

LA DECOUVERTE PAR L'EXPERT DE JUSTICE D'OPERATIONS DE BLANCHIMENT ETRANGERES A SA MISSION, EN EXPERTISE CIVILE

Vous avez bien voulu m'interroger sur le point de savoir si un expert-comptable, accomplissant une expertise judiciaire, devait procéder à une déclaration à TRACFIN, s'il avait des soupçons, au cours de sa mission, sur l'origine de certaines sommes.

A titre liminaire, il convient de rappeler qu'en droit français, il n'y a pas d'obligation générale de dénoncer une infraction. Une telle obligation est exceptionnelle : elle ne peut reposer que sur un texte spécifique. C'est ainsi que les professionnels du chiffre connaissent particulièrement bien l'obligation de révélation des faits délictueux édictée par l'article L. 823-12, alinéa 2 du Code de commerce à la charge des commissaires aux comptes : *« Ils révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation »*.

On peut également citer le célèbre article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale aux termes duquel : *« Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs »*¹.

Il convient donc de présenter, dans ses grandes lignes, le dispositif mis en place pour lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (I) avant d'examiner s'il peut s'appliquer à l'expert-comptable chargé d'une mission d'expertise judiciaire (II).

I) LE DISPOSITIF MIS EN PLACE

On sait que, dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, plusieurs directives ont été adoptées (10 juin 1991, 4 décembre 2001). Très récemment, l'ordonnance du 30 janvier 2009² vient de transposer en droit français les

¹ Cf. également art. 434-3 C. pén. réprimant la non dénonciation de mauvais traitements à mineurs de quinze ans ou à personnes vulnérables. Le texte ajoute *« sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 »*.

² Sur laquelle, cf. C. Cutajar, Droit du blanchiment : *une ordonnance nécessaire mais à parfaire*, Dalloz 2009, p. 821.

dispositions de la troisième directive anti blanchiment n° 2005/60 du 26 octobre 2005 ³ et celles de la directive prise pour son application du 1^{er} août 2006 ⁴.

L'ordonnance ayant voulu redonner une cohérence globale aux réglementations successives qui avaient été jusqu'alors « empilées », le titre VI du livre V du Code monétaire et financier a été restructuré et les articles renumérotés (art. L. 561-1 et ss. C mon.).

Le dispositif actuel renforce l'obligation de vigilance des professionnels à l'égard de leur clientèle (art. L. 561-5 et ss. C. mon.) et, pour la question qui vous préoccupe, précise les obligations de déclaration auprès de TRACFIN.

Il convient de préciser le champ d'application personnel (A) et réel (B) du dispositif avant de rappeler les dispositions relatives au secret professionnel et à la responsabilité civile qu'il contient (C).

A) Champ d'application personnel

L'article L. 561-2 C. mon. établit une liste d'entités et de professionnels qui doivent faire déclaration à TRACFIN.

En dehors des organismes financiers (allant de la Banque de France aux changeurs manuels), figurent dans la liste des professionnels :

- Les personnes exerçant des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce,
- Les représentants légaux et directeurs responsables de casinos, groupements, cercles et sociétés organisant des jeux de hasard, des loteries, des paris, des pronostics sportifs ou hippiques,
- Les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'œuvres d'art,
- Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats, les avoués, près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs judiciaires,
- Les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques,

³ Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

⁴ Directive 2006/70 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée.

- « ... 12° Les experts-comptables, les salariés autorisés à exercer la profession d'expert-comptable en application des articles 83 ter et 83 quater de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant les titres et la profession d'expert-comptable ainsi que les commissaires aux comptes ».

On observera également avec intérêt que l'article suivant, L. 561-2-1 C. mon., traite des « relations professionnelles ou commerciales » qui sont engagées par ces personnes et que le dispositif instauré fait également peser sur toutes ces personnes une « obligation de vigilance à l'égard de la clientèle » (art. L. 561-5 et ss. C. mon.).

Ces différents éléments, purement textuels, montrent que l'expert judiciaire, qui n'est pas mentionné dans la liste, ne peut pas être concerné par ces dispositions puisqu'il n'a, dans le cadre de ses missions expertales, ni relations professionnelles, ni relations commerciales, ni clientèle.

B) Champ d'application réel

Le champ d'application des opérations concernées par la déclaration de soupçon a été profondément modifié par l'ordonnance du 30 janvier 2009. Il concerne désormais les sommes ou opérations qui pourraient provenir de toute infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme. La déclaration s'applique notamment à la fraude fiscale, selon des critères qui devront être définis par décret.

L'article L. 561-15 C. mon. dispose en effet :

« I.-Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont tenues, dans les conditions fixées par le présent chapitre, de déclarer au service mentionné à l'article L. 561-23 les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles 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 participent au financement du terrorisme.

II.-Par dérogation au I, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 déclarent au service mentionné au I 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 décret.

III.-A l'issue de l'examen renforcé prescrit au IV de l'article L. 561-10, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 effectuent, le cas échéant, la déclaration prévue au I du présent article.

IV.-Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont également tenues de déclarer au service mentionné à l'article L. 561-23 toute opération pour laquelle 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 diligences effectuées conformément à l'article L. 561-5.

V.-Toute information de nature à infirmer, conforter ou modifier les éléments contenus dans la déclaration est portée, sans délai, à la connaissance du service mentionné à l'article L. 561-23 ...».

C) Secret professionnel et responsabilité

L'article L. 561-22, I et II C. mon. prévoit qu'aucune poursuite pour dénonciation calomnieuse, violation du secret professionnel ne peut être intentée contre les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 lorsqu'elles ont, de bonne foi, fait la déclaration prévue à l'article L. 561-15 dans les conditions prescrites par les dispositions législatives ou réglementaires applicables ou lorsqu'elles ont communiqué des informations à TRACFIN en application de l'article L. 561-26. De même, aucune action en responsabilité civile ne peut être intentée contre ces personnes ; seul l'Etat répond, le cas échéant, du dommage subi.

II) LE DISPOSITIF S'APPLIQUE-T-IL AUX EXPERTS JUDICIAIRES ?

On rappellera que lorsque le juge a recours à un expert judiciaire, c'est pour recueillir un avis technique destiné à l'éclairer dans la perspective de la décision qu'il doit rendre.

Le juge recherche l'avis d'un « expert », d'un « technicien », c'est-à-dire d'un homme qui a la compétence technique. Cette compétence est présumée par l'appartenance à une profession, qui s'est elle-même assurée du niveau de savoir de l'intéressé avant de l'accueillir en son sein.

C'est dire que dans l'accomplissement de l'expertise, les missions attachées à la profession de l'intéressé, n'auront pas à s'appliquer. Concrètement, ce n'est pas parce que le commissaire aux comptes est obligé, dans le cadre de sa mission légale, à déclencher la procédure d'alerte, à révéler les faits délictueux, à procéder à une déclaration de soupçon, comme l'indique désormais expressément l'article L. 823-12 C. com., qu'il sera tenu par ces obligations lorsqu'il effectue une expertise judiciaire dans une société anonyme. Si le commissaire aux comptes a été désigné comme expert, c'est essentiellement à raison de ses compétences en matière comptable et/ou de ses bonnes connaissances des techniques de l'audit ; ce n'est pas pour accomplir des missions que lui impose sa profession de commissaire aux comptes ou d'expert-comptable.

Seules les règles relatives au statut de l'expert lui sont applicables ⁵. L'expert judiciaire, quelle que soit sa profession, ne peut être soumis dans ses missions d'expertise qu'à un seul statut, celui de l'expert judiciaire.

⁵ Les éléments constituant le statut de l'expert judiciaire figurent dans la loi du 29 juin 1971, modifiée par la loi du 11 février 2004 et le décret du 23 décembre 2004. Ils concernent notamment l'inscription sur une liste près les cours d'appel, la protection du titre, la prestation de serment, l'obligation de formation, le rapport annuel d'activité, les sanctions disciplinaires.

Le dispositif anti blanchiment figurant dans le Code monétaire et financier ne s'applique pas à l'expert judiciaire (A). Les dispositions régissant l'expertise judiciaire pourraient-elles entraîner une solution contraire (B) ?

A) Le Code monétaire et financier ne vise qu'une liste limitée de professionnels

L'article L. 561-2 C. mon. ne crée d'obligations qu'à la charge des « experts-comptables, ... salariés autorisés à exercer la profession d'expert-comptable... ainsi que [des] commissaires aux comptes ».

A aucun moment les experts ne sont visés. Le texte faisant peser une obligation exceptionnelle de dénonciation sur les entités et personnes énumérées doit s'interpréter strictement. La liste est limitative. Aucune interprétation analogique n'est possible.

La solution se fonde sur plusieurs éléments :

- Le texte de l'article ne vise que des professionnels.
- Or, comme l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 4 juillet 2007 ⁶, l'expert, en accomplissant sa mission, n'exerce pas une profession.
- Les articles L. 561-2-1, L. 561-2-2, L. 561-5, L. 561-6, L. 561-8, L. 561-9, L. 561-10, L. 561-21 C. mon. ⁷ font à plusieurs reprises référence au client ou à la clientèle des professionnels concernés. Or, un expert judiciaire n'a évidemment aucune clientèle.
- Lorsque le Code monétaire et financier a voulu prendre en compte l'exercice d'une activité accessoire par le professionnel, comme peut l'être l'expertise judiciaire pour un expert-comptable ou pour un commissaire aux comptes, il y a fait clairement référence. Tel est le cas de l'article L. 561-4 ⁸. Or, rien de tel n'a été prévu pour le professionnel du chiffre qui effectuerait une mission d'expertise.

B) Les dispositions relatives à l'expertise peuvent-elles conduire à une solution différente ?

⁶ Cass. 2^o Civ. 4 juillet 2007, Bull. civ. II, n^o 196 : « ... les dispositions de la loi du 7 mai 1946, qui ont pour objet de protéger l'exercice de la profession de géomètres-experts, ne sont pas applicables à l'expert judiciaire, désigné par le juge, qui exécute un mandat de justice et n'exerce pas, ce faisant, une profession ... ».

⁷ Enumération non exhaustive.

⁸ « Les personnes physiques ou morales qui exercent, en lien direct avec leur activité principale, une activité financière accessoire qui relève d'une des catégories mentionnées aux 1^o à 7^o de l'article L. 561-2 et qui présente peu de risques de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme sont exemptées des obligations du présent chapitre ».

Au-delà de la question posée qui porte sur le point de savoir si l'expert judiciaire qui découvre des faits délictueux étrangers à sa mission au cours de son expertise doit faire une déclaration de soupçon à TRACFIN (2), on se demandera si l'expert judiciaire, qui a la qualité de commissaire aux comptes, doit, dans les mêmes circonstances, effectuer une révélation de faits délictueux au Parquet (1) ?

1) Deux textes, qui conduisent à effectuer une révélation au Procureur de la République, doivent être examinés, l'article L. 823-12, alinéa 2 C. com. et l'article 40 C. P. P.

- Si l'expert judiciaire a la qualité de commissaire aux comptes, il n'a pas de révélation à effectuer auprès du Parquet car le Code de commerce ne vise que les faits délictueux découverts par le commissaire au cours de sa mission légale dans l'entité contrôlée⁹.

- L'article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale, précité, concerne exclusivement les autorités constituées, les officiers publics ou les fonctionnaires. L'expert judiciaire n'entre évidemment dans aucune de ces catégories, peu important sur ce point qu'il soit considéré, selon la jurisprudence administrative, comme un collaborateur occasionnel du service public ou, selon la jurisprudence judiciaire dominante, comme un prestataire de services.

2) Les textes propres à l'expertise peuvent-ils conduire l'expert judiciaire à faire une déclaration de soupçon à TRACFIN, alors qu'il n'est pas cité par les dispositions du Code monétaire et financier.

Nous ne le pensons pas. Plusieurs dispositions du Code de procédure civile peuvent être citées à l'appui de cette argumentation :

Selon l'article 232 du Code de procédure civile « *le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer ...* ». Ainsi, pour une expertise portant sur une question comptable, le juge n'est en aucun cas obligé de désigner comme technicien un expert-comptable. Si l'on admet la thèse favorable à la déclaration de soupçon dès lors que l'expert judiciaire a la qualité d'expert-comptable, TRACFIN devrait être informé. Il ne le serait pas dans l'autre cas. La solution n'est pas satisfaisante.

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 238 CPC, « *le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis* » On peut observer à partir de ce texte :

- qu'un « soupçon » n'est pas un avis,

- que, de toute façon, l'avis ne peut être donné que sur les points pour l'examen desquels l'expert a été commis,

- que l'avis ne peut être donné qu'au juge qui a commis l'expert et qu'un soupçon né au cours de la mission ne peut être transmis à un tiers, TRACFIN.

⁹ Etude CNCC, *La responsabilité pénale des commissaires aux comptes*, juin 2008, n° 99.

L'article 244 CPC encadre également de façon très nette la mission de l'expert :

« Le technicien doit faire connaître dans son avis toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner.

Il lui est interdit de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission.

Il ne peut faire état que des informations légitimement recueillies ».

Il résulte de ce texte que :

- Le technicien doit « faire connaître dans son avis toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner ».

Or, « un soupçon » n'est pas une « information » et il ne participe pas de « l'avis » qui doit apporter un éclaircissement sur les questions à examiner ».

- Si l'expert révélait d' « autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission », il se prononcerait *extra petita* et, il n'est pas interdit de penser qu'il pourrait voir sa responsabilité pénale recherchée pour violation du secret professionnel ainsi que sa responsabilité civile personnelle pour le préjudice qu'il aurait causé par sa déclaration. En effet, l'exonération de responsabilité pour violation du secret professionnel et en cas de condamnation à des dommages et intérêts prévue par l'article L. 561-22 C. mon. est réservée aux seuls professionnels visés par l'article 561-2 C. mon. et ayant agi de bonne foi.
- En outre, l'expertise elle-même pourrait être contestée, car l'expert étant sorti de sa mission, il pourrait lui être reproché d'avoir manqué d'impartialité et d'avoir ainsi violé l'article 237 CPC ¹⁰.

En conclusion, les dispositions du Code monétaire et financier n'imposent pas à l'expert judiciaire, ayant par ailleurs la qualité d'expert-comptable ou de commissaire aux comptes, de faire une déclaration de soupçon à TRACFIN.

Nous estimons que la prise en considération des dispositions spécifiques relatives à l'expertise judiciaire ne permet pas d'aboutir à une solution différente.

Philippe MERLE

Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Panthéon Assas – Paris II

¹⁰ V. en ce sens, P. de Fontbressin, *La découverte par l'expert de justice de faits délictueux étrangers à sa mission*.