

**THEME : LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT ET LE TERRORISME, IMPLICATIONS POUR L'AVOCAT : QUEL JUSTE MILIEU DANS LES IMPERATIFS NOUVEAUX DE LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT ET LE TERRORISME ET LA NECESSAIRE PRESERVATION DES PREROGATIVES DE L'AVOCAT, ACTEUR DE L'ETAT DE DROIT ?**

**L'impact de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme sur la profession d'avocat**

**Maître Bernard VATIER  
Ancien Bâtonnier du Barreau, Secrétaire Général de la CIB**

La lutte contre le blanchiment d'argent a été initiée au niveau international lors du Sommet du G7 à Paris en 1989 et c'est à cette occasion qu'a été créé le Groupement d'Actions Financières « GAFI ». Le principal moyen de lutter contre le blanchiment consistait à impliquer les établissements financiers et à mettre à leur charge une obligation de révélation de soupçon. L'objectif recherché était de rendre insécure le circuit financier pour les auteurs de blanchiment, en vue d'assainir les transactions financières. C'est dans ce cadre que l'Europe s'est dotée le 10 juin 1991 d'une première directive. Cette première directive concernait les établissements financiers et retenait, pour la définition de l'infraction sous-jacente, les infractions définies par la Convention de Vienne contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes qui avait été adoptée le 19 décembre 1988. En outre, étaient incluses les activités criminelles définies comme telles par chaque état membre. Ainsi, par l'effet de cette directive, les établissements financiers et sociétés d'assurance étaient tenus, d'une part, d'une obligation de vigilance dans l'identification des clients et la conservation des données pendant une période d'au moins 5 après la fin de la relation avec leurs clients, et d'autre part, d'une obligation d'information de tout fait susceptible d'être l'indice d'un blanchiment de capitaux à l'égard des autorités de police financière.

Dans son rapport du 12 février 1998, le GAFI a proposé d'assujettir à l'ensemble du dispositif d'autres professions comme celles de négociant en automobile, loterie, courses de chevaux, casino, mais également les avocats. Le rapport faisait mention sans aucune analyse descriptive factuelle précise et sans aucune statistique, de ce que certaines professions étaient plus particulièrement vulnérables, et à leur propos, retenait que plusieurs affaires avaient impliqué des avocats. Il n'existe malheureusement aucune étude concrète et scientifique qui ait été annexée au rapport du GAFI et qui eut pu justifier les affirmations figurant dans ce rapport. Néanmoins, la Commission Européenne a proposé une directive pour inclure la profession d'avocat dans le champ d'application de la Directive conçue pour les établissements financiers.

En Europe, c'est la Directive du 4 décembre 2001 qui va inclure les avocats dans le périmètre de la première Directive du 10 juin 1991. Cette inclusion conduit à assimiler aux établissements financiers, aux sociétés d'assurance et à d'autres professions

comme les casinos ou les changeurs de monnaie, la profession d'avocat. Or la profession d'avocat est une profession réglementée, soumise à des règles spécifiques qui lui sont propres. La réglementation issue de la directive du 4 décembre 2001 souffre d'une aberration génétique, à raison de l'absence de prise en compte de la réglementation de la profession d'avocat et de la confusion de son statut avec des professions non réglementées ou au statut totalement différent. Cette assimilation de la profession aux professions financières ou à des professions non réglementées comme les changeurs de monnaie ou les casinos a pour effet de gauchir les règles et principes de la profession d'avocat, et à travers ces distorsions, de mettre en cause les bases d'une société démocratique en érodant les spécificités substantielles de la profession d'avocat : l'avocat participe à l'administration de la justice et de l'état de droit. Il est soumis au secret professionnel doit être indépendant.

L'avocat est par nature un contre-pouvoir. Sa fonction sociale est d'être le lien entre l'individu ou plus généralement, le sujet de droit et la société. L'avocat est une aide à la décision de son client dans l'application de la règle de droit. Il est une aide à la décision du juge dans son activité de représentation en justice. Il est dit que la signification en sanscrit du mot avocat est triple : l'avocat est un **consolateur**, un **confesseur** et un **défenseur** :

- Un **consolateur** avant tout, parce que l'avocat restitue le lien entre l'individu et le monde qui l'entoure. C'est pourquoi, dans ce concept, il y a tout à la fois la référence du mot seul (sole) avec le mot avec (cum).
- Un **confesseur** car l'avocat ne peut naturellement assumer cette mission que s'il peut recevoir dans la seule relation avec lui, exclusive de toute communication avec quiconque, les informations que lui donne son client et c'est pourquoi, il est un confesseur, irréfragablement investi de la confiance de son client.
- Un **défenseur** car l'avocat défend le sujet de droit. Il protège ses droits de son client à l'exclusion de tout autre intérêt et en cela il assume dans l'indépendance qui doit être garantie, son rôle de contrepouvoir.

**L'avocat, lorsqu'il assiste son client est le contrepouvoir de l'individu à l'égard de la société : c'est le fondement de la démocratie.**

Le GAFI tout comme le législateur européen avait bien perçu la difficulté de cette assimilation en mentionnant dans son rapport que l'obligation de déclaration de soupçon soit étendue aux avocats « *bien que les questions délicates telles que le secret professionnel devraient être abordées* ». Les Directives font également référence aux problèmes posés par le secret professionnel de l'avocat en rappelant dans leurs considérants qu'« *il y a lieu d'exonérer de toute obligation de déclaration les informations obtenues avant et pendant une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique du client. Par conséquent, la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel* ».

Mais cette affirmation contenue dans l'exposé des motifs de la Directive n'est qu'une affirmation de principe et est contredite par le considérant précédent qui retient que les

avocats « *devraient être soumis aux dispositions de la Directive... lorsqu'ils fournissent des conseils fiscaux, transactions pour lesquelles le risque les conseils de ces professionnels juridiques soient utilisés à des fins de blanchiment des produits du crime est plus élevé* ». Le rapprochement de ces deux considérants fait bien apparaître l'embarras du législateur européen qui va jusqu'à laisser entendre qu'un avocat peut être complice d'une opération de blanchiment en fournissant des conseils, ce qui donnerait à son concours une licéité qu'il ne peut avoir.

Le dispositif anti blanchiment crée une autre préoccupation car il remet en cause les autorités de régulation que sont les Barreaux. Sans doute celles-ci n'ont-elles pas fait connaître l'importance de leur contribution dans le contrôle du respect des règles déontologiques par les avocats, au nombre desquelles figure l'obligation de vigilance. Désormais les cellules de renseignements financier reçoivent les informations quasi directement des avocats, les barreaux ne pouvant plus assumer le rôle de filtre. Elles accèdent directement au cabinet de l'avocat qui est tenu de remettre les fiches d'investigations sur des prescriptions imposées en dehors du barreau qui avait seul qualité jusqu'à présent, pour déterminer les devoirs de l'avocat. Cette ingérence du pouvoir étatique dans l'autorité de régulation des avocats contribue au déséquilibre. L'effacement des barreaux, c'est l'effacement de la protection de l'avocat et l'effacement de la protection de droits et libertés fondamentales du citoyen. Puisse le débat sur les directives anti blanchiment conduire à restaurer les barreaux comme autorités responsables de la règle déontologique !

C'est précisément le débat : **les avocats du monde entier ne peuvent se réfugier derrière leurs règles professionnelles s'ils ne démontrent pas qu'ils prennent eux-mêmes et à travers leurs barreaux les dispositions voulues pour assumer pleinement les devoirs qui s'imposent à eux : s'opposer à la corruption, au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme.**

Rappelons la problématique.

Dans le cadre des opérations bancaires, la relation qui existe entre la banque et son client est une relation fondée sur un mandat : exécuter les opérations de banques même si ce mandat peut comprendre à titre accessoire des obligations de conseil. Ce mandat qui est à la base de la relation entre la banque et le client, est par principe légitime. En revanche, ce mandat, qui est le socle de la relation contractuelle, peut donner lieu à l'exécution d'opérations douteuses et suspectes et la banque qui n'est pas juge de ces opérations et qui est tenue par le caractère obligatoire de son mandat doit exécuter les opérations qui peuvent lui sembler suspectes. En les exécutant, la banque ne commet pas le délit de blanchiment puisqu'elle agit sur le fondement d'un contrat de mandat légitime. Mais il peut être tout autant légitime que celle-ci fasse une déclaration de soupçons et être ainsi en relation avec la cellule financière pour délivrer des informations liées aux opérations suspectes.

La situation de l'avocat est totalement différente ; **la relation entre l'avocat et son client ne repose pas sur un contrat de mandat ; cette relation repose sur un contrat de louage d'ouvrage.** Par principe, l'avocat est le conseil de son client lorsqu'il est en

défense, lorsqu'il lui donne une opinion dans le cadre de la consultation juridique. Dans l'exercice de cette profession l'avocat n'est absolument pas lié par un mandat, il fournit assistance à son client et pour cela, il doit y avoir une relation de confiance absolue entre le client et l'avocat à défaut de quoi, ce dernier n'est pas en mesure d'être un conseil utile, et pour la défense et pour le conseil juridique. L'avocat français n'est jamais le mandataire obligé de son client. Si le client lui demande des conseils en matière de blanchiment ou de financement du terrorisme, l'avocat ne peut les fournir sauf à devenir complice par assistance dans la commission d'un délit. L'avocat ne peut qu'inciter le client à avoir un comportement exclusif de tout acte de délinquance.

Il en résulte que l'avocat qui assiste son client ne peut pas faire une déclaration de soupçon. S'il fait une déclaration de soupçon après avoir donné des conseils, il devient blanchisseur et s'il devient blanchisseur, il devient une personne pénalement responsable. Il n'agit plus comme avocat mais comme délinquant. Il n'est plus protégé par son immunité d'avocat.

En d'autres termes, le secret professionnel de l'avocat n'a rien de commun avec le secret bancaire. Mais il n'a pas non plus pour vertu de favoriser les opérations délictueuses. Il m'apparaissait utile d'avoir en tête cette différence de traitement, cette différence fondamentale puisque la législation sur la lutte contre le blanchiment est issue de la législation bancaire.

La théorie du secret professionnel de l'avocat dans les pays de tradition juridique commune repose essentiellement sur la doctrine de Maurice Garçon qui énonce le fait que le secret professionnel est absolu dans la mesure où il repose sur une relation entre le conseil de l'individu face à l'Etat et où cette relation doit être totalement protégée. Le secret professionnel a été progressivement consacré par le droit européen avec notamment l'arrêt Wouters de la CJUE qui énonce que le secret professionnel de l'avocat est un élément substantiel de la profession d'avocat. Celle-ci est tenue au secret professionnel car il constitue un de ses trois piliers que sont l'indépendance, le secret professionnel pour recevoir la confiance de son client et le respect de la prohibition du conflit d'intérêt.

Mais le secret professionnel consacré par l'arrêt Wouters n'est pas un secret professionnel absolu. L'avocat général avait pris soin de le mentionner dans ses conclusions : « mais ce secret professionnel peut trouver des limites à raison des exigences de l'organisation sociale, des exigences publiques ». Il faut donc chasser l'idée que le secret professionnel serait absolu. Le secret professionnel n'a jamais été absolu parce que s'il était absolu, nous serions tous au chômage ; le secret de l'avocat est fait précisément pour être violé parce que lorsque l'avocat plaide, il révèle des informations qu'il a reçues dans le secret mais il est le seul capable de pouvoir révéler ces informations. L'avocat le fait dans l'exercice de la défense et de son obligation de conseil. De manière paradoxale, le fondement du secret professionnel de l'avocat réside dans le droit reconnu à l'avocat de choisir souverainement ce qui peut être ou non utile de révéler. L'avocat assume souverainement un rôle de filtre.

L'ingérence de l'État dans l'intimité de la personne humaine et dans les droit de la défense ne peut se justifier que si elle est proportionnée et nous avons en point d'orgue de cette évolution, non seulement l'arrêt du conseil d'État français qui a été rendu en 2008, mais également l'arrêt Michaud de la cour de Strasbourg qui est désormais la clé de voûte du droit positif.

Il ne peut y avoir ingérence de l'Etat sans contrôle. Ce contrôle incombe à l'autorité d'autorégulation. Le bâtonnier est investi de la mission de vérifier que les informations échangées avec la cellule financière ne sont pas au nombre de celles qui échappent au devoir de révélation. **Le bâtonnier devient le filtre dans les échanges entre la cellule financière et l'avocat et réciproquement. Le bâtonnier doit veiller à ce que la confiance nécessaire ne soit pas trahie et que l'information donnée le soit en proportion avec les exigences de l'État.**

Aujourd'hui, les choses sont désormais claires en Europe, le bâtonnier est reconnu comme l'organe de régulation. Cela conduit à une nouvelle perspective. Si, par nature, la révélation du secret s'impose pour l'exercice des droits de la défense et dans la mise en œuvre de l'obligation de conseil, peut-elle s'imposer dans d'autres circonstances. C'est la question du secret professionnel dit « partagé ».

Ce concept n'est pas satisfaisant mais il est utile. il a été reconnu par la jurisprudence française par un arrêt de 2003 . La cour de cassation a jugé que l'avocat ne peut opposer le secret professionnel au bâtonnier puisque ce dernier est tenu de veiller au respect par l'avocat au respect des règles déontologiques. Ainsi les règles de l'autorité d'autorégulation de la profession d'avocat se sont progressivement affirmées. Désormais le bâtonnier se trouve investi de la fonction de régulateur de la profession vis-à-vis des autorités étatiques.

La jurisprudence de la CEDH a consacré cette évolution. Dans, l'arrêt « Villa Nova contre le Portugal ». Un avocat était poursuivi pour fraude fiscale et l'administration avait demandé la communication de la totalité de ses comptes bancaires. Cette communication ayant été effectuée, la cour de Strasbourg a condamné le Portugal pour manquement à l'article 8 de la CEDH en jugeant que si c'était à raison que cette communication a pu être demandée, en toute hypothèse, il fallait au préalable en aviser le bâtonnier pour qu'il donne son avis sur précisément l'aspect proportionné de l'ingérence de l'État à l'égard des libertés publiques, de l'intimité et de la vie privée.

L'évolution de la réglementation impose donc aux barreaux de nouvelles responsabilités. Il faut que les bâtonniers assument pleinement le rôle d'autorégulation de la profession. La nature ayant horreur du vide, si les barreaux ne se dotent pas des moyens pour assurer cette autorégulation, c'est la police qui le fera à sa place et il en sera fini du secret professionnel de l'avocat et du contrepouvoir que les barreaux ont la charge d'assurer.