

Atelier de réflexion du Vendredi 4 novembre 2016

COMPTE RENDU

FACILITATEURS D'AFFAIRES OU DE CORRUPTION : UNE DIFFICILE DÉMARCATIION

Présentation

Si les Panama Papers concernent surtout l'évasion et la fraude fiscales, cette affaire révèle la place fragile et parfois opaque des intermédiaires – en particulier des professions du droit et de la finance – dans l'architecture de la délinquance économique et financière. Facilitateurs d'affaires ou de corruption (au sens large), la démarcation n'est pas toujours aisée. De par leur connaissance (droit, comptabilité, fiscalité...), de par leur structuration (professions règlementées ou très encadrées), de par leur position relationnelle (souvent privilégiée), ces professionnels peuvent se retrouver dans des zones grises où la frontière entre la fonction de conseil et l'incitation au délit devient fine.

Le sujet n'est pas nouveau. En Avril 2010, l'International Bar Association, en coopération avec l'OCDE et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), a lancé un programme intitulé "About the Anti-Corruption Strategy for the Legal Profession". En 2013, The Financial Action Task Force (FATF, organe inter-gouvernemental) rendait un rapport sur Money Laundering and Terrorist Financing Vulnerabilities of Legal Professionals. Les conférences sur le sujet ne manquent pas depuis.

Dans un environnement concurrentiel et global tel que celui du service juridique et financier, comment se démarquer, conseiller, tirer profit des normes (et des vides juridiques) dans l'intérêt de son client tout en assurant un strict respect des réglementations ? Comment éviter que l'avocat ne se retrouve courroie voire auteur de corruption dans l'exercice même de ses fonctions ? Comment assurer au sein de ces milieux professionnels la compréhension des sanctions qui peuvent leur être imposées lorsqu'ils se retrouvent, délibérément ou par inadvertance, facilitateurs de corruption ? Quelle est la politique de l'autorité judiciaire en la matière ? Quelles méthodes de gestion des risques de corruption vis à vis des demandes et des exigences des clients peut-on mettre en place ? Peut-on quantifier et qualifier le rôle que les juristes, experts comptables, financiers jouent dans la lutte contre la corruption internationale ? Les instruments légaux en la matière sont-ils adaptés à leurs pratiques professionnelles ? Autant de délicates questions qu'il est nécessaire de traiter pour protéger ces professions et assurer leur crédibilité, c'est à dire leur survie.

Compte-rendu

1/ autorités de poursuites et avocat

Les professionnels du droit, du chiffre, la finance constituent un rouage essentiel de la vie des affaires. Ils disposent de la technicité et de tous les outils nécessaires pour évaluer dans les législations en matière fiscales, commerciales, en droit de la concurrence, en matière pénale. Ces professions sont aussi dotées d'un "super" pouvoirs fondamental pour le monde des affaires mais aussi pour le monde de la délinquance : c'est l'obligation au secret professionnel auquel ils sont soumis. Le secret de l'avocat est celui le mieux gardé. Il existe des cas où ces professionnels reçoivent des sollicitations ou même prennent l'initiative de mettre leur compétence au service des fraudeurs pour qu'ils atteignent leurs objectifs. Les services judiciaires français ne possèdent pas d'outils statistiques précis sur ce point mais les enquêtes pénales passées et actuelles en la matière montrent que dans un grand nombre d'affaires de fraudes fiscales, de blanchiment et de corruption, les intermédiaires jouent un rôle fondamental. Par exemple, en matière financière, c'est le cas de grandes banques internationales qui offrent à leurs clients une panoplie entière de services visant à frauder le fisc. Ici, c'est l'activité entière de l'intermédiaires financier est tournée vers la réalisation de la fraude. La fraude ne serait pas possible sans les outils offerts par la banque (compte numéroté, création de sociétés offshore vendues clefs en main, conseils sur la meilleure manière d'échapper au fisc).

L'un des enseignements que l'on peut tirer de ces dossiers est que dans ces cas, c'est le professionnel lui même qui est à la manoeuvre. Ce professionnel évolue dans un environnement ultra concurrentiel où sa performance est évaluée en fonction des avoir, et doit toujours être accrue.

Le cas des Panamas Papers est intéressant sur ce point, l'incubateur de sociétés offshore est ici un cabinet d'avocat qui se charge pour le compte des contribuables de créer des structures propices à l'évasion fiscale. Dans chacun de ces dossiers, l'un des arguments mis en avant par les intermédiaires concernés est de dire qu'il ne leur appartenait pas de vérifier la conformité fiscale de leurs clients. Cela pose clairement la question de l'étendue de la mission des intermédiaires : sont-ils simplement des strictes intermédiaires, des prestataires de services qui répondent aux demandes des clients sans se poser des questions ou est ce que ces intermédiaires, du fait de leur statut particulier de professions règlementées, ne doivent pas avoir une mission plus large de coopération dans le cadre du service public de la justice ? Pour ceux d'entre eux qui sont auxiliaires de justice, la question semble assez rapidement résolue.

Par ailleurs, d'autres cas posent actuellement des problèmes : des cabinets d'experts comptables ou de commissaires au compte où leur rôle est justement un rôle de vigilance. Il est des exemples concrets où ces professionnels sont incapables de répondre à la question de pourquoi la société qu'ils doivent contrôler fait de nombreux paiements en espèce. Ils se contentent des simples justificatifs alors même que l'objet de la société est de faire du commerce avec des États étrangers et donc avec des agents publics étrangers qui procèdent à des paiements en espèce. Ici encore, la question se pose de savoir ce qu'on est en droit d'attendre de ces intermédiaires professionnels du chiffre, une simple prestation de service à l'égard de leur client ou un contrôle et une vigilance accrue.

A ce sujet, la chambre criminelle de la Cour de cassation est assez claire : pour ces professions, le fait de ne pas voir ce qu'ils auraient dû voir est une faute. Cela relève de la complicité.

Le rôle de l'avocat est tout à fait particulier dans la galaxie des intermédiaires car il est un auxiliaire de justice. Pour les magistrats en charge des affaires de corruption ou de fraude fiscale ou de blanchiment, il est un interlocuteur du quotidien. De plus, sa connaissance du droit ajouté à sa déontologie le mettent en principe à l'abris d'être impliqué personnellement dans des faits

délictueux. Mais en pratique, ce n'est pas toujours le cas. On constate parfois dans certaines affaires que des avocats intervenaient dans l'ouverture de comptes bancaires qui se posaient en intermédiaire entre le client et la banque. Ce montage est particulièrement ingénieux dans la mesure où cela permet de mettre en jeu deux secrets : le secret bancaire et le secret professionnel de l'avocat.

L'avocat a aussi une place particulière car il conseille son client, récolte sa parole et récupère des montants via son compte CARPA. Ces différents intérêts doivent être pris en compte. Il est également titulaire d'un secret très bien protégé, mieux que celui de tous les autres intermédiaires (exemple des perquisitions protégées par le code de procédure pénale, confidentialité des échanges client / avocat, saisie des documents). La limite étant celle de l'implication personnelle de l'avocat dans le délit...que l'on vient justement chercher.

Les raisons pour lesquelles la place de l'avocat est particulière dans la mise en place des schémas de corruption ou de fraude tiennent au régime protecteur qui est le sien. S'il est tout à fait justifié au regard des droits de la défense, il est détourné dans certains cas de sa raison d'être et est utilisé à des fins frauduleuses.

Sous l'influence du droit anglo saxon, on assiste à une tentative d'élargissement du champ de la protection du secret professionnel sur la base du *legal privilège*. Cela s'explique par le fait que de plus en plus d'affaires font intervenir des cabinets d'avocat anglo-saxon qui résonnent sur la base de leurs principes, critères et valeurs juridiques et qui résonnent également dans un contexte de droit mondialisé : ce qu'ils acceptent de faire dans le cadre d'investigations a des répercussions sur leurs relations avec les autorités judiciaires et les régulateurs d'autres pays, notamment américains. Leur raisonnement est donc plus global.

Il faut reconnaître qu'il y a aussi des exceptions fortes mises en place à ce secret professionnel avec l'obligation de déclaration de soupçon et l'ensemble des dispositions anti blanchiment qui viennent corriger le rôle éventuel de l'avocat dans la facilitation d'opérations frauduleuses.

Les avocats sont en général peu confrontés dans leur pratique professionnelle à des opérations de blanchiment si on en regarde le dernier rapport de Tracfin : le nombre de déclarations de soupçon des avocats a chuté de 100 %, il est passé de 1 déclaration en 2014 à 0 en 2015...Ce chiffre ne reflète pas la tendance générale puisque le rapport indique par ailleurs une augmentation de 18% en moyenne de déclarations de soupçon de la part des autres professionnels soumis à cette obligation. Ce chiffre pose question : pas un seul avocat en 2015 n'aurait été confronté à une opération de blanchiment...? S'il ne faut pas mésestimer la difficulté pour un avocat de faire une déclaration de soupçon à l'égard de son client, il s'agit tout de même d'une obligation légale dont il est l'un des garants.

Au parquet financier, la volonté est de poursuivre toutes les personnes susceptibles d'être impliquées dans des opérations frauduleuses ou de corruption et ce quel que soit leur statut. En pratique, les difficultés sont nombreuses puisque les affaires portent la plupart du temps sur des infractions internationales qu'il s'agit de résoudre avec les outils du droit français et ses limites, notamment quand il s'agit des intermédiaires pour la mise en cause de la responsabilité personnelle et leur rôle dans la commission de l'infraction.

Les recherches se concentrent désormais sur la nature du conseil donné par l'avocat, notamment en matière de fraude fiscale : de quelle façon a-t-il conseillé son client ? Quel est son rôle dans la conception et le montage du schéma ? Il faut ici prouver le rôle actif de l'avocat.

2/ Catégoriser la profession des services juridiques: «Le bon», «Le mauvais élève» et «Le compromis»

Le débat actuel autour des prestataires de services professionnels, en particulier des prestataires de services juridiques, est absolutiste et négatif. Le rôle des prestataires de services en tant que «facilitateurs» est souvent vu de manière négative, notamment dans la mesure où les professionnels utiliseraient leurs compétences pour de mauvaises raisons (On peut observer notamment une attitude défensive de la part des fournisseurs de services qui rejettent en bloc l'idée que l'on puisse avoir une image négative de leur profession).

Il est nécessaire cependant d'être prudent quant à l'usage d'un langage qui viserait à décrédibiliser une profession dans son ensemble alors que de nombreux acteurs cherchent honnêtement à faire de leur mieux. Il faut prendre cependant certes en compte les mauvais éléments, en l'occurrence les avocats qui méprisent délibérément la loi pour aider leurs clients dans des transactions entachées de corruption, de fraude, etc.

- Discussion ciblée sur "Les Compromis".

L'IBA Anti-Corruption Strategy 2011, avec UNODC & OCDE, est également axé sur les Compromis.

En 2010 l'IBA a réalisé une enquête sur la connaissance des avocats de la lutte en matière de lutte contre la corruption, en ce qui concerne notamment les lois découlant de la Conventions de l'OCDE contre la corruption. Elle a montré un flagrant manque de connaissances en ce qui concerne le sujet. Par conséquent, l'IBA a lancé une stratégie visant à sensibiliser les professionnels du droit aux lois anti-corruption.

Le UK Bribery Act de 2010 a contribué à augmenter cette prise de conscience de la lutte contre la corruption en incluant des garanties et des indemnités dans les contrats. Les avocats en question sont souvent invités à donner des conseils sur des questions très restreintes avec des instructions limitées. Toutefois, lorsque les avocats demandent des précisions aux clients, ils ne recherchent généralement pas à approfondir les questions qui pourraient poser des problèmes.

Comment les avocats peuvent-ils travailler plus étroitement avec leurs clients afin de leur offrir des conseils plus complets et les convaincre que cela est dans leur intérêt? Dans le contexte des Panama Papers, les avocats fiscalistes se sont cantonnés à conseiller leur client sur ce qui leur était demandé. Ainsi, ils ne se sont pas interrogés sur les finalités des activités sur lesquelles ils devaient conseiller, écartant par la même occasion toute investigation sur des entreprises pouvant conduire des activités similaires.

Les avocats ont été formés pour ne pas poser les questions auxquelles leurs clients ne voudraient supposément pas répondre. Dans le contexte des lois anti-corruption, nous noterons les différentes compétences requises en droit des sociétés et en droit pénal.

Les avocats d'entreprise peuvent ne pas comprendre où finissent les questions d'entreprise et où commencent les affaires criminelles, ce qui soulève des questions concernant la portée des conseils juridiques et de la due diligence.

Avec le Rapport du GAFI (les risques encourus par la profession juridique et d'autres prestataires de services professionnels, dans le contexte du blanchiment d'argent), et

l'Étude de 2004 de la Gendarmerie royale du Canada sur le blanchiment d'argent, plusieurs éléments ressortent :

- Dans la plupart des cas, les prestataires de services juridiques n'étaient pas au courant des sources illégales des fonds blanchis;
- un faible pourcentage de cas a indiqué des drapeaux rouges clairs dans lesquels les avocats auraient dû faire preuve d'une meilleure due diligence.
- Les avocats ne veulent pas perdre de clients car s'ils n'apportent pas assez d'argent, leur position est menacée. Or, l'aspect fondamental de la culture d'entreprise d'avocats est difficile à surmonter.

D'autre part, la segmentation des domaines de pratique des cabinets d'avocats signifie souvent que les conseils le sont aussi (Dans ce contexte le manque de conseil risque de passer à côté d'activités suspectes).

- Initiative d'intégrité judiciaire de l'IBA

50% des répondants croient que les avocats sont les intermédiaires des clients, des plaideurs, des juges, des procureurs, etc. Cela renforce l'idée pour beaucoup que les avocats sont des «facilitateurs» des transactions, des procédures judiciaires, etc.

3/ L'avocat, la marchandisation du secret et la compliance

La marchandisation du secret est un thème relativement ancien et l'accointance entre banques, avocats financiers n'est pas nouvelle pour ne prendre que l'exemple de la Suisse.

Le scandale des Panama Papers découvre le voile sur les pratiques laxistes de l'ensemble des pays occidentaux sur les cinquante dernières années. Les premiers rulings datent de 1936 émis d. Aujourd'hui, on découvre le scandale du Panama Papers où sa pratique commerciale du secret s'appuie entièrement des éléments fictifs. La population du monde légale est de 2 millions 600 mille professionnels. Il est très parcellaire et hétérogène. Ce monde est tellement éclaté qu'il serait illusoire de vouloir avoir une vision unique.

Les différents scandales liés à la commercialisation du secret montrent que toute une partie des *tax business* est hors de contrôle du régulateur.

Le vrai sujet est celui du bénéficiaire effectif et du traçage : avec la génération des GAFA l'information est accessible. Il reste cependant des zones qui échappent ou contribuent à compliquer la traçabilité, via des nationalités de complaisance ou des zones franches.

Il y a une tendance de plus en plus importante à soumettre les métiers au processus de la compliance. Il y a par exemple chez JP Morgan 5000 compliance officers. Au total on évoque entre 40 et 50 000 compliance officers uniquement dans le monde bancaire. On assiste ainsi à une inclusion de plus en plus importante de la compliance qui va à l'encontre du mouvement de la régulation.

Débat

Il y a deux cas très différents : le cas dans lequel l'avocat est un vrai facilitateur de corruption. Le cadre juridique est alors clair et les difficultés se posent au stade de la poursuite et de la preuve. Mais sa responsabilité pénale ne fait aucun doute lorsqu'il joue un vrai rôle de facilitateur d'un montage de corruption.

La deuxième catégorie est celle des cas plus border line où le rôle de l'avocat est moins clair dès lors qu'il peut n'avoir été qu'une courroie. Dans ces cas là, cela renvoie à la notion de « knowing your client ». Dans la profession juridique, l'approche est de répondre strictement et uniquement à la demande du client sans chercher à savoir pourquoi le client veut cela. Cette approche peut sembler logique dans la mesure où le cabinet d'avocat est lui aussi une structure commerciale qui offre des prestations.

Quel peut être la marge de manœuvre ici ? Il faut regarder ensemble (les avocats, les régulateurs et les pouvoirs publics) quels sont les principes sur lesquels nous pouvons nous mettre d'accord qui vont au delà du simple respect de la loi. Dans certaines situations, on ne peut pas se limiter au simple respect de la loi comme le montre le cas des Panama Papers où sûrement le cabinet d'avocat n'a pas enfreint le cadre juridique du Panama.

Cette problématique va au delà de la corruption et couvre le rôle de l'avocat en tant que conseil.

Sans pointer du doigt une profession dans son ensemble, il est nécessaire que le monde des avocats prenne ces questions sérieusement et propose des solutions. Le risque sinon est d'arriver à une solution règlementaire unilatérale qui variera d'un pays à l'autre. Le challenge est donc que l'avocat aille au delà du « knowing your client » pour aller vers un « understand your client ».

Sur la question du secret professionnel, l'une des choses évidentes est que l'on a une diversité de situations extrêmement marquées entre pays : un juriste d'entreprise aux US n'est pas comme un juriste d'entreprise en France ou en Allemagne. De plus nos approches binaires sur ces questions ne suffisent plus.

Une décision récente d'un tribunal fédéral suisse¹ a par exemple rejeté l'application du secret professionnel en matières d'enquêtes internes et d'audit réalisées par des cabinets d'avocat dans une banque. Le tribunal a estimé que la banque ne pouvait se soustraire à son obligation de contrôle en faisant appel à des cabinets externes.

Ces questions de secret professionnel doivent s'harmoniser pour ne pas que l'on arrive à une situation de *lawyer shopping* en la matière. Il ne faut pas arriver à la même situation que l'on a eu avec la fraude fiscale : pour ce type de conseil, on prend tel avocat car il est mieux protégé ou pour un autre type de transaction on prend un autre cabinet...

La vraie tension est toujours la même que dans d'autres matières : le monde du droit est un monde encore très national et le monde réel ne l'est plus du tout.

¹ <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d94e6a6d-1f57-4749-8df1-3763616e9e63>