

AVOCAT

1250

# LCB-FT dans la profession d'avocat : de l'autorégulation à la co-régulation

Conseil par

**SERGE NONORGUE,**

avocat, chargé de mission auprès de la Conférence des bâtonniers, ancien bâtonnier du barreau de Rennes, chargé d'enseignement à l'université de Rennes 1



Alors que l'autorégulation des ordres est consacrée depuis 2006 par une résolution du Parlement européen qui la justifie par « l'importance d'un comportement éthique, du maintien de la confidentialité avec le client et d'un haut niveau de connaissances spécialisées » et que la directive européenne 2015/849/UE (considérant 39) admet qu'elle constitue une garantie importante de la protection du secret professionnel et des droits fondamentaux, les projets publiés en juillet dernier par la Commission européenne relatifs à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, tout en réaffirmant le rôle des ordres en la matière, instituent deux nouveaux échelons de supervision, l'un national, l'autre européen, apparaissant comme de nouveaux acteurs d'une co-régulation qui interroge sur le devenir de l'indépendance de la profession d'avocat.

Le 20 juillet 2021, la Commission européenne a présenté un « nouveau paquet » en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT) (C. Cutajar, *Le nouveau Paquet anti-blanchiment : des avancées notables : L'Observateur de Bruxelles* : 2021/4, n° 126, p. 50 et s.).

Il comprend, notamment, deux propositions qui concernent directement la profession d'avocat :

- une proposition de sixième directive (AMLD6) instaurant un organisme national de contrôle et de supervision des organismes d'autorégulation (*Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mécanismes à mettre en place par les États membres pour prévenir l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme et abrogeant la directive (UE) 2015/849, COM (2021) 423 final*) ;
- une proposition de règlement (ALBC) portant création d'une Autorité européenne de supervision (*Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant l'Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et modifiant les règlements (UE) n° 1093/2010, (UE) n° 1094/2010 et (UE) n° 1095/2010, COM (2021) 421 final*).

Le « paquet » est ainsi présenté alors que, dans le même temps, la Commission constate elle-même qu'aucune évaluation complète des règles européennes en matière de lutte contre le blanchiment et

le financement du terrorisme ni bilan de qualité n'ont été effectués. Il faut alors se contenter, selon la Commission (*Proposition AMLD6, exposé des motifs p. 6 et 8*), d'utiliser sa communication de 2019 et les rapports qui l'accompagnent pour mesurer l'efficacité du régime de l'UE en matière de LCB-FT « tel qu'il se présentait à ce moment-là » (*Comm. UE, comm., Vers une meilleure mise en œuvre du cadre réglementaire de l'UE de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (COM 2019, 360 final)*). - *Comm. UE, rapp. sur l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne (COM 2019, 373 final)*. - *Comm. UE, rapp. portant évaluation du cadre pour la coopération entre les cellules de renseignement financier (COM 2019, 371 final)*. - *Comm. UE, rapp. sur l'évaluation supranationale des risques (COM 2019, 370 final)*.

Selon la Commission, ces rapports ont mis en évidence l'absence de cohérence dans la mise en œuvre, au sein de l'UE, de la surveillance des entités assujetties aux obligations en matière de LCB-FT : la nécessité de combiner des règles harmonisées par l'adoption d'un nouveau règlement ainsi que des règles plus strictes sur les systèmes nationaux de LCB-FT par l'adoption d'une nouvelle directive (*Proposition AMLD6, exposé des motifs, p. 2*) suffit alors à justifier la présentation en juillet 2021 par la Commission du nouveau paquet anti-blanchiment.

Le projet de directive AMLD6 comporte un rappel de la mission des ordres avant de proposer la création d'autorités nationales de supervision des organismes d'autorégulation qui elles-mêmes devraient faire l'objet d'une supervision par la création d'une nouvelle autorité européenne issue du projet de règlement ALBC.

## 1. La supervision nationale

En réaffirmant que « les États membres peuvent permettre que la fonction visée au paragraphe 1 du présent article [c'est-à-dire la fonction de contrôle, de surveillance et de mise en œuvre des sanctions en matière de LCB-FT] soit exercée par des organismes d'autorégulation », l'article 29, 3 du projet de directive AMLD6 confirme le rôle des ordres dans le contrôle du respect par les avocats de leurs obligations en matière de LCB-FT qui, on le rappelle, relève spécifiquement du conseil de l'ordre au sein des barreaux français (*L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 17, 13°*. - *V. C. mon. fin., art. L. 561-36, I, 3°*).

Dans le même temps, cela signifie que le principe d'autorégulation que certains appelaient de leurs vœux comme devant devenir la règle au sein de l'Union (*M. Billet, J.-Ch. Krebs, Ch. Leroy, La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme : L'Observateur de Bruxelles, n° 117 - juill. 2019, p. 21 et s.*) continuerait de demeurer une simple faculté pour les États membres.

Qui plus est, et surtout, cette autorégulation serait, désormais, très sérieusement encadrée.

**Des organismes d'autorégulation dotés de pouvoirs de surveillance et de contrôle adaptés aux obligations.** - D'abord, parce que la faculté donnée aux États membres par le projet de directive d'organiser un système autorégulé de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme serait subordonnée à ce que les organismes d'autorégulation puissent disposer des pouvoirs de surveillance et de contrôle adaptés aux obligations posées par le nouveau règlement anti-blanchiment inclus dans le paquet présenté par la Commission (*COM (2021), 420 final*). Ils devraient, en outre, disposer « des ressources financières, humaines et techniques adéquates pour s'acquitter de leurs fonctions » (*Proposition AMLD6, art. 29, 3*) ; les États membres devant, par ailleurs, s'assurer que le personnel de ces organismes soit « d'une grande intégrité et doté des compétences appropriées, et qu'il respecte des normes professionnelles élevées, y compris des normes de confidentialité, de protection des données et des normes relatives aux conflits d'intérêts » (*Proposition AMLD6, art. 29, 3, préc.*).

Ces contraintes sont à mettre en perspective avec les conditions actuelles d'intervention des barreaux français dans la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Les conseils de l'ordre agissent en la matière sans qu'aucune condition de ressources, qu'elles soient financières, humaines ou techniques, ne soit spécifiquement exigée ; les difficultés qu'ils rencontrent dans la mise en œuvre des contrôles pouvant simplement donner lieu à une assistance du Conseil national des barreaux (*C. mon. fin., art. L. 561-36, I, 3°*. - *L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 17, 13° et 21-1*). La profession devrait donc s'organiser pour répondre aux nouvelles exigences posées par la proposition de directive qui seraient adoptées et engager, à cet effet, une réflexion vers la mutualisation et la professionnalisation des ordres.

**Supervision interne des organismes d'autorégulation.** - Ensuite, la recommandation du Parlement européen du 13 décembre 2017 qui tendait à l'instauration « d'une autorité nationale distincte et indépen-

dante de réglementation et de surveillance » des organes d'autorégulation (*PE, recomm., 13 déc. 2017 à l'intention du Conseil et de la Commission à la suite de l'enquête sur le blanchiment de capitaux, l'évasion fiscale et la fraude fiscale (2016/3044 (RSP), § 115*) trouve aujourd'hui sa concrétisation dans la proposition de directive AMLD6 tendant ainsi à mettre en œuvre une supervision interne des organismes d'autorégulation.

La Commission estime nécessaire cette supervision au motif qu'il aurait été constaté à la fois un défaut d'intensité et de qualité de la surveillance exercée par les organismes d'autorégulation et une absence de contrôle public de cette surveillance, ce qui ne manque pas de surprendre alors que la profession d'avocat en France connaît le rôle des CARPA, reconnu d'ailleurs par le GAFI dans son dernier rapport (*S. Nonorgue, La profession d'avocat au crible de l'évaluation du GAFI en matière de LCB-FT : JCP E, à paraître*) elles-mêmes astreintes aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment et supervisées par une commission de contrôle et une commission de régulation. Les États membres qui auront opté pour l'autorégulation devront donc « désigner une autorité publique chargée de superviser les activités [des organismes d'autorégulation et] de garantir que l'exécution de ces activités est conforme aux exigences de la présente directive » (*Proposition AMLD6, cons. 69 et art. 38, 1*).

L'article 38 de la section 3 de la proposition de directive AMLD6 qui oblige les États à désigner ou à instituer cette autorité publique définit les missions et les moyens qu'elle devra mettre en œuvre pour les exercer. On peut imaginer, qu'à l'instar de la situation actuelle qui confère, en France, à l'Autorité de la concurrence une mission de régulation à l'égard de certaines professions réglementées (professions juridiques et judiciaires) à l'exclusion des avocats, il ne soit pas désigné une seule autorité publique qui serait chargée de superviser l'ensemble des organismes professionnels d'autorégulation.

Les missions de la nouvelle autorité sont définies à l'article 38, 2 de la proposition de directive AMLD6 et correspondent à son objet qui est la supervision des organismes d'autorégulation : il s'agira ainsi, essentiellement :

- de veiller à ce que ces organismes (dont les ordres) satisfassent aux exigences contenues sous l'article 29, 3 précité de la proposition AMLD6 (moyens techniques, financiers et humains suffisants - avec un personnel intègre et qualifié) ;
- de leur fournir les orientations nécessaires à l'exercice de leurs fonctions de surveillance et de contrôle et veiller à ce qu'ils les exercent selon « les normes les plus élevées ».

Les moyens de la nouvelle autorité visés sous l'article 38, 3 à 5 de la proposition AMLD6 ne sont qu'un minimum, ce qui signifie que les États membres pourraient les élargir. Ce sont essentiellement :

- d'une part, exiger de l'organisme d'autorégulation (et donc des ordres) la production de « toute information pertinente » destinée à permettre à l'autorité de supervision de contrôler le respect par l'organisme de sa mission de surveillance et de contrôle des assujettis et d'effectuer les vérifications nécessaires. Se poserait, dès lors, la question de la compatibilité de cette obligation avec le respect du secret professionnel de l'avocat. Pour y répondre, le projet de directive prévoit une exception de communication pour les informations recueillies « par les entités assujetties (avocats) dans le cadre de la vérification de la situation juridique de leur client, ou pour l'exécution de la mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris

dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure ; que ces informations soient recueillies avant, pendant ou après cette procédure ». La portée de cette exception est, en l'état, réduite à l'exercice des droits de la défense et aux procédures judiciaires sans que le domaine du conseil ne soit clairement visé : en effet, l'exception qui viserait également « la vérification de la situation juridique du client » n'invoque pas la consultation juridique et mériterait une clarification sauf à ce qu'il serait possible - mais rien n'est moins sûr - pour l'État membre d'élargir l'exception au domaine du conseil dès lors que le projet de directive sous l'article 38, 3 qualifie de « *minimum* » les moyens que l'État serait susceptible de conférer à l'autorité nationale de supervision ;

- d'autre part, adresser des instructions aux organismes d'autorégulation afin qu'ils remédient aux manquements constatés dans l'exercice de leurs missions de contrôle (*Proposition AMLD6, art. 38, 3, b*). Il est indéniable que, pour la profession d'avocat, l'adoption de ces dispositions conduirait à une véritable mise sous tutelle des ordres, organismes d'autorégulation, et par là-même à une remise en cause de son indépendance par l'ingérence au sein des ordres que supposerait leur mise en œuvre par une autorité extérieure de supervision. L'autorégulation garante de la protection du secret professionnel depuis l'arrêt Michaud (*CEDH, 6 déc. 2012, req. n° 12323/11, Michaud c/ France, § 129*) serait alors fortement impactée au nom d'une prétendue meilleure efficacité dans la poursuite de cet objectif de sécurité publique que constitue la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

**Nouvelle obligation de publication mise à la charge de l'autorité nationale de supervision.** - Enfin, à l'instar de l'obligation pour les conseils de l'ordre de publier un rapport annuel sur les contrôles et sanctions en matière de LCB-FT (*C. mon. fin., art. L. 561-36, V et R. 561-41-1*), une nouvelle obligation de publication serait mise à la charge de l'autorité nationale de supervision (*Proposition AMLD6, art. 38, 5*). Elle consisterait à mettre à disposition sur le site Web de l'Autorité un rapport annuel sur les instructions adressées aux ordres, les mesures prises à leur égard par l'autorité de supervision et celles prises par chacun d'entre eux pour assurer le respect par les avocats de leurs obligations en matière de LCB-FT, le nombre et la nature des infractions détectées, les sanctions imposées aux avocats ainsi que les « *transactions suspectes* » (traduction pour la profession d'avocat : les déclarations de soupçon transmises par le bâtonnier à TRACFIN). Ce rapport serait soumis également à la Commission et à l'autorité européenne de supervision que se propose de créer le règlement ALBC et avec laquelle les autorités nationales de supervision devront coopérer (*Proposition AMLD6, art. 46 et 47*).

## 2. La supervision européenne

Le projet de règlement ALBC prévoit l'institution de l'Autorité de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, nouvel organe de l'UE qui sera doté de la personnalité juridique et de moyens conséquents (budget d'environ 45 M€, effectif de croisière fixé à 250 personnes). Cette nouvelle autorité

indépendante vise à répondre à la demande d'une politique de lutte complète au niveau de l'UE contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Si le secteur financier est principalement visé par la supervision, le secteur non-financier fait l'objet d'un traitement spécifique organisé à partir de deux missions principales dévolues à la nouvelle autorité qui ont pour objet d'assurer la surveillance et la coordination de l'application des règles de l'Union par les superviseurs nationaux telle que l'Autorité nationale appelée à superviser elle-même les organismes d'autorégulation.

D'abord, et suivant l'article 31 du projet de règlement ALBC, les superviseurs nationaux seraient soumis à des examens périodiques de leurs activités organisés sous forme de contrôles exercés par des pairs au sein de comités composés de membres de l'Autorité et de membres des superviseurs ainsi qu'à leur demande, les organismes d'autorégulation eux-mêmes. On constate d'emblée que la notion de « pairs » est quelque peu extensive dès lors que des membres issus de l'Autorité feront partie des comités, qui plus est, présidés par l'un d'entre eux.

Ces examens porteraient, notamment, sur le fonctionnement des organes nationaux de supervision (pouvoirs, ressources, gouvernance, etc., mis en œuvre dans leur propre mission de contrôle et de surveillance), sur un recensement des meilleures pratiques pouvant être adoptées ainsi que sur la convergence et l'efficacité dans l'application des règles de l'Union. Lorsque le contrôle est confié au sein de l'État membre à des organismes d'autorégulation, les comités d'examen devraient alors évaluer l'adéquation et l'efficacité des mesures de contrôle et de surveillance prises par les autorités nationales de supervision en vertu de l'article 38 de la directive AMLD6 (*V. supra*). Les conclusions de ces examens seraient publiées par la nouvelle Autorité et donneraient lieu à des mesures de suivi et à des recommandations auprès des superviseurs chargés de les mettre en œuvre.

Indirectement, les ordres d'avocats seraient ainsi soumis, via l'Autorité nationale de supervision, aux préconisations de l'Autorité européenne et aux normes requises par le droit de l'Union en matière de LCB-FT. Sans que ce soit d'ailleurs repris dans un projet d'article dédié, le projet de règlement prévoit de donner à l'Autorité européenne un « *rôle de surveillance indirecte* » consistant à coordonner et à contrôler non seulement les superviseurs nationaux mais également les organismes d'autorégulation, ce qui reviendrait à une surveillance directe à laquelle ceux-ci seraient soumis (*Projet de règlement ALBC, exposé des motifs - 5. Autres éléments, p. 14, § 3*).

Ensuite, un pouvoir d'enquête serait également confié à l'Autorité européenne en cas de violation ou d'application incorrecte du droit de l'Union par l'autorité publique chargée de superviser les organismes d'autorégulation (*Projet de règlement ALBC, cons. 31 et art. 32*). Ce pouvoir pourrait déboucher sur un avis formel de la Commission enjoignant à l'autorité nationale de se mettre en conformité dans un certain délai à l'issue duquel, à défaut de régularisation, l'Autorité alors pourrait émettre une décision individuelle directement adressée à l'organisme d'autorégulation en vue de lui imposer la mise en conformité.