

La proportionnalité dans la réglementation anti-blanchiment : équilibrer la lutte contre le blanchiment des produits de la criminalité avec les droits de protection du citoyen

26/06/2020

1. Introduction

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 32 pays membres (dont les 28 États membres de l'UE et la Norvège, l'Islande et la Suisse) et 13 pays associés et observateurs, soit plus d'un million d'avocats européens.

Le CCBE félicite la Commission d'avoir pris des mesures pour assurer une approche solide et globale de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Il se réjouit de l'occasion dont il dispose de donner son avis en réponse à la consultation publique lancée dans le cadre du plan d'action de la Commission européenne pour une politique globale de l'Union en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le CCBE souhaite en particulier soumettre des observations sur la proposition de la Commission visant à modifier certaines parties de la directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme en dispositions directement applicables dans un règlement et à créer un nouvel organe de contrôle européen dédié à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Le CCBE est conscient que cette consultation se déroule à une période sans précédent dans l'histoire où, en raison de la pandémie de Covid-19, les marchés économiques et financiers connaissent de profonds bouleversements. Bien que le CCBE soit conscient de l'augmentation des activités criminelles, il propose que la Commission adopte une approche efficace et pragmatique, en tenant compte des défis supplémentaires auxquels sont confrontés de nombreux professionnels et entreprises légitimes en ces temps de volatilité.

2. Application du principe de proportionnalité

Le CCBE recommande que toute proposition soit évaluée dans le contexte du principe de proportionnalité qui régit l'exercice des compétences par l'Union européenne. Ce principe vise à fixer les actions prises par les institutions de l'UE selon des limites précises. Conformément à ce principe, l'action de l'UE doit être limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. La règle est énoncée à l'article 5 du [traité sur](#)

[l'Union européenne](#). Les critères d'application de cette règle sont fixés dans le protocole (n°2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé aux traités.

Le principe de subsidiarité revêt une importance fondamentale et est également énoncé à l'article 5 du [traité sur l'Union européenne](#). Il prévoit que l'Union européenne ne peut intervenir (sauf dans les domaines relevant de sa compétence exclusive) que si son action est plus efficace qu'une action menée au niveau national, régional ou local. Cette disposition s'applique tout particulièrement dans le cadre existant de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, tant au niveau national qu'au niveau de l'Union européenne.

3. Domaines spécifiques de conflit

3.1 Droits fondamentaux

Les droits fondamentaux sont les valeurs essentielles de l'Union européenne inscrites dans la [Charte des droits fondamentaux de l'UE](#). Ce sont les libertés et droits fondamentaux qui appartiennent à chacun dans l'UE. La Commission européenne a adopté des lignes directrices sur la prise en compte des droits fondamentaux dans les analyses d'impact. Ces [orientations opérationnelles sur la prise en compte des droits fondamentaux dans les analyses d'impact de la Commission](#) reconnaissent expressément que la Charte de l'UE a la même valeur que les traités et que « le respect des droits fondamentaux est une exigence légale soumise au contrôle de la Cour de justice. Le respect des droits fondamentaux conditionne la légalité des actes de l'UE ». La Cour de justice a le pouvoir de déclarer une disposition de la législation de l'UE invalide si elle n'est pas conforme à la Charte.

Parmi les droits fondamentaux visés par le plan d'action de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, figurent l'article 8 qui concerne le droit à la protection des données à caractère personnel, ainsi que les articles 47 à 50 de la Charte qui relèvent du titre VI sur la justice. Il s'agit notamment du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, du droit à la présomption d'innocence et des droits de la défense, ainsi que des principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines.

L'article 47 de la Charte et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme disposent clairement que l'accès à un avocat indépendant qui assure une représentation juridique constitue un droit fondamental. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE dispose que « Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter ». L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit une norme minimale pour les droits procéduraux dans les procédures pénales. Comme l'explique l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne : « L'article 6 (1) de la CEDH prévoit le droit à un procès équitable, garantissant l'égalité des armes et le droit à une procédure contradictoire, (...) [l]'article 6 (3) comprend des aspects spécifiques des droits à un procès équitable et énonce les cinq droits minimaux dont dispose une personne poursuivie dans le cadre d'une procédure pénale : (...) de se défendre elle-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix (...)»¹.

¹ *Rights in practice: access to a lawyer and procedural rights in criminal and European arrest warrant proceedings*, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2019.

Seuls les avocats indépendants qui peuvent *effectivement* invoquer le secret professionnel peuvent assurer une telle représentation juridique de manière efficace.

Si des mesures telles que la proposition de règlement et la mise en place d'un organe de contrôle dédié à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme sont introduites, elles représenteront une menace réelle et authentique pour le respect de ces droits fondamentaux. Une telle menace compromettrait gravement la capacité de la profession d'avocat à remplir ses obligations professionnelles et à fournir une assistance juridique digne de la confiance des clients. En outre, elle susciterait de graves préoccupations quant aux données à caractère personnel et à la mesure dans laquelle elles sont partagées et utilisées dans le cadre d'enquêtes pénales et aux fins de l'échange d'informations entre divers organes européens et nationaux.

3.2 Garanties procédurales

Les garanties procédurales sont les protections accordées à un défendeur dans le cadre de leur défense dans une procédure pénale. Elles comprennent le droit à la notification des droits et le droit à l'assistance juridique. Ces protections sont essentielles pour garantir que le droit à un procès équitable est maintenu et respecté. Lorsque ces garanties procédurales sont compromises ou menacées, le bon fonctionnement de l'état de droit et les atteintes aux droits fondamentaux, tel qu'indiqué au paragraphe précédent, suscitent de graves préoccupations.

Si les clients hésitent à demander une assistance juridique de peur que leurs informations ne soient communiquées à des fins de partage d'informations, la représentation risque de se révéler inadéquate et les garanties procédurales disponibles dans les procédures pénales peuvent s'en trouver affaiblies. Le CCBE souhaite exprimer son inquiétude quant au fait que toute mesure portant atteinte à la relation entre l'avocat et le client et aux garanties procédurales existantes a de sérieuses répercussions pour la profession d'avocat et pour les droits de tous les citoyens de l'UE. Comme la Commission l'a elle-même reconnue dans sa communication intitulée « [Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union : Plan d'action](#) », « [d]es arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne ont continué de souligner que l'état de droit est au cœur de l'ordre juridique de l'Union ». Ainsi, toute mesure qui porte atteinte à l'état de droit ou le menace peut avoir un effet significatif sur le bon fonctionnement de l'ordre juridique au niveau de l'UE.

3.3 Protection des données

Tel que déjà souligné, le CCBE émet de sérieuses réserves quant à la répercussion des actions proposées dans le cadre du plan d'action de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme sur la protection des données à caractère personnel. Ceci est d'autant plus vrai dans le contexte de la proposition de règlement ainsi que de la mise en place d'un organe de contrôle de l'UE et d'un partage accru des informations. Le CCBE craint que ces mesures n'impliquent un manque de proportionnalité, entraînant des risques significatifs et inutiles pour les droits individuels à la vie privée et à la protection des données.

Dans l'affaire [Digital Rights Ireland C-293/12](#), la Cour européenne de justice a estimé que la lutte contre le terrorisme international et contre la criminalité grave constituait bien un objectif d'intérêt général. Toutefois, elle a également établi que puisque les mesures prises pour atteindre cet objectif constituent une ingérence dans les droits fondamentaux, notamment à la protection des données et à la vie privée, il est nécessaire d'évaluer la proportionnalité de ces mesures.

Le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) a publié des lignes directrices sur l'évaluation de la proportionnalité des mesures qui limitent les droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données personnelles. Le CCBE invite la Commission à tenir compte de ces lignes directrices et lui recommande de consulter le CEPD afin d'obtenir des avis spécifiques concernant la proportionnalité et la nécessité des mesures proposées.

Dans son avis « [1/2017 sur la proposition de la Commission modifiant la directive \(UE\) 2015/849 et la directive 2009/101/CE](#) », le CEPD a exprimé sa préoccupation quant au fait que les CRF puissent obtenir des informations non seulement à la suite de déclarations d'opérations suspectes (DOS), mais également de leur analyse ou de leurs renseignements propres. Le CEPD a averti que le système passerait dès lors d'une enquête ciblée à ce que l'on pourrait appeler une « exploration de données », avec des conséquences évidentes envers la protection des données.

Le CCBE estime que cette préoccupation s'applique également dans le contexte du plan d'action de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la proposition visant à accroître davantage le partage d'informations entre les CRF et à améliorer leur capacité de collecte d'informations. Elle soulève des questions de proportionnalité en termes d'objectif légitime poursuivi et quant à savoir si celui-ci est atteint avec le moins d'ingérence possible dans le droit.

3.4 *Secret professionnel*

Le secret professionnel est un concept universellement accepté qui est au cœur de l'état de droit.

Les Nations unies recommandent dans leurs « Principes de base relatifs au rôle du barreau » : « 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 confidentielles². ».

Le Conseil de l'Europe déclare : « Toutes les mesures nécessaires devraient être prises pour veiller au respect du secret professionnel des relations entre avocats et clients ». Il va ensuite plus loin et demande : « Des exceptions à ce principe devraient être permises seulement si elles sont compatibles avec l'État de droit³ ».

En outre, l'[article modèle du CCBE sur la confidentialité du 02/12/2016](#) dispose que le secret professionnel est un principe de justice fondamentale et sert à protéger l'état de droit.

² 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 1990, paragraphe 22.

³ Recommandation No. R(2000)21 du Comité des Ministres aux États membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat, Principe I, paragraphe 6.

Le secret professionnel constitue le fondement de la relation particulière entre un avocat et son client. Le client doit pouvoir divulguer librement et honnêtement des informations à son avocat, sans craindre qu'elles soient révélées sans son consentement. En l'absence de cette confiance, l'avocat n'est pas en mesure de s'acquitter de son devoir d'assistance juridique, qui est essentiel au bon fonctionnement de l'état de droit.

En droit de l'UE, la protection de la confidentialité a le statut d'un principe général qui revêt la nature d'un droit fondamental et d'une valeur commune conformément à l'article 2 TUE. La confidentialité est actuellement reconnue dans tous les États membres de l'Union européenne. L'[article 4 de la directive relative au droit d'accès à un avocat \(directive 2013/48/UE\)](#) prévoit que :

« Les États membres respectent la confidentialité des communications entre les suspects ou les personnes poursuivies et leur avocat dans l'exercice du droit d'accès à un avocat prévu par la présente directive. Ces communications comprennent les rencontres, la correspondance, les conversations téléphoniques et toute autre forme de communication autorisée par le droit national ».

Bien que la directive porte spécifiquement sur le droit pénal, elle démontre l'inviolabilité du droit puisqu'il est reconnu comme droit absolu. La protection de la confidentialité découle également du paragraphe 1 de l'article 8 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) (CEDH) (protection de la correspondance) en conjonction avec, les paragraphes 1 et 3 c) de l'article 6 de la CEDH (droit à un procès équitable).

L'ensemble des pays de l'UE ont adopté des dispositions visant à protéger le droit et le devoir de confidentialité des affaires des clients. Toutefois, les différentes juridictions adoptent des approches divergentes quant à la manière dont ce droit est protégé. Dans certaines juridictions, il est protégé par le *legal professional privilege*, tandis que dans d'autres, il est protégé par le secret professionnel. Dans certains pays européens, la violation du secret professionnel par un avocat est une infraction pénale passible d'une peine d'emprisonnement.

Sans cette relation de confiance, le droit fondamental des citoyens de l'UE à une représentation juridique est sérieusement compromis. La réticence des citoyens à consulter un avocat de peur que les informations personnelles qu'ils divulguent ne soient partagées entraîne de graves conséquences envers l'état de droit. L'article 19, paragraphe 1 du TFUE prévoit que : « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». La protection juridique cesse d'être « efficace » lorsque les citoyens ne peuvent plus partager les informations utiles à leurs avocats. À cet égard, il faut considérer que l'environnement juridique actuel est très complexe. Un client qui dissimule des informations, même infimes, ne peut être correctement conseillé, représenté ou défendu conformément à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

La diversité des approches quant aux circonstances dans lesquelles un avocat est en droit ou même obligé de divulguer des informations pose certains obstacles à l'élaboration d'un règlement européen harmonisé. Le CCBE estime que la Commission aura beaucoup de mal à définir des mesures uniformes en raison de la divergence des approches dans les différents pays européens. Cette situation pourrait entraîner des conséquences particulières lorsque les avocats se verront contraints de divulguer des informations dans le cadre de la proposition de règlement européen de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme étant donné que les systèmes juridiques disposent de règles différentes autorisant la divulgation d'informations confidentielles.

Le CCBE ne soutient aucun avocat qui est engagé avec un client dans le cadre d'une activité criminelle : ceux-ci ne bénéficient d'aucune protection en matière de secret professionnel.

3.5 Conséquences sur l'état de droit et la proportionnalité

La Cour européenne de justice a reconnu le rôle des avocats dans et pour le système de justice depuis son arrêt dans l'affaire AM & S Europe/Commission⁴ et a défini le rôle de l'avocat 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 besoin⁵ ».

En ce qui concerne la proportionnalité des politiques de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, il convient de ne pas sous-estimer les effets que certaines des mesures examinées dans le plan d'action pourraient avoir sur l'état de droit quant au rôle de l'avocat. Ces effets constituent à eux seuls des motifs suffisants pour considérer que certaines mesures sont contraires au principe de proportionnalité.

À titre d'exemple, la création d'une autorité de contrôle de l'UE ayant des compétences directes ou indirectes par rapport à la profession d'avocat constitue l'une de ces mesures.

La nécessité de l'indépendance de la profession d'avocat par l'autorégulation des barreaux est reconnue non seulement dans le contexte de l'UE, mais également au niveau international⁶ et à juste titre. Seuls des avocats indépendants qui ne craignent pas la pression de l'État, ou en l'espèce d'une Union d'États, peuvent conseiller, représenter et défendre efficacement leurs clients.

Une autorité de contrôle de l'UE qui pourrait intervenir directement ou indirectement dans le contrôle des avocats constitue une grande menace pour le principe d'autorégulation et donc pour l'état de droit, et servirait également d'exemple pour d'autres évolutions à suivre.

Dans ce contexte, il est important de noter que la protection de la profession d'avocat contre les ingérences doit nécessairement se refléter dans la structure de contrôle de la profession, puisque la simple possibilité d'ingérence de l'État peut créer un effet paralysant. Une véritable indépendance n'est possible que lorsqu'elle est étayée par des structures vraiment indépendantes telles que celles prévues par les barreaux. Ces structures doivent bien entendu assurer le contrôle des avocats dans le respect total du droit de l'Union.

Le CCBE tient à rappeler que dans sa communication « [Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union : Plan d'action](#) », la Commission a notamment reconnu que « [l]es menaces qui pèsent sur l'état de droit mettent donc en péril les fondements juridiques, politiques et économiques du fonctionnement de l'UE ».

⁴ Voir C-155/79.

⁵ Voir *Akzo Nobel Chemicals and Akros/Commission*, C-550/07 P, paragraphe 42.

⁶ Le Conseil de l'Europe recommande par exemple l'autonomie et souligne son importance pour l'indépendance de la profession, voir : Recommandation No. R(2000)21 du Comité des Ministres aux États membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat, notamment sous le point V., adopté par le Comité des Ministres, 25 octobre 2000.

4. Recommandations

Le CCBE félicite la Commission d'avoir pris des mesures pour assurer un système plus harmonieux et plus efficace. Il tient toutefois à souligner que les tentatives d'harmonisation par le biais d'un règlement de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme peuvent en fait avoir l'effet non désiré de perturber les pays en les empêchant de se concentrer sur l'évaluation des risques d'une manière qui tienne dûment compte de leur propre profil économique, juridique et financier unique.

Une [étude sur l'amélioration de la politique de lutte contre le blanchiment de capitaux](#), publiée en mai 2020 par le Parlement européen, a révélé qu'il pourrait être nettement plus difficile de parvenir à un consensus politique national en faveur d'une réglementation plutôt que de directives. À cet égard, l'étude indique que ces défis pourraient se manifester sous la forme de retards ou de résistance à la manière dont elle est mise en œuvre dans la pratique. Cette étude suggère plutôt qu'une manière plus douce de parvenir à l'harmonisation consiste à s'instruire mutuellement, à procéder à une évaluation comparative et à attirer l'attention des États membres sur les lacunes. Le CCBE rappelle à la Commission qu'avant de procéder à l'introduction d'une plus grande réglementation, de nombreux avantages peuvent être tirés de ce qui est déjà en place et de l'amélioration de sa compréhension et de sa mise en œuvre.

Avant que la Commission ne prenne des mesures pour faire évoluer le plan d'action, le CCBE émet un certain nombre de recommandations spécifiques que la Commission devrait s'assurer d'entreprendre. Celles-ci incluent, comme déjà indiqué, que la Commission consulte le CEPD afin d'obtenir des avis spécifiques concernant la proportionnalité et la nécessité des mesures proposées ainsi que les étapes suivantes.

4.1 *Groupe d'experts*

Le CCBE est conscient que la Commission peut de temps en temps consulter des experts externes pour acquérir des connaissances et une expertise supplémentaires sur des questions spécialisées. Le CCBE estime que la portée et l'effet significatifs du plan d'action justifient une telle approche dans ce contexte. Il invite la Commission à entreprendre une telle consultation à la lumière de l'équilibre qui doit être établi entre l'ingérence dans les droits fondamentaux et la lutte contre le blanchiment de capitaux.

4.2 *Agence des droits fondamentaux*

L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) contribue à défendre les droits fondamentaux de toutes les personnes vivant dans l'UE. Elle peut émettre des avis et des conclusions à l'intention des institutions de l'UE et des États membres sur des sujets thématiques spécifiques. En outre, plusieurs institutions, dont la Commission européenne, peuvent demander à la FRA de rendre des avis sur des propositions législatives de l'UE « en ce qui concerne leur compatibilité avec les droits fondamentaux ». Cette tâche spécifique contribue à l'objectif général de la FRA qui vise à aider les institutions de l'UE et les États membres à respecter pleinement les droits fondamentaux.

Le CCBE estime que la Commission devrait demander à la FRA d'émettre un avis sur la proposition de règlement et la création d'un organe de contrôle de l'UE dédié à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au sein. Ces deux propositions impliquent des conflits potentiels avec un certain nombre de droits fondamentaux, notamment la protection des données et la vie privée, ainsi que le secret professionnel. À titre d'exemple, en 2014, à la suite d'une demande du Parlement européen, la FRA a rendu un avis sur une proposition visant à créer un parquet européen. La proposition a soulevé des questions liées à plusieurs problèmes de droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne l'interaction complexe et parfois peu claire entre le niveau national et le niveau européen.