance dans le cadre de sa mission, même si celle-ci ne peut en l'état être définie avec précision* ». Le caractère poreux de cette obligation a toutefois pour conséquence de créer une insécurité juridique pour les entreprises dont la moindre irrégularité ou apparence, même lointaine, d'infraction, suffira au CAC pour alerter le procureur de la République, alors qu'il demeure pourtant tenu au secret professionnel.

#### → Immunité et sanctions

L'immunité prévue pour le CAC qui révèle des faits, qui ne s'avèreraient pas *in fine* délictueux, ainsi que les sanctions qui l'attendent si *a contrario* il ne révèle rien, contribuent à réduire le secret professionnel auquel il est tenu à une peau de chagrin.

**Immunité en cas de révélation.** Les articles L. 225-240, alinéa 2 et L. 832-12, alinéa 2 du code de commerce disposent du fait que les commissaires aux comptes exercent leur devoir de révélation au procureur de la République « *sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation* ». Sont ainsi exclues toutes possibilités de poursuites pénales (notamment pour dénonciation calomnieuse), civiles et professionnelles en ce qui concernerait une éventuelle atteinte au secret professionnel, sauf en cas de mauvaise foi.

**Sanctions en cas de non-révélation.** Le délit de non-révélation des faits délictueux par le CAC est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Cette combinaison d'un régime d'immunité en cas de révélation inexacte et de sanction en cas de non-révélation favorise une dénonciation quasi-systématique du CAC de tout ce qui serait susceptible de constituer une infraction.

**L'ignorance des faits, une défense difficile.** En principe, pour entrer en voie de condamnation, le tribunal doit appor-

ter la preuve que le CAC avait connaissance de l'information qu'il n'a pas révélée<sup>(27)</sup>. Ainsi, et en principe, sauf à démontrer pour le tribunal que l'ignorance avancée était feinte, la preuve d'une absence de connaissance des faits commis est susceptible de faire échapper le CAC à sa responsabilité pénale. Il semblera en revanche plus difficile pour le CAC de prouver qu'il avait connaissance des faits mais pas de leur caractère délictueux en raison de sa qualité de professionnel.

En effet, dans la mesure où il est précisément attendu d'un CAC qu'il prenne connaissance d'un ensemble vaste d'informations au cours de l'exercice de ses fonctions, et qu'il les valide par la suite, il sera en pratique particulièrement difficile pour le CAC de démontrer une absence de connaissance du caractère délictueux de faits qu'il aura pourtant validés.

#### → Cumul entre les différentes obligations de dénonciation

Cette obligation de révélation ne dispense pas le CAC de déclarer les soupçons qui peuvent être les siens dans le cadre de la lutte anti-blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

Le CAC est ainsi tenu aux deux régimes de dénonciation. Ces obligations peuvent avoir vocation à s'appliquer en même temps ; c'est d'ailleurs ce qu'édicte l'article L. 823-12, alinéa 3, du code de commerce : « *sans préjudice de l'obligation de révélation des faits délictueux mentionnée à l'alinéa précédent, ils [les commissaires aux comptes] mettent en œuvre les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme définies au chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier* ».

Ce double régime de dénonciation n'est pas anodin dans le contexte de l'avènement de la *compliance* en France et plus précisément de la loi *Sapin II* qui impose, en son article 17, 5°, aux entreprises qui y sont soumises de « *diligenter des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence* ». Ce même article précise ensuite que ces contrôles peuvent être réalisés entre autres, par un CAC. Dans ce contexte accru de contrôle, où le CAC est hautement susceptible d'intervenir, ce double régime de dénonciation représente une menace d'autant plus significative à l'égard du secret professionnel et rend les hypothèses de révélations d'autant plus probables.

Le champ d'application de l'obligation de révélation du CAC est extrêmement vaste, laissant peu de place pour une vraie relation de confidentialité avec son client. À l'inverse, l'avocat jouit d'un statut privilégié redonnant force et sens au secret professionnel qui le lie à son client.

(26) Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 98-81.855, Bull. crim., n° 187.

(27) Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-85.312.

### B. – Le régime de déclaration allégé de l'avocat

Il ressort de l'ensemble de ces régimes d'obligation de déclaration/révélation, que l'avocat à l'inverse du CAC qui fait l'objet d'un régime de révélation renforcé, bénéficie d'un ensemble protecteur de dérogations, liée à l'importance du respect des droits de la défense. En effet, même si le législateur l'a soumis à l'obligation de déclaration de soupçons en matière de lutte anti-blanchiment de capitaux et financement du terrorisme au même titre que l'ensemble des professions réglementées, il bénéficie d'un régime allégé dont les avantages doivent être mis en exergue.

#### → Le champ d'application restreint de l'obligation de déclaration de soupçons

L'avocat bénéficie en premier lieu de la même restriction que les autres professions que sont les notaires, experts-comptables et CAC énoncée à l'article L. 561-3, I du code monétaire et financier puisque l'obligation de déclaration se restreint aux transactions financières ou immobilières, lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaire ainsi que quand ils assistent leur client dans la préparation ou réalisation de transactions concernant : l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce, la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client, l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance, l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés, la constitution, la gestion ou la direction des sociétés et enfin la constitution, la gestion ou la direction de fiducies ou toute autre structures similaires et enfin la constitution ou la gestion de fonds de dotation.

En sus de cette restriction s'ajoute une seconde restriction du champ d'application de l'obligation de déclaration de soupçons puisque l'article L. 561-3, II du code monétaire et financier l'exclut :

- lorsque l'activité se rattache à une procédure juridictionnelle, étant précisé que peu importe que les informations dont disposent les avocats soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure ;
- lorsqu'ils donnent des consultations juridiques (sauf lorsque la consultation a été fournie à des fins de blanchiment de capitaux ou sachant que le client la demande à de telles fins).

Il en ressort que le cœur de l'activité de l'avocat, à savoir son rôle de conseil et de défense, n'est pas concerné par l'obligation de déclaration revalorisant par-là la force du secret professionnel et du principe de confidentialité. On devine derrière cette règle les contours des principes fondamentaux des droits de la défense.

La parcelle d'activité de l'avocat restant soumise à l'obligation de déclaration est finalement celle qui dans sa raison d'être s'éloigne le plus de la mission traditionnelle de l'avocat.

Couplée avec la circonstance que les avocats, en tant qu'acteurs soumis au secret professionnel, ne sont pas passibles de l'infraction de non-dénonciation de crime, il en résulte une possibilité très réduite que l'avocat soit amené à dénoncer un fait dont il prendrait connaissance pendant l'exercice de son activité.

#### → Le filtre du bâtonnier au secours de la confidentialité avocat/client

Les avocats, par dérogation, ne communiquent pas leur déclaration de soupçon à TRACFIN directement, mais au bâtonnier, ou lorsqu'il s'agit d'avocats au conseil, au Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui se chargeront alors eux-mêmes de la communiquer à TRACFIN<sup>(28)</sup>. Le bâtonnier et le Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation agiront alors en qualité de véritables intermédiaires entre TRACFIN et les avocats, permettant ainsi de réduire l'impact de ce régime sur l'indépendance de l'avocat ainsi que sur le secret et la confidentialité des échanges avocat/client.

Ainsi, il existe un équilibre rendu en pratique raisonnable entre la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et la protection du secret professionnel de l'avocat. Cet équilibre est d'autant plus important que les avocats sont la seule profession réglementée concernée par l'obligation de déclaration à bénéficier d'un régime aussi protecteur, ce qui se justifie toutefois par l'essence de sa mission.

Partant, l'avocat se présente comme un acteur de choix dans la diligence de certaines opérations et ce, notamment en matière d'enquêtes internes, dont l'essor dans le cadre du développement considérable de la *compliance* ne saurait être ignoré. En effet, si une enquête interne est menée au sein d'une entreprise, c'est qu'il existe de fortes probabilités qu'une procédure juridictionnelle soit déclenchée tôt ou tard, or, l'existence d'une telle procédure – même au stade de l'anticipation – suffit à dispenser l'avocat de déclarer les faits qui lui paraîtraient soupçonneux. L'enquête pourra ainsi se dérouler dans la plus grande confidentialité et dans le respect du secret professionnel ce qui représente un avantage précieux à l'heure où chacun est susceptible d'engager/aggraver sa responsabilité pénale pour ne pas avoir manifesté avec suffisamment « d'enthousiasme » une attitude coopérative avec les autorités de poursuite. ■

(28) C. mon. fin., art. L. 561-17.