



---

## **CCBE RESPONSE TO THE COMMISSION**

### **THE REVIEW OF THE THIRD ANTI-MONEY LAUNDERING DIRECTIVE**

---

---

## CCBE Response to the Commission

---

### Table of contents

1. Introduction .....	4
2. Preliminary Comments .....	5
3. The Deloitte Study .....	6
3.1. General Comments .....	6
3.2. Inherent Risk .....	6
3.3. Stricter Measures .....	6
3.4. Reporting by lawyers .....	7
3.5. Extent of the problem .....	7
3.6. The role of lawyers as Gatekeepers .....	7
3.7. Presentation of typologies and case examples related to the relevant situations. ....	8
3.8. Relatively low number of reports from non-financial professions. ....	8
3.9. Lawyers and reporting; Professional Secrecy .....	9
3.10. Role of lawyers in the AML system.....	10
4. The Deloitte Recommendations .....	11
4.1. Recommendation 1 .....	11
4.2. Recommendation 2 .....	11
4.3. Recommendation 3 .....	11
4.4. Recommendation 4 .....	11
4.5. Recommendation 5 .....	12
4.6. Recommendation 6 .....	12
4.7. Recommendation 7 .....	12
4.8. Recommendation 8 .....	12
4.9. Recommendation 9 .....	12
4.10. Recommendation 10 .....	12
4.11. Recommendation 11 .....	13
4.12. Recommendation 12 .....	13
4.13. Recommendation 13 .....	13
4.14. Additional Recommendations .....	13
5. Issues of concern to the profession.....	14
5.1. The scope of the Directive in relation to lawyers. ....	14
5.2. Scope of money laundering transactions.....	15
5.3. Mandatory reporting based on “Suspicion” .....	15
5.4. Exemptions from mandatory reporting.....	15

5.5.	Reasonable excuse .....	16
5.6.	The relevance of Judicial Proceedings .....	16
5.7.	Third Party Reliance .....	17
5.8.	Customer Due Diligence for small practices .....	17
5.9.	Identification of beneficial owners .....	18
5.10.	Politically exposed persons.....	18
5.11.	Tipping off where a lawyer ceases to act.....	18
5.12.	Data Protection .....	20
5.13.	Anonymity .....	20
6.	Replies to the Commission questions .....	21
6.1.	Risk based approach .....	21
6.2.	Reporting duty of lawyers .....	21
6.3.	Uncertainties .....	21
6.4.	Ethical Issues and client confidentiality .....	22
6.5.	Reporting by professional-self regulatory bodies.....	22
6.6.	Effectiveness.....	23
Annex 1	.....	24
Annex 2	.....	46

## 1. Introduction

This paper is in response to the letter dated 15<sup>th</sup> July 2011 from the Commission seeking the views of the CCBE in regard to the review of the Third Anti Money Laundering Directive (the “Directive”) and in particular in regard to certain specific questions posed by the Commission.

The CCBE also wishes to avail of the opportunity to raise with the Commission a number of issues, which in its opinion merit further consideration by the Commission in the context of the forthcoming review of the Directive and its impact on the legal profession.

Finally the CCBE wishes to respond to a number of the conclusions and recommendations contained in the Deloitte Study.

For the purposes of this response to the Commission’s letter of 15<sup>th</sup> July 2011, it is proposed firstly to comment on the conclusions and recommendations of the Deloitte Study, followed by a summary of various issues which the CCBE considers should be taken into account by the Commission as part of its review and thirdly to set out the CCBE’s replies to the specific questions posed by the Commission in their letter.

## 2. Preliminary Comments

Prior to dealing with the specific issues discussed in this response, the CCBE is anxious that certain aspects of the role of the legal profession in the context of the Directive should be highlighted.

As will be apparent from the legal arguments set out in the papers attached to this response, the CCBE firmly believes that some of the provisions of the Directive conflict with basic core values of the profession and as a consequence comprise an effective diminution of citizens' rights.

In particular, the CCBE wishes to emphasise that, following the entry into force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union having the same value as the Treaties, and the EU accession process to the ECHR, a new environment has been established. The European Institutions are required to comply with fundamental rights as expressed in the Charter and the ECHR and as interpreted by case law.

Having regard to the general principles of law, as well as Articles 6 and 8 of the ECHR, both the ECJ and the Strasbourg Court have recognised the specific character and essential principles of the legal profession, in particular in relation to the protection of the professional secret as a principle inseparable from the independence of lawyers.

Compliance with these requirements is synonymous with the rule of law. The CCBE further notes that any Commission initiative, which does not comply with fundamental rights, in particular ECHR Articles 6 and 8 and Articles 47 and 7 of the Charter, is incompatible with primary EU legislation.

The revision of Directive 2005/60/EC must absolutely take into account these new requirements arising from the Lisbon Treaty.

These issues are dealt with in more detail in the attached annexes.

The CCBE would also wish to emphasise that the application of a system designed for the financial services sector is fundamentally incompatible with many European legal systems and interferes with the role of lawyers within legal systems upholding the rule of law. Amendment of the system as it applies to the financial services sector in order to apply it to lawyers will not resolve fundamental design flaws.

It is for these reasons that the CCBE welcomes the opportunity to engage in a constructive dialogue with the Commission with a view to seeking an appropriate balance between the needs of society in general and the rights of individual citizens in particular having regard to the obligations imposed on the legal profession by the Directive.

It is important therefore to recognise that insofar as legal challenges may take place in the future regarding the provisions of the Directive and their implementation in Member States, the contents of this response and any proposals by the CCBE are made on a strictly without prejudice basis.

### 3. The Deloitte Study

#### 3.1. General Comments

Even following a cursory examination of the Study, it is apparent that for the most part it comprises a survey of the implementation of the Directive in regard to certain selected issues, as well as a compilation of the responses, often expressed in the form of opinions received from public and private stakeholders regarding such issues. It is regrettable that the Study does not appear to have carried out much in the way of original research into these issues nor, from the point of view of the legal profession, a process of verification of the assumptions upon which these opinions are based.<sup>1</sup>

Nevertheless the Study does provide a considerable amount of information regarding the implementation of the Directive in the Member States and is a contribution to our understanding of the problems facing the non-financial professions as well as the legal profession.

#### 3.2. Inherent Risk

The second paragraph on page 5 of the Executive Summary reads as follows:

*“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**”*

The same statement appears as the final paragraph (5.1 General Conclusions) in Section 5 of the Study setting out Deloitte’s Analytical Conclusions.

The basis upon which this conclusion has been reached could also be the basis for reaching a contrary conclusion, namely that the inherent risk is low.

Whatever may be the accuracy of this conclusion in regard non-financial professions in general, the validity of the assumptions in regard to the legal profession are, to say the least doubtful. At no point in the Study has any clear evidence been cited which demonstrates that the legal profession has been, and continues to be, targeted by launderers, other than in circumstances where a lawyer wilfully participates in a money-laundering scheme. This issue is further considered in the context of the “typologies” at paragraph 3.7.

#### 3.3. Stricter Measures

The Executive Summary refers to the fact that Member States have implemented in one way or another one or more measures that are stricter than required by the Directive and concludes that the diversity in implementation can complicate cross border compliance. Furthermore, it is noted that Deloitte have recommended (at Recommendation 1) that too great a diversity should be avoided.

Unfortunately the Study does not indicate the extent to which such complications may arise. In the absence of any specific indications the CCBE considers that Member States should in principle be entitled to exercise flexibility in this regard. This argument is further developed at paragraph 4.1.

---

<sup>1</sup> This may be explained by the Methodologies used by Deloitte, namely desk research, questionnaires and interviews- see further at page 164 of the Study.

### 3.4. Reporting by lawyers

At the end of the first paragraph on page 7 of the Executive Summary, the following statement appears:

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

A similar recommendation is set out on page 8 of the Executive Summary.

The CCBE strongly believes that legal privilege and professional secrecy must be maintained in all cases. Please see comments at paragraphs 3.9 and 5.4.

### 3.5. Extent of the problem

Having described the difficulty which Deloitte encountered in the identification of trends due to the limited information available, the Executive Summary concludes at page 7 that:

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

Notwithstanding this conclusion, paragraph 5.2.19 at page 293 of the Analytical Conclusions describes in more detail the difficulties which Deloitte encountered and which are summarised as follows:

- The type of quantitative information (i.e based on the four situations)<sup>2</sup> does not exist;
- Qualitative information based on the four situations is limited;
- With regard to the content of qualitative information further work needs to be undertaken, including the admission that the exact role of the gatekeepers is often not specified in the case studies;
- Few respondents gave detailed information with regard to the extent of the problem.

It is difficult to refrain from making the comment that laws carrying, in many cases significant criminal penalties should be justified on the grounds that there might be an argument in their favour!<sup>3</sup>

It can be assumed, that even in the absence of evidence, members of the profession are targeted by money launderers. The difficulty is to determine the scale of such targeting. Experience seems to suggest that the scale of the targeting is in fact relatively low and the question must therefore be asked if a reporting duty is justified. It is a fundamental principle in a democratic society that laws carrying significant criminal penalties should be justified on the grounds that there is a proportionate and justifiable argument for the good of society in their favour.

The comments of Deloitte in regard to the role of lawyers as gatekeepers in the following paragraph are relevant.

### 3.6. The role of lawyers as Gatekeepers

Section 4.1.2 (page 166 *et seq.*) of the Study deals at some length with the role of gatekeepers generally and quotes extensively from FATF reports. These reports underline the general theme that non-financial professionals including lawyers act as gatekeepers by providing access to the international financial system, and knowingly or not, can also facilitate concealment of the true origins of funds. This is a *mantra* which is repeated and developed in this section.

However it seems significant that as mentioned above, Deloitte felt compelled to make the remark that in the context of the extent of the problem, the exact role of the gatekeepers is often not specified in the case studies.

---

<sup>2</sup> The four situations referred to relevant to the legal profession are set out in Section 4.1 of the Study (page 162).

<sup>3</sup> However, it should be noted that at page 283 of the Study, the same observation is made in slightly more emphatic terms, where it is stated, “This would be an argument...”

On page 293 Deloitte discuss the issue of the misuse of gatekeepers in general and although they state that their desk research demonstrates in general that the misuse of gatekeepers happens, they acknowledge that:

- Given the lack of quantitative information it is not possible to draw conclusions on the frequency with which gatekeepers are misused;
- On the basis of the available information, it is not possible to conclude on the type of non-financial professionals that are misused in the four situations.

Deloitte then go on to make the following recommendations:

- If the issue is to be further examined in the future, access to additional information is necessary: It could be recommended to require additional statistics and typology information from the Member States (adapt Art 33 of the Directive);
- A clear view on the type of non-financial professionals involved, the frequency of their involvement and the type of their involvement requires additional research as to which professions intervene in the different transactions in the different Member States.

The CCBE supports these particular recommendations and would expect that they would be followed up during the course of the Commission's evaluation process.

### **3.7. Presentation of typologies and case examples related to the relevant situations.**

Clearly the presentation of typologies represents a vital element in the role of non-financial professions as gatekeepers. Some remarks have already been made as to the quality of the typologies, which have been quoted at some length in the Study. An examination of these cases indicates that where lawyers are mentioned, it is frequently in the context of a lawyer taking part in a money laundering fraud.

On page 199 reference is made to a typology where a lawyer acting in the capacity of a trustee in bankruptcy made a report.

It would have been helpful if details had been supplied of cases involving examples of STRs from lawyers in each of the Member States, together with some information as to the nature of the possible money laundering offence giving rise to the STRs which either led to a successful prosecution of a launderer or were instrumental in securing a conviction of the lawyers' client. Details of the persons could have been blanked out or "sanitised" to use an expression about a case on page 177. If this had been done then we would have, at least some indication that reporting by lawyers was of practical value. In the absence of this data it is difficult to arrive at a conclusion.

### **3.8. Relatively low number of reports from non-financial professions.**

Annexed to the Study are tables showing the number of reports made in each Member State by non-financial professionals for the year 2009<sup>4</sup> (statistics from one year cannot provide an accurate overview from a statistical point of view). The comment is made that, as compared with the financial sector, the number of reports is low. However, the figures show, excluding the UK that the total reports from lawyers in continental Europe, were in the region of 120-130.

The exception to the above is the UK where the number of reports from solicitors is substantially higher (4,761) than in the rest of the Member States, and also in the case of notaries where higher figures are recorded (in the region of 1000). We comment on this below.

The reasons suggested by both public and private stakeholders for the presumed low number of reports is remarkably similar, namely:

- Lack of awareness and need for training;
- Difficulties in implementing the necessary CDD structures and procedures;

---

<sup>4</sup> Save in the case of Austria where the figures are shown for 2008.



- Low number of suspicious transactions;

The problem with these explanations is that they appear to be expressions of opinion rather than based on clear evidence.

Further comments in the Study are worth noting:

On page 243 Deloitte acknowledge that:

*“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”*

Again on the same page, Deloitte make the statement that:

*“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”*

This seems illogical as the absence of such evidence could, conversely, also indicate that non-financial professions are in fact confronted by fewer suspicious transactions.

The Study makes some comments on possible reasons for the high level of reporting in the UK and suggests that the UK's strict regime and “ambiguities” in national law, results in a high level of precautionary reporting. In addition it makes the point that the fact that solicitors provide services which in other countries are provided by notaries should also be taken into account. This is presumably a reference to real estate transactions.

In the first instance the CCBE takes issue with the assertion made by Deloitte and by the Commission in the Commission's letter of the 15<sup>th</sup> July 2011, that the figures produced in the Study suggest that there is a low level of reporting by the legal profession, the implication being that there should be a higher level of reporting than currently appears to be the case. By what yardstick, other than a comparison with financial institutions that are involved in thousands of transactions on a daily basis as opposed to lawyers who are not involved in so many transactions, can the level of reporting by lawyers be measured? What evidence is available at a national level, which clearly demonstrates that lawyers are not making reports in circumstances where they should be doing so? In the absence of such evidence, it would appear that the conclusions reached are based on conjecture and inappropriate comparisons.

The CCBE respectfully submits that a comparison based on figures relating to banking and other financial institutions or professions is inappropriate and consequently misleading, as the activities of lawyers are fundamentally different. A true comparison could only be made following an accurate assessment of the number of occasions on which money launderers actually used the services of lawyers, excluding those lawyers who collude with their clients in a money laundering activity, as against the number of reports made.

The CCBE notes that the United Kingdom has been singled out as having a high level of reporting. The CCBE wishes to stress that as a consequence of the consent procedures in place in the United Kingdom together with the “all crimes” approach the ambiguous nature of the provisions in UK law which lends itself to precautionary reporting and the breadth of offences in the UK which may otherwise be treated as civil law matters in other jurisdictions, a significant percentage of the reports relate to technical breaches. No information is available as to the level of effectiveness of such reports in the prosecution of the more serious crimes generally regarded as money laundering and terrorist financing.

### **3.9. Lawyers and reporting; Professional Secrecy**

Paragraph 4.2.3.3.1 of this section of the Study then summarises, the role of the professional secret /legal privilege in the relationship between a lawyer and client, a description of the exemption in Article 22 of the Directive and a summary of some Court cases dealing with issues brought before the ECJ and more recently before the Belgian Council of State, 2<sup>nd</sup> July 2010. There is a rather lengthy footnote in which Deloitte point out the differences between the common law concept of legal professional privilege and the Civil law principle of the professional secret.

On page 255 following a discussion of the effect of the professional secret, Deloitte make the comment that:

*“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”*

There follows a further summary presumably gleaned from the responses to the questionnaire in which various respondents expressed their concerns on the interpretation and application of the exempting provisions of the Directive.

Please see further comments at paragraph 5.4.

### **3.10. Role of lawyers in the AML system.**

In this section of the Study certain questions have been posed:

- What is the perception of lawyers about their role in the AML/CFT system?
- What is the perception from other professions and from credit and financial institutions about the role of lawyers?
- Which is the impact of the rules on the client’s access to legal advice?

Once again it will be noted that the objective of this section of the Study is specifically to gauge opinions from stakeholders on the role of lawyers. As one might expect, the range of opinions varies considerably between those who considered the impact of the Directive was positive and those who believed that the lawyer’s role had little impact and that the obligations under the Directive were disproportionate.

The Study quotes (at page 272) a response from the Law Society of England and Wales in which the Law Society sets out in very clear terms its concerns regarding the proportionality of the practical burdens imposed on solicitors in the UK<sup>5</sup>. The following quotation from this boxed example summarises a number of the issues referred to in this review, namely:

*“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;*
- *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. “*

The CCBE supports the position of the Law Society of England and Wales

---

5 Response to a call for evidence in the review of Money laundering Regulations in the UK.

## 4. The Deloitte Recommendations

At pages 7 and 8 of the Executive Summary 13 recommendations are set out, based upon the findings in the Study. A number of these recommendations are dealt with in some detail later in this response. However for good order's sake we set out hereunder brief comments in relation to each recommendation.

### 4.1. Recommendation 1

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

Whilst at first sight, this conclusion is a logical outcome of non-uniform implementation of the Directive within the Member States, it is submitted that notwithstanding the impact on cross border compliance such diversity is necessary.

- Diversity is an inevitable consequence of the flexibility, which Member States are entitled to exercise on grounds of subsidiarity.
- Member States should be entitled in many instances to exercise such flexibility in conjunction with Bars and Law Societies responsible for the regulation of their members, to implement rules and procedures which are best suited to the prevailing conditions, culture and traditions in each Member State. In particular Member States should be entitled to take into account legal principles applicable in the Member States. For example in the context of the basis upon which professionals might be exempt from a reporting obligation, differences in the Civil law principles of professional secrecy and the common law principles of legal privilege should be taken into account.
- There may be circumstances where Member States may wish to exercise greater or lesser powers of enforcement having regard to local circumstances.

### 4.2. Recommendation 2

*“Increase guidance on the practical use of risk based approaches”*

The CCBE agrees with this recommendation. However it is not clear from the Study whether there are significant gaps in the levels of guidance regarding the *practical* use of risk based approaches between the Member States. A review of all existing guidance would need to be carried out to reach such a conclusion.

### 4.3. Recommendation 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”*

The CCBE agrees with this recommendation. As will be gathered from some of the observations contained in the earlier part of this response, the CCBE is not convinced that the wide ranging obligations imposed by the Directive on lawyers have had and will have an effect one way or another in the so called fight against money laundering. The lack of data in the Study tends to support this view.

### 4.4. Recommendation 4

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

The CCBE agrees that there is a need to establish effective means whereby appropriate information may be obtained in regard to politically exposed persons.

#### **4.5. Recommendation 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”.*

The identification of beneficial ownership in the context of group structures or otherwise has proved to be problematic. The CCBE in conjunction with the IBA has made submissions to the FATF and the Commission is referred to these submissions<sup>6</sup>.

#### **4.6. Recommendation 6**

*“Implement tailored CDD requirements for small practices”*

Whilst the CCBE considers any move to lighten the load on practices favourably, the precise nature of any reduced requirements for small practices would need to be carefully considered.

#### **4.7. Recommendation 7**

*“Allow the fulfilment of CDD requirements within a reasonable time frame and not always at the start of the relationship”*

The CCBE supports this proposal.

#### **4.8. Recommendation 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”*

This is an issue, which has been much discussed within the CCBE. Article 14 of the Directive provides that even where a lawyer seeks to rely on the identification procedures carried out by “the first reporting entity”; the lawyer remains primarily liable, thus rendering the benefit of the article largely ineffective from a practical point of view. If the intention behind this recommendation is to permit lawyers to rely exclusively on the information supplied to them, then the CCBE supports the recommendation.

Whilst Article 14 of the Directive enables lawyers to rely on other institutions, it would appear that the ability to do so has not been implemented in all Member States.

#### **4.9. Recommendation 9**

*“Consider a better coordination between EU AML and data protection directives to avoid confusion on reporting obligations”*

The CCBE agrees that this is important. Clearly sensitive information concerning the client must be protected and the CCBE recommends that any initiatives in this regard should be discussed with DG Justice.

#### **4.10. Recommendation 10**

*“Consider the further clarification of reporting duties for lawyers and the definition of legal advice”*

As mentioned at paragraph 3.4, this recommendation is of immense importance to the legal profession and is supported by the CCBE. The CCBE has some reservations regarding the necessity to define “legal advice”. See also comments at paragraph 5.4

---

<sup>6</sup> The CCBE submissions to the FATF can be found at the following link:  
[http://www.ccbe.eu/index.php?id=94&id\\_comite=20&L=0](http://www.ccbe.eu/index.php?id=94&id_comite=20&L=0)

#### 4.11. Recommendation 11

*“Assure the role of self-regulatory bodies in the reporting process”*

It is unclear as to what exactly Deloitte has in mind in making this recommendation. It is noted however that at page 4 of the Executive Summary, Deloitte state that a powerful role of the self-regulatory bodies in the reporting process (e.g. advice before reporting) might also be considered (e.g. the example of the notary profession in Spain).

Due to the differing natures, roles and responsibilities of the self-regulating bodies in each Member State, consultations would have to take place with the self-regulating bodies in order to determine how this role can be assured.

#### 4.12. Recommendation 12

*“Establish public private corporation structures to enable professionals to verify authenticity of identification documents such as identity cards or acts of incorporation”*

This proposal would be useful as long as this does not involve additional costs.

#### 4.13. Recommendation 13

*“Strengthen the role of FIU’s and professional organizations and encourage intelligent AML reporting”*

It is noted from the Study that such proposals would include yearly training, verification that members provide training and explaining to members the filter function of FIU’s. Whilst the proposals regarding training appear logical, it is unclear what is meant by the filter function of FIU’s. Some Bars and Law Societies would have a difficulty if it were meant to include an on-going liaison with an FIU following a report without the knowledge of a client.

The suggestion of “Intelligent Reporting” (which is further elaborated on page 284 of the Study) is noted. Intelligent reporting can only be based on sensible criteria. See further comments at paragraph 5.3.

#### 4.14. Additional Recommendations

It is noted that Deloitte have made some additional recommendations in the main text of the Study which do not appear to have been repeated in the list of recommendations at pages 8 and 9 of the Executive Summary. These are as follows.

- 1 The recommendation as to the role of lawyers as gatekeepers referred to on page 7 of this paper should be followed through
- 2 It is noted that at page 283 of the Study, under the heading “Strengthening the role of the FIU, the following recommendation appears:

*“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”*

It is unclear why such a request is necessary. A lawyer might well have concluded that there were no grounds for making a report or that an exemption applied. The CCBE would be very concerned as regards any such proposal.

- 3 Follow up the recommendation in regard to statistical information.

## 5. Issues of concern to the profession

The CCBE considers that the following matters require further consideration:

- The scope of the Directive in relation to lawyers.
- Scope of money laundering offences
- The reporting obligation based on suspicion.
- Exemption from the reporting obligation.
- Exceptional circumstances.
- The relevance of judicial proceedings.
- Third party reliance.
- Customer due diligence for small practices.
- Identification of beneficial owners.
- Politically exposed persons.
- “Tipping Off” where a lawyer ceases to act.
- Data Protection
- Anonymity.

### 5.1. The scope of the Directive in relation to lawyers.

Article 2 (3) (b) of the Directive describes the scope of the Directive as it applies to notaries and “other” independent legal professionals.<sup>7</sup>

*“when they participate, whether by acting on behalf of and for their client in any financial or real estate transaction, or by assisting in the planning or execution of transactions for their client concerning the:*

- (i) buying and selling of real property or business entities;*
- (ii) managing of client money, securities or other assets;*
- (iii) opening or management of bank, savings or securities accounts;*
- (iv) organisation of contributions necessary for the creation, operation or management of companies;*
- (v) creation, operation or management of trusts, companies or similar structures.*

The CCBE considers that the opening paragraph of this Article is obscure in regard to the role of lawyers where they provide services in connection with the transactions specified in the Article. In particular the CCBE believes that the emphasis on such words as “*participate*” and “*planning*” in this paragraph seems to suggest a degree of involvement by a lawyer in the transaction which goes far beyond the usual services provided by lawyers.

A more appropriate wording of this paragraph might be on the following lines:

*“(b) notaries and other independent legal professionals, when they act on behalf of and for their client or assist in the execution of transactions for their client concerning the:”* followed by the activities (i) to (v) as above.

---

<sup>7</sup> For the purpose of this report, the CCBE has preferred to use the word “lawyer” rather than “independent legal professional” other than where a suggested amendment to the Directive is made. The CCBE is aware that the expression “independent legal professional” is unsatisfactory and may require further consideration. Neither has the CCBE attempted to consider the position of other non-financial professionals.

## 5.2. Scope of money laundering transactions

Closely connected to the issue of the scope of the Directive as it affects the legal profession has been the concern of the CCBE regarding the extent to which the provisions of the Directive have enabled Member States to extend the obligations of the Directive including to criminal activities not necessarily associated with the proceeds of crime derived from organised crime or terrorism.

The CCBE would wish to discuss with the Commission the many issues arising from the scope of the Directive.

## 5.3. Mandatory reporting based on “Suspicion”

The CCBE has considered the effect of the obligation under Article 22 1 (a) of lawyers to inform the FIU where the lawyer “*knows, suspects or has reasonable grounds to suspect*” that a money laundering or terrorist offence is being or has been committed or attempted.

For the reasons spelt out in other parts of this response, the CCBE does not accept that a lawyer should ever be placed in a position where he should be under a mandatory obligation based on mere suspicion, still less that he could be subject to criminal sanction for failing to do so. It is worth noting that in many jurisdictions “suspicion” is considered to be a low threshold.

Should the position in this regard remain unchanged, the CCBE, the Bars and Law Societies and practitioners, would be left in the uncomfortable position, that they must consider the circumstances or conditions under which a “suspicion” may be the basis for a report.

It is assumed that it is not in the interests of FIUs that STRs should be filed which are of little qualitative value in the context of a criminal investigation.

Furthermore, difficulties of interpretation can arise in the course of making a distinction between circumstances where a lawyer “*suspects*” that a money laundering offence or terrorist offence is being or has been committed or attempted and where a lawyer might be deemed to have or have not “*reasonable grounds to suspect such offences*”.

In the first instance the test (the subjective test) would appear to be based on grounds which are minimal and not necessarily reasonable, whereas under the second test (the objective test) the grounds for reasonableness can be either rebutted or affirmed on evidence in the event of proceedings being brought against the lawyer. The combination of both tests in the Directive is confusing.

The CCBE therefore believes that the test based on reasonable grounds to suspect, should be deleted provided that the test of suspicion is defined by reference to facts that are in existence and not merely based on conjecture. The advantage of this approach would at least establish a uniform understanding at the European level.

## 5.4. Exemptions from mandatory reporting

The CCBE has considered at some length the provision at Article 23 2. which exempts a lawyer from making a STR in circumstances where the information he receives from a client or one of his clients:

- in the course of “*ascertaining*” the legal position of his client;
- performing the task of defending or representing the client in legal proceedings.

Whilst the second set of circumstances (legal proceedings) do not present any difficulty, the first set of circumstances has given rise to considerable doubt in some jurisdictions as to its meaning and practical application.<sup>8</sup> For example, in the United Kingdom and in Ireland these difficulties do not arise due to the provision in the implementing legislation by the application of the long established principles relating to legal privilege. However, in the Netherlands, for example, these difficulties do arise as the Dutch legislator has limited the notion of “ascertaining the legal position” of a client only to the very

---

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

first meeting with that client. All legal advice after this first meeting is not exempt, which clearly is not in compliance with recital 22 of the Directive.

It has been assumed of course that the wording is intended to reflect the statements in recital 20 to the Directive where, after stating that there must be exemptions from any obligation to report information obtained either before, during or after judicial proceedings, or in the course of ascertaining the legal position of a client, the recital goes on to state:

*“Thus, legal advice shall remain subject to the obligation of professional secrecy”* and then describes the conditions under which this would not apply.

As a consequence it has been further assumed where a lawyer receives information during the course of providing legal advice concerning the transaction or in regard to the legal position of the client in regard to the transaction the lawyer will not be under an obligation to make a STR.

It would seem logical therefore that specific reference should be made to legal advice in the operative provisions of the Directive rather than relying upon the expression *“ascertaining the legal position”* which in a number of jurisdictions is considered to be obscure.

A further issue, which the CCBE considered is the variations at a European level regarding the rules relating to the non-disclosure of confidential information concerning the affairs of clients.

Thus a lawyer would not be obliged to make a STR where he receives information arising from communications passing between the lawyer and his client which are subject to legal *privilege*.

Is there any reason therefore that the same principle could not be followed in other jurisdictions where the issue of legal advice is covered by the civil law concept of professional secrecy or such other legal codes of confidentiality?

The wording could be something on the following lines:

*“Independent legal professionals shall not be obliged to disclose information which they receive or obtain on one of their clients where such information has been obtained in circumstances which are subject to legal rights or obligations of non-disclosure in accordance with the relevant laws of a Member State.”*

In this regard it was noted by the CCBE that in France there is no requirement to report if the lawyer withdraws from the case thus ceasing to give legal advice before the conclusion of any transaction.

## **5.5. Reasonable excuse**

Arising from its consideration of the circumstances where a lawyer is not bound to make a STR, the CCBE has considered whether there might be other exceptional circumstances where it is reasonable that a lawyer should be excused from making a STR.

Bearing in mind that lawyers provide their services in most instances on a “one to one” basis (unlike for example a financial institution where there would be a degree of anonymity for those who make the reports), there may be circumstances in which a lawyer felt that his personal safety would be put in jeopardy if the client discovered that he had made a STR.

There may indeed be other circumstances where a Court might take the view that there are exceptional grounds and that it would be reasonable to excuse the lawyer - in other words the defence of “reasonable excuse” which the CCBE considers should be included in the Directive. Nor should a defence of reasonable excuse be limited to failure to make a STR, but it could also apply to other obligations such as non-compliance with CDD requirements.

## **5.6. The relevance of Judicial Proceedings**

A somewhat puzzling feature of the Directive is whether or not transactions, which are the subject of judicial proceedings, including administrative, arbitration or mediation proceedings fall within the activities set out in Article 2(3) (b). At first sight it is difficult to equate the wording of this Article with the list of activities set out in the Article, unless the draughtsman had in mind those circumstances where Court approval may be required in order to give effect to the transaction, as for example in



relation to family law proceedings. The only express reference to legal proceedings is in the context of the exemptions from reporting at Articles 9.5 and 23 2. and thus by implication it is thought that judicial proceedings might be covered.

The CCBE assumes that judicial proceedings are excluded from this list of activities

### 5.7. Third Party Reliance

Although Article 14 provides that Member States may permit persons and institutions covered by the Directive to rely on third parties to meet the due diligence requirements of the Directive, unfortunately the practical value of this derogation is severely diminished by the further provision that the “*ultimate responsibility*” shall remain with the persons seeking to rely on the third party.

It is a regular feature of commercial transactions, especially in cross border transactions, that more than one lawyer or firm will represent a common client. In these instances the “lead” firm will have carried out the appropriate due diligence in which event other lawyers acting for the same client may well take the view (and especially their clients!) that to carry out a due diligence exercise all over again is unnecessary duplication. Having said that the lead firm, whilst no doubt happy enough to share the results of its due diligence with the other lawyers, might well be reluctant to accept a legal liability in respect of that information.

The CCBE takes the view that it should also be open to Member States to limit the “*ultimate responsibility rule*” by specifying conditions to be complied with before the third party due diligence can be relied upon.

The question also arises as to the extent that a lawyer can rely upon third parties who are not lawyers – although Article 14 would appear to permit this, this is not always the way in which it has been interpreted by Member States.

In order to address some of the problems in relation to reliance, the Law Society of England and Wales has proposed:

- A person who is regulated in his home Member State should in principle be reasonably entitled to rely upon other regulated entities (including of course lawyers) either in his home Member State or other Member States provided such other regulated entities are subject to appropriate risk based CDD procedures, unless there is evidence which rebuts that presumption
- Where reasonable reliance is demonstrated, the other regulated entity being relied upon is responsible for carrying out CDD in accordance with its own laws and procedures and that the person so relying is not liable either for his own failure to carry out CDD or the failings of the other regulated entity.
- The other regulated entity should not be subject to any civil or other legal responsibility to the person relying.
- A reliance certificate (however informal) should list the details of the evidence that has been collected and this should be sufficient for reliance. While the person relying should be entitled to seek copies of the evidence there should be no legal obligation on them to obtain it.
- If law enforcement agencies want copies of the evidence, they should make the request directly to the other regulated entity.

### 5.8. Customer Due Diligence for small practices

A complaint from practitioners which is frequently made is that not only is the cost of carrying out CDD obligations is disproportionate to the size of the practice but also having regard to of resources available and value of the transaction. In these instances the practitioner may be reluctant to take on the case in the first place, which in turn raises a question as to access to justice (see also further comment on the question of costs at paragraph 6.7).

The CCBE has considered possible solutions to this problem as follows;

## 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

1. To consider the possibility of exempting such practices from CDD requirements where the risk of money laundering is low.
2. To consider such an exemption based upon the size of the practice in terms of personnel, turnover and average level of client funds under the control of the lawyer.<sup>9</sup>

### 5.9. Identification of beneficial owners

A beneficial owner is defined in Article 3(6) as meaning the natural person(s) who ultimately “*own or controls the customer*” and /or the natural person(s) on whose behalf a transaction or activity is being conducted. The Article also defines the nature of that control in the context of corporate entities, foundations and trusts and for this purpose applies a benchmark level of 25%.

The CCBE has noted that the thrust of the Directive is to impose obligations on lawyers to identify beneficial owners on the assumption that the beneficiary is in a position to “own or control” the assets the subject of the trust. Whilst there may be instances at common law where persons named in the trust are entitled to call upon the Trustees to vest the assets in them (including possibly the Settlor of the trust), the CCBE considers that the focus of the Directive should take into account the following:

- In many instances a lawyer may not have means to identify all the beneficiaries as for example in relation to discretionary trusts;
- A more relevant exercise on the part of the lawyer would be carry out CDD at the time of the creation of the Trust in regard to the Settlor (or Testator in relation to Will Trusts) and the Trustees who are effectively the persons who control the trust;
- In any event it would be more logical to carry out the identification procedures in relation to a beneficiary at the point of time when the transaction involving the vesting of an asset takes place.

The CCBE considers that the Commission should review the provisions of the Directive especially having regard to the important part the creation of trusts play in common law jurisdictions.

### 5.10. Politically exposed persons

For the purpose of Enhanced Due Diligence under Article 13 of the Directive, a politically exposed person is defined in Article 3(8) as “*persons known to be close associates, of such person*”. This wording begs the question – known by whom? – and requires clarification. Furthermore, the CCBE considers that the Commission should be pressed to require national governments to provide lists of politically exposed persons.

### 5.11. Tipping off where a lawyer ceases to act

“Tipping Off” (referred to in the Directive as “Prohibition of disclosure”) raises issues, which go to the heart of the lawyer/client relationship. Article 28 of the Directive provides that the disclosure is prohibited in two instances, namely:

- -the fact that information has been transmitted, or
- -that a money laundering or terrorist financing investigation is being or may be carried out.

To what extent therefore is the principle compromised that a lawyer should always be entitled to challenge his client should he suspect that a criminal offence has occurred or may occur during the course of a transaction and prior to its completion, bearing in mind that under Article 22 there is an obligation to make a STR “promptly” once there is a suspicion that money laundering or terrorist financing “is being or has been committed or attempted”.

---

<sup>9</sup> It has to be acknowledged that not all Bars and Law Societies would be in favour of this approach as they consider that any reduction of CDD should apply to all practices.

This principle would be regarded as an essential feature of the lawyer's role in the administration of justice, in the first instance to ensure that a criminal offence does not take place and secondly to ensure that the lawyer does not become involved in the crime.

The exercise of this right to challenge the client can have the following consequences:

- That the client is deterred from his intended course of action in which case the obligation to make a STR does not arise;
- That the client can produce evidence which allays the lawyer's suspicions, in which case the obligation to make a STR does not arise, or
- If neither of the above is satisfied, then the lawyer has no alternative but to make a STR and cease acting for the client.

The question, which concerned the CCBE, is the extent to which the foregoing principle is in conflict with the provisions of the Directive in regard to:

- a) Article 22 and the obligation to report "*promptly*";
- b) Article 28 and the prohibition on disclosure.

Furthermore to what extent does Article 28 6 resolve any of the issues referred to above? This Article provides that a lawyer who seeks to dissuade a client from engaging in illegal activity, this will not constitute a disclosure within the meaning of paragraph 1 of Article 28.

- a) As regards Article 22 insofar as this Article requires lawyers to promptly inform the authorities, we assume (but seek clarification) that a lawyer will not be under an obligation to report until he has taken such steps as are necessary in order to establish whether there are facts which would give rise to a suspicion requiring the making of a STR or to advise his client not to commit a criminal offence. The wording of the Article is such that a lawyer might be excluded from doing so.
- b) As regards Article 28, do the steps described above amount to "Tipping off" to the extent that the lawyer would be obliged to disclose to his client the basis for his suspicions, which if not answered satisfactorily could lead to the lawyer making a STR?

There is an argument that Article 28 6 might be of assistance to the lawyer in these circumstances but unfortunately it is oddly worded. In the first instance the circumstances in which the lawyer seeks to dissuade his client are linked to a "disclosure" within the meaning of paragraph 1. But paragraph 1 as a whole refers to making a disclosure after a STR has been made or that a money laundering or terrorist financing investigation is being or may be carried out.

Presumably this was not the intention, as otherwise Article 28 6 makes no sense.

It is noted, however, that under Article 7 (c) a lawyer is obliged to apply CDD (inter alia):

*"When there is a suspicion of money laundering or terrorist financing, regardless of any derogation, exemption or threshold"*

This wording appears to envisage the circumstances or occasions which "trigger" the obligation to apply CDD and may even do so where a business relationship, as defined in Article 3 (8) has not been established.

Does the Commission agree that a lawyer is entitled to challenge the client (or more likely the potential client) in these circumstances and subsequently in the event that a suspicion arises after the business relationship has been established?

The CCBE has therefore come to the conclusion that the Directive should reflect the principles above by providing clarification that:

1. A lawyer shall be entitled to defer the making of a STR under Article 22 to enable him to dissuade the client from engaging in an illegal activity or to obtain further information from his client as to whether or not there are in fact grounds for his suspicion:
2. That in either event such steps shall not be deemed to be in breach of the prohibition on disclosure: and

**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

3. That in the event of the lawyer ceasing to act after making a STR in accordance with professional ethics, which alone will not be deemed to be a breach of the prohibition on disclosure.

#### **5.12. Data Protection**

The CCBE considered whether there should be a provision in the Directive protecting data either in terms of its availability or retention especially in circumstances where no action is taken by the authorities arising from STRs. It was felt that some reference should be made to this in the context of ensuring that the laws in Member States in regard to data protection are extended to cover such STRs.

In addition, the CCBE supports the recommendations of the Working Party on the protection of individuals with regard to the processing of personal data set up by Directive 95/46/EC as well as the opinion 14/2011 of the Working Party on data protection issues related to the prevention of money laundering and terrorist financing.

#### **5.13. Anonymity**

Concerns have been expressed within the CCBE as to whether or not a lawyer who made a STR could be called upon in subsequent proceedings to give evidence against his former client or the extent to which STRs should be admissible in evidence thus disclosing the role of the lawyer. Furthermore, are lawyers protected under “whistle blowing” legislation in the Member States?

## 6. Replies to the Commission questions

### 6.1. Risk based approach

The CCBE considers that in principle a risk-based approach establishes a practical means of assisting lawyers in the identification of potential risks in the course of providing legal services to their clients. However the Bars and Law Societies have raised concerns as to whether the implementation of the Directive in this regard has resulted in excessive costs and unnecessary compliance requirements, which are disproportionate to the risks involved.

It should be emphasised that the risk-based approach requires a careful assessment in each individual case of whether or not circumstances arise that should lead to a STR. This assessment should be made by the individual lawyer, based on the information he has. The FATF and several law enforcement agencies tend to require that a STR should be made as soon as one of the risky circumstances occur.

In this regard, we refer the Commission to the comments and observations in Sections 4 and 5 of this response namely:

- The impact on small practices at paragraph 5.8
- The issue of third party reliance at paragraph 5.7

### 6.2. Reporting duty of lawyers

#### Number of reports

In the absence of statistical information, as acknowledged in the Deloitte Study, it is difficult to determine whether the level of reporting in the various Member States, is a relatively true reflection of the instances where money launderers have attempted to avail of lawyers' services for the purpose of concealing the proceeds of crime or terrorist financing. The Commission is referred to the comments of the CCBE in response to the same point raised by Deloitte in their Study at paragraph 3.8.

However the CCBE does take issue with the statement in the Commission's letter where it notes from the Deloitte Study that there are "significant differences" in the number of reports filed across jurisdictions and that the Commission would like to understand the reasons for low reporting in some jurisdictions "as applied to other jurisdictions where reporting is considerably higher".

We do not believe that the figures quoted by Deloitte support these conclusions. A comparison based on these figures does not prove, one way or another, that the number of reports filed in each jurisdiction, are significantly different.

It would appear from the Deloitte Study that the greatest risk of money laundering arose in connection with real estate transactions. It is not therefore surprising that the highest level of reporting should occur where lawyers are entitled by virtue of their qualifications to carry out such transactions such as solicitors and notaries as compared to those lawyers who are by law not entitled to do so.

### 6.3. Uncertainties

The Commission has asked the question- "*How could EU rules be clarified so as to remove uncertainties and improve the effectiveness of reporting*"

There are indeed a number of "*uncertainties*" which in the view of the CCBE contribute to the difficulties which lawyers experience in complying with the provisions of the Directive. Such uncertainties are dealt with in some detail under a number of headings earlier in this paper and in particular in regard to:

- The need to clarify the scope of a money laundering transaction. See paragraph 5.2

- The need to redefine the grounds on which a lawyer is obliged to make a STR. See paragraph 5.3
- The need to clarify the basis on which a lawyer may be exempted from making a STR. See paragraph 5.4.
- The need to clarify the conditions under which “tipping off” may or may not arise. See paragraph 5.11.

#### **6.4. Ethical Issues and client confidentiality**

The Commission has requested the CCBE if it is aware of any precise distinctions which have been made between “*essential activities*” and “*non-essential activities*” for the purpose of applying the Directive. The Commission has apparently relied upon the reference to such a distinction from the Deloitte Study.

A further question is asked whether the scope of uncertainty as regards this distinction, is a source of the “*problem of under-reporting by the legal profession*”.

In our view the distinction which Deloitte have endeavoured to make, and followed by the Commission, is wholly irrelevant in the context of applying rules of non-disclosure in either current criminal proceedings or proceedings which might take place at a future date.

The obligation of a lawyer whether or not to make a report based upon information which he obtains in the course of a transaction falls within the field of the criminal law. This is so because the circumstances in which the lawyer is obliged to make a report concern the possibility that the information may be used by the authorities in the prosecution of criminal offences against his client. Furthermore the lawyer faces the possibility that he will be prosecuted for a criminal offence should he fail to make a report.

What is relevant therefore is to distinguish the circumstances generally accepted in the field of criminal law and which in the interests of the administration of justice require that a lawyer may not be compelled to disclose such information, from circumstances where such conditions do not apply.

The basic principle underlying these generally accepted circumstances in the field of criminal law is that a lawyer must always be in a position to advise his client, based upon the information supplied by the client as to the client’s rights and obligations in respect of charges brought by the authorities or which might be brought in the future.

These rights of non-disclosure are of course dealt with in the Member States either in the case of the common law jurisdictions by means of the application of legal privilege or in the Civil law jurisdictions through the civil law concept of the professional secret.

Having regard to the above we believe that there is little to be gained by seeking to make some distinction between activities of a lawyer in the context of proceedings and those, which are not. Such distinctions, even if they can be made, will only lead to further confusion.

As regards the second question, we would respectfully submit, that whilst there can be no certainty that the above would lead to an increase in the number of reports, they would at least clarify the basis upon which reports should or should not be made.

For the reasons referred to above, we do not accept that there is any evidence to support the assertion that there is a problem of under-reporting by the legal profession and still less evidence that the existing exempting provisions of the Directive regarding reporting by lawyers is a contributory factor in relation any allegation of under-reporting

#### **6.5. Reporting by professional-self regulatory bodies**

The Commission has asked if we could share our experiences of reporting by self-regulatory bodies, and any statistics or background information as to how these systems are functioning in practise.

In a number of member states the Bar and Law Societies is not a designated professional body for the purpose of receiving STRs. In some member states lawyers are permitted, but not obliged, to report

**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

suspected transactions to either the FIU or the Bar and Law Society<sup>10</sup>. In such a case the Bar and Law Society will screen the report and then decide if it should be forwarded to the appropriate FIU.

In some member states lawyers are only allowed to report to the Bar and Law Society which will then screen the report made and decide if a STR should be done to the appropriate FIU.

The infringement by a lawyer of the reporting obligations under the national AML either to the FIU or the Bar and Law Society as appropriate are normally dealt with by the Bar and Law Societies within their framework of disciplinary proceedings in their capacity of being responsible for the overall supervision of lawyers compliance with their legal obligations. The CCBE does not hold any statistics indicating that lawyers have been brought before a national disciplinary board or a FIU for lack of reporting.

The CCBE does not hold any statistics which can illustrate how the different systems are functioning in practice. However, we understand based on the information received that they do function in practice as a good filter for STRs as most of the reports received by self-regulatory bodies do not concern money laundering as defined by the applicable AML but other criminal attempts.

## 6.6. Effectiveness

In the absence of accurate statistical information, it is difficult for us to determine whether or not the current regime as applied to lawyers is especially effective in the fight against money laundering and terrorist financing. We believe that certain aspects of the regime and in particular CDD requirements must create obstacles in the path of any potential money launderers and thereby restrict their access to the services of lawyers.

As regards the impact of the current regime on lawyers' business and on the relationship with their clients, we refer the Commission to our response to your questions on the risk-based approach, the reporting duty of lawyers and the ethical issues and client confidentiality referred to above.

## 6.7 Costs

We wish to conclude this response with some comments as to the impact of compliance costs on lawyers' business. Bars and law Societies have reported that many of their members have complained as to the high level of costs their members incur in complying with their obligations under the Directive and in particular as regards CDD. Such costs can be measured against the amount of time spent in gathering information prior to the commencement of a transaction.

Other factors having an impact on costs are due to:

- The installation and maintenance of sophisticated control systems in legal firms to ensure that effective CDD is carried out prior to and during the course of a transaction.
- As mentioned at paragraph 5.8, there appears to be some indications that lawyers may be unwilling to take on minor transactions where the cost of CDD requirements would exceed the level of fee chargeable by the lawyer.

We would strongly submit that in carrying out their review of the Directive, the Commission should take into account that any changes in the regime should not add to the cost burden, but on the contrary should aim to achieve a lowering of this burden.

---

<sup>10</sup> E.g. Denmark

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

**I. Propos introductifs**

---

Par une directive de 1991<sup>1</sup>, 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/CE<sup>2</sup> de 2001, suivie par la directive 2005/60/CE<sup>3</sup> 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<sup>ème</sup> 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.**

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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<sup>ème</sup> directive blanchiment, définit les activités de blanchiment de capitaux dans son article 1<sup>er</sup> 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<sup>ème</sup> 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 Européennes<sup>4</sup>, de la Cour constitutionnelle belge<sup>5</sup> et du Conseil d'Etat français<sup>6</sup> 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.**

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

<sup>5</sup> Décision du 23 janvier 2008

<sup>6</sup> 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 2007<sup>7</sup>, sur la conformité de la directive 2001/97/CE (2<sup>ème</sup> 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]

<sup>7</sup> 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 Maduro<sup>8</sup> :

« **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**<sup>9</sup>.

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.**

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

<sup>9</sup> 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<sup>ème</sup> 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 européennes<sup>10</sup>**

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 à 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° 17/62<sup>11</sup> 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

---

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

<sup>11</sup> 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 Goffin<sup>12</sup>, 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 général<sup>13</sup> 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 Wouters<sup>14</sup>

Les conclusions de l'avocat général<sup>15</sup>, 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 Akzo<sup>16</sup> confirme le caractère indissociable du principe d'indépendance de l'avocat et du secret professionnel de ce dernier.

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

<sup>13</sup> 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.

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

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



Dans cette affaire, l'avocat général<sup>17</sup> 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.**

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

<sup>17</sup> 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 1992<sup>18</sup>**

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).

---

<sup>18</sup> 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 »<sup>19</sup>.

Les principes posés dans cet arrêt font l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour<sup>20</sup>.

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 2000/21<sup>21</sup> 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 disposition<sup>22</sup>.

[...]

**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**

<sup>19</sup> 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).

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

<sup>21</sup> 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

<sup>22</sup> 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 CJUE<sup>23</sup> 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<sup>ème</sup> 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.**

<sup>23</sup> 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 européens<sup>24</sup> :

#### PRINCIPES GENERAUX

#### 2.1. Indépendance

---

<sup>24</sup> 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 délinquants<sup>25</sup>

##### **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. »**

\*\*\*\*\*

---

<sup>25</sup> 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.