



---

## **RÉPONSE DU CCBE AU RAPPORT DE LA COMMISSION D'AVRIL 2012 SUR L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2005/60/CE**

---

**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](mailto:ccbe@ccbe.eu) – [www.ccbe.eu](http://www.ccbe.eu)

---

## **Réponse du CCBE au rapport de la Commission d'avril 2012 sur l'application de la directive 2005/60/CE**

---

### **A : Observations générales**

#### **1. Introduction**

Ce document répond au rapport de la Commission sur l'application de la troisième directive anti-blanchiment, la directive 2005/60 (« la directive »). La réponse du CCBE se concentre en particulier sur la partie concernant le traitement des avocats et des autres membres de professions juridiques indépendantes.

Le CCBE souhaite également saisir l'occasion de soulever avec la Commission certaines questions qui méritent selon lui une réflexion approfondie par la Commission dans le cadre de la prochaine révision de la directive et de ses effets sur la profession d'avocat. Un certain nombre de ces commentaires ont déjà été soumis à la Commission en septembre 2011.

#### **2. Commentaires préliminaires**

Avant d'aborder les questions spécifiques soulevées dans le rapport de la Commission, le CCBE tient à mettre en évidence certains aspects du rôle de la profession d'avocat dans le contexte de la directive.

- Le CCBE n'excuse et n'excusera jamais les actions d'un avocat qui participe sciemment aux activités criminelles d'un client, qu'il s'agisse de blanchiment de capitaux ou de toute autre activité criminelle. Il existe déjà des règles déontologiques et des sanctions disciplinaires professionnelles en plus des sanctions pénales pour les avocats qui participent à des activités criminelles de ce genre.
- Le CCBE rappelle à la Commission qu'un avocat est un membre d'une profession réglementée, qu'il participe au processus qui garantit l'État de droit, et qu'il est de son devoir d'appliquer le droit et de le voir appliquer. La mission d'un avocat indépendant et membre d'une profession réglementée repose sur la confiance absolue que lui accorde son client qui doit être en mesure de consulter son avocat en toute confidentialité et sans craindre que sa confiance ne soit trahie.
- Le CCBE estime que la profession d'avocat tient dans l'administration de la justice un rôle primordial afin de faire respecter l'État de droit. Il est fondamentalement différent du rôle de toute autre profession. Un avocat est tenu d'agir dans les intérêts de son client et de manière indépendante.
- Le CCBE tient à souligner que l'application d'un système conçu pour le secteur des services financiers est fondamentalement incompatible avec de nombreux systèmes juridiques européens et qu'elle compromet le rôle des avocats au sein des systèmes juridiques qui maintiennent l'État de droit. La modification du système tel qu'il s'applique au secteur des services financiers afin de l'appliquer aux avocats ne résoudra pas ses défauts fondamentaux de conception.
- Le CCBE est fermement convaincu que certaines des dispositions de la directive sont contraires aux valeurs fondamentales de la profession et impliquent par conséquent une diminution effective des droits des justiciables : le CCBE tient à souligner que le secret professionnel doit, dans tous les cas, être préservé. Il est bien entendu reconnu que la profession d'avocat doit tenir et tiendra son rôle dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. C'est pourquoi il est nécessaire de clarifier l'étendue de ces droits. Le principe directeur est donc que les obligations imposées aux avocats et leurs conséquences envers les citoyens doivent être justifiées par rapport aux risques perçus.

- Le CCBE tient à souligner qu'après l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à valeur égale à celle des traités et le processus d'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), un nouvel environnement a été mis en place. Les institutions européennes sont invitées à respecter les droits fondamentaux exprimés dans la Charte et la CEDH et tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence.
- Eu égard aux principes généraux du droit, ainsi qu'aux articles 6 et 8 de la CEDH, la CJUE et la Cour de Strasbourg ont reconnu le caractère spécifique et les principes essentiels de la profession d'avocat, en particulier en ce qui concerne la protection du secret professionnel en tant que principe indissociable de l'indépendance des avocats.
- Le respect de ces exigences est consubstantiel à l'État de droit. Le CCBE constate également que toute initiative de la Commission non conforme aux droits fondamentaux, en particulier les articles 6 et 8 de la CEDH et les articles 7 et 47 de la Charte, est incompatible avec le droit primaire de l'Union. La révision de la directive 2005/60/CE doit absolument prendre en compte ces nouvelles exigences, qui découlent du traité de Lisbonne.
- Le CCBE accueille l'occasion d'engager dans un dialogue constructif avec la Commission afin de trouver un juste équilibre entre les besoins de la société en général et les droits des justiciables, notamment pour ce qui est des obligations que la directive impose à la profession d'avocat. Il est donc important de reconnaître que, dans la mesure où des contestations judiciaires sont actuellement en cours et que des contestations judiciaires peuvent avoir lieu à l'avenir en ce qui concerne les dispositions de la directive et leur mise en œuvre dans les États membres, le contenu de cette réponse et les propositions du CCBE se font sous toutes réserves.

## **B : Commentaires sur le rapport de la Commission**

En ce qui concerne « l'évaluation de la Commission du traitement réservé aux avocats et aux autres membres de professions juridiques indépendantes par la directive », le CCBE formule les observations suivantes :

### (1) Secret professionnel

Le rapport de la Commission renvoie à la question de l'obligation d'un avocat au secret professionnel et du droit fondamental à un procès équitable. La Commission indique que la Cour de justice européenne a statué sur la question et que « *Même si l'arrêt concernait la directive 91/308/CEE, les principales conclusions de la Cour restent valables pour la troisième directive anti-blanchiment. Sur cette base, il y a lieu de considérer que les obligations en matière de LBC imposées aux membres des professions juridiques ne portent pas atteinte au droit d'accéder à un tribunal impartial tel qu'il est garanti par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux et par l'article 6 de la CEDH.* ».

Le secret professionnel est un concept non exhaustif dont la profession d'avocat a une interprétation non exhaustive. Le CCBE estime qu'il existe une jurisprudence abondante, que le rapport de la Commission ne mentionne pas, qui démontre que les obligations de déclaration imposées à un avocat constituent une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Jusqu'à récemment, cet article n'avait jamais été considéré par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Le CCBE intervient actuellement pour soutenir une contestation contre les dispositions de la directive qui s'appuie sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) (*requête n°12323/11 Michaud c. France*).

### (2) Déclarations de transactions suspectes

Le rapport de la Commission indique que « *L'étude Deloitte a constaté que la proportion de déclarations de transactions suspectes effectuées par certaines professions non financières (les professions juridiques, notamment) était faible par rapport aux déclarations effectuées par les établissements financiers. Le problème de la sous-déclaration dans certaines juridictions demeure une source de préoccupation et il pourrait être envisagé de rechercher des moyens de faire augmenter les taux de déclaration...* ».

Le CCBE constate qu'il n'y a aucune preuve permettant d'étayer l'affirmation selon laquelle il existe un problème de sous-déclaration de la part de la profession d'avocat. Le CCBE fait valoir qu'une comparaison fondée sur les chiffres relatifs aux services bancaires et autres institutions ou professions financières est inappropriée et induit donc en erreur, sachant que les activités des avocats sont fondamentalement différentes. Par quel critère, autre que la comparaison avec les institutions financières qui sont impliquées dans des milliers de transactions quotidiennes, contrairement aux avocats qui ne traitent pas autant de transactions, le taux de déclaration émanant des avocats peut-il être mesuré ? Quelles sont les données disponibles au plan national permettant de démontrer clairement que les avocats ne font pas de déclarations dans les cas où ils doivent le faire ? Cet argument repose sur des comparaisons incorrectes.

En l'absence de preuves empiriques, il est impossible de conclure de quelque manière que ce soit que les taux actuels de déclarations faites par la profession d'avocat reflètent fidèlement l'état actuel des choses. L'expérience suggère que les dispositions de la directive, telles qu'elles sont appliquées dans les États membres, sont autant de moyens de dissuasion à ce que les blanchisseurs potentiels de capitaux aient recours aux services des avocats.

Un autre aspect à garder à l'esprit est que la présomption de la Commission quant à un taux inférieur de déclarations par rapport à ses attentes peut très bien être le reflet de l'opportunité des normes déontologiques prises par les avocats, qui découragent leurs clients de leur confier des instructions qui constituent une violation de la directive. Avec ces normes fermes, les criminels organisés et les blanchisseurs potentiels de capitaux s'aperçoivent que les avocats sont peu susceptibles de fermer les yeux lorsqu'il leur est demandé d'aider d'une manière quelconque à soutenir le blanchiment de capitaux.

En outre, le CCBE estime que les informations dont les avocats disposent sont généralement plus précises que les informations obtenues par d'autres professions. Grâce aux informations disponibles et à leur niveau élevé de qualifications professionnelles, les avocats sont en mesure d'établir des déclarations de haute qualité afin d'écarter les affaires ne devant pas d'être signalées avant de soumettre une déclaration de soupçon.

Le CCBE constate, des discussions avec la Commission, que le Royaume-Uni a été identifié comme présentant un taux élevé de déclarations. Le CCBE tient à souligner que ce phénomène découle des procédures de consentement en vigueur au Royaume-Uni, ainsi que l'application de la même approche envers tous les crimes, la portée des dispositions au Royaume-Uni et le nombre d'infractions au Royaume-Uni qui seraient autrement traitées comme des questions de droit civil dans d'autres juridictions. Aucune information n'est disponible quant au niveau d'efficacité de ces rapports dans la poursuite des crimes les plus graves tels que le sont considérés le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

### (3) Le rôle des barreaux

Les avocats pratiquant dans des pays de tradition juridique continentale, dans lesquels le secret professionnel institué dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société constitue le fondement de la relation de confiance entre le client et son avocat, sont particulièrement préoccupés par la proposition évoquée au paragraphe 2.7 du rapport de la Commission selon laquelle « il pourrait être précisé que, lorsque les États membres estiment que les déclarations de transactions suspectes sont filtrées, ils devraient sérieusement envisager d'exiger que les déclarations soient transmises directement à la CRF. » Si cette proposition était mise en œuvre, elle viderait de sens le rôle du barreau qui est le garant du respect du secret professionnel, lequel n'est pas une faculté mais une obligation à laquelle est soumis l'avocat dans l'intérêt général.

Le rôle du barreau en matière de prévention du blanchiment, qui intervient comme interface entre les avocats de son ordre et la CRF, est reconnu à la fois par les directives 2 et 3, la loi, les recommandations du GAFI et les jurisprudences nationales et européennes.

Il consiste à s'assurer de la bonne application des règles qui imposent dans certains cas, des déclarations.

Ainsi, le barreau s'assure que les déclarations de soupçons entrent bien dans le champ d'application de la directive et de la loi tout en s'assurant qu'une déclaration intempestive hors des cas prévus par

la directive ne soit pas transmise à la CRF (TRACFIN en France) parce qu'elle constituerait une violation du secret professionnel qui s'impose à l'avocat.

Si la déclaration qu'il reçoit d'un avocat entre dans le champ prévu par les textes, le barreau la transmet à la CRF dans un bref délai.

En résumé, le barreau ne « filtre » pas les déclarations, et son intervention n'a pas pour finalité de retenir les déclarations qui doivent être transmises à la CRF en vertu des textes applicables, mais de s'assurer que celles qu'il reçoit doivent bien l'être et ne constituent pas une violation du secret professionnel reconnu et protégé en Europe.

Le CCBE recommande donc avec insistance que la Commission ne maintienne pas sa proposition sur ce point.

#### (4) Définition de « transaction »

Le rapport de la Commission indique que « *L'article 2, paragraphe 1, point 3), lettre b), de la directive prévoit que cette dernière s'applique aux « 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 » concernant un certain nombre d'activités répertoriées (l'achat et la vente de biens immeubles, la gestion de fonds, etc.). Les représentants des professions juridiques ont demandé quelles « transactions » étaient visées et il pourrait être envisagé d'apporter des clarifications sur ce point.*

Selon la Recommandation 23 (révisée) du GAFI, les opérations non financières ne figurent pas dans l'obligation de déclaration d'un avocat.

#### (5) Mesures de vigilance à l'égard de la clientèle

Dans la société numérique actuelle, il n'est pas rare d'entretenir des relations avec les clients à distance. Bien que le CCBE reconnaisse que les blanchisseurs de capitaux puissent préférer l'absence de face-à-face, il ne cautionne pas l'idée que toute relation d'affaires à distance doive en soi directement mener à un risque plus élevé et donc à l'amélioration des mesures de vigilance à l'égard de la clientèle. L'approche fondée sur le risque de la directive permet déjà à l'institution de se concentrer sur les relations sans face-à-face qui présentent réellement un risque plus élevé.

#### (6) Organismes d'autoréglementation

La Commission déclare ce qui suit : « *On peut se demander si le contrôle de l'application des normes en matière de LBC doit continuer à être confié à des organismes d'autorégulation ou si le rôle de ces derniers doit être mieux défini...* ».

L'infraction commise par un avocat envers ses obligations de déclaration en vertu de la réglementation nationale de LBC soit à la CRF, soit au barreau comme il se doit, est normalement traitée par le barreau dans le cadre d'une procédure disciplinaire dans son rôle de responsable du contrôle global du respect des avocats envers leurs obligations légales. Le CCBE estime que le rôle de l'organisme d'autoréglementation devrait rester du ressort des États membres étant donné que chacun d'entre eux dispose de son propre système et de ses propres ressources : il est donc préférable de laisser aux États membres le soin d'organiser ce rôle.

### **C : Questions à examiner par la Commission lors de la révision de la directive**

Comme l'indique notre réponse de septembre 2011, le CCBE estime que les questions suivantes méritent un examen plus approfondi par la Commission lors de la révision de la directive :

- le champ d'application de la directive par rapport aux avocats ;
- la portée des infractions de blanchiment de capitaux ;

- l'obligation de déclaration fondée sur des soupçons ;
- l'exemption de l'obligation de déclaration ;
- les circonstances exceptionnelles ;
- la pertinence des procédures judiciaires ;
- le recours à des tiers ;
- l'obligation de vigilance 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.

## 1. Le 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<sup>1</sup>.

*« lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à une transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou l'exécution 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 mots tels que « participent » et « préparation » dans ce paragraphe semble suggérer un certain degré de participation d'un avocat dans la transaction qui va bien au-delà des services habituels fournis par les avocats.

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.

## 2. Portée des opérations de blanchiment de capitaux

L'autre question étroitement liée à celle du champ d'application de la directive en ce qu'elle affecte la profession d'avocat est la préoccupation du CCBE quant à la mesure dans laquelle les dispositions de la directive ont permis aux États membres d'étendre les obligations de la directive, y compris à des activités criminelles qui ne sont pas nécessairement associées au produit du crime provenant de la

<sup>1</sup> Aux fins du présent rapport, le CCBE a préféré utiliser le terme « avocat » plutôt que « membre d'une profession juridique indépendante » en dehors des passages où un amendement de la directive est proposé. Le CCBE est conscient que l'expression « profession juridique indépendante » n'est pas satisfaisante et pourrait demander un examen plus approfondi. Le CCBE n'a pas non plus cherché à examiner la situation des autres professions non financières.

criminalité organisée ou du terrorisme. Le CCBE souhaite discuter avec la Commission des nombreuses questions émanant du champ d'application de la directive.

### 3. L'obligation de déclaration fondée sur des « soupçons »

Le CCBE a examiné l'effet de l'obligation en vertu de l'article 22 1 (a) des 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.

Le CCBE refuse qu'un avocat soit jamais placé dans une situation où il est tenu à une obligation impérative en raison de simples soupçons, et encore moins qu'il puisse faire l'objet d'une sanction pénale pour y avoir manqué. Il est intéressant de voir que dans de nombreuses juridictions des « soupçons » sont considérées comme un étant un seuil peu élevé.

Si la position à cet égard reste inchangée, le CCBE, les barreaux et les praticiens se retrouveraient dans la situation inconfortable de devoir évaluer les circonstances ou les conditions dans lesquelles un « soupçon » peut motiver une déclaration.

Théoriquement, il ne serait pas dans l'intérêt de la CRF de recevoir des déclarations de soupçons de qualité médiocre dans le contexte d'une enquête criminelle.

En outre, des difficultés d'interprétation peuvent surgir au moment de distinguer les circonstances dans lesquelles un avocat « soupçonne » qu'une opération de financement du terrorisme est en cours ou a eu lieu et où un avocat peut être réputé avoir ou ne pas avoir eu des motifs raisonnables de soupçonner de telles infractions.

En premier lieu, le critère (le critère subjectif) semblerait reposer sur des motifs minimes et non nécessairement raisonnables, alors que dans le cadre du deuxième critère (le critère objectif), les motifs de la décision raisonnable peuvent être soit réfutés soit confirmés preuves à l'appui dans le cas de poursuites intentées contre l'avocat. La combinaison des deux critères dans la directive est source de confusion.

Le CCBE estime donc que le critère fondé sur des motifs raisonnables d'avoir des soupçons devrait être supprimé, à condition que le critère du soupçon soit défini par renvoi à des faits tangibles et qu'il ne repose pas seulement sur des conjectures. L'avantage de cette approche serait au moins de parvenir à une compréhension uniforme à l'échelle européenne. Le CCBE propose que cet aspect soit traité dans les considérants de la directive.

### 4. L'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 soupçon dans les cas où il reçoit les informations d'un client ou d'un de ses clients.

- 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 et à sa mise en œuvre pratique<sup>2</sup>. 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. Cependant, aux Pays-Bas, par exemple, ces difficultés apparaissent alors que le législateur néerlandais a limité la notion de « vérification de la situation juridique » d'un client à la seule première rencontre avec ce client. Tous les conseils juridiques donnés 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

---

2 Il suffit d'observer quelques-uns des commentaires dans des affaires portées devant la CJUE et les tribunaux nationaux.

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* » avant de décrire les conditions dans lesquelles ce ne serait 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 soupçon.

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 soupçon 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 note interprétative du GAFI de la recommandation 23 semble être plus cohérente en la matière en déclarant que les avocats « *ne sont pas tenus de déclarer des opérations suspectes si les informations correspondantes ont été obtenues dans des circonstances relevant du secret professionnel ou d'une relation professionnelle privilégiée.* », tandis qu'il y est ensuite déclaré ce qui suit : « *Il s'agit normalement des informations que les avocats, les notaires ou les membres des professions juridiques indépendantes reçoivent ou obtiennent d'un de leurs clients : (a) lorsqu'ils évaluent la situation juridique de leur client, ou (b) lorsqu'ils accomplissent leurs devoirs de défense ou de représentation du client dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives ou dans le cadre de procédures d'arbitrage ou de médiation.* »

La formulation pourrait être la suivante :

« *Les membres de professions juridiques indépendantes ne sont pas tenus de divulguer des renseignements qu'ils reçoivent ou obtiennent sur l'un de leurs clients lorsque ces informations sont soumises au secret professionnel ou à une relation professionnelle privilégiée* ».

À cet égard, le CCBE a constaté qu'en France il n'existe pas obligation de déclarer lorsqu'un avocat se désiste de l'affaire cessant ainsi de donner des conseils juridiques avant la conclusion de toute transaction.

## **5. Excuse raisonnable**

À partir de l'examen des circonstances dans lesquelles un avocat n'est pas tenu de faire une déclaration de soupçon, 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 offrent leurs services dans la plupart des cas de manière individualisée (contrairement, par exemple, à une institution financière où les personnes qui établissent des déclarations bénéficieraient d'un certain degré d'anonymat), un avocat peut, dans certaines circonstances, estimer que sa sécurité personnelle est mise en péril si le client venait à découvrir qu'il avait rempli une déclaration de soupçon.

Il peut en effet y avoir d'autres circonstances qu'un tribunal puisse 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 CCBE. La défense de l'excuse raisonnable ne devrait pas non plus se limiter au défaut de déclaration de soupçon, mais devrait également s'appliquer à d'autres obligations telles que la non-conformité à l'obligation de vigilance à l'égard de la clientèle.



## 6. Pertinence des procédures judiciaires

Un aspect quelque peu déroutant de la directive est de savoir si oui ou non les transactions qui sont l'objet de poursuites judiciaires, y compris de procédures administratives, d'arbitrage ou de médiation relèvent des activités visées à l'article 2 (3) (b). À première vue, il est difficile d'assimiler le libellé de cet article à la liste des activités énoncées dans l'article, à moins que le rédacteur n'ait eu à l'esprit les circonstances dans lesquelles l'approbation du tribunal peut être nécessaire pour donner effet à la transaction, comme par exemple en ce qui concerne les procédures de droit de la famille, les procédures de fusion ou les transactions immobilières qui nécessitent l'approbation de la session de terrains. La seule référence expresse à des poursuites judiciaires a lieu dans le cadre des exemptions de déclaration aux articles 9.5 et 23.2 et, par voie de conséquence, il est considéré que les procédures judiciaires peuvent être concernées.

Le CCBE part du principe que les procédures judiciaires, administratives, d'arbitrage et de médiation sont exclues de cette liste d'activités.

À cet égard, le CCBE renvoie également à l'alinéa suivant de la décision de la CJE du 26 juin 2007 dans l'affaire C305/05 :

*« 34. En outre, dès le moment où l'assistance de l'avocat intervenu dans le cadre d'une transaction visée à l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308 est sollicitée pour l'exercice d'une mission de défense ou de représentation en justice ou pour l'obtention de conseils sur la manière d'engager ou d'éviter une procédure judiciaire, ledit avocat est exonéré, en vertu de l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de ladite directive, des obligations énoncées au paragraphe 1 dudit article et, à cet égard, il importe peu que les informations aient été reçues ou obtenues avant, pendant ou après la procédure. Une telle exonération est de nature à préserver le droit du client à un procès équitable. »*

## 7. Recours à des tiers

Bien que l'article 14 prévoie que les États membres puissent permettre aux personnes et aux institutions visées par la directive de recourir à des tiers pour satisfaire aux exigences de vigilance de la directive, malheureusement, la valeur pratique de cette dérogation est sévèrement diminuée par l'autre disposition prévoyant que « la responsabilité finale » incombe aux personnes qui cherchent à avoir recours à des 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 vigilance car les autres avocats agissant pour le même client peuvent estimer (et surtout leurs clients) que le fait de remplir l'obligation de vigilance à nouveau constitue une duplication inutile. Ceci étant dit le cabinet chef de file, sûrement heureux de partager les résultats de son obligation de vigilance 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 la responsabilité finale » en précisant les conditions à respecter avant de pouvoir confier l'obligation de vigilance à des tiers.

La question se pose également dans la mesure où un avocat peut avoir recours à des tiers qui ne sont pas avocats, même si l'article 14 semble le permettre, les États Membres ne l'interprètent pas toujours de cette manière. La note interprétative du GAFI à la recommandation 17 révisée donne une réponse claire à cette question en indiquant : « *Le terme tiers désigne les institutions financières et les entreprises et professions non financières désignées qui font l'objet d'un contrôle ou d'une surveillance et qui remplissent les obligations de la recommandation 17* ».

Afin de répondre à quelques-uns des problèmes liés au recours à des tiers, la *Law Society* d'Angleterre et du pays de Galles propose ce qui suit :

- Une personne qui est réglementée dans son État membre d'origine devrait en principe être de manière rationnelle en droit d'avoir recours à d'autres entités réglementées (dont bien entendu les avocats) soit dans son État membre d'origine, soit dans d'autres États membres,

sous réserve que ces autres entités réglementées soient bien soumises aux procédures nécessaires de vigilance fondées sur le risque, à moins qu'il n'existe une preuve réfutant cette présomption.

- Lorsque le recours raisonnable à un tiers est établi, l'autre entité réglementée invoquée est responsable de l'exécution des mesures de vigilance dans le respect de ses propres lois, si bien que la personne y ayant recours n'est responsable ni de son propre manquement aux mesures de vigilance ni du manquement de l'autre entité réglementée.
- L'autre entité réglementée ne devrait être soumise à aucune responsabilité civile ni aucune autre responsabilité juridique envers la personne qui a recours à elle.
- Un certificat de recours (même informel) devrait donner le détail de la preuve recueillie, ce qui devrait s'avérer suffisant pour le recours. Tandis que la personne qui a recours à l'autre entité devrait être en droit de demander des copies de la preuve, elle ne devrait pas être tenue légalement 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.

## **8. Interdiction de divulgation lorsqu'un avocat cesse d'agir**

L'interdiction de divulgation 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 les deux cas suivants :

- 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 est donc compromis le principe selon lequel l'avocat doit toujours être en droit de contester son client s'il soupçonne qu'une infraction criminelle a été commise ou peut se produire au cours d'une transaction et avant sa conclusion, en gardant à l'esprit qu'en vertu de l'article 22 il est obligatoire de remplir une déclaration de soupçon « promptement » dès qu'il existe un soupçon qu'une opération ou une tentative de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme « est en cours ou a eu lieu ».

Ce principe serait considéré comme une caractéristique essentielle du rôle indépendant de l'avocat dans l'administration de la justice, premièrement pour garantir l'absence d'infraction criminelle et, deuxièmement, pour veiller à ce que l'avocat ne participe pas à l'activité criminelle.

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

- que le client soit dissuadé de l'action qu'il envisageait, auquel cas l'obligation de déclaration ne se pose pas ;
- que le client produise des preuves qui apaisent les soupçons de l'avocat, auquel cas l'obligation de déclaration ne se pose pas ;
- si aucune de ces conditions n'est satisfaite, alors l'avocat n'a pas d'autre solution que de remplir une déclaration de soupçon et de cesser d'agir pour le client.

La question qui concernait le CCBE est de savoir dans quelle mesure le principe ci-dessus est contraire aux dispositions de la directive en ce qui concerne :

- a) l'article 22 et l'obligation de remplir une déclaration « promptement » ;
- b) l'article 28 et l'interdiction de divulgation.

En outre, dans quelle mesure l'article 28 (6) résout-il les problèmes mentionnés ci-dessus ? Cet article prévoit que lorsqu'un avocat cherche à dissuader un client de se livrer à une activité illégale, cela ne constitue pas une divulgation au sens du paragraphe 1 de l'article 28.

- a) En ce qui concerne l'article 22, dans la mesure où l'article exige des avocats qu'ils informent promptement les autorités, le CCBE suppose (tout en demandant des

précisions) qu'un avocat ne sera pas tenu de faire une déclaration jusqu'à ce qu'il ait pris les mesures nécessaires afin d'établir s'il existe des faits donnant lieu à des soupçons rendant nécessaire une déclaration ou de conseiller à son client de ne pas commettre une infraction pénale. Le libellé de l'article est tel qu'un avocat pourrait être exclu de le faire.

- b) Pour ce qui est de 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, s'il ne trouve pas de réponse satisfaisante, pourraient le conduire à faire une déclaration ?

L'argument existe selon lequel l'article 28 (6) pourrait être utile à l'avocat dans ces circonstances, mais sa rédaction est, malheureusement, curieuse. En premier lieu, les circonstances dans lesquelles l'avocat cherche à dissuader son client sont liées à une « divulgation » au sens du paragraphe 1. Mais le paragraphe 1 dans son ensemble consiste en une divulgation ayant lieu après la réalisation d'une déclaration ou qu'une enquête relative au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte.

Telle n'était sûrement pas l'intention, ou alors l'article 28 (6) n'est pas logique.

Il est à noter, cependant, qu'en vertu de l'article 7 (c) un avocat est tenu d'appliquer les mesures de vigilance (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 les occasions qui « déclenchent » l'obligation d'appliquer les mesures de vigilances et pourrait même la déclencher lorsqu'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, dans un deuxième temps, en cas de soupçons après le début de la relation d'affaires ?

Le CCBE est donc venu à la conclusion que la directive devrait refléter les principes ci-dessus en fournissant des éclaircissements sur les points 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 se livrer à une activité illégale ou pour obtenir de plus amples informations de la part de son client pour savoir s'il existe ou non en réalité un fondement à ses soupçons ;
2. Dans les deux cas, ces mesures ne doivent pas être réputées comme constituant une violation de l'interdiction de divulgation ;
3. Si l'avocat cesse d'agir après avoir fait une déclaration de soupçon conformément à la déontologie professionnelle, cela ne pourra en soi constituer une violation de l'interdiction de divulgation.