



RÉPONSE DU CCBE À LA COMMISSION : RÉVISION DE LA 3^E DIRECTIVE ANTI-BLANCHIMENT

Réponse du CCBE à la Commission

Table des matières

1. Introduction	4
2. Commentaires préliminaires.....	5
3. L'étude de Deloitte.....	6
3.1. Commentaires généraux	6
3.2. Risque inhérent	6
3.3. Des mesures plus strictes	6
3.4. Déclarations faites par les avocats.....	7
3.5. Ampleur du problème	7
3.6. Rôle de garant des avocats.....	7
3.7. Présentation des typologies et des exemples de cas liés aux situations concernées	8
3.8. Nombre relativement faible de déclarations des professions non financières	8
3.9. Avocats et déclarations –secret professionnel	10
3.10. Rôle des avocats dans le système de lutte contre le blanchiment de capitaux	10
4. Recommandations de Deloitte	11
4.1. Recommandation 1	11
4.2. Recommandation 2	11
4.3. Recommandation 3	11
4.4. Recommandation 4	12
4.5. Recommandation 5	12
4.6. Recommandation 6	12
4.7. Recommandation 7	12
4.8. Recommandation 8	12
4.9. Recommandation 9	12
4.10. Recommandation 10	13
4.11. Recommandation 11	13
4.12. Recommandation 12	13
4.13. Recommandation 13	13
4.14. Recommandations supplémentaires	13
5. Points d'intérêts pour la profession	14
5.1. Champ d'application de la directive par rapport aux avocats.....	14
5.2. Champ d'application des infractions en matière de blanchiment de capitaux	15
5.3. Obligation de déclaration de transaction suspecte.....	15
5.4. Exemption de l'obligation de déclaration	15

5.5.	Excuse raisonnable	16
5.6.	Pertinence des procédures judiciaires	17
5.7.	Recours à des tiers.....	17
5.8.	Obligation de diligence à l'égard de la clientèle des cabinets de petite taille.....	18
5.9.	Identification des bénéficiaires	18
5.10.	Personnes politiquement exposées	19
5.11.	Interdiction de divulgation lorsqu'un avocat cesse d'agir (« <i>tipping off</i> »)	19
5.12.	Protection des données.....	20
5.13.	Anonymat.....	20
6.	Réponses aux questions de la Commission	21
6.1.	Approche fondée sur le risque.....	21
6.2.	Devoir de déclaration des avocats	21
6.3.	Incertitudes	21
6.4.	Questions de déontologie et de secret professionnel	22
6.5.	Déclarations des organes professionnels d'autorégulation.....	23
6.6.	Efficacité	23
	Annex 1.....	25
	Annex 2.....	47

1. Introduction

Ce document répond à la lettre de la Commission datée du 15 juillet 2011 qui sollicite l'avis du CCBE à l'égard de l'examen de la troisième directive anti-blanchiment (la « Directive »), plus particulièrement au sujet de certaines questions spécifiques posées par la Commission.

Le CCBE souhaite soulever différentes questions que la Commission devrait, à son avis, prendre en compte dans le cadre de la révision prochaine de la directive et de son impact sur la profession d'avocat.

Enfin, le CCBE souhaite répondre à un certain nombre de conclusions et de recommandations contenues dans l'étude de Deloitte.

Cette réponse à la lettre de la Commission datée du 15 juillet 2011 commente d'abord les conclusions et les recommandations de l'étude de Deloitte, puis offre un résumé des différentes questions que le CCBE estime que la Commission doit prendre en compte dans le cadre de la révision, puis elle définit les réponses du CCBE aux questions spécifiques posées par la Commission dans sa lettre.

2. Commentaires préliminaires

Avant d'aborder les questions spécifiques mentionnées dans cette réponse, le CCBE tient à souligner certains aspects du rôle de la profession d'avocat dans le cadre de la directive.

Tel que les arguments juridiques énoncés dans les documents en annexe de la présente réponse le démontrent, le CCBE croit fermement que certaines des dispositions de la directive sont contraires aux valeurs fondamentales de la profession et impliquent une véritable dégradation des droits des citoyens.

Le CCBE tient notamment à souligner que, après l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ayant la même valeur que les traités et le processus d'adhésion de l'UE à la CEDH, un nouvel environnement a été établi. Les institutions européennes sont tenues de respecter les droits fondamentaux exprimés dans la Charte et par la CEDH et tels qu'interprétés par la jurisprudence.

Eu égard aux principes généraux du droit, ainsi qu'aux articles 6 et 8 de la CEDH, la Cour de justice et la Cour de Strasbourg ont reconnu le caractère spécifique et les principes essentiels de la profession d'avocat, notamment concernant la protection du secret professionnel comme principe indissociable de l'indépendance des avocats.

Le respect de ces exigences va de pair avec l'État de droit. Le CCBE note en outre que toute initiative de la Commission non conforme aux droits fondamentaux, en particulier les articles 6 et 8 CEDH et les articles 47 et 7 de la Charte, est incompatible avec la législation première de l'UE.

La révision de la directive 2005/60/CE doit absolument prendre en compte ces nouvelles exigences découlant du traité de Lisbonne.

Ces questions sont abordées plus en détail dans les annexes.

Le CCBE souhaite également souligner que la mise en œuvre d'un système conçu pour le secteur des services financiers est fondamentalement incompatible avec de nombreux systèmes juridiques européens et perturbe le rôle des avocats au sein des systèmes juridiques dans le maintien de l'État de droit. Le fait de modifier le système, qui s'applique au secteur des services financiers, afin de l'appliquer aux avocats, ne résoudra pas ses défauts de conception fondamentale.

C'est pour ces raisons que le CCBE accueille favorablement la possibilité d'engager un dialogue constructif avec la Commission en vue de rechercher un équilibre approprié entre les besoins de la société en général et les droits des citoyens, notamment vis-à-vis des obligations que la directive impose à la profession d'avocat.

Il est donc important de préciser que, dans la mesure où des contestations judiciaires pourraient avoir lieu concernant les dispositions de la directive et leur mise en œuvre dans les États membres, le contenu de cette réponse et les propositions du CCBE sont apportés sous toutes réserves.

3. L'étude de Deloitte

3.1. Commentaires généraux

Même après un examen sommaire de l'étude, il est évident qu'elle comprend en grande partie une enquête sur la mise en œuvre de la directive vis-à-vis de certaines questions choisies, ainsi que l'ensemble des réponses, souvent exprimées sous la forme d'avis reçus des intervenants publics et privés sur ces questions. Il est regrettable que l'on n'ait semble-t-il effectué ni recherche originale sur ces aspects ni, du point de vue de la profession d'avocat, de processus de vérification des hypothèses sur lesquelles ces opinions sont fondées.¹

L'étude offre cependant une quantité considérable d'informations concernant la mise en œuvre de la directive dans les États membres et constitue une contribution à notre compréhension des problèmes auxquels font face les professions non financières ainsi que la profession d'avocat.

3.2. Risque inhérent

Le deuxième paragraphe de la page 5 de la partie *Executive Summary* indique ce qui suit :

« *Based on the general comment that financial professions are more advanced in detecting suspicious transactions and on the fact that the latest statistics show that the frequency of AML reporting for most non-financial professions in most Member States is still very low, **the inherent risk of launderers being tempted to use techniques which involve non-financial professions increases.*** »

La même déclaration apparaît au dernier paragraphe (5.1 *General conclusions*) de la cinquième partie de l'étude exposant les conclusions analytiques de Deloitte.

Les éléments sur lesquels repose cette conclusion pourraient également mener à la conclusion contraire, à savoir que le risque inhérent est faible.

Quelle que soit l'exactitude de cette conclusion concernant les professions non financières en général, la validité des hypothèses données à l'égard de la profession d'avocat est pour le moins douteuse. L'étude ne donne à aucun moment une seule preuve claire que la profession d'avocat a été et demeure la cible des blanchisseurs, en dehors des cas où un avocat participe volontairement à des activités de blanchiment de capitaux. Cette question est également examinée dans le cadre des « typologies » au paragraphe 3.7.

3.3. Des mesures plus strictes

Le résumé fait référence au fait que les États membres ont mis en œuvre d'une manière ou d'une autre une ou plusieurs mesures qui sont plus strictes que celles requises par la directive et conclut que les disparités dans la mise en œuvre peuvent mettre à mal la conformité transfrontalière. En outre, il est précisé que Deloitte a recommandé (à la recommandation 1) d'éviter une disparité trop grande.

Malheureusement, l'étude n'indique pas dans quelle mesure ce type de complications survient. En l'absence d'indications spécifiques, le CCBE estime que les États membres devraient en principe être habilités à faire preuve de souplesse en la matière. Cet argument est développé au paragraphe 4.1.

¹ Ceci peut être expliqué par les méthodologies utilisées par le cabinet Deloitte, à savoir la recherche documentaire, les questionnaires et les entretiens (voir la page 164 de l'étude).

3.4. Déclarations faites par les avocats

La déclaration suivante apparaît à la fin du premier paragraphe de la page 7 du résumé :

« *A further clarification of the reporting duty might be envisaged whereby the situations in which lawyers do not need to report are clarified.* »

Une recommandation similaire est faite à la page 8 du résumé.

Le CCBE maintient que le secret professionnel doit être conservé dans tous les cas (voir les commentaires aux paragraphes 3.9 et 5.4).

3.5. Ampleur du problème

Après avoir décrit les difficultés que Deloitte a rencontrées lors de l'identification des tendances en raison d'un nombre d'informations limité, le résumé conclut à la page 7 ce qui suit :

« *There appears to be an argument in favour of keeping a reporting duty in place for all possible involved non-financial professionals.* »

Malgré cette conclusion, le paragraphe 5.2.19 (p. 293) des conclusions analytiques décrit plus en détail les difficultés que Deloitte a rencontrées, qui sont résumées de la manière suivante :

- le type d'informations quantitatives (c'est-à-dire fondées sur les quatre situations)² n'existe pas ;
- les informations qualitatives fondées sur les quatre situations sont limitées ;
- en ce qui concerne le contenu des informations qualitatives, des travaux supplémentaires sont nécessaires, en sachant que le rôle exact des garants n'est souvent pas précisé dans les études de cas ;
- parmi les interrogés, peu ont donné des informations détaillées concernant l'ampleur du problème.

Il va de soi que les législations impliquant dans de nombreuses affaires des sanctions pénales importantes doivent être justifiées par le fait qu'elles disposent d'un argument en leur faveur.³

Il est possible de supposer que, même en l'absence de preuves, des membres de la profession sont ciblés par les blanchisseurs de capitaux. La difficulté est de déterminer l'ampleur de ce ciblage. L'expérience semble indiquer que ce ciblage est en fait relativement faible : la question se pose donc de savoir si une obligation de déclaration est pleinement justifiée. L'un des principes fondamentaux d'une société démocratique est que les lois impliquant des sanctions pénales importantes doivent être justifiées par le fait qu'elles disposent d'un argument équilibré et justifié pour le bien de la société en leur faveur.

Les commentaires de Deloitte à l'égard du rôle des avocats en tant que garants dans le paragraphe qui suit sont pertinents.

3.6. Rôle de garant des avocats

La partie 4.1.2 (page 166 et suivantes) de l'étude traite assez longuement du rôle de garant en général et cite abondamment les rapports du GAFI. Ces rapports soulignent l'idée générale selon laquelle les professionnels non financiers, dont les avocats, agissent en tant que garants en donnant accès au système financier international et peuvent de même, que ce soit en connaissance de cause ou non, faciliter la dissimulation des origines réelles des fonds. C'est une litanie qui est répétée et redite dans cette partie.

2 Les quatre situations considérées comme concernant la profession d'avocat sont énoncées à la section 4.1 de l'étude (page 162).

3 Toutefois, il convient de noter qu'à la page 283 de l'étude, la même observation est faite dans des termes légèrement plus emphatiques : « *This would be an argument...* »

Cependant, il semble important que, comme indiqué ci-dessus, Deloitte se soit senti obligé de faire remarquer, vis-à-vis l'ampleur du problème, que le rôle exact des garants n'est souvent pas précisé dans les études de cas.

Deloitte aborde à la page 293 la question de l'utilisation abusive des garants en général et, bien qu'il y soit affirmé que sa recherche documentaire démontre en général que l'utilisation abusive des garants est un phénomène existant, Deloitte reconnaît que :

- compte tenu du manque d'informations quantitatives, il n'est pas possible de tirer des conclusions de la fréquence à laquelle les garants sont employés de manière abusive ;
- il est impossible, à partir des informations disponibles, de conclure quant au type de professionnels non financiers qui est utilisé de manière abusive dans les quatre situations.

Deloitte fait ensuite les recommandations suivantes :

- si le problème doit être examiné plus en détail, l'accès à des informations supplémentaires est indispensable : il pourrait être recommandé d'exiger des États membres des statistiques et des informations typologiques supplémentaires (adapter l'article 33 de la directive) ;
- une vision claire du type de professionnels non financiers impliqués, la fréquence et la nature de leur participation nécessitent des recherches supplémentaires sur les professions qui interviennent dans les diverses transactions dans les différents États membres.

Le CCBE soutient ces recommandations particulières et espère leur suivi au cours du processus d'évaluation de la Commission.

3.7. Présentation des typologies et des exemples de cas liés aux situations concernées

De toute évidence, la présentation de typologies représente une partie essentielle du rôle de garant des professions non financières. Quelques remarques ont déjà été faites quant à la qualité des typologies, qui ont été citées en détail dans l'étude. Un examen de ces cas indique que lorsque les avocats sont cités, il s'agit souvent du cas d'un avocat volontairement impliqué dans une activité frauduleuse de blanchiment de capitaux.

La page 199 fait référence à une typologie où un avocat agissant en qualité de syndic de faillite a fait une déclaration.

Il aurait été utile de disposer des détails de cas impliquant des exemples de déclarations de transactions suspectes réalisées par des avocats dans chacun des États membres, ainsi que quelques informations quant à la nature de l'éventuelle activité frauduleuse de blanchiment donnant lieu aux déclarations de soupçon qui ont mené à la poursuite fructueuse d'un blanchisseur de capitaux ou ont contribué à obtenir la condamnation du client de l'avocat. Les informations relatives aux personnes pourraient avoir été occultées ou « nettoyées » (dans le cas d'une affaire citée à la page 177). Cela aurait permis d'avoir au moins une indication concernant la valeur pratique des déclarations faites par les avocats. En l'absence de ces données, il est difficile de parvenir à une conclusion.

3.8. Nombre relativement faible de déclarations des professions non financières

L'étude présente en annexe des tableaux indiquant le nombre de déclarations réalisées dans chaque État membre par des professionnels non financiers pour l'année 2009⁴ (les statistiques d'une année n'offrent aucun aperçu précis d'un point de vue statistique). Un commentaire indique que par rapport au secteur financier, le nombre de déclarations est faible. Toutefois, les chiffres montrent, à l'exclusion du Royaume-Uni, que le total des déclarations d'avocats en Europe continentale est de 120-130 environ.

L'exception à cette règle est le Royaume-Uni où le nombre de déclarations de *solicitors* est sensiblement plus élevé (4 761) que dans le reste des États membres, ainsi que le cas des notaires

⁴ Excepté dans le cas de l'Autriche, où les chiffres sont présentés pour l'année 2008.

où des chiffres plus élevés sont enregistrés (environ 1 000 cas). Les commentaires du CCBE suivent ci-après.

Les raisons évoquées par les intervenants publics et privés pour justifier le nombre faible de déclarations sont remarquablement similaires, à savoir :

- le manque de sensibilisation et le besoin de formation ;
- les difficultés à mettre en œuvre les structures et procédures de diligence à l'égard de la clientèle nécessaires ;
- le nombre faible de transactions suspectes.

Ces explications posent problème en ce qu'elles apparaissent davantage comme étant l'expression d'opinions que comme des explications reposant sur des preuves claires.

D'autres commentaires de l'étude sont intéressants :

À la page 243, Deloitte indique :

« It is beyond this study to draw comparative conclusions on the differences in reporting figures in the Member States. This would require a thorough analysis taking into account amongst others the number of professionals, their activities, the total reports submitted by all non-financial professions etc. in every Member State. »

Deloitte indique, toujours à la même page :

« No evidence, in one sense or the other, has been identified with regard to the possibility that non-financial professions are confronted to less suspicious transactions. »

Cela semble illogique car l'absence de telles preuves pourrait à l'inverse également indiquer que les professions non financières sont en effet confrontées à un nombre moindre d'opérations suspectes.

L'étude formule des commentaires sur les raisons possibles du nombre élevé de rapports au Royaume-Uni et suggère que le régime strict du Royaume-Uni et ses « ambiguïtés » dans le droit national mènent à un niveau élevé de déclarations réalisées par précaution. En outre, l'étude précise que le fait que les *solicitors* fournissent des services qui dans d'autres pays sont fournis par les notaires doit également être pris en compte. Les services que Deloitte a ici à l'esprit sont sûrement les transactions immobilières.

Le CCBE désapprouve en premier lieu l'affirmation faite par le cabinet Deloitte et par la Commission dans la lettre de la Commission du 15 juillet 2011, selon laquelle les chiffres produits dans l'étude suggèrent que la profession d'avocat présente un niveau faible de déclarations, l'idée étant qu'il devrait y avoir un niveau de déclarations plus élevé que ce qui semble être le cas à l'heure actuelle. Par quel critère, autre qu'une comparaison avec les institutions financières qui sont impliquées dans des milliers de transactions quotidiennement, contrairement aux avocats qui ne sont pas tant impliqués dans des transactions, le niveau de déclarations des avocats peut-il être mesuré ? Quelles preuves sont disponibles au niveau national afin de démontrer clairement que les avocats ne font pas de déclarations dans les cas où ils devraient le faire ? En l'absence de preuves, les conclusions semblent reposer sur des conjectures et des comparaisons injustifiées.

Le CCBE soutient qu'une comparaison reposant sur les chiffres relatifs aux services bancaires et autres institutions ou professions financières est inappropriée et par conséquent trompeuse car les activités des avocats sont fondamentalement différentes. Une véritable comparaison ne pourrait être établie qu'après une évaluation précise du nombre d'occasions où les blanchisseurs de capitaux ont réellement eu recours aux services d'avocats, à l'exclusion des avocats qui agissent avec leurs clients dans des activités de blanchiment, par rapport au nombre de déclarations réalisées.

Le CCBE note que le Royaume-Uni a été identifié comme ayant un niveau élevé de déclarations. Le CCBE tient à souligner qu'en raison des procédures de consentement existant au Royaume-Uni, l'approche appliquant la même démarche à tous les crimes, la nature ambiguë des dispositions de la législation britannique qui se prête à des déclarations de précaution et l'ampleur des infractions au Royaume-Uni qui pourraient autrement être traitées comme des questions de droit civil dans d'autres juridictions, un pourcentage conséquent des déclarations concerne des failles techniques. Aucune

information n'est disponible quant au niveau d'efficacité de ces déclarations dans la poursuite des crimes plus graves que sont généralement le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

3.9. Avocats et déclarations –secret professionnel

Le paragraphe 4.2.3.3.1 de cette partie de l'étude résume ensuite le rôle du secret professionnel dans la relation entre un avocat et son client, décrit l'exemption prévue à l'article 22 de la directive et résume certaines affaires portant sur des questions portées devant la Cour de justice et plus récemment devant le Conseil d'État belge, le 2 juillet 2010. Deloitte souligne, dans une note de bas de page assez longue, les différences entre le concept de *legal professional privilege* de la *common law* et le principe de secret professionnel du droit civil.

À la page 255, après une discussion sur l'effet du secret professionnel, Deloitte fait la remarque suivante :

« *No clear definition of "legal advice" is provided, which could lead to difficulties for lawyers to know the exact scope of their confidential duty. A statutory clarification seems to be recommendable.* »

Suit un résumé plus vraisemblablement tiré des réponses au questionnaire dans lequel certaines réponses expriment des inquiétudes sur l'interprétation et l'application des dispositions d'exonération de la directive.

Voir les autres commentaires au paragraphe 5.4.

3.10. Rôle des avocats dans le système de lutte contre le blanchiment de capitaux

Certaines questions sont posées dans cette section de l'étude :

- Quelle est la perception des avocats de leur rôle dans le système de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ?
- Quelle est la perception du rôle des avocats de la part des autres professions, des établissements de crédit et des institutions financières ?
- Quel est l'effet des règles sur l'accès du client à des conseils juridiques ?

Encore une fois, il est notable que l'objectif de cette partie de l'étude est précisément d'évaluer les opinions des intervenants sur le rôle des avocats. Comme l'on pouvait s'y attendre, les avis varient considérablement entre ceux qui considèrent que la directive a un effet positif et ceux qui estiment que le rôle de l'avocat a peu d'effet et que les obligations prévues dans la directive sont disproportionnées.

L'étude cite (à la page 272) une réponse de la *Law Society of England and Wales* dans laquelle celle-ci énonce en termes très clairs ses préoccupations concernant la proportionnalité des charges imposées aux *solicitors* au Royaume-Uni⁵. La citation suivante de cet exemple résume un certain nombre de questions mentionnées dans cette révision :

« *The response explains that the Law Society is not convinced that the current AML laws are clear or that they are proportionate to the identifiable risks. The Society believes that the following measures are required:*

- *An evidential assessment of the actual risk of money laundering within the EU and by sector;*
- *A clear understanding of the outcomes in terms of impact on money laundering activity in the EU being sought and an appreciation of the degree to which those results can realistically be achieved;*
- *A commitment to drafting legislation and regulations which seek to proportionately mitigate actual risks in a way which will bring about the results being sought;*

5 Réponse à un appel à témoignages lors de la révision de la réglementation sur le blanchiment de capitaux au Royaume-Uni.

- *A true appreciation of the costs incurred by the regulated sector in complying with the requirements;*
- *A true understanding of the effect that the current anti-money laundering regime has on European PLC because of the competition challenges faced by the regulated sector from other jurisdictions, which do not have such complex anti-money laundering legislation. »*

Le CCBE soutient la position de la *Law Society of England and Wales*.

4. Recommandations de Deloitte

13 recommandations sont énoncées aux pages 7 et 8 du résumé à partir des conclusions de l'étude. Certaines de ces recommandations ont été abordées plus tôt dans le présent document. Nous suivons l'ordre dans lequel apparaissent les recommandations.

4.1. Recommandation 1

« Avoid too great a diversity in the implementation of stricter measures between Member States in order to avoid complications of cross-border compliance. »

Alors qu'à première vue cette conclusion est une conséquence logique de la mise en œuvre non uniforme de la directive dans les États membres, il est supposé que malgré l'impact sur la conformité transfrontalière cette diversité est nécessaire.

- La diversité est une conséquence inévitable de la flexibilité que les États membres sont habilités à exercer pour des raisons de subsidiarité.
- Dans de nombreux cas, les États membres devraient être autorisés à exercer une telle souplesse en conjonction avec les barreaux responsables de la réglementation de leurs membres afin de mettre en œuvre les règles et les procédures les mieux adaptées aux conditions, à la culture et aux traditions prévalant dans chaque État membre. Les États membres devraient notamment être autorisés à tenir compte des principes juridiques qui sont d'application dans les États membres. Par exemple, dans le cadre selon lequel les professionnels pourraient être exemptés d'une obligation de déclaration, la différence entre les principes du secret professionnel du droit civil et les principes de *legal professional privilege* de la *common law* doit être prise en compte.
- Il peut exister des circonstances dans lesquelles les États membres peuvent souhaiter exercer des pouvoirs d'exécution plus ou moins étendus en fonction de la situation locale.

4.2. Recommandation 2

« Increase guidance on the practical use of risk based approaches. »

Le CCBE approuve cette recommandation. Cependant, l'étude n'indique pas clairement s'il existe des lacunes importantes dans les niveaux d'orientation concernant l'utilisation *pratique* des approches fondées sur le risque entre les États membres. Un examen de toutes les orientations existantes est nécessaire afin de parvenir à une telle conclusion.

4.3. Recommandation 3

« Support initiatives of Member States reviews in order to get a more in depth view of the effectiveness of the framework to combat against money laundering and the financing of terrorism. »

Le CCBE approuve cette recommandation. Comme l'indiquent certaines des observations plus haut dans ce document, le CCBE n'est pas convaincu que les obligations que la directive impose aux avocats aient eu un effet significatif dans la lutte contre le blanchiment de capitaux. Le manque de données au sein de l'étude tend à confirmer cette opinion.

4.4. Recommandation 4

« Consider initiatives relating to public information on Politically Exposed Persons and define “persons known to be close associates” to PEPS. »

Le CCBE convient qu'il est nécessaire d'établir les moyens efficaces permettant d'obtenir les informations importantes concernant les personnes politiquement exposées.

4.5. Recommandation 5

« Consider the implementation of additional transparency requirements and information on group structures in order to facilitate the identification of beneficial owners and define the term “control of an organization. »

L'identification de la propriété bénéficiaire dans le cadre des structures de groupe ou autres s'est révélée problématique. Le CCBE a fait avec l'IBA des observations au GAFI. Le CCBE renvoie la Commission à ces observations⁶.

4.6. Recommandation 6

« Implement tailored CDD requirements for small practices. »

Alors que le CCBE voit d'un œil positif toute initiative visant à alléger la charge imposée aux cabinets, il serait nécessaire d'identifier la nature précise des obligations réduites pour les petits cabinets.

4.7. Recommandation 7

« Allow the fulfilment of CDD requirements within a reasonable time frame and not always at the start of the relationship. »

Le CCBE soutient cette proposition.

4.8. Recommandation 8

« Implement wider possibilities to allow a second entity involved in a transaction to rely on the customer identification procedure of the first reporting entity. »

C'est une question qui a été beaucoup discutée au sein du CCBE. L'article 14 de la directive prévoit que, même si un avocat cherche à s'appuyer sur les procédures d'identification effectuées par « la première entité déclarante », l'avocat reste d'abord responsable, rendant ainsi l'effet de l'article largement inefficace d'un point de vue pratique. Si l'intention derrière cette recommandation est de permettre aux avocats de se reposer exclusivement sur les informations qu'ils ont reçues, le CCBE soutient la recommandation.

Bien que l'article 14 de la directive permette aux avocats de compter sur d'autres institutions, il semblerait que la capacité de le faire n'ait pas été mise en œuvre dans tous les États membres.

4.9. Recommandation 9

« Consider a better coordination between EU AML and data protection directives to avoid confusion on reporting obligations. »

Le CCBE convient de l'importance de cette recommandation. Les informations concernant le client qui sont manifestement confidentielles doivent être protégées : le CCBE recommande que toute initiative à cet égard soit discutée avec la DG Justice.

6 Les soumissions du CCBE au GAFI sont disponibles à l'adresse suivante : http://www.ccbe.eu/index.php?id=94&id_comite=20&L=1.

4.10. Recommandation 10

« Consider the further clarification of reporting duties for lawyers and the definition of legal advice. »

Cette recommandation, tel que l'indique le paragraphe 3.4, est d'une importance considérable pour la profession d'avocat et le CCBE la soutient. Le CCBE émet quelques réserves quant à la nécessité de définir les « conseils juridiques ». Voir aussi les commentaires au paragraphe 5.4.

4.11. Recommandation 11

« Assure the role of self-regulatory bodies in the reporting process. »

Il est difficile de savoir exactement ce que Deloitte vise par cette recommandation. Il est toutefois notable que Deloitte indique, à la page 4 du résumé, qu'un rôle puissant des organismes d'autorégulation dans le processus de déclaration (par exemple conseil avant de faire rapport) est également envisageable (comme la profession de notaire en Espagne).

En raison de la différence de nature, de rôles et de responsabilités des organes d'autorégulation dans chaque État membre, des consultations devraient avoir lieu avec les organes d'autorégulation afin de déterminer comment ce rôle peut être assuré.

4.12. Recommandation 12

« Establish public private corporation structures to enable professionals to verify authenticity of identification documents such as identity cards or acts of incorporation. »

Cette proposition serait utile du moment qu'elle n'implique pas de frais supplémentaires.

4.13. Recommandation 13

« Strengthen the role of FIU's and professional organizations and encourage intelligent AML reporting ».

Il est noté dans l'étude que ces propositions comprennent la formation annuelle, la vérification que les membres fournissent une formation et l'explication aux membres de la fonction de filtrage des cellules de renseignement financier (CRF). Alors que les propositions concernant la formation semblent logiques, la fonction de filtre des CRF n'est pas tout à fait claire. Certains barreaux éprouveraient des difficultés s'il s'agissait d'inclure une liaison continue avec une CRF après une déclaration faite à l'insu d'un client.

La suggestion de « déclaration intelligente » (qui est développée à la page 284 de l'étude) est à noter. Toute déclaration intelligente ne peut reposer que sur des critères raisonnables. Voir les commentaires au paragraphe 5.3.

4.14. Recommandations supplémentaires

Il est à noter que Deloitte fait quelques recommandations supplémentaires dans le texte principal de l'étude qui ne semblent pas avoir été reprises dans la liste des recommandations aux pages 8 et 9 du résumé. Ce sont les suivantes.

- 1 La recommandation sur le rôle des avocats en tant que garants mentionnée à la page 7 du présent document doit être menée à terme.
- 2 Il est à noter qu'à la page 283 de l'étude, sous l'intitulé « Strengthening the role of the FIU », la recommandation suivante apparaît :

« Request from FIU's to question professions involved in transactions for which other professions have filed a STR in order to explain the reasons for not reporting. »

Il est difficile de comprendre en quoi une telle demande est nécessaire. Un avocat pourrait bien avoir conclu qu'il n'y avait aucune raison de faire une déclaration ou qu'une exemption s'appliquait. Le CCBE serait très inquiet de toute proposition de cet ordre.

3 Le suivi des recommandations en matière d'informations statistiques est nécessaire.

5. Points d'intérêts pour la profession

Le CCBE estime que les points suivants méritent un examen plus approfondi :

- Le champ d'application de la directive par rapport aux avocats
- Le champ d'application des infractions en matière de blanchiment de capitaux
- L'obligation de déclaration de transaction suspecte
- L'exemption de l'obligation de déclaration
- Les circonstances exceptionnelles
- La pertinence des procédures judiciaires
- Le recours à des tiers
- L'obligation de diligence à l'égard de la clientèle des cabinets de petite taille
- L'identification des bénéficiaires
- Les personnes politiquement exposées
- L'interdiction de divulgation lorsqu'un avocat cesse d'agir (« *tipping off* »)
- La protection des données
- L'anonymat

5.1. Champ d'application de la directive par rapport aux avocats

L'article 2 (3) (b) de la directive décrit le champ d'application de la directive par rapport aux notaires et aux « autres » membres de professions juridiques indépendantes.⁷

« lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions portant sur :

- (i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;*
- (ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ;*
- (iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles ;*
- (iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ;*
- (v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies (trusts), de sociétés ou de structures similaires.*

Le CCBE considère que le premier paragraphe de cet article est peu clair en ce qui concerne le rôle des avocats lorsqu'ils assurent des services dans le cadre des transactions précisées dans l'article. Le CCBE estime en particulier que l'accent mis sur des termes tels que « participer » et « préparation »

⁷ Aux fins du présent rapport, le CCBE a préféré utiliser le mot « avocat » plutôt que « membre de professions juridiques indépendantes » en dehors des amendements proposés à la directive. Le CCBE est conscient du fait que l'expression « membres de professions juridiques indépendantes » n'est pas satisfaisante et puisse exiger un examen plus approfondi. Le CCBE n' a pas cherché non plus à examiner la situation des autres professionnels non financiers.

dans ce paragraphe semble suggérer un certain degré d'implication de l'avocat lors de la transaction qui va bien au-delà des services habituels fournis par l'avocat.

Une formulation plus appropriée de ce paragraphe pourrait être la suivante :

« (b) les notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils agissent au nom de leur client et pour le compte ou l'assistent dans la réalisation de transactions portant sur : » suivi de la liste des activités (i) à (v) comme ci-dessus.

5.2. Champ d'application des infractions en matière de blanchiment de capitaux

La préoccupation du CCBE étroitement liée à celle du champ d'application de la directive en ce qu'elle affecte la profession d'avocat est celle concernant la mesure dans laquelle les dispositions de la directive ont permis aux États membres d'étendre les obligations de la directive, notamment à des activités criminelles qui ne sont pas nécessairement liées au produit du crime organisé ou le terrorisme.

Le CCBE souhaiterait discuter avec la Commission des nombreuses questions découlant de l'application de la directive.

5.3. Obligation de déclaration de transaction suspecte

Le CCBE a examiné l'effet de l'obligation en vertu de l'article 22 1 (a) pour les avocats d'informer la CRF lorsqu'ils « savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner » qu'une opération ou une tentative de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme est en cours ou a eu lieu.

Pour les raisons énoncées dans d'autres parties de cette réponse, le CCBE n'accepte pas que l'avocat puisse être placé dans une position où il serait soumis à une obligation reposant sur de simples soupçons et encore moins qu'il puisse faire l'objet d'une sanction pénale pour avoir omis de le faire. Il est à noter que dans de nombreuses juridictions, les « soupçons » sont considérés comme un seuil bas.

Si la position à cet égard reste inchangée, le CCBE, les barreaux et les praticiens demeureraient dans une position inconfortable les obligeant à examiner les circonstances ou conditions dans lesquelles des « soupçons » peuvent mener à une déclaration.

Il est supposé qu'il n'est pas dans l'intérêt des CRF que les déclarations de transactions suspectes soient déposées lorsqu'elles présentent une valeur qualitative faible dans le contexte d'une enquête criminelle.

En outre, des difficultés d'interprétation peuvent surgir au moment de distinguer les circonstances où un avocat « soupçonne » qu'une fraude de blanchiment ou de terrorisme est ou a été commise ou tentée et celles où un avocat serait réputé avoir ou non de « bonnes raisons de soupçonner » de telles infractions.

Dans le premier cas, le critère (critère subjectif) semble reposer sur des fondements minimes et pas nécessairement raisonnables, tandis que dans le cas du second critère (critère objectif) les fondements du caractère raisonnable peuvent être réfutés ou confirmés par des preuves dans le cas de poursuites engagées contre l'avocat. La combinaison des deux critères dans la directive est déroutante.

Le CCBE estime donc que le critère reposant sur des motifs raisonnables d'avoir des soupçons devrait être supprimé à condition que le critère de suspicion soit défini par référence à des faits qui existent et pas seulement des conjectures. Cette approche aurait au moins l'avantage d'établir une compréhension uniforme au niveau européen.

5.4. Exemption de l'obligation de déclaration

Le CCBE a examiné en détail la disposition à l'article 23.2 qui exempte un avocat de faire une déclaration de transaction suspecte dans les cas où il reçoit les informations d'un client ou d'un de ses clients :

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

09.09.2010

- dans le processus de « vérification » de la situation juridique de son client ;
- dans sa mission de défense ou de représentation du client dans une procédure judiciaire.

Alors que la deuxième série de circonstances (procédure judiciaire) ne présente aucune difficulté, la première a donné lieu à des doutes considérables dans certaines juridictions quant à sa signification sa mise en œuvre pratique.⁸ Par exemple, au Royaume-Uni et en Irlande, ces difficultés ne se posent pas en raison de la disposition de la législation d'application avec la mise en œuvre des principes établis depuis longtemps concernant le secret professionnel. Toutefois, aux Pays-Bas, par exemple, ces difficultés surgissent car le législateur néerlandais a limité la notion « d'évaluation de la situation juridique » d'un client à la seule première rencontre avec ce client. Tous les conseils juridiques après cette première rencontre ne sont pas exempts, ce qui n'est manifestement pas en conformité avec le considérant 22 de la directive.

Il a bien entendu été supposé que le libellé est destiné à refléter les déclarations du considérant 20 de la directive lorsque, après avoir indiqué qu'il doit y avoir des exemptions d'obligation de déclaration des informations obtenues avant, pendant ou après une procédure judiciaire ou dans le cadre de l'évaluation de la situation juridique d'un client, le considérant précise :

« Par conséquent, le conseil juridique reste soumis à l'obligation de secret professionnel... », puis décrit les conditions dans lesquelles cela n'est pas applicable.

En conséquence, l'hypothèse est que lorsqu'un avocat reçoit des informations au cours de la prestation de conseils juridiques concernant la transaction ou la situation juridique du client à l'égard de la transaction, il ne sera pas dans l'obligation de faire une déclaration de transaction suspecte.

Il semblerait donc logique d'avoir des références spécifiques aux conseils juridiques dans le dispositif de la directive plutôt que de compter sur l'expression « *vérification de la situation juridique* » qui, dans un certain nombre de juridictions, reste peu claire.

Le CCBE a également examiné la question des variations au niveau européen concernant les règles relatives à la non-divulgence d'informations confidentielles concernant les affaires des clients.

Un avocat ne serait donc pas obligé de faire une déclaration de transaction suspecte lorsqu'il reçoit des informations provenant de communications échangées entre le client et l'avocat, qui sont soumises au secret professionnel.

Y a-t-il une raison expliquant que le même principe n'ait pu être suivi dans d'autres juridictions où les conseils juridiques entrent dans le concept de droit civil du secret professionnel ou d'autres codes juridiques de confidentialité ?

La formulation pourrait être la suivante :

« Le membre d'une profession juridique indépendante ne doit pas être obligé de divulguer des renseignements qu'ils reçoivent ou obtiennent sur un de leurs clients lorsque ces renseignements ont été obtenus dans des circonstances soumises à des droits ou obligations de non-divulgence conformément à la législation en vigueur dans l'État membre concerné. »

Le CCBE a remarqué à ce sujet qu'en France il n'est pas nécessaire de signaler que l'avocat se retire de l'affaire et cesse donc de donner des conseils juridiques avant la conclusion d'une transaction.

5.5. Excuse raisonnable

À partir de l'examen des circonstances dans lesquelles un avocat n'est pas tenu de faire une déclaration de transaction suspecte, le CCBE a examiné s'il pouvait y avoir d'autres circonstances exceptionnelles dans lesquelles il est raisonnable qu'un avocat soit dispensé de faire cette déclaration.

Gardant à l'esprit que les avocats dispensent dans la plupart des cas leurs services de personne à personne (contrairement à une institution financière dans laquelle les personnes établissant des rapports jouiraient d'un certain degré d'anonymat), un avocat ayant découvert au cours d'une

⁸ One needs look no further than some of the observations in cases coming before the ECJ and national courts.

transaction qu'il agissait en réalité pour un véritable malfaiteur ou un terroriste pourrait se passer de réaliser la déclaration de peur de représailles physiques si le client le découvre.

Il peut en effet y avoir d'autres circonstances qu'un tribunal pourrait considérer comme exceptionnelles et décider qu'il serait raisonnable d'excuser l'avocat, c'est-à-dire l'argument de « l'excuse raisonnable » qui devrait figurer dans la directive selon l'avis du groupe de travail. La défense de l'excuse raisonnable ne devrait pas non plus se limiter au défaut de déclaration de transaction suspecte, mais devrait également s'appliquer à d'autres obligations telles que la non-conformité à l'obligation de diligence à l'égard de la clientèle.

5.6. Pertinence des procédures judiciaires

Une caractéristique plutôt déroutante de la directive est de savoir si les transactions qui font l'objet de poursuites judiciaires relèvent des activités visées à l'article 2 (3) (b). Il est difficile à première vue d'assimiler le libellé de cet article à la liste des activités énoncées dans l'article, à moins que le rédacteur ait eu à l'esprit les circonstances dans lesquelles l'approbation du tribunal peut être nécessaire afin de donner effet à la transaction, comme par exemple dans les procédures de droit de la famille. La seule référence expresse à des poursuites judiciaires rentre dans le cadre d'une dispense de déclaration aux articles 9.5 et 23.2 et il semble donc que les procédures judiciaires soient couvertes.

Le CCBE suppose que les procédures judiciaires sont exclues de cette liste d'activités.

5.7. Recours à des tiers

Bien que l'article 14 prévoie que les États membres puissent autoriser les avocats à recourir à des tiers pour satisfaire aux obligations de diligence de la directive, la valeur pratique de cette dérogation est malheureusement sévèrement diminuée par la disposition prévoyant que « *la responsabilité ultime* » revienne à l'avocat cherchant à recourir à un tiers.

Une des caractéristiques habituelles des transactions commerciales, en particulier dans les transactions transfrontalières, est que plusieurs avocats ou cabinets représentent un client commun. Dans ce cas, le cabinet « chef de file » aura rempli l'obligation de diligence nécessaire car les autres avocats agissant pour le même client peuvent estimer (et surtout leurs clients) que le fait de remplir l'obligation de diligence à nouveau constitue une duplication inutile. Ceci étant dit, le cabinet chef de file, sûrement heureux de partager les résultats de son obligation de diligence avec les autres avocats, peut toutefois être réticent à accepter une responsabilité juridique par rapport à ces informations.

Le CCBE estime que les États membres devraient également pouvoir limiter la « *règle de responsabilité ultime* » en précisant les conditions à respecter avant de pouvoir recourir à l'obligation de diligence d'un tiers.

La question se pose aussi de savoir dans quelle mesure un avocat peut compter sur des tiers qui ne sont pas des avocats (bien que l'article 14 semble le permettre, les États membres ne l'ont pas toujours interprété de cette manière).

Voici les propositions de la *Law Society of England and Wales* afin de résoudre certains des problèmes de recours à des tiers :

- Une personne qui est réglementée dans son État membre d'origine devrait en principe être raisonnablement en droit de s'appuyer sur d'autres entités réglementées (y compris des avocats bien sûr), dans son État membre d'origine ou les autres États membres à condition que ces autres entités réglementées soient soumises à des procédures convenables d'obligation de diligence fondées sur le risque, sauf si une preuve réfute cette présomption.
- Lorsqu'un acte de confiance raisonnable est démontré, l'autre entité réglementée à laquelle il est fait recours est tenue d'accomplir l'obligation de diligence en conformité avec ses propres lois et procédures et selon le principe que l'avocat y ayant recours n'est responsable ni de son propre manquement à remplir l'obligation de diligence, ni des manquements de l'autre entité réglementée.

- L'autre entité réglementée ne doit être soumise à aucune responsabilité civile ou légale vis-à-vis de la personne qui a recours à elle.
- Un certificat de dépendance (informel cependant) doit énumérer les détails de la preuve qui a été recueillie, ce qui doit être suffisant pour la dépendance. Si la personne qui a recours à une entité doit être autorisée à demander des copies de la preuve, elle ne doit toutefois être soumise à aucune obligation légale de l'obtenir.
- Si les services de police veulent des copies de la preuve, ils devraient en faire la demande directement à l'autre entité réglementée.

5.8. Obligation de diligence à l'égard de la clientèle des cabinets de petite taille

Les praticiens se plaignent souvent non seulement du coût disproportionné de l'obligation de diligence par rapport à la taille du cabinet, mais également des implications vis-à-vis des ressources disponibles et de la valeur de la transaction. Dans ces cas, le praticien peut être réticent à prendre l'affaire en premier lieu, ce qui soulève à son tour la question de l'accès à la justice (voir également le commentaire sur la question des coûts au paragraphe 6.7).

Le CCBE a examiné les solutions possibles à ce problème :

1. Envisager la possibilité d'exempter de telles pratiques par les obligations de vigilance où le risque de blanchiment d'argent est faible.
2. Envisager une telle exemption fondée sur la taille du cabinet en termes de personnel, de chiffre d'affaires et selon le niveau moyen des fonds des clients à la charge de l'avocat.⁹

5.9. Identification des bénéficiaires

Le bénéficiaire effectif est défini à l'article 3 (6) comme étant la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, « possède(nt) ou contrôle(nt) le client » et/ou la ou les personnes physiques pour laquelle/lesquelles est entreprise une transaction ou une activité. L'article définit également la nature de ce contrôle dans le contexte des sociétés, des fondations et des fiducies et applique à cet effet un seuil de référence de 25 %.

Le CCBE remarque que la poussée de la directive est d'imposer des obligations aux avocats d'identifier les bénéficiaires selon l'hypothèse que le bénéficiaire est en position de « détenir ou contrôler » les actifs qui font l'objet de la fiducie. Bien qu'il puisse y avoir des cas en *common law* où des personnes nommées dans la fiducie sont en droit de demander à l'administration de leur confier les actifs (y compris éventuellement le constituant de la fiducie), le CCBE estime que l'objectif de la directive devrait prendre en compte les éléments suivants :

- Dans de nombreux cas un avocat peut ne pas avoir les moyens d'identifier tous les bénéficiaires, comme par exemple concernant les fiducies discrétionnaires ;
- Un exercice plus pertinent de la part de l'avocat consisterait à accomplir l'obligation de diligence au moment de la création de la fiducie à l'égard du constituant (ou du testateur dans le cas des fiducies testamentaires) et des fiduciaires qui sont effectivement les personnes qui contrôlent la fiducie ;
- Dans tous les cas, il serait plus logique de mener à bien les procédures d'identification par rapport à un bénéficiaire au moment où a lieu la transaction impliquant l'acquisition d'un actif.

Le CCBE estime que la Commission devrait examiner les dispositions de la directive, en particulier eu égard au rôle important que joue la création de fiducies dans les juridictions de *common law*.

⁹ Il faut reconnaître que tous les barreaux ne seraient pas en faveur de cette approche car ils considèrent que toute réduction de l'obligation de diligence devrait s'appliquer à tous les cabinets.

5.10. Personnes politiquement exposées

Aux fins de l'obligation de diligence renforcée en vertu de l'article 13 de la directive, les personnes politiquement exposées sont définies à l'article 3 (8) comme des « personnes connues pour être étroitement associées à une telle personne ». Cette formulation soulève la question suivante : connues par qui ? et exige des éclaircissements. Par ailleurs, le CCBE estime que la Commission doit exiger des gouvernements nationaux qu'ils fournissent des listes de personnes politiquement exposées.

5.11. Interdiction de divulgation lorsqu'un avocat cesse d'agir (« *tipping off* »)

L'interdiction de divulgation (*tipping off*) soulève des questions qui sont au cœur de la relation avocat-client. L'article 28 de la directive prévoit l'interdiction de la divulgation dans deux cas :

- lorsque des informations ont été transmises ;
- lorsqu'une enquête sur le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte.

Dans quelle mesure convient-on donc du principe selon lequel l'avocat doit toujours être en droit de contester son client s'il estime qu'une infraction criminelle a été commise ou pourrait se produire au cours d'une transaction et avant qu'elle ne soit terminée, en gardant à l'esprit qu'en vertu de l'article 22 une déclaration doit être obligatoirement effectuée « rapidement » dès lorsqu'il existe un soupçon que des activités de blanchiment ou de financement du terrorisme n'ait été entreprises ou tentées ?

Ce principe serait une caractéristique essentielle du rôle de l'avocat dans l'administration de la justice, tout d'abord pour s'assurer qu'une infraction criminelle n'a pas lieu, puis pour s'assurer que l'avocat ne s'implique pas dans le crime.

L'exercice de ce droit de contester le client peut avoir les conséquences suivantes :

- Le client est dissuadé de réaliser son plan d'action prévu, auquel cas l'obligation de faire une déclaration ne se pose pas.
- Le client peut fournir des preuves qui apaisent les soupçons de l'avocat, auquel cas l'obligation de faire une déclaration ne se pose pas.
- Si aucune de ces possibilités n'est satisfaite, l'avocat n'a pas d'autre choix que de faire une déclaration de transaction suspecte et de cesser d'agir pour le client.

La question qui préoccupe le CCBE concerne la mesure dans laquelle ce principe est contraire aux dispositions de la directive concernant :

- a) l'article 22 et l'obligation d'informer « *promptement* » ;
- b) l'article 28 et l'interdiction de divulgation.

En outre, en quelle mesure l'article 28 6 résout-il les problèmes ci-dessus ? L'article prévoit que lorsqu'un avocat s'efforce de dissuader un client de prendre part à des activités illégales, il n'ya pas divulgation au sens du paragraphe 1 de l'article 28.

- a) Dans la mesure où l'article 22 exige que les avocats informent promptement les autorités, le CCBE suppose (tout en demandant des éclaircissements) qu'un avocat ne sera dans l'obligation de réaliser une déclaration qu'une fois qu'il aura pris les mesures nécessaires afin d'établir la présence de faits menant à des soupçons nécessitant la réalisation d'une déclaration ou de conseiller son client de ne pas commettre d'infraction pénale. Le libellé de l'article est tel qu'un avocat pourrait être dispensé de le faire.
- b) En ce qui concerne l'article 28, les étapes décrites ci-dessus correspondent-elles à une divulgation dans la mesure où l'avocat serait obligé de divulguer à son client le fondement de ses soupçons, qui pourraient mener à une déclaration s'ils ne sont pas apaisés de manière satisfaisante ?

L'article 28 6 pourrait être utile à l'avocat dans ces circonstances, mais sa rédaction est malheureusement étrange. Les circonstances dans lesquelles l'avocat s'efforce de dissuader son

client sont liées à une « divulgation » au sens du paragraphe 1. Mais le paragraphe 1 dans son ensemble se réfère à une divulgation à la suite d'une déclaration de transaction suspecte ou lorsqu'une enquête sur le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte.

Il ne s'agit vraisemblablement pas de l'intention recherchée, sinon l'article 28 6 n'aurait aucun sens.

Il convient toutefois de noter qu'en vertu de l'article 7 (c) un avocat est tenu d'appliquer des mesures de vigilance à l'égard de la clientèle (entre autres) :

« lorsqu'il y a suspicion de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, indépendamment de tous seuils, exemptions ou dérogations applicables »

Cette formulation semble envisager les circonstances ou occasions qui « déclenchent » l'obligation d'appliquer des mesures de vigilance à l'égard de la clientèle et semble même concerner les situations dans lesquelles une relation d'affaires, telle que définie à l'article 3 (8), n'a pas été établie.

La Commission convient-elle que l'avocat est en droit de contester le client (ou plus probablement le client potentiel) dans ces circonstances et par la suite dans le cas où un soupçon naît après l'établissement de la relation d'affaires ?

Le CCBE en est donc venu à la conclusion que la directive devrait refléter les principes ci-dessus en fournissant les éclaircissements suivants :

1. Un avocat a le droit de reporter la réalisation d'une déclaration de transaction suspecte en vertu de l'article 22 pour pouvoir dissuader le client de prendre part à une activité illégale ou pour obtenir de plus amples informations de son client afin de savoir si ses soupçons sont fondés ou non.
2. Dans les deux cas, ces mesures ne doivent pas être considérées comme une violation de l'interdiction de divulgation.
3. Si un avocat cesse d'agir après avoir fait une déclaration de transaction suspecte en conformité avec la déontologie professionnelle, la déclaration ne constituera pas une violation de l'interdiction de divulgation.

5.12. Protection des données

Le CCBE a examiné si la directive devrait contenir une disposition concernant la protection des données, que ce soit en termes de disponibilité ou de rétention, en particulier dans les cas où les autorités n'entreprennent aucune action après les déclarations de transactions suspectes. Il serait bon d'y faire référence au moment de garantir que les lois des États membres en matière de protection des données soient étendues à ces déclarations de transactions suspectes.

En outre, le CCBE soutient les recommandations du groupe de travail sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles établies par la directive 95/46/CE ainsi que l'avis 14/2011 du groupe de travail sur les questions de protection des données liées à la prévention du blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme.

5.13. Anonymat

Des préoccupations existent au sein du CCBE quant à savoir si un avocat ayant réalisé une déclaration de transaction suspecte peut ou non être appelé dans des procédures ultérieures à témoigner contre son ancien client ou concernant la mesure dans laquelle les déclarations de transactions suspectes doivent être admissibles à titre de preuve, révélant ainsi le rôle de l'avocat. En outre, les avocats sont-ils protégés en vertu de la législation de « dénonciation » dans les États membres ?

6. Réponses aux questions de la Commission

6.1. Approche fondée sur le risque

Le CCBE considère que le principe d'une approche fondée sur le risque établit un moyen pratique d'aider les avocats à identifier les risques potentiels dans la prestation de leurs services juridiques à leurs clients. Toutefois, les barreaux sont inquiets de savoir si la mise en œuvre de la directive à cet égard a entraîné des coûts excessifs et des exigences de conformité inutiles disproportionnées par rapport aux risques encourus.

Il convient de souligner que l'approche fondée sur le risque nécessite une évaluation minutieuse au cas par cas afin de savoir si les circonstances conduisent ou non à une déclaration de transaction suspecte. Cette évaluation devrait être faite par l'avocat à partir des informations dont il dispose. Le GAFI et plusieurs organismes répressifs ont tendance à exiger la réalisation d'une déclaration de transaction suspecte dès que l'une des circonstances à risque se produit.

À cet égard, le CCBE renvoie la Commission aux observations et commentaires des parties 4 et 5 de cette réponse, à savoir :

- L'impact sur les cabinets de petite taille au paragraphe 5.8
- La question du recours à des tiers au paragraphe 5.7

6.2. Devoir de déclaration des avocats

Nombre de déclarations

En l'absence de données statistiques, comme le reconnaît l'étude de Deloitte, il est difficile de déterminer si le niveau de déclarations dans les différents États membres reflète véritablement les cas où les blanchisseurs de capitaux ont tenté de recourir aux services d'avocats afin de dissimuler le produit de la criminalité ou le financement du terrorisme. Le CCBE renvoie la Commission aux commentaires du CCBE en réponse au même point soulevé par Deloitte dans son étude au paragraphe 3.8.

Le CCBE conteste cependant la déclaration dans la lettre de la Commission qui indique que dans l'étude de Deloitte il existe des « différences importantes » dans le nombre de déclarations déposées selon les juridictions et que la Commission souhaite comprendre les raisons du nombre faible de déclarations dans certaines juridictions « vis-à-vis d'autres juridictions présentant un taux de déclarations considérablement plus élevé ».

Le CCBE ne pense pas que les chiffres cités par Deloitte soutiennent ces conclusions. Une comparaison reposant sur ces chiffres ne prouve aucunement que le nombre de déclarations déposées dans chacune des juridictions soit sensiblement différent.

Il semblerait, d'après l'étude de Deloitte, que le plus grand risque de blanchiment de capitaux survienne dans le cadre de transactions immobilières. Il n'est donc pas surprenant que le plus haut niveau de déclarations ait lieu lorsque les avocats ont droit en vertu de leurs qualifications de mener ce type de transactions, tels que les *solicitors* et les notaires par rapport aux avocats qui n'ont légalement pas le droit de le faire.

6.3. Incertitudes

La Commission a demandé comment la réglementation communautaire pourrait être clarifiée afin de supprimer les incertitudes et améliorer l'efficacité des déclarations.

Il existe en effet un certain nombre « d'incertitudes » qui, d'après le CCBE, contribuent aux difficultés que les avocats rencontrent au moment de se conformer aux dispositions de la directive. Ces incertitudes sont traitées en détail dans un certain nombre de rubriques antérieures au sein du présent document, en particulier en ce qui concerne :

- Le besoin de clarifier le champ d'application de la directive anti-blanchiment. Voir le paragraphe 5.2.
- Le besoin de redéfinir le fondement sur lequel un avocat est obligé de réaliser une déclaration de transaction suspecte. Voir le paragraphe 5.3.
- Le besoin de clarifier les raisons pour lesquelles un avocat peut être exempté de l'obligation de déclaration de transaction suspecte. Voir paragraphe 5.4.
- Le besoin de clarifier les conditions dans lesquelles la divulgation peut ou ne peut pas avoir lieu. Voir le paragraphe 5.11.

6.4. Questions de déontologie et de secret professionnel

La Commission a demandé au CCBE s'il avait connaissance des distinctions précises qui ont été faites entre les « activités essentielles » et les « activités non essentielles » pour la mise en œuvre de la directive. La Commission a apparemment invoqué la référence à cette distinction dans l'étude de Deloitte.

Une autre question demandée est celle de savoir si la portée de l'incertitude concernant cette distinction est une source de « problème de sous-déclaration par la profession d'avocat ».

À notre avis, la distinction que Deloitte a tenté de faire, et que la Commission a suivie, est dénuée de toute pertinence dans le contexte de l'application des règles de non-divulgation dans les procédures pénales ou dans les procédures qui pourraient avoir lieu à une date ultérieure.

L'obligation d'un avocat de faire ou non une déclaration reposant sur les renseignements qu'il obtient dans le cadre d'une transaction s'inscrit dans le domaine du droit pénal. Il en est ainsi parce que les circonstances dans lesquelles l'avocat est obligé de faire une déclaration concernent la possibilité que les informations soient utilisées par les autorités dans la poursuite d'infractions pénales à l'encontre de son client. En outre, l'avocat risque d'être poursuivi pour infraction pénale s'il omet de faire une déclaration.

Il est donc nécessaire de distinguer les circonstances généralement acceptées dans le domaine du droit pénal et qui, dans l'intérêt de l'administration de la justice, exigent que l'avocat ne puisse être contraint de divulguer ces informations, des circonstances où de telles conditions ne s'appliquent pas.

Le principe fondamental de ces circonstances généralement acceptées dans le domaine du droit pénal est qu'un avocat doit toujours être en mesure de conseiller son client à partir des informations qu'il a fournies quant à ses droits et ses obligations à l'égard des accusations portées par les autorités ou qui pourrait être intentée à l'avenir.

Ces droits de non-divulgation sont bien sûr présents dans les États membres, dans les juridictions de *common law* par l'application du *legal privilege* et dans les juridictions de droit civil à travers le concept du secret professionnel.

Eu égard à ce qui précède, le CCBE estime qu'il y a peu à gagner en cherchant à établir une distinction entre les activités d'un avocat dans le cadre d'une procédure et les autres. De telles distinctions, même si elles sont possibles, ne feront que provoquer davantage de confusion.

En ce qui concerne la deuxième question, le CCBE tient à préciser que, tandis qu'il n'existe aucune certitude que ce qui précède conduise à une augmentation du nombre de déclarations, le fondement sur lequel les déclarations doivent ou ne doivent pas être faites s'en trouverait au moins éclairci.

Pour les raisons mentionnées ci-dessus, le CCBE rejette l'idée qu'il existe une quelconque preuve pour appuyer l'affirmation selon laquelle il existe un problème de sous-déclaration par la profession d'avocat et encore moins une preuve que les dispositions actuelles d'exemption de la directive concernant les déclarations faites par les avocats soient un facteur contributif à l'égard de toute allégation de la sous-déclaration.

6.5. Déclarations des organes professionnels d'autorégulation

La Commission a demandé au CCBE s'il pouvait partager ses expériences de déclarations d'organes d'autorégulation, et de lui communiquer des statistiques ou du contexte afin de savoir comment ces systèmes fonctionnent dans la pratique.

Dans un certain nombre d'États membres, les barreaux ne sont pas des organes professionnels désignés permettant de recevoir des déclarations de transactions suspectes. Dans certains États membres, les avocats sont autorisés, sans y être tenus, à déclarer les transactions suspectes auprès de la CRF ou du barreau¹⁰. Dans ce cas, le barreau filtrera la déclaration et décidera ensuite si elle doit être transmise à la CRF concernée.

Dans certains États membres, les avocats ne sont autorisés à faire rapport qu'au barreau, qui filtrera ensuite la déclaration et décidera si une déclaration de transaction suspecte doit être faite à la CRF concernée.

Les infractions commises par des avocats envers les obligations de déclaration dans le cadre de la lutte contre le blanchiment à l'échelle nationale, à la CRF ou au barreau selon les cas, sont normalement traitées par les barreaux dans leur cadre de procédure disciplinaire en tant que responsables du contrôle général du respect des avocats vis-à-vis de leurs obligations légales. Le CCBE ne détient pas de statistiques indiquant que des avocats ont été traduits devant un conseil national de discipline ou une CRF en raison d'un manquement à la déclaration.

Le CCBE ne détient pas de statistiques permettant d'illustrer la manière dont les différents systèmes fonctionnent dans la pratique. Le CCBE comprend toutefois, à partir des informations reçues, qu'ils fonctionnent en pratique comme un bon filtre pour les déclarations de transactions suspectes car la plupart des rapports reçus par les organes d'autorégulation ne concernent pas le blanchiment de capitaux tel que défini par la directive anti-blanchiment, mais d'autres tentatives de crimes.

6.6. Efficacité

En l'absence d'informations statistiques fiables, il est difficile de déterminer si oui ou non le régime actuel tel qu'il est appliqué aux avocats est particulièrement efficace dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le CCBE estime que certains aspects du régime et en particulier les mesures de vigilance doivent créer des obstacles contre les blanchisseurs de capitaux éventuels et ainsi limiter leur accès aux services des avocats.

En ce qui concerne l'effet du régime actuel sur les affaires des avocats et sur leur relation avec les clients, le CCBE renvoie la Commission aux réponses du CCBE à ses questions sur l'approche fondée sur le risque, l'obligation de déclaration des avocats et les questions de déontologie et de secret professionnel ci-dessus.

6.7 Coûts

Le CCBE souhaite conclure cette réponse par quelques commentaires quant à l'effet des coûts de conformité sur les affaires des avocats. Les barreaux ont rapporté que nombre de leurs membres se sont plaints du niveau élevé des coûts que leurs membres encourent afin de respecter leurs obligations en vertu de la directive et en particulier en ce qui concerne l'obligation de diligence à l'égard de la clientèle. Ces coûts peuvent être estimés vis-à-vis du temps consacré à la collecte d'informations avant le début d'une transaction.

D'autres facteurs ayant une incidence en matière de coûts sont les suivants :

- L'installation et la maintenance de systèmes de contrôle sophistiqués dans les cabinets d'avocats afin de s'assurer que l'obligation de diligence à l'égard de la clientèle a été effectuée efficacement avant et pendant le cours d'une transaction.

¹⁰ Par exemple au Danemark.

- Tel que mentionné au paragraphe 5.8, il semble y avoir certaines indications que les avocats puissent être réticents à entreprendre des transactions moindres lorsque le coût de l'obligation de diligence dépasse le montant des frais à la charge par l'avocat.

Le CCBE exhorte la Commission, dans son examen de la directive, à tenir compte du fait que toute modification du régime ne doit pas créer de coûts supplémentaires, mais devrait au contraire avoir pour objectif de parvenir à une réduction de cette charge.

**DIRECTIVE ANTI-BLANCHIMENT ET PROFESSION D'AVOCAT
ARGUMENTAIRE AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX**

I. Propos introductifs

Par une directive de 1991¹, les Communautés Européennes ont imposé aux banques et aux intermédiaires financiers l'obligation de révéler aux pouvoirs publics les soupçons qu'ils pouvaient avoir sur la provenance de sommes d'argent provenant du trafic de stupéfiants ou de la criminalité organisée.

Ce dispositif a été étendu aux professions juridiques indépendantes dont les avocats, par deux directives communautaires, la directive 2001/97/CE² de 2001, suivie par la directive 2005/60/CE³ de 2005 qui opère une refonte des deux précédentes directives.

Ces dispositions mettent à la charge des avocats des obligations de déclaration de soupçon, dans certains domaines, ainsi que des obligations de vigilance dans des domaines beaucoup plus étendus

Ce dispositif législatif inspiré par le GAFI est d'autant plus préoccupant que le champ d'application initialement cantonné aux produits de la criminalité organisée et du trafic de stupéfiants a été considérablement étendu. Cette législation, d'une certaine légitimité, a été dévoyée en étant étendue à tous les produits d'infractions sous jacents susceptibles d'être punies de plus d'une année d'emprisonnement ainsi qu'aux soupçons de fraude fiscale.

Ces dispositions remettent en cause l'un des principes essentiels de la profession d'avocat : le secret professionnel.

Tout en se refusant de se faire les complices de leurs clients, les avocats ne sauraient être transformés en agents de renseignements des Etats car ceci constituerait une atteinte à leur indépendance tout en les plaçant en situation de conflit d'intérêts.

Il est à noter que la Cour Suprême du Canada a suspendu l'application de ce dispositif et que les Etats-Unis et l'Australie n'ont pas adopté un dispositif analogue applicable aux avocats.

La Commission européenne procède actuellement à l'évaluation de la 3^{ème} directive anti-blanchiment en vue de l'élaboration d'un nouveau texte, de sorte qu'il y a lieu de veiller à ce qu'il ne soit pas plus liberticide que le précédent.

Pour éviter pareille dérive, il convient de rappeler à la Commission européenne que l'élaboration de ce texte ne peut se faire qu'en prenant pleinement en considération la spécificité de la profession d'avocat, d'ailleurs reconnue par chaque Institution européenne et par la Cour européenne des droits de l'Homme comme le complément indispensable de l'Etat de droit et ce, dans un contexte où la Charte des droits fondamentaux a désormais force obligatoire et s'impose tant aux Institutions qu'aux Etats membres.

¹ Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

² Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001, modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

³ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

II. Dispositif légal européen applicable à la profession d'avocat

La directive 2005/60/CE, dite 3^{ème} directive blanchiment, définit les activités de blanchiment de capitaux dans son article 1^{er} qui peut être ainsi résumé « la conversion ou le transfert de biens, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans cette activité à échapper aux conséquences juridiques de ses actes. »

La même directive énumère en son article 2 les personnes auxquelles s'appliquent les dispositions qu'elle édicte, dont notamment les avocats.

A. La déclaration de soupçon

1. Champ d'application à raison de la matière

En vertu de l'article 2 §3° b « les notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions portant sur :

- i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;*
- ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ;*
- iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles ;*
- iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction des sociétés ;*
- v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies (trusts), de sociétés ou de structures similaires.*

Les infractions sous jacentes du blanchiment sont définies dans l'article 3 de la directive comme étant toute infraction punie d'une peine minimale d'un an de prison.

2. Champ d'application à raison de l'activité (juridique ou judiciaire)

En vertu de l'article 23 §2, les Etats Membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations de déclaration de soupçon à la cellule de renseignements financiers aux membres des professions juridiques indépendantes dont les avocats lorsque les informations recueillies l'ont été lors de l'évaluation de la situation juridique du client ou dans l'exercice d'une 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 procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure.

B. Les obligations de vigilance

Sans obliger les professions juridiques indépendantes à déclarer les soupçons d'infractions de blanchiment dans les matières autres que celles énumérées à l'article 2 §3° b (i à v) ces professionnels sont néanmoins tenus de procéder à un examen attentif des fonds employés ou affectés par leurs clients à des transactions financières.

Ces obligations s'imposent en vertu de l'article 7 de la directive qui dispose que les mesures de vigilance s'appliquent à l'égard de la clientèle dans les cas suivants :

- a) lorsqu'ils nouent une relation d'affaires ;
- b) lorsqu'ils concluent, à titre occasionnel, une transaction d'un montant de 15 000 Euros au moins, que la transaction soit effectuée en une seule ou plusieurs opérations entre lesquelles un lien semble exister ;
- c) lorsqu'il y a suspicion de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, indépendamment de tous seuils, exemptions ou dérogations applicables ;
- d) lorsqu'il existe des doutes concernant la véracité ou la pertinence des données précédemment obtenues aux fins de l'identification d'un client.

Cependant, il sera démontré, ci-après, que l'impérieuse nécessité de l'indépendance de l'avocat s'impose également pour les activités non-judiciaires, sous peine d'exclure les citoyens d'un accès effectif au droit.

III. Reconnaissance des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne

L'article 6 TUE prévoit que :

« 1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités.

Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.

2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.

3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. »

Conformément à une jurisprudence constante, les Institutions européennes sont donc soumises aux principes généraux de droit de l'Union fondés sur les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que, désormais, à la Charte des droits fondamentaux.

La Charte des droits fondamentaux clarifie expressément l'articulation entre ces deux textes protecteurs des droits fondamentaux, en son article 52 :

« 3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »

C'est dans ce contexte général de reconnaissance et de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne que doit s'inscrire une analyse portant sur l'exercice de la profession d'avocat au regard du dispositif légal anti-blanchiment. **Il est inconcevable que le nouveau texte ne tienne pas compte du rappel de ces exigences.**

IV. Droits fondamentaux et profession d'avocat

A. Propos liminaires

Si l'objectif de lutte contre la criminalité et le terrorisme est légitime, la profession d'avocat considère que les directives anti-blanchiment, en soumettant l'avocat à une obligation de dénonciation, menacent les droits fondamentaux des citoyens, l'indépendance de l'avocat, le secret professionnel et la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client.

Dès la transposition de la 2^{ème} directive, la profession d'avocat a saisi plusieurs juridictions de la validité de l'application des dispositifs anti-blanchiment aux avocats. Les décisions de la Cour de justice des Communautés Européennes⁴, de la Cour constitutionnelle belge⁵ et du Conseil d'Etat français⁶ ont permis de délimiter strictement le champ d'application des obligations de vigilance et déclaratives imposées aux avocats ainsi que leurs relations avec les cellules de renseignement financier.

Le dispositif imposé par voie législative est à considérer comme liberticide puisqu'il appelle les avocats à la délation et à la révélation de confidences qui lui ont été confiées par ses clients, ce qui constitue une entrave aux droits de la défense, mais également à l'accès au droit.

La CJUE, la Cour Constitutionnelle Belge et le Conseil d'Etat français ont partiellement fait échec aux dispositions les plus attentatoires aux libertés publiques mais sans toutefois préserver l'intégrité des principes essentiels de la profession d'avocat.

Les avancées jurisprudentielles obtenues de haute lutte par les avocats et destinées à atténuer les conséquences néfastes de directives, adoptées à la suite des événements tragiques du 11 septembre 2001, ne doivent pas nous détourner de notre objectif principal, à savoir le rétablissement du caractère absolu du secret professionnel.

Le caractère absolu du secret professionnel est un problème de société. La détermination de cette dernière, par rapport au caractère absolu ou relatif de ce secret, est de nature à révéler si l'individu est libre ou soumis. Il n'y a que dans les Etats Totalitaires que l'individu doit être sacrifié aux intérêts communs.

Le secret professionnel est consubstantiel de l'impérieuse nécessité d'indépendance de l'avocat qui est reconnue comme l'un des fondements de l'Etat de droit.

Ces deux principes fondamentaux sont mis en péril par le dispositif anti-blanchiment et doivent être protégés et rétablis dans le respect des droits fondamentaux tels que reconnus et interprétés au sein de l'Union européenne.

⁴ Arrêt de la CJUE, du 26 juin 2007, aff. C-305/05

⁵ Décision du 23 janvier 2008

⁶ Décision du 10 avril 2008

B. Fondements textuels

1. La Convention européenne des droits de l'Homme

a. Droit à un procès équitable

Article 6

« 1 Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

(...)

3 Tout accusé a droit notamment à :

(...)

c se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent; »

b. Droit au respect de la vie privée et familiale

Article 8

« 1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2 Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

2. La Charte des droits fondamentaux

a. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Article 47

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

b. Présomption d'innocence et droits de la défense

Article 48

1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.
2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé. »

c. Respect de la vie privée et familiale

Article 7

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. »

d. Portée et interprétation des droits et des principes

Article 52

- « 1. **Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés.** Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.
2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci.
3. **Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention.** Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »

C. Précisions relatives à la jurisprudence de la CJUE : la protection du secret professionnel de l'avocat relève du droit à un procès équitable mais également du droit au respect de la vie privée et familiale

Saisie par l'Ordre des barreaux francophones et germanophones, la CJUE s'est prononcée, en 2007⁷, sur la conformité de la directive 2001/97/CE (2^{ème} directive anti-blanchiment) avec l'article 6 CEDH relatif au droit à un procès équitable.

A cette occasion, la Cour a jugé que :

« **Etant donné que les exigences découlant du droit à un procès équitable, impliquent, par définition, un lien avec une procédure judiciaire, et compte tenu du fait que (...) la directive 91/308 exonère les avocats, lorsque leurs activités sont caractérisées par un tel lien,** des obligations d'information et de coopération visées à l'article 6 §1 de ladite directive, lesdites exigences se trouvent préservées. » [pt 35]

⁷ Arrêt de la CJUE, du 26 juin 2007, Aff. C-305/05.

La Cour ne se prononce donc que sur le fondement de l'article 6 de la CEDH, uniquement pour ce qui concerne les activités juridictionnelles de l'avocat. La directive excluant ces activités de son champ d'application, la Cour conclut que :

« Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de constater que les obligations d'information et de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux prévues à l'article 6 §1 de la directive 91/308 et imposées aux avocats par l'article 2 bis, point 5, de cette directive, compte tenu de l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de celle-ci, ne violent pas le droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par les articles 6 de la CEDH et 6, paragraphe 2, UE. » [pt 37]

Toutefois, comme le relève l'avocat général Maduro⁸ :

« **La protection du secret professionnel de l'avocat est un principe à deux visages, l'un procédural puisé dans le droit fondamental à un procès équitable, l'autre substantiel tiré du droit fondamental au respect de la vie privée.** À son fondement procédural, il est aisé de rattacher les droits de la défense, le droit à une assistance juridique et le droit de ne pas s'auto-incriminer. À son fondement substantiel correspondent l'exigence « **que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin** » et celle, corrélative, de loyauté de l'avocat envers son client. **Le principe du secret procède de la spécificité même de la profession d'avocat.** »

Ceci implique que si la validité de la directive doit être appréciée au regard de l'article 6 CEDH concernant les activités juridictionnelles de l'avocat, c'est l'article 8 CEDH qui doit servir de fondement à une appréciation portant sur les activités de conseils juridiques de l'avocat. **Il résulte en effet de la jurisprudence de la CEDH que le secret professionnel des avocats est protégé en tant que composante essentielle du droit au respect de la vie privée**⁹.

Le secret professionnel est ainsi reconnu comme étant inhérent à la profession d'avocat, quels qu'en soient les modes d'exercice.

Il reste donc à s'interroger sur le point de savoir pourquoi la CJUE, dans son arrêt précité de 2007, ne s'est pas prononcée sur la question de la compatibilité de la directive au regard de l'article 8 CEDH.

De nombreux commentaires relèvent en effet le caractère artificiel de la scission entre, d'une part, l'intervention de l'avocat dans un contexte contentieux et, d'autre part, son intervention au titre du conseil juridique. Conseil et représentation s'inscrivent en effet très souvent dans une continuité temporelle de la relation avocat-client. Le secret professionnel ne peut dès lors que couvrir ces deux temps, sauf à contester la légitimité de la nécessaire indépendance de l'avocat.

⁸ Conclusions de l'avocat général Monsieur M. Poiras Maduro présentées le 14 décembre 2006, Aff. C-305/05.

⁹ Affaire NIEMIETZ / Allemagne, du 16 décembre 1992. (Confirmée par : Affaire MIALHE / France, du 25 février 1993, Affaire FUNKE / France, du 25 février 1993, Affaire CREMIEUX / France, du 25 février 1993, Affaire LANZ / Autriche, du 31 janvier 2002.)

Affaire CIADIMOVA / République tchèque, du 18 avril 2006, Affaire CASADO COCA / Espagne, du 24 février 1994, Affaire KOPP / Suisse, du 25 mars 1998, Affaire FOXLEY / Royaume-Uni, du 20 septembre 2000.

V. **Le dispositif anti-blanchiment tel qu'instauré par la 3^{ème} directive 2005/60/CE au regard de la jurisprudence relative au secret professionnel et à l'indépendance de l'avocat**

Dans ce contexte, une analyse de la jurisprudence tant de la CJUE que de la CEDH permet de constater qu'est reconnu le caractère fondamental du secret professionnel de l'avocat, lequel est la condition *sine qua non* de l'indépendance pleine et entière de ce dernier.

A. **Jurisprudence de la CJUE**

1. **Directive anti-blanchiment et méconnaissance du droit au respect du secret professionnel**

a. **Affaire AM & S Europe Limited / Commission des Communautés européennes¹⁰**

Au visa du principe d'indépendance de la profession d'avocat, la CJUE a consacré le principe de confidentialité des communications entre l'avocat et son client et, indirectement, le principe du respect du secret professionnel de l'avocat.

Selon la Cour, comme il a été vu ci-avant :

« Cette confidentialité répond en effet a l'exigence, dont l'importance est reconnue dans l'ensemble des Etats membres, que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin. »

Si l'examen des différents droits nationaux fait apparaître une certaine diversité concernant le fondement et la portée de la protection de la confidentialité des échanges, la Cour précise toutefois que :

« Au-delà de ces diversités, les droits internes des Etats membres révèlent cependant l'existence de critères communs en ce qu'ils protègent, dans des conditions similaires, la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, pour autant, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi. »

A l'indépendance de l'avocat est donc lié le principe de confidentialité des échanges de ce dernier avec son client.

La Cour a relevé que :

« Le règlement n° 17/62¹¹ lui-même, notamment dans son onzième considérant et par les dispositions de l'article 19, prend soin de sauvegarder le plein exercice des droits de la défense, dont la protection de la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients constitue un complément nécessaire. »

« Cette protection doit [d'ailleurs] s'entendre, pour être efficace, comme couvrant de plein droit toute correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative [et] doit

¹⁰ Arrêt de la Cour, du 18 mai 1982, Aff. 155/79.

¹¹ Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (actuellement articles 101 et 102 TFUE) [Journal officiel n° 13 du 21 février 1962.

pouvoir être étendue également à la correspondance antérieure, ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure. »

Le professeur Goffin¹², commentant cet arrêt, estime que :

« Il ne saurait être déduit de l'arrêt (...) que les communications entre client et avocat ne seraient pas protégées en l'absence de procédure ».

« Quiconque a le droit de s'adresser à un avocat dans tous les cas, avec la certitude que les propos et les écrits échangés sont confidentiels. »

Les conclusions de l'avocat général¹³ dans cette affaire vont en ce sens puisqu'il précise que le principe de confidentialité :

« couvre les communications entre l'avocat et le client en vue d'obtenir ou de donner un avis juridique quel que soit l'endroit où elles se trouvent et peu importe que la procédure judiciaire ait commencé ou non. Elle couvre aussi le contenu de cet avis (donné oralement ou par écrit), quelle que soit la forme dans laquelle il a été reproduit : que ce soit dans une lettre, un résumé ou dans un procès verbal ».

b. Affaire Wouters¹⁴

Les conclusions de l'avocat général¹⁵, dans cette affaire, ayant trait à une hypothèse de collaboration intégrée entre avocats et experts-comptables, mettent en avant le fait que cette collaboration entraînerait un risque de violation du secret professionnel :

« d'autant plus grand que, dans certaines circonstances, l'expert-comptable a l'obligation légale de communiquer aux autorités compétentes des informations relatives à l'activité de ses clients. »

L'avocat général relève que :

« Le secret professionnel est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. Il impose à l'avocat de ne divulguer aucune information qui lui a été communiquée par son client, et s'étend *ratione temporis* à la période postérieure à la fin de son mandat et *ratione personae* à l'ensemble des tiers. Le secret professionnel constitue également une «garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice », de sorte qu'il relève de l'ordre public dans la plupart des Etats membres. »

Aucune liberté prévue par les textes protecteurs de droits de l'Homme n'étant absolue, ceci implique un contrôle de proportionnalité, lequel démontre aisément le caractère non fondé de l'application du dispositif anti-blanchiment à la profession d'avocat, comme il sera vu ci-après.

2. Directive anti-blanchiment et méconnaissance des droits de la défense et du principe d'indépendance de l'avocat

La récente jurisprudence Akzo¹⁶ confirme le caractère indissociable du principe d'indépendance de l'avocat et du secret professionnel de ce dernier.

¹² Léon GOFFIN, « De la confidentialité des communications entre l'avocat et son client », Cahiers de Droit Européen, 1982, p. 391 et s.

¹³ Conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn présentées le 26 janvier 1982, AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes, Aff. 155/79.

¹⁴ Arrêt de la Cour, du 19 février 2002, Aff. C-309/99.

¹⁵ Conclusions de l'avocat général Monsieur Philippe Léger présentées le 10 juillet 2001, Aff. C-309/99.

Dans cette affaire, l'avocat général¹⁷ affirme que :

« le principe de confidentialité des communications a pour objet de protéger les échanges entre un client et son avocat indépendant. Il constitue, d'une part, un **complément nécessaire au respect des droits de la défense** reconnus au client et procède, d'autre part, du rôle de l'avocat, considéré comme « collaborateur de la justice », qui est appelé à fournir, **en toute indépendance** et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin. »

La Cour, suivant les conclusions de l'avocat général, précise que :

« dans l'arrêt AM & S Europe / Commission, la Cour, compte tenu des critères communs et des conditions similaires existant à l'époque dans les droits internes des États membres, a jugé, au point 21 de cet arrêt, que **la confidentialité des communications entre avocats et clients devait faire l'objet d'une protection au niveau de la Communauté européenne.** La Cour y a toutefois précisé que le bénéfice de cette protection était subordonné à deux conditions cumulatives. »

Ces conditions concernent, d'une part, le fait que l'échange avec l'avocat doit être lié à l'exercice du « droit de la défense du client » et, d'autre part, le fait qu'il doit s'agir d'un échange émanant « d'avocats indépendants ».

Dès lors, pour que les échanges entre un avocat et son client soient couverts par la confidentialité, l'avocat doit exercer son activité de manière indépendante. **Le raisonnement de la Cour consiste donc à considérer que c'est l'indépendance de l'avocat qui justifie la confidentialité considérée comme nécessaire à la mise en œuvre de ce principe protégé au niveau de l'Union.**

La Cour rappelle que :

« l'exigence relative à la position et à la qualité d'avocat indépendant, que doit revêtir le conseil dont émane la communication susceptible d'être protégée, **procède d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin.** Cette protection a pour contrepartie la discipline professionnelle, imposée et contrôlée dans l'intérêt général. La Cour a indiqué également (...) qu'une telle conception répond aux traditions juridiques communes aux États membres et se retrouve également dans l'ordre juridique de l'Union, ainsi qu'il résulte des dispositions de l'article 19 du statut de la Cour de justice. »

La manière dont la Cour appréhende l'indépendance de la profession d'avocat, en insistant notamment sur une justification portant sur la discipline professionnelle qui lui est inhérente, rend d'autant plus difficile la démonstration de l'utilité d'une norme imposant à ces « collaborateurs de la justice » une obligation de déclaration de soupçon.

¹⁶ Arrêt de la CJUE, du 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd / Commission européenne e.a., C-550/07 P.

¹⁷ Conclusions de l'avocat général Madame Juliane Kokott, présentées le 29 avril 2010.

B. Jurisprudence de la CEDH

a. Affaire NIEMIETZ / Allemagne, du 16 décembre 1992¹⁸

Dans cette requête dirigée contre l'Allemagne, Monsieur Niemietz, avocat allemand, se plaignait de la violation du droit au respect de son domicile et de sa correspondance lors d'une perquisition effectuée à son cabinet.

La Cour a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 8 de la Convention.

La Cour rappelle tout d'abord que **le terme de « domicile » figurant à l'article 8 CEDH peut englober, par exemple, le bureau d'un membre d'une profession libérale, notamment d'un avocat.**

La Cour établit ensuite que :

[...] « la perquisition opérée au cabinet d'un avocat ne s'accompagne pas de garanties spéciales de procédure, telle la présence d'un observateur indépendant. Il y a plus : vu la nature des objets effectivement examinés, la fouille empiéta sur le secret professionnel à un degré qui se révèle disproportionné en l'occurrence ; **il convient de se rappeler à cet égard que dans le cas d'un avocat, pareille intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6.** » (§ 37, voir aussi les §§ 27-38)

L'affaire NIEMIETZ c. Allemagne, a été confirmée par plusieurs arrêts :

- Affaire MIAILHE / France, du 25 février 1993

Dans cette requête dirigée contre la France, Monsieur Miaillhe alléguait une violation de l'article 8 CEDH découlant des visites domiciliaires et saisies pratiquées par le service des douanes auprès du domicile de sa société.

La Cour établit la violation de l'article 8 en précisant notamment que :

« 36. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen. **Les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2) appellent une interprétation étroite** (arrêt Klass et autres c. Allemagne du 6 septembre 1978, série A n° 28, p. 21, par. 42) **et leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante.**

37. Assurément, dans le domaine considéré - la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt - les États rencontrent de sérieuses difficultés résultant de l'ampleur et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de placements internationaux, facilitées par la relative perméabilité des frontières. **La Cour reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs. Encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus** (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres précité, série A n° 28, p. 23, par. 50).

¹⁸ Niemietz / Allemagne, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 34, § 30, et Roemen et Schmit / Luxembourg, n° 51772/99, § 64, CEDH 2003-IV.

- [Affaire FUNKE / France, du 25 février 1993](#)

Dans une requête dirigée contre la France, Monsieur Jean-Gustave Funke, ressortissant français, faisait valoir des griefs relatifs d'une part à sa condamnation pénale pour refus de produire certains documents demandés par les douanes, et d'autre part aux saisies opérées à son domicile.

Selon la Cour, faute de procès équitable, il y avait violation de l'article 6 §1 et violation de l'article 8 de la Convention.

La Cour a estimé notamment que des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client.

A cet égard, la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé »¹⁹.

Les principes posés dans cet arrêt font l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour²⁰.

b. [Affaire CIADIMOVA / République tchèque, du 18 avril 2006](#)

Dans cette requête dirigée contre la République tchèque, Madame Chadimová, ressortissante tchèque qui faisait l'objet de poursuites pénales pour fraude et faux en écritures publiques, réalisés en vue d'obtenir la restitution d'un immeuble situé à Prague et du terrain sur lequel il avait été construit, se plaignait de la non-destruction des enregistrements des appels téléphoniques échangés entre elle et son avocat. Elle invoquait les articles 6 §1 et 8 CEDH, ainsi que l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété).

Cet arrêt est l'occasion pour la Cour de rappeler la Recommandation 2000/21²¹ du Conseil de l'Europe et l'application de l'article 8 aux rapports entre client et avocat.

« [...]

1. La Cour considère que les faits dénoncés par la requérante sont sans aucun doute constitutifs d'une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 §1 de la Convention, les communications téléphoniques se trouvant comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » au sens de cette disposition²².

[...]

2. La Cour réitère que, si l'article 8 de la Convention a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée ou familiale. Le même principe s'applique aux relations entre les avocats et leurs clients comme le Comité des ministres a mentionné dans sa

¹⁹ Note de la Cour : (J.B. / Suisse, arrêt du 3 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-III, § 64 ; voir également, parmi d'autres, Funke / France, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-A, § 44).

²⁰ Affaire CREMIEUX / France, du 25 février 1993 ; Affaire LANZ / Autriche, du 31 janvier 2002.

²¹ Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat, du 25 octobre 2000, cf. p. 21 du présent document

²² Note de la Cour : (Malone c. Royaume-Uni du 2 août 1984, série A no 82, p. 30, § 64 ; Kruslin c. France et Huvig c. France du 24 avril 1990, série A no 176-A et 176-B, p. 20, § 26, et p. 52, § 25 ; Halford c. Royaume-Uni du 25 juin 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III, pp. 1016-1017, § 48 ; Kopp c. Suisse du 25 mars 1998, Recueil 1998-II, p. 540, § 53 ; Lambert c. France du 24 août 1998, Recueil 1998-V, pp. 2238-2239, § 21 ; Prado Bugallo v. Espagne, arrêt du 18 février 2003)

Recommandation (REC 2000/21) du 20 octobre 2000 (paragraphe 100 ci-dessus). La Cour considère donc que le Gouvernement avait une obligation positive d'assurer la destruction des cassettes audio visées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 30 novembre 1995.

3. La Cour n'est pas convaincue, sur la base des informations obtenues par les parties et, notamment, de celles présentées par le Gouvernement, que les autorités nationales ont déployé des efforts suffisants afin de démontrer que toutes les cassettes audio contenant les enregistrements des conversations téléphoniques de la requérante avec son avocat avaient effectivement été détruites. **La Cour rappelle à cet égard que la Convention vise à protéger des « droits concrets et effectifs » et non « théoriques ou illusoires »** (voir, parmi d'autres, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, arrêt du 24 juin 1993, série A n° 260-B, § 42). A la lumière de cette considération, il importe peu que la requérante n'ait pas démontré que les enregistrements auraient été utilisés à son détriment et qu'elle aurait subi un dommage à cet égard. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. »

c. **Affaire KOPP / Suisse, du 25 mars 1998**

Dans cette requête dirigée contre la Suisse, Monsieur Kopp, ressortissant suisse, se plaignait du manque de protection dont il aurait dû jouir au cours de la mise sur écoute de ses lignes téléphoniques, en particulier dans la mesure où il était astreint au secret professionnel et était surveillé en tant que « tiers ». Il se plaignait aussi de l'absence de recours effectif à cet égard.

Dans cette affaire la Cour fait explicitement référence au fait que il n'est pas aisé de déterminer « à quelles conditions et par qui doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil ».

Notons ici qu'*a contrario*, ce qui relève du mandat d'avocat, en ce compris notamment sa mission de conseil, doit nécessairement être protégé conformément à la CEDH et plus particulièrement à son article 8.

« 4. Cependant, la Cour décèle une contradiction entre un texte législatif clair, **protecteur du secret professionnel de l'avocat lorsque celui-ci est surveillé en tant que tiers, et la pratique suivie en l'espèce. Même si la jurisprudence consacre le principe, d'ailleurs généralement admis, que le secret professionnel de l'avocat ne couvre que la relation avocat-clients, la loi n'explique pas comment, à quelles conditions et par qui doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil.**

5. Surtout, en pratique, il est pour le moins étonnant de confier cette tâche à un fonctionnaire du service juridique des PTT, appartenant à l'administration, sans contrôle par un magistrat indépendant. Cela d'autant plus que l'on se situe dans le domaine délicat de la confidentialité des relations entre un avocat et ses clients, lesquelles touchent directement les droits de la défense.

6. En résumé, le droit suisse, écrit et non écrit, **n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré.** M. Kopp, en sa qualité d'avocat, n'a donc pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique. Il y a donc eu violation de l'article 8. »

d. Affaire FOXLEY / Royaume-Uni, du 20 septembre 2000

Dans cette requête dirigée contre le Royaume Uni, Monsieur Foxley se plaignait du fait que sa correspondance avec son avocat avait été interceptée, du 27 septembre 1996 au 18 janvier 1997, et que cela constituait une violation de l'article 8 CEDH.

« 7. **The Court recalls that the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued. In determining whether an interference is “necessary in a democratic society” regard may be had to the State’s margin of appreciation** (see the *Campbell v. the United Kingdom* judgment of 25 March 1992, Series A no. 233, p. 18, § 44). It further observes that in the field under consideration - the concealment of a bankrupt’s assets to the detriment of his creditors - the authorities may consider it necessary to have recourse to the interception of a bankrupt’s correspondence in order to identify and trace the sources of his income. Nevertheless, the implementation of the measures must be accompanied by adequate and effective safeguards which ensure minimum impairment of the right to respect for his correspondence. This is particularly so where, as in the case at issue, correspondence with the bankrupt’s legal advisers may be intercepted. The Court notes in this connection that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged and correspondence in that context, whatever its purpose, concerns matters of a private and confidential nature (the above-mentioned *Campbell* judgment, pp. 18-19, §§ 46 and 48).

8. Admittedly, as the Government have pointed out, it may be difficult to identify from the envelope whether its contents attract legal professional privilege. However, the Government have not challenged the accuracy of the applicant’s allegations that letters from his legal advisers, once opened, were read, photocopied and a copy committed to file before being forwarded to him. **The Court can see no justification for this procedure and considers that the action taken was not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client. It notes in this connection that the Government have not sought to argue that the privileged channel of communication was being abused; nor have they invoked any other exceptional circumstances which would serve to justify the interference with reference to their margin of appreciation.**

9. The Court would further observe that the fact that the Trustee in Bankruptcy was also the court-appointed Receiver made it even more compelling to forward, unread, the applicant’s correspondence from his legal adviser in connection with the receivership proceedings. However, and the Government have not contradicted the applicant’s declaration, the Trustee in Bankruptcy retained copies of the relevant letters before transmitting them to the applicant.

10. For the above reasons, **the Court finds that there was no pressing social need for the opening, reading and copying to file of the applicant’s correspondence with his legal advisers and that, accordingly, the interference was not “necessary in a democratic society” within the meaning of Article 8 § 2.**

(...)

11. The Court recalls **that, where a lawyer is involved, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6 of the Convention (see the *Niemietz v. Germany* judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, pp. 35-36, § 37).**

e. Affaires Ravon et autres / France du 21 février 2008, André et autre / France du 24 juillet 2008 et Kandler et autres / France du 18 septembre 2008

Ces affaires ont trait à des visites domiciliaires et à des saisies menées entre 2000 et 2003, à la demande de l'administration fiscale, aux domiciles professionnels et/ou privés des requérants.

La Cour européenne a jugé que les requérants n'avaient pas eu accès à un tribunal pour obtenir une décision sur leurs contestations à l'encontre de ces visites et saisies (violations de l'article 6§1). La Cour européenne a relevé que la seule voie de recours dont ils disposaient d'après l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales (L) était le recours en cassation - recours en droit uniquement.

Par ailleurs, l'accès des personnes concernées à ce juge paraît plus théorique qu'effectif. Enfin, les intéressés n'ont plus la faculté de saisir le juge qui a autorisé les opérations après l'achèvement de celles-ci : les allégations d'irrégularité entachant ces opérations relèvent du contentieux dont peuvent être saisies les juridictions appelées à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des documents appréhendés. L'accès à ces dernières juridictions suppose en tout état de cause que des poursuites soient par la suite engagées contre les intéressés, ce qui ne fut pas le cas dans les présentes affaires.

Dans l'affaire André, la Cour européenne a également jugé que la visite et les saisies en question, bien que « prévues par la loi » et poursuivant un « but légitime », étaient disproportionnées par rapport au but visé (violation de l'article 8). La visite domiciliaire s'est accompagnée d'une garantie spéciale puisqu'elle a été exécutée en présence du bâtonnier de l'Ordre des avocats dont relevaient les requérants. En revanche, le juge qui avait autorisé la visite domiciliaire était absent, et la présence du bâtonnier et ses contestations n'ont pas été de nature à empêcher la consultation effective de tous les documents du cabinet, ainsi que leur saisie par les fonctionnaires des impôts, assistés d'un agent de police judiciaire. En outre, les fonctionnaires et officier de police judiciaire se sont vus reconnaître des pouvoirs étendus en raison des termes larges dans lesquels était rédigée l'autorisation de la visite domiciliaire. **Enfin et surtout, la Cour a constaté que la visite domiciliaire litigieuse avait pour but la découverte chez les requérants, en leur seule qualité d'avocats d'une société soupçonnée de fraude, de documents susceptibles d'établir la fraude présumée de celle-ci et de les utiliser à charge contre elle. A aucun moment, les requérants n'ont été accusés ou soupçonnés d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude commise par leur cliente.**

La Cour énonce qu'une visite domiciliaire fondée sur un soupçon d'infraction est contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la déclaration d'un soupçon n'est pas en elle-même **« une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».**

Dans l'arrêt André et autres / France, la Cour précise :

« 12. La Cour rappelle en premier lieu que le terme de « domicile » figurant à l'article 8 peut englober, par exemple, le bureau d'un membre d'une profession libérale, notamment d'un avocat (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 34, § 30, et *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, § 64, CEDH 2003-IV).

13. Dès lors, elle considère que la visite opérée au cabinet des requérants et les saisies effectuées s'analysent en une ingérence dans l'exercice de leurs droits découlant du paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention.

14. Elle estime que pareille ingérence était « prévue par la loi ». En effet, l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales définit les modalités à respecter en cas de visite domiciliaire, et l'application conjuguée des dispositions des articles 56 et 56-1 du code de procédure pénale

visé expressément le respect du secret professionnel et du domicile professionnel ou privé d'un avocat. Les requérants ne se plaignent d'ailleurs pas d'un défaut de base légale, mais de l'absence de proportionnalité et de nécessité des mesures litigieuses dans les circonstances de l'espèce.

15. Elle juge par ailleurs que l'ingérence poursuivait un « but légitime », à savoir celui de la défense de l'ordre public et de la prévention des infractions pénales.

16. **Quant à la question de la « nécessité » de cette ingérence, la Cour rappelle que « les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite et [que] leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante » (Crémieux c. France, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-B, p. 62, § 38, et Roemen et Schmit, précité, § 68).**

17. **La Cour estime que des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. D'ailleurs, la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé » (J.B. c. Suisse, arrêt du 3 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-III, § 64 ; voir également, parmi d'autres, Funke c. France, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-A, § 44).**

18. Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières. De même, la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction (paragraphe 15 ci-dessus), ou encore dans le cadre de la lutte contre certaines pratiques (paragraphe 17-18 ci-dessus). **Reste qu'il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice. »**

f. Affaire Da Silveira / France, du 21 janvier 2010

Dans une requête dirigée contre la France, Monsieur Da Silveira, ressortissant français, avocat au Barreau de Porto où il exerçait à titre principal et résident français, a été, dans le cadre d'une instruction contre X, perquisitionné et des saisies furent réalisées à son domicile personnel français, bien qu'il eut indiqué être inscrit dans un barreau de l'Union européenne. Le requérant critiquait la perquisition litigieuse et les actes subséquents. Il estimait avoir été privé du bénéfice tant du régime de protection particulier prévu à l'article 56-1 du code de procédure pénale, malgré sa qualité d'avocat inscrit à un barreau étranger, que d'un recours effectif devant une instance nationale pour contester la perquisition et les saisies.

Cet arrêt est l'occasion pour la Cour de rappeler de nouveau le caractère fondamental du secret professionnel de l'avocat comme part intégrante du droit au respect de la vie privée, tout en lui conférant une « portée européenne », reconnaissant ainsi clairement que ce droit est attaché à la profession d'avocat.

La Cour constate d'emblée que le Gouvernement ne conteste pas que la perquisition litigieuse entre bien dans le champ d'application de l'article 8 CEDH et qu'elle constitue une ingérence de l'Etat dans le droit au respect de la vie privée et du domicile du requérant. Elle observe par ailleurs que l'ingérence avait une base légale et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir la

prévention des infractions pénales. Quant à la question de la « nécessité » de cette ingérence, la Cour rappelle que **« les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite et [que] leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante »**

S'interrogeant sur le point de savoir si la perquisition litigieuse est intervenue au domicile du requérant en sa **qualité d'avocat ou de simple particulier**, la Cour rappelle que **des perquisitions et des saisies chez un avocat sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre son client et lui**. Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de **« garanties spéciales de procédure »**.

La Cour souligne que la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. **Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction, ou encore dans le cadre de la lutte contre certaines pratiques, mais il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice.**

La Cour relève que le requérant, alors qu'il remplissait les conditions prévues par le droit interne pour exercer librement la profession d'avocat en France à titre occasionnel et faire usage de son titre, n'a pas été mis en mesure de bénéficier des dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale auxquelles il pouvait pourtant prétendre (cette disposition ne distingue pas les avocats selon qu'ils exercent leur activité à titre principal ou occasionnel).

La Cour ajoute qu'une telle distinction ne se justifie pas davantage au regard de l'article 8 de la Convention : **dès lors que les perquisitions ou les visites domiciliaires visent le domicile ou le cabinet d'un avocat exerçant régulièrement sa profession, à titre principal en qualité d'avocat inscrit à un barreau ou à titre occasionnel dans un autre Etat membre de l'Union européenne, elles doivent impérativement être assorties de « garanties spéciales de procédure », ce qui est notamment le cas lorsqu'elles sont exécutées en présence du bâtonnier de l'Ordre des avocats.**

La Cour constate, outre le fait que le requérant n'a donc pas bénéficié d'une « garantie spéciale de procédure » dont doivent bénéficier les avocats, que **la perquisition litigieuse concernait des faits totalement étrangers au requérant, ce dernier n'ayant à aucun moment été accusé ou soupçonné d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude quelconque en lien avec l'instruction.**

La Cour conclut cet arrêt en estimant que l'ingérence litigieuse était, dans les circonstances de l'espèce, disproportionnée par rapport au but visé, et que l'intéressé n'a pas bénéficié d'un « contrôle efficace » tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter l'ingérence à ce qui était « nécessaire dans une société démocratique ».

Ce dernier point, tenant au contrôle de proportionnalité, doit faire l'objet d'une analyse dont on comprend aisément qu'elle ne contreviendra pas aux conclusions de la Cour EDH lorsqu'elle constate l'incompatibilité du non respect du secret professionnel de l'avocat avec les articles 6 et 8 CEDH.

La future adhésion de l'Union à la Convention rend ainsi nécessaire une mise en conformité claire de la législation de l'Union européenne au regard de la jurisprudence de la Cour EDH. Rappelons de nouveau que la Charte prévoit expressément que si elle contient « des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Ceci étant dit, rien n'empêche le droit de l'Union « d'accorder une protection plus étendue ».

C. Mise en œuvre du principe de proportionnalité

Conformément aux textes protecteurs des droits de l'Homme applicables au sein de l'Union, aucune liberté n'est absolue. Ceci étant, toute restriction à une liberté fondamentale doit être nécessaire, justifiée et proportionnée. La Charte des droits fondamentaux prévoit, comme il a été vu :

Article 52 - Portée et interprétation des droits et des principes : « 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

Une obligation d'information opposée aux avocats restreint la portée du secret professionnel et atteint, ce faisant, le droit au respect de la vie privée. Partant, cette restriction doit servir un objectif légitime, être nécessaire pour atteindre cet objectif et être proportionnée au but légitimement poursuivi.

Dans le cadre de la lutte anti-blanchiment, il s'agit donc de rechercher le juste équilibre entre, d'une part, la préservation des libertés fondamentales que sont les droits de la défense et le respect de la vie privée et, d'autre part, l'impératif de sécurité publique.

La CJUE²³ a déjà relevé que :

« afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier, en premier lieu, si les moyens qu'elle met en œuvre pour réaliser l'objectif qu'elle vise s'accordent avec l'importance de celui-ci et, en second lieu, s'ils sont nécessaires pour l'atteindre. »

Ce contrôle de nécessité doit se faire en prenant en compte l'existence de mesures alternatives moins contraignantes permettant d'atteindre le même résultat.

Or, la 3^{ème} directive anti-blanchiment impose la dénonciation à l'autorité publique de faits pouvant constituer des opérations effectuées par leurs clients. Les avocats sont tenus de rompre le secret professionnel dans l'hypothèse d'un simple soupçon.

Cette obligation mise à leur charge est disproportionnée au regard des objectifs poursuivis :

- d'une part, les rapports du GAFI démontrent le faible nombre de cas impliquant des avocats dans le cadre des procédures de déclaration de soupçon. La majorité des cas concerne des avocats prenant part à des opérations de blanchiment ou agissant en tant que complices du délit. Loin de démontrer que le système mis en place fonctionne mal, ceci atteste du fait qu'il ne s'agit pas d'un phénomène d'une ampleur telle qu'elle justifie une atteinte au secret professionnel.

- d'autre part, il serait tout à fait envisageable de renforcer le contrôle des versements de fonds qui transitent par l'avocat. Une précision des règles déontologiques imposant une formation approfondie de l'avocat en la matière pourrait également lui permettre, le cas échéant, de refuser la prise en charge d'un dossier qui lui paraîtrait avoir un lien avec le blanchiment.

Admettre le rôle fondamental de l'avocat dans un Etat de droit - en faisant de son indépendance le corollaire indispensable de ce rôle -, tout en lui imposant de rompre ce secret dans un contexte où des mesures moins contraignantes pourraient être employées, n'est pas une position tenable.

²³ Arrêt de la CJUE, du 23 février 1983, Fromançais SA contre Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA), Aff. 66/82.

Dès lors, en autorisant les Etats membres à porter atteinte à des principes affirmés par le droit de l'Union européenne tels que le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, le législateur européen viole ces principes.

L'analyse de la jurisprudence de la CEDH, qui doit servir de base à l'interprétation des principes généraux de droit l'Union et à la définition de la portée des articles de la Charte des droits fondamentaux, conforte cette appréciation.

Cette indépendance a été très clairement réaffirmée tant au niveau européen qu'au niveau international.

D. Rappels européens et internationaux concernant la profession d'avocat

1. Le Parlement européen

Résolution du Parlement européen du 23 mars 2006 sur les professions juridiques et l'intérêt général relatif au fonctionnement des systèmes juridiques :

« A. considérant que la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu :

- **que l'indépendance, l'absence de conflits d'intérêts et le secret professionnel/la confidentialité sont des valeurs fondamentales de la profession juridique, qui méritent d'être rangées au nombre des considérations d'intérêt public ;**
- que des réglementations visant à protéger ces valeurs fondamentales sont nécessaires pour la bonne pratique de la profession juridique, malgré les restrictions à la concurrence intrinsèques qui pourraient en résulter,
- que l'objectif du principe de libre prestation des services appliqué aux professions juridiques est de promouvoir l'ouverture des marchés nationaux par la possibilité offerte aux prestataires de services et à leurs clients de bénéficier pleinement du marché intérieur de la Communauté,

B. considérant que toute réforme des professions juridiques a des conséquences de grande portée, qui vont au-delà du droit de la concurrence et touchent au domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice et, plus généralement, à la protection de l'état de droit dans l'Union européenne,

(...)

D. considérant que la protection adéquate des libertés fondamentales et des droits de l'homme, qu'ils soient économiques, sociaux et culturels ou civils et politiques, dont toute personne doit pouvoir jouir, exige que chacun ait effectivement accès à des services juridiques fournis par des avocats indépendants,

H. considérant que l'importance d'un comportement éthique, du maintien de la confidentialité avec le client et d'un haut niveau de connaissances spécialisées exige l'organisation de systèmes d'autorégulation tels ceux que gèrent aujourd'hui les organismes et ordres professionnels juridiques,

(...)

1. reconnaît sans réserve le rôle crucial que les professions juridiques jouent dans une société démocratique pour garantir le respect des droits fondamentaux, l'état de droit et la sécurité dans l'application de la loi, tant quand des avocats représentent et défendent leurs clients devant les tribunaux que quand ils leur donnent des conseils juridiques;

(...)

3. note les hautes qualifications requises pour accéder aux professions juridiques, la nécessité de protéger, dans l'intérêt des citoyens européens, ces qualifications qui caractérisent lesdites professions et la nécessité d'établir une **relation particulière fondée sur la confiance entre les membres des professions juridiques et leurs clients**;

4. réaffirme l'importance de règles qui sont nécessaires pour assurer l'indépendance, la compétence, l'intégrité et la responsabilité des membres des professions juridiques, de manière à garantir la qualité de leurs services, au bénéfice de leurs clients et de la société en général et pour protéger l'intérêt commun;

(...)

8. rappelle à la Commission que les règles relatives aux services juridiques ont pour objectifs la protection du public, la garantie des droits de la défense et de l'accès à la justice ainsi que la sécurité dans l'application de la loi (...) »

2. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat, du 25 octobre 2000 :

« Soulignant le rôle fondamental que les avocats et les associations professionnelles d'avocats jouent également pour assurer la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Désirant promouvoir la liberté d'exercice de la profession d'avocat afin de renforcer l'Etat de droit, auquel participe l'avocat, notamment dans le rôle de défense des libertés individuelles ;

Conscient de la nécessité d'un système judiciaire équitable garantissant l'indépendance des avocats dans l'exercice de leur profession sans restriction injustifiée et sans être l'objet d'influences, d'incitations, de pressions, de menaces ou d'interventions indues, directes ou indirectes, de la part de qui que ce soit ou pour quelque raison que ce soit ;

(...)

1. Toutes les mesures nécessaires devraient être prises pour respecter, protéger et promouvoir la liberté d'exercice de la profession d'avocat sans discrimination ni intervention injustifiée des autorités ou du public, notamment à la lumière des dispositions pertinentes de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

3. Le Conseil des barreaux européens (CCBE)

Le Code de déontologie des avocats européens²⁴ :

PRINCIPES GENERAUX

2.1. Indépendance

²⁴ Adopté lors de la session plénière du CCBE le 28 octobre 1988 et modifié lors des sessions plénières du 28 novembre 1998, du 6 décembre 2002 et du 19 mai 2006.

« 2.1.1. La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une indépendance absolue, exempte de toute pression, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures. Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que l'impartialité du juge. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son indépendance et veiller à ne pas négliger le respect de la déontologie pour plaire à son client, au juge ou à des tiers.

2.1.2. Cette indépendance est nécessaire pour l'activité juridique comme judiciaire. Le conseil donné au client par l'avocat n'a aucune valeur, s'il n'a été donné que par complaisance, par intérêt personnel ou sous l'effet d'une pression extérieure. »

2.3. Secret professionnel

2.3.1. Il est de la nature même de la mission de l'avocat qu'il soit dépositaire des secrets de son client et destinataire de communications confidentielles. Sans la garantie de confidentialité, il ne peut y avoir de confiance. Le secret professionnel est donc reconnu comme droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat.

L'obligation de l'avocat relative au secret professionnel sert les intérêts de l'administration de la justice comme ceux du client. Elle doit par conséquent bénéficier d'une protection spéciale de l'État.

2.3.2. L'avocat doit respecter le secret de toute information confidentielle dont il a connaissance dans le cadre de son activité professionnelle.

2.3.3. Cette obligation au secret n'est pas limitée dans le temps.

2.3.4. L'avocat fait respecter le secret professionnel par les membres de son personnel et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle.

La Charte des principes essentiels de l'avocat européen :

« Dans une société fondée sur le respect de la justice, l'avocat remplit un rôle éminent. Sa mission ne se limite pas à l'exécution fidèle d'un mandat dans le cadre de la loi. L'avocat doit veiller au respect de l'État de droit et aux intérêts de ceux dont il défend les droits et libertés. Il est du devoir de l'avocat non seulement de plaider la cause de son client mais aussi d'être son conseil. Le respect de la mission de l'avocat est une condition essentielle à l'État de droit et à une société démocratique. »

– Code de déontologie des avocats européens du CCBE, article 1.1 –

« Il existe des principes essentiels qui, même exprimés de manière légèrement différente dans les différents systèmes juridiques, sont communs à tous les avocats européens. Ces principes essentiels fondent divers codes nationaux et internationaux qui régissent la déontologie de l'avocat. Les avocats européens sont soumis à ces principes qui sont essentiels à la bonne administration de la justice, à l'accès à la justice et au droit à un procès équitable comme l'exige la Convention européenne des Droits de l'Homme. Dans l'intérêt général, les barreaux, les cours et tribunaux, les législateurs, les gouvernements et les organisations internationales doivent faire respecter et protéger ces principes essentiels.

Les principes essentiels de l'avocat sont notamment :

- (a) l'indépendance et la liberté d'assurer la défense de son client ;
- (b) le respect du secret professionnel et de la confidentialité des affaires dont il a la charge ;
- (c) la prévention des conflits d'intérêts que ce soit entre plusieurs clients ou entre le client et lui-même ;
- (d) la dignité, l'honneur et la probité ;
- (e) la loyauté à l'égard de son client ;
- (f) la délicatesse en matière d'honoraires ;
- (g) la compétence professionnelle ;
- (h) le respect de la confraternité ;
- (i) le respect de l'État de droit et la contribution à une bonne administration de la justice ;
- (j) l'autorégulation de sa profession. »

« Ces principes essentiels sont l'expression de la base commune à toutes les règles nationales et internationales qui régissent la déontologie des avocats européens.

La Charte prend en compte :

- les règles professionnelles nationales des États européens, y compris de ceux qui ne sont pas membres du CCBE mais partagent aussi ces principes communs des avocats européens ;
- le Code de déontologie des avocats européens du CCBE ;
- les principes généraux du Code international de déontologie de l'International Bar Association ;
- la Recommandation Rec (2000) 21 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat du 25 octobre 20005 ;
- les Principes de base relatifs au rôle du barreau, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 19906 ;
- la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de la Cour de justice des Communautés européennes, et notamment l'arrêt du 19 février 2002 de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Wouters c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (C-309/99) ;
- la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention européenne des Droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la Résolution du Parlement européen sur les professions juridiques et l'intérêt général relatif au fonctionnement des systèmes juridiques du 23 mars 2006. »

4. Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants²⁵

Principes de base relatifs au rôle du barreau :

(...)

« 16. Les pouvoirs publics veillent à ce que les avocats a) puissent s'acquitter de toutes leurs fonctions professionnelles sans entrave, intimidation, harcèlement ni ingérence indue; b) puissent voyager et consulter leurs clients librement, dans le pays comme à l'étranger ; et c) ne fassent pas l'objet, ni ne soient menacés de poursuites ou de sanctions économiques ou autres pour toutes mesures prises conformément à leurs obligations et normes professionnelles reconnues et à leur déontologie.

(...)

22. Les pouvoirs publics doivent veiller à ce que toutes les communications et les consultations entre les avocats et leurs clients, dans le cadre de leurs relations professionnelles, restent confidentielles. »

²⁵ Huitième Congrès, La Havane, du 27 août au 7 septembre 1990

Anti Money Laundering Directives and the legal profession: an assessment in the light of the fundamental principles of independence and professional secrecy

Independence and Confidentiality and Professional Secrecy as Core Principles of the European Legal Profession

On 26 November 2006, the Plenary session of the CCBE adopted the Charter of Core Principles of the European Legal Profession. This fundamental document lists the core principles which are common to the whole European legal profession, underlying the various national and international codes which govern the conduct of lawyers, including the CCBE Code of Conduct for European Lawyers which applies to all lawyers of the European Union Member States in their cross-border activities.

European lawyers are committed to these principles, which are essential for the proper administration of justice, access to justice and the right to a fair trial, as required under the European Convention of Human Rights.

Among these principles, the Charter includes:

- a) “the independence of the lawyer, and the freedom of the lawyer to pursue the client’s case”, and,
- b) “the right and duty of the lawyer to keep clients’ matters confidential and to respect professional secrecy”.

The principle of independence requires lawyers to be free - politically, economically and intellectually - in pursuing their activities of advising and representing the client. This means that the lawyer must be independent, first and foremost, of the State and other powerful interests. The lawyer must also remain independent of his or her own client if the lawyer is to enjoy the trust of third parties and the courts. Indeed without this independence from the client there can be no guarantee of the quality of the lawyer’s work.

The principle of confidentiality reflects the essence of a lawyers’ function: they should be told by his or her client things which the client would not tell to others - the most intimate personal details or the most valuable commercial secrets - and they should be the recipient of other information on a basis of confidence. Without the certainty of confidentiality there can be no trust. The Charter stresses the dual nature of this principle - observing confidentiality is not only the lawyer’s duty, - it is a fundamental human right of the client. The rules of “legal professional privilege” prohibit communications between lawyer and client from being used against the client. In some jurisdictions the right to confidentiality is seen as belonging to the client alone, whereas in other jurisdictions “professional secrecy” may also require that the lawyer keeps secret from his or her own client communications from the other party’s lawyer imparted on the basis of confidence. This principle encompasses all these related concepts: legal professional privilege, confidentiality and professional secrecy. It should also be born in mind that the lawyer’s duty to the client remains even after the lawyer has ceased to act.

The Anti Money Laundering Directives, in that they provide that lawyers should act as auxiliaries of the State law enforcement system and that confidential information communicated by clients be made available to (and used by) public authorities as evidence against the said clients, are clearly in conflict with the two fundamental principles recalled above. The EU legislator should therefore reconsider whether these Directives are compatible with the EU fundamental rights and other basic principles of EU Law such as necessity and proportionality, in the specific context of the entry into force of the Charter of fundamental rights of the European Union and of the EU's Accession to the ECHR.

International and EU Law principles safeguarding independence of lawyers, confidentiality and professional secrecy

The validity of the obligations contained in the Anti Money Laundering Directives should be checked not only against the deontology principles included in the CCBE Charter and in national codes of conducts, but also against the principles stemming from International Law instruments concerning the role and duties of lawyers .

First, it is useful to recall the Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana (Cuba), 27 August to 7 September 1990.

These Principles require Governments, inter alia, to ensure that lawyers (a) are able to perform all of their professional functions without (...) improper interference; (b) are able to travel and to consult with their clients freely both within their own country and abroad; and (c) shall not suffer, or be threatened with, prosecution or administrative, economic or other sanctions for any action taken in accordance with recognized professional duties, standards and ethics (Principle 16).

According to the said principles, Governments shall also recognize and respect that all communications and consultations between lawyers and their clients within their professional relationship are confidential (Principle 22).

These principles apply, without distinctions, to all activities that constitute lawyers' core duties and responsibilities (Principle 13):

- (a) Advising clients as to their legal rights and obligations, and as to the working of the legal system in so far as it is relevant to the legal rights and obligations of the clients;
- (b) Assisting clients in every appropriate way, and taking legal action to protect their interests;
- (c) Assisting clients before courts, tribunals or administrative authorities, where appropriate.

Second, it should be born in mind that the Recommendation Rec (2000) 21 of 25 October 2000 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer recognises the "need for a fair system of administration of justice which guarantees the independence of lawyers in the discharge of their professional duties without any improper restriction, influence, inducement, pressure, threats or interference, direct or indirect, from any quarter or for any reason", stating also that "All necessary measures should be taken to respect, protect and promote the freedom of exercise of the profession of layer without discrimination and without improper interference from the authorities or the public, in particular in the light of the relevant provisions of the European Convention on Human Rights" (Para. 1) and that "All necessary measures should be taken to ensure the respect of the confidentiality of lawyer-client relationship". The recommendation further specifies that "Exceptions to this principle should be allowed only if compatible with the Rule of Law" (Para. No. 6).

Third, due account should be taken of the European Parliament resolution on the legal professions and the general interest in the functioning of legal systems, 23 March 2006, pursuant to which this Institution:

- 1) "Recognises fully the crucial role played by the legal professions in a democratic society to guarantee respect for fundamental rights, the rule of law and security in the application of the law, both when lawyers represent and defend clients in court and when they are giving their clients legal advice; (...)
- 3) Notes the high qualifications required for access to the legal professions, the need to protect those qualifications that characterise the legal professions, in the interests of European citizens, and the need to establish a specific relationship based on trust between members of the legal professions and their clients;

- 4) Reaffirms the importance of rules which are necessary to ensure the independence, competence, integrity and responsibility of members of the legal professions so as to guarantee the quality of their services, to the benefit of their clients and society in general, and in order to safeguard the public interest; (...) and,
- 8) Reminds the Commission that the aims of the rules governing legal services are the protection of the general public, the guaranteeing of the right of defence and access to justice, and security in the application of the law, and that for these reasons they cannot be tailored to the degree of sophistication of the client.”

The International and EU Law texts, cited above, leave no space for provisions, such as those carried by the Anti Money Laundering Directives, whose effect is to compress the independence of the legal profession and the respect of professional secrecy to the detriment of the rights of EU citizens and the rule of law.

Lawyers' independence, confidentiality and professional secrecy in the jurisprudence of the ECJ.

In addition to the instruments cited in the former paragraph, due account should be taken of the Case Law of the ECJ. The jurisprudence consistently affirms the importance of lawyers' independence, confidentiality and professional secrecy.

The essential nature of these principles has been initially recognised in the seminal AM & S case (C-155/79). Later, the ECJ has restated it in the Wouters (C-309/99) and Akzo (C-550/07 P) cases.

In the AM & S case, the Court has stated (Para. 16) that “confidentiality serves the requirements, the importance of which is recognized in all of the Member States, that any person must be able, without constraint, to consult a lawyer whose profession entails the giving of independent legal advice to all those in need of it.”

The Court has further clarified (Para. 21) that apart from the differences in the way confidentiality is protected by national laws “there are to be found in the national laws of the Member States common criteria inasmuch as those laws protect, in similar circumstances, the confidentiality of written communications between lawyer and client provided that, on the one hand, such communications are made for the purposes and in the interests of the client's rights of defence and, on the other hand, they emanate from independent lawyers, that is to say, lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment.”

It has to be noted that the principle defined by the ECJ is very broad: first, with regard to the notion of rights of defence, it can be observed that such rights exist not only in relation to judicial procedures, but also to administrative procedures conducted by law enforcement authorities (the AM&S case concerned a Commission's investigation in a competition case). Second, it covers all written communications that “have a relationship to the subject matter of that procedure” (Para. 23), not only those that have been prepared during, or for the purpose of, the procedure itself.

In the Wouters case, the ECJ acknowledged that, with a view to ensuring the proper practice of the legal profession, Member States may require lawyers not to be part of the same professional organisation as auditors, since the former have to be “in a position to advise and represent their clients independently and in the observance of strict professional secrecy”, whilst the latter are “responsible for producing an account of the financial results of the transactions in respect of which their services were called upon and for certifying those accounts” and are not bound by professional secrecy to the same extent as lawyers (see Para. 100 to 107). The Court upheld the opinion of AG Leger, according to which there was “a certain incompatibility between the 'advisory' activities of a lawyer and the 'supervisory' activities of an accountant” since “accountants undertake objective examination and scrutiny of their clients' records, so as to be able to impart to interested third parties their personal opinion concerning the reliability of those bookkeeping data.” The AG further explained that

“Lawyers might no longer be in a position to advise and defend their clients independently if they were to belong to an organisation that had also to give an account of the financial results of the transactions in which they acted. In other words, setting up a body with financial interests in common with members of the professional category of accountants poses the risk of tempting — even forcing — lawyers to take account of considerations other than those exclusively linked to their clients’ interests.”

Following the same line of reasoning, it appears clearly that the Anti Money Laundering Directives are manifestly incompatible with the principles of independence and confidentiality of the legal profession, to the extent that they impose on lawyers the duty to collect information on their clients’ transactions and make them available to public authorities or, worse, oblige lawyers to denounce their clients. With a view to ensuring the consistency with the principles governing the legal profession, EU Law should restore a clear separation between the role of prosecutors and law enforcement agencies and that of lawyers, repealing all provisions whose effect is to make lawyers become instruments of the public authorities. It should be recalled, in this regard, that the mission of the legal profession is to ensure access to justice and to the law and to contribute to the functioning of the administration of justice. Public interferences with lawyers’ independence and professional secrecy only results in obstacles to the fulfilment of this mission.

The Anti Money Laundering Directives, the EU Charter of Fundamental Rights and the ECHR

The impartial evaluation of the EU Anti Money Laundering Directives should not only take into account their impact on the fundamental principles of the legal profession, but also the issue of their compliance with the EU Charter of fundamental rights and the European Convention on Human Rights (ECHR).

With the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Charter has acquired the same legal force as the Treaties and the EU shall adhere to the ECHR (see Article 6 TEU and Article 52 of the Charter). A new assessment of the Directives is therefore required, in the light of these relevant changes in the structure of the EU legal order.

This assessment should focus, in particular, on the compatibility of the Directives with Articles 6 and 8 of the ECHR.

The ECJ had the occasion, in its ruling on the case C-305/05, to examine the relations between the second Anti Money Laundering Directive and Article 6 of the ECHR (right to fair trial). The Court stated, at Para. 35, that “Given that the requirements implied by the right to a fair trial presuppose, by definition, a link with judicial proceedings, and in view of the fact that the second subparagraph of Article 6(3) of Directive 91/308 exempts lawyers, where their activities are characterised by such a link, from the obligations of information and cooperation laid down in Article 6(1) of the directive, those requirements are respected.”

However, AG Maduro had observed in its Conclusions, at Para. 44, that “the protection of lawyers’ professional secrecy is a principle with two aspects, one procedural, drawn from the fundamental right to a fair trial, the other substantive, drawn from the fundamental right to respect for private life. It is easy to attach the rights of the defence, the right to legal assistance and the privilege against self-incrimination to its procedural basis. The requirements which correspond to its substantive basis are ‘that any person must be able, without constraint, to consult a lawyer whose profession entails the giving of independent legal advice to all those in need of it and the correlative duty of the lawyer to act in good faith towards his client. The principle of secrecy originates in the specific nature itself of the profession of lawyer.”

Notwithstanding the AG's Conclusions, the ECJ did not include the analysis of the compatibility of the Anti Money Laundering Directives with Article 8 of the ECHR which constitutes the legal basis for the State's duty to preserve the confidentiality of legal advice provided by lawyers.

This provision reads as follows:

“Article 8 - Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Nevertheless, this analysis has been carried out by the Belgian Cour d'Arbitrage, in its ruling of 10 January 2008, and by the French Conseil d'Etat, in its ruling of 10 April 2008: both courts concluded that the Anti Money Laundering Directives and the national transposing legislations can be considered as compatible with Articles 6 and 8 of the ECHR provided, however, that legal advice remains protected by professional secrecy, even outside of any legal proceedings, without interference by the public authorities. In doing so, the Belgian Cour d'Arbitrage expressly referred to AG Poiares Maduro's Conclusions.

The two important rulings, cited above, make it necessary that the text of the Anti Money Laundering Directives be revised, with the purpose of clearly and fully excluding any information, passed onto the lawyer for the purpose of legal advice, from the scope of the reporting obligations.

Furthermore, and in the light of the jurisprudence of the European Court on Human Rights (the EHR Court), special safeguards should be introduced with the view to strengthen the protection of client-lawyer confidentiality from any undue interference from the public authorities. As it will be explained in the next paragraph, the EHR Court's case law clearly states the incompatibility of this interference with Article 8 (1) ECHR. Any exceptions to this rule, based on Article 8 (2) ECHR, should be interpreted restrictively and subject to the respect of the necessity and proportionality test.

The incompatibility of the Anti Money Laundering Directives with Article 8 of the ECHR and the violation of the principle of proportionality.

Article 8 ECHR, as interpreted by the EHR Court, prevents Member States from interfering with the communications between a client and his or her lawyer. Pursuant to the relevant case law, not only lawyer cannot be obliged to disclose any information received by their clients; public authorities are also required to abstain from any act that may compromise the confidentiality of these communications, such as access to clients files.

Indeed, Article 8 ECHR protects the integrity of lawyers' premises, the confidentiality of clients' communications and, in conjunction of Article 6 ECHR, the right of individuals not to self-inculpate by providing lawyers with information that may, at a later stage, be made available or accessed by public authorities.

In the case *Niemietz v. Germany* of 16 December 1992, the EHR Court ruled the protection of one's domiciles, provided for by Article 8 of the ECHR, also applies to lawyers's offices. Thus the access of public authorities to these premises (and to the information kept therein) should be subject to special safeguards. The EHR Court expressly recognised that intrusions by public authorities into lawyer's offices could result in a violation of Article 6 of the ECHR, since it would the role of lawyers in the administration of justice.

The principles defined by the Niemietz ruling have been confirmed by other ECHR decisions. In *Mialhe v. France*, of 25 February 1993, the ECHR Court stated that whilst Member States have the faculty to derogate to Article 8 (1) ECHR, any exception should be interpreted narrowly and the necessity of interfering with lawyers' confidentiality should be demonstrated on a case-by-case basis. The ECHR Court restated, in this case, the necessity of adequate and sufficient safeguards against abuses by public authorities.

In *Funke v. France*, of 25 February 1993, the ECHR Court stated that the interference of public authorities with the secrecy of communications between clients and lawyers are incompatible with both Article 6 and 8 of the ECHR. The Court established the existence of a link between professional secrecy and the right of an individual not to self-inculpate. Legislation requiring lawyers to disclose information received by the client would certainly be in breach of this right.

With regard to the scope of the protection granted to client-lawyer confidentiality, the ECHR Court stated, in the *Kopp v. Swiss* case, of 25 March 2008, that while the protection of confidentiality only covers the activities and the communications falling within the scope of the lawyer's mandate, the task of qualifying such activities and communications cannot be left to an administrative authorities. An independent magistrate should supervise all acts of investigation subject to breach clients' confidentiality. The law should define the scope and the modality of any interference in lawyer activities with sufficient clarity.

In *Foxley v. UK* of 20 September 2000, the ECHR Court clarified that any interference with lawyers privilege should be subject to the principle of necessity, corresponding to a pressing social need, and be proportionate to the legitimate aim pursued. The Court stated that correspondence between lawyers and clients could be intercepted, provided that the necessary safeguards be put in place to ensure the minimum impairment of the right to respect for correspondence. The Court clearly stated that lawyer-client relationship is, in principle, privileged and correspondence in that context, whatever its purpose, concerns matters of private and confidential nature. Thus, in order to justify an interference on lawyer-client communications, Member States should demonstrate that the privileged channel of communication is being abused or the existence of any other exceptional circumstance.

In *Ravon v. France*, of 21 February 2008, the ECHR Court declared that inspections of lawyers premises, with the purpose of seeking evidence of a fraud on the part of a company, be incompatible with Article 8 ECHR: in the case at issue, the authorities did not establish or allege, prior to the inspection, any involvement of the lawyers in the fraudulent activities. Furthermore, the inspection had been carried out without the assistance of a magistrate and on the basis of a too wide mandate. The ECHR Court ruled that, on that basis, the inspection was not justified by Article 8 (2) of the ECHR.

It clearly emerges, from the cases quoted above, that the secrecy of client-lawyer communications falls entirely within the scope of Article 8 ECHR and that any interference from public authorities on this secrecy not only would violate the said provision, but also, and due to the role of lawyers in the administration of justice, but would also be incompatible with Article 6 ECHR.

According to the court, Member State can derogate from Article 8 ECHR only in specific cases, adopting all the safeguards that are necessary to avoid any unnecessary violation of clients' confidentiality.

A general regime, such as that provided for by the EU Anti Money Laundering Directives, to the extent that they establish a general duty for lawyers to disclose clients' information to public authorities, is clearly incompatible with Article 8 ECHR, as interpreted by the case law of the Court. Indeed, these Directive have the effect of making information, collected by lawyers in the performance of their duty, available to prosecutors or law enforcement bodies, in the absence of any safeguard and regardless of any direct involvement of the lawyer in the offences that the Anti Money Laundering Directives seek to prevent.