

# **Michaud c. France**

**Audience du 2 octobre 2012**

**Pour Maître Patrick MICHAUD**

**Notes de plaidoirie**

**De M. le bâtonnier**

**Bertrand FAVREAU**

## **PLAN**

### **INTRODUCTION**

### **I- RECEVABILITE**

### **II- CONVENTIONNALITE**

### **III- SPECIFICITE**

### **IV-INDIVISIBILITE**

### **V- AMBIGUITE**

### **VI-INUTILITE**

### **VII- PERVERSITE**

### **VIII- PROPORTIONNALITE**

### **IX-SUBSTANTIALITE**

### **X- CONCLUSIONS**

## INTRODUCTION

Le requérant soutient notamment que la décision du Conseil national des barreaux en date du 12 juillet 2007 ajoutait à la loi en imposant aux avocats certaines procédures et des règles d'organisation internes de leur cabinet gravement attentatoires aux droits fondamentaux.

L'article 3 de la décision attaquée impose aux avocats de « faire preuve d'une vigilance constante *et de se doter des procédures internes* » propres à assurer le respect des dispositions de la loi du 11 février 2004 et du décret du 26 juin 2006, concernant notamment « *la déclaration de soupçon* ».

En vertu de l'article 4 du même règlement : "*l'avocat assujetti [doit] procède[r] à une déclaration de soupçon, et à cette fin, "remet au bâtonnier, pour transmission à TRACFIN, l'ensemble des renseignements et des documents utiles"* qu'il a été obligé de réunir sur son client.

La décision ne trouve aucun fondement dans une règle législative et pas davantage de base légale dans l'un des décrets en Conseil d'Etat prévu à l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Elle impose à peine de poursuites disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation du barreau, une prescription générale et vague, la notion de soupçon apparaissant, en droit français, peu précise.

Plus généralement, une telle obligation est attentatoire à la mission des avocats qui ne peut être exercée de manière satisfaisante que si les clients sont assurés de la confidentialité de leurs relations avec leur conseil pour qui le secret professionnel est à la fois un devoir et un droit.

L'obligation pour un avocat d'organiser, concurremment avec d'autres organes ou institutions de surveillance, un service d'investigations et de renseignement interne à son cabinet chargé d'enquêter contre le client qui fait appel à lui afin de pouvoir ensuite dénoncer les soupçons qu'aurait pu lui inspirer ce client, ne peut qu'apparaître ainsi, prima facie, antinomique à la raison d'être de la profession dans une société démocratique.

## I - RECEVABILITE

- **notion de 'victime'**

La notion de 'victime' est interprétée de façon **autonome** et indépendante des règles de droit interne telles que l'intérêt à agir ou la qualité pour agir (*Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, § 35).

22. La notion de 'victime' fait l'objet d'une interprétation **évolutive à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui**

L'acte ou l'omission litigieux doit **affecter de manière directe** le requérant (*Amuur c. France*, § 36). Ce critère ne s'applique cependant pas de façon mécanique et inflexible (*Karner c. Autriche*, § 25). 24. La Cour a pu accepter, au cas par cas, le recours d'une victime dite « *potentielle* », c'est-à-dire celle qui ne peut se plaindre d'une atteinte directe. : l'arrêt concernant les écoutes téléphoniques en Allemagne (*Klass et autres c. Allemagne*, § 34), pour des affaires concernant une extradition (*Soering c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161* ; ), pour des mesures restreignant la distribution d'information relative à l'avortement pouvant affecter des femmes en âge de procréer (*Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, 29 octobre 1992, série A n° 246-A* , § 44).

S'agissant d'une **loi nationale**, un particulier peut soutenir qu'elle méconnaît ses droits, en l'absence d'acte individuel d'exécution, **s'il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites** (*Norris c. Irlande* ; *Bowman c. Royaume-Uni*) ou s'il fait partie d'une catégorie de

33. La Cour rappelle que pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 34 une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers doit pouvoir se prétendre « victime d'une violation (...) des droits reconnus dans la Convention (...) ». **Pour pouvoir se prétendre victime d'une violation, un individu doit avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse** (*Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, série A n° 25, §§ 239-240 ; *Eckle* précité ; et *Klass et autres c. Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, série A n° 28, § 33). Ainsi, la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits reconnus dans la Convention ; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention (*Norris* précité, § 31).

Un requérant ne peut se prétendre « victime », au sens de l'article 34 de la Convention, **que s'il est ou a été directement touché par l'acte ou omission litigieux : il faut qu'il en subisse ou risque d'en subir directement les effets** (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 295-A, pp. 15-16, § 39, et *Norris c. Irlande*, arrêt du 26 octobre 1988, série A n° 142, p. 15, §§ 30 et suiv.).

34. Il est toutefois loisible à un particulier de soutenir qu'une loi viole ses droits, **en l'absence d'acte individuel d'exécution, si l'intéressé est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites** (*Norris* précité, § 31 ; *Bowman c. Royaume-Uni*, n° 24839/94, *Recueil* 1998-I) ou **s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation** (*Johnston et autres* précité, § 42 ; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, série A n° 246-A).

- **en l'absence d'acte individuel d'exécution,**

**dans son arrêt de Grande Chambre, *Tănase c. Moldova*, arrêt du 27 avril 2010.**

la Cour, se référant à ses arrêts **Klass** et autres c. Allemagne du 6 septembre 1978, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, du 29 octobre 1992, *Burden c. Royaume-Uni* [GC], du 29 avril 2008 ; a rappelé clairement les principes applicables **en l'absence d'acte individuel d'exécution,**

"[...] pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 34 une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers doit pouvoir se prétendre victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention. Pour pouvoir se prétendre victime d'une violation, **un individu doit avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse.** Ainsi, la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits reconnus dans la Convention ; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention.

**Il est toutefois loisible à un particulier de soutenir qu'une loi viole ses droits, en l'absence d'acte individuel d'exécution, si l'intéressé est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation** (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, §§ 33 et 34, 29 avril 2008 ; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, § 44, série A n° 246-A ; **Klass** et autres c. Allemagne du 6 septembre 1978, série A n° 28, pp. 18-19, § 33; *Tănase c. Moldova*, arrêt du 27 avril 2010, n° 7/08 § 104).

La Cour a déjà rappelé, quant à la notion de victime, qu'un individu peut, sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation permettant de telles mesures, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées (arrêt **Klass** et autres c. Allemagne du 6 septembre 1978, série A n° 28, pp. 18-19, § 34 *Rotaru c. Roumanie* [GC], du 4 mai 2000, n° 28341/95, CEDH 2000-V §35.

- **le requérant "risque de subir directement les effets" de la législation attaquée**

**ou risque d'en subir directement les effets** (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 295-A, pp. 15-16, § 39, et *Norris c. Irlande*, arrêt du 26 octobre 1988, série A n° 142, p. 15, §§ 30 et suiv.).

- ***Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, série A no. 45 ; Dudgeon du 22 octobre 1981 séries A n° 45***

**se plaint de risquer**, aux termes de la législation en vigueur en Irlande du Nord, des poursuites pénales du chef de son comportement homosexuel; il aurait éprouvé des sentiments de peur, de souffrance et d'angoisse résultant de l'existence même des lois en question, y compris la crainte de brimades et de chantage. De plus, il reproche à la police de l'avoir interrogé ...

41. ... Par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 par. 1 (art. 8-1). Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 13, par. 27): **ou il la respecte et s'abstient de se livrer - même en privé et avec des hommes consentants - à des actes sexuels prohibés auxquels l'inclinent ses tendances homosexuelles, ou il en accomplit et s'expose à des poursuites pénales.**

***Norris c. Irlande § 33.*** Certes, il appert que durant la période en cause **il n'y a pas eu de poursuites en vertu de la législation irlandaise incriminée**, sauf pour des actes impliquant des mineurs ou commis en public ou sans consentement. **On peut en inférer qu'aujourd'hui le requérant ne risque guère de se voir inculper.** Toutefois, les organes de poursuite n'ont pas pour politique déclarée de ne pas se prévaloir de la loi en la matière (paragraphe 20 ci-dessus).

**C'est le cas d'une loi non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, « une loi non abrogée peut s'y appliquer à nouveau à tout moment, par exemple à l'occasion d'un changement de politique. On peut donc dire que le requérant "risque de subir directement les effets" de la législation attaquée. »...**

- **personnes risquant de subir directement les effets de la législation**

En vertu de l'Article 3 : "**Les avocats réalisant l'une des activités visées à l'article 1 doivent faire preuve d'une vigilance constante et se doter de procédures internes propres à assurer**

**[...] notamment l'ensemble des prescriptions relatives :**

- aux obligations d'identification des clients et des ayants droit économiques ;
- à l'examen des opérations inhabituellement complexes supérieures à 150 000 euros et à l'obligation de consignation écrite de ses caractéristiques sur un registre spécial mis à disposition du bâtonnier et de TRACFIN ;

**- à la déclaration de soupçon ;**

**[...] "**

Me Patrick MICHAUD est avocat au barreau de Paris.

A ce titre, il entre dans la catégorie de "tous les avocats, personnes physiques, inscrits à un barreau français" visé par le règlement, et il est appelé à assister des clients notamment à la préparation de transactions concernant la gestion ou la direction des sociétés.

Le requérant en tant qu'avocat "fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation" (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], § 34 ; *Johnston et autres c. Irlande*) est placé sous le feu de cette norme réglementaire est bien obligé de changer de comportement sous peine de poursuites, notamment d'organiser son cabinet afin se doter de procédures internes lui permettant de procéder à une étude financière de ses clients, de procéder à une évaluation en vue de pouvoir transmettre une dénonciation. (*Norri c. Irlande* ; *Bowman c. Royaume-Uni*).

Ainsi il n'est pas contestable que la norme concernée s'applique au requérant en sa qualité d'avocat qui est bien un "avocat assujetti" au sens de l'article 4 de la décision du Conseil national des barreaux : **En vertu de l'Article 4 : "l'avocat assujetti [doit] procède[r] à une déclaration de soupçon, il remet au bâtonnier, pour transmission à TRACFIN, l'ensemble des renseignements et des documents utiles".**

Il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites, notamment d'organiser son cabinet afin de se doter de procédures internes lui permettant de procéder à une étude financière de ses clients, de procéder à une évaluation en vue de pouvoir transmettre une dénonciation.

La qualité de victime est donc incontestable au sens de la jurisprudence de la Cour.

- **même en l'absence de préjudice**

Par « victime », l'article 34 de la Convention désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux, l'existence d'un manquement aux exigences de la Convention se concevant même en l'absence de préjudice (*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, § 50, CEDH 1999-VII). Un acte ayant des effets juridiques temporaires peut suffire (*Monnat c. Suisse*, § 33).

- Au demeurant, « la Cour n'a jamais exclu de constater qu'un texte législatif emportait directement violation de la Convention »  
**arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, § 48.**

*Il ne s'agit aucunement d'une « actio popularis »*

Le requérant n'ignore aucunement  
« la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits reconnus dans la Convention; **elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble.** C.E.D.H., gde ch., arrêt *Burden et Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008, § 33. **sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention** ».

Il ne s'agit pas comme dans l'affaire *De Becker c. Belgique* d'un « problème abstrait touchant la compatibilité [d'une] loi avec les dispositions de la Convention » mais bien d'un « cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention » ( arrêt *De Becker c. Belgique* du 27 mars 1962, § 14 (sur la demande de radiation).

**Dans la décision « minarets », sur la requête de M. Ouardiri la Cour a estimé qu'elle participe de l'*actio popularis*, parce qu'il s'agissait dans ce cas d'« une action populaire au travers de laquelle [le requérant] cherche à faire contrôler in abstracto, au regard de la Convention, la disposition constitutionnelle litigieuse ».**(*Ouardiri c. Suisse* 26 juin 2011, 65840/09).

La Cour soulignait à cet égard que le requérant **« ne met (...) en avant aucun commencement d'application de [la disposition constitutionnelle litigieuse] et n'allègue, par ailleurs, pas que celle-ci ait déployé un quelconque effet concret à son égard ».**

**EVENTUELLEMENT : Sur le non-respect du délai de six mois.**

L'argument est dépourvu de toute pertinence.

- a) En effet, il est constant que M. Patrick MICHAUD a bien saisi la Cour dans le délai de six mois à la suite de l'arrêt du Conseil d'Etat rendu le 23 juillet 2010, dont il n'a eu connaissance au demeurant que quelques jours plus tard.

La saisine de la Cour étant du 19 janvier 2011 est bien intervenue dans le délai de six mois. Par ailleurs, la compatibilité de la mesure en cause et de la réglementation, de nature déontologique et disciplinaire, querellée devant le Conseil d'Etat n'a pas été tranchée par l'arrêt du 10 avril 2008.

Dans son arrêt du 23 juillet 2010, le Conseil d'Etat a annulé une partie des dispositions objet du recours de M. MICHAUD ce qui démontre de plus fort que M. Patrick MICHAUD avait bien qualité à agir, mais était fondé dans son recours. Si la décision avait été tranchée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 10 avril 2008, M. Patrick MICHAUD aurait été déclaré irrecevable

En outre, la nature du recours de M. Patrick MICHAUD est par définition différente puisque c'est une mesure du Conseil National des Barreaux qu'il a critiqué et qui est distincte du recours formé par le Conseil National des Barreaux et l'ordre des avocats de PARIS contre le décret d'application de la loi de transcription.

Force est de constater que dans la procédure ayant fait l'objet de **l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2008**, le Conseil National des Barreaux était le seul demandeur alors que dans la procédure ayant fait l'objet de la décision du Conseil d'Etat du 23 juillet 2010, M. Patrick MICHAUD était demandeur contre un acte réglementaire du Conseil National des Barreaux, rendu sur la base de la décision du Conseil d'Etat du 10 avril 2008.

- b) Il est inopérant d'objecter que M. Patrick MICHAUD aurait dû exercer un recours dans le délai de six mois à compter de la décision du 10 avril 2008 date du premier arrêt du Conseil d'Etat (paragraphe 88) puisque :

M. Patrick MICHAUD n'était aucunement partie à cette procédure et n'était pas recevable à former un recours.

Le délai de six mois commence à compter de la décision définitive dans le cadre des voies de recours internes exercées (*Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni (déc)* 14 mars 2002, n° 46477/99 § 2 ; *Joaquim Moreira Barbosa c. Portugal (déc)* n° 65681/01 29 avril 2004).

La juridiction interne elle-même en statuant sur la requête de M. Patrick MICHAUD n'a pas estimé que son recours était identique à celui qui avait pu être exercé dans un autre cadre par le CNB contre le décret.

Enfin, la procédure visée ne préjugait aucunement des modalités de mise en application par formulaire de dénonciation généralisée (pièce jointe) de la part du CNB.

## II - CONFORMITE ET CONVENTIONNALITE

### **La portée de la notion de « protection équivalente »**

Face à un acte national de mise en œuvre d'une obligation internationale pour lequel l'État ne dispose pas de pouvoir d'appréciation (du type d'une mesure nationale de mise en œuvre d'un règlement communautaire comme c'est le cas en l'espèce), il échet de vérifier si une organisation internationale ou la Communauté européenne en cause dans une affaire offre, de manière globale, une protection équivalente des droits de l'homme à celle qui est octroyée par la CEDH.

Ainsi, la présomption de protection équivalente peut tomber dans une affaire donnée si la Cour estime que « la protection de droits garantis est entachée d'une insuffisance manifeste ».

Selon l'arrêt *Bosphorus*, le juge se doit donc d'examiner les modalités générales de protection des droits de l'homme dans le système juridique concerné au moment des faits (norme de protection des droits fondamentaux et place dans la hiérarchie normative, mécanismes de contrôle).

La présente affaire est très différente de l'affaire *Bosphorus* et il n'y a pas d'équivalence de la protection, notamment sur le plan procédural.

#### **a) Dans la présente affaire, il s'agit de la mise en œuvre de directives.**

Les dispositions nationales objets du litige, à savoir la décision du 12 juillet 2007 adoptée par le Conseil National des Barreaux (CNB) ont été élaborées en application des mesures transposant la directive constituent une dérogation à ce principe du secret professionnel.

Dans ce contexte, la question qui se pose est celle de la **conformité** d'une telle dérogation au secret professionnel avec les obligations découlant de la Convention et notamment de son article 8 §.2.

Dans l'affaire *Bosphorus* il s'agissait de l'obligation pour état membre d'appliquer un règlement découlant d'une résolution obligatoire du Conseil de sécurité des Nations Unies, alors que dans la présente affaire est en cause une réglementation interne mettant en œuvre une directive communautaire.

Or, l'obligation pesant sur l'Etat membre résulte de directives communautaires qui réservent aux Etats une certaine marge d'appréciation, ce qui n'est pas le cas des règlements.

Jusqu'à présent les affaires dans lesquelles la Cour a admis une protection équivalente au profit de l'Union européenne ne concernaient pas la mise en œuvre de directives.

**b) L'absence de droit de recours individuel.**

La caractéristique principale et essentielle du système de protection de la Convention, notamment depuis l'entrée en vigueur du Protocole XI en 1998, est le droit de recours individuel.

Or, ce droit n'est reconnu que partiellement dans le système du droit communautaire, devenu droit de l'Union, même s'il s'agit de règlements directement applicables.

A fortiori s'il s'agit de directives, les particuliers ne peuvent en contester la légalité et l'interprétation devant les juridictions de l'Union, mais seulement devant les juridictions nationales. Ils n'ont qu'un accès indirect et très restreint par la voie de la question préjudicielle posée par la juridiction nationale à la juridiction de l'Union.

Dans la présente affaire, a fortiori la protection ne peut être présumée équivalente alors que la juridiction nationale a refusé de poser la question préjudicielle.

En effet le Conseil d'Etat, juridiction statuant en dernier ressort, n'a posé aucune question préjudicielle à la Cour de Luxembourg.

En ce qui concerne les procédures ouvertes à un avocat pour la protection de ses droits et libertés fondamentaux, force est donc de constater que le droit de l'Union européenne n'offre pas une protection équivalente à celle que garantit la Convention européenne des droits de l'Homme, du moins sur le plan procédural.

Par comparaison, on rappellera que la Cour a pu déjà admettre l'équivalence de la protection dans le cas du contentieux des agents et fonctionnaires internationaux, mais en jugeant précisément qu'ils disposent d'un recours individuel et direct devant un organisme judiciaire présentant toutes les garanties requises (commission de recours ou tribunal administratif).

Tel n'est pas le cas en l'espèce.

En définitive et dans l'état actuel du droit de l'UE et de la jurisprudence de Luxembourg, il n'y a pas de recours direct de l'avocat devant la juridiction de l'UE pour protéger l'atteinte à ses droits fondamentaux.

Dans l'arrêt *Bosphorus*, la Cour a eu l'occasion de souligner que si « *les recours exercés devant la CJCE par les institutions de la Communauté ou par un Etat membre constituent un contrôle important du respect des normes communautaires, qui bénéficie indirectement aux particuliers* », il demeure que « *l'accès des particuliers à la CJCE [...] est restreint : ils n'ont pas qualité pour agir en vertu des articles 169 et 170 ; leur droit d'engager des actions au titre des articles 173 et 175 est limité, comme l'est, par conséquent, leur droit d'agir au titre de l'article 184 ; et ils ne peuvent former un recours contre un autre particulier* ». (*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlande*, précité, § 162).

**Dans la présente affaire, il n'y a pas eu d'effectivité du contrôle ni dans le cadre des recours directs, ni dans le cadre du recours préjudiciel, tels que prévus par la procédure de l'Union européenne.**

La garantie n'a joué dans le cadre du recours préjudiciel prévu par l'ancien 177 du Traité de Rome, devenu art. 234 du Traité CE, et **aujourd'hui 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).**

**B/ L'analyse de la jurisprudence citée par le Gouvernement français.**

**□ L'affaire AM & S Europe**

Dans son arrêt du 18 mai 1982 dans l'affaire AM & S Europe, à propos des pouvoirs d'investigations de la Commission dans le cadre du règlement n° 17/62, la Cour de justice des Communautés européennes - devenue depuis de l'Union européenne - a rappelé le fondement en ces termes : « cette confidentialité répond à l'exigence, dont l'importance est reconnue par 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* ». (CJUE, *AM & S Europe Limited c. Commission*, précité, §18).

**□ L'affaire Wouters**

Les conclusions de l'avocat général Léger, dans l'affaire *Wouters* (qui concernait l'exercice en collaboration de leur profession par l'avocat et l'expert-comptable): « 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 États membres. » (CJUE, *Wouters et autres*, Affaire C-309/99, conclusions du 10 juillet 2001, § 182).

L'avocat général exposait qu'une telle modalité d'exercice professionnel qui entraînerait un risque de violation du secret professionnel de l'avocat « *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* ». (CJUE, *Wouters et autres*, précité, conclusions, § 186).

Il découle de l'analyse qui précède que dans l'affaire *Wouters*, la Cour de justice de l'Union européenne avait donné le spectre le plus large au secret professionnel de l'avocat, quelle que soit l'activité ou la matière traitée, face notamment à l'obligation de l'avocat « *de défendre son client en toute indépendance et dans l'intérêt exclusif de celui-ci...* » (CJUE, *Wouters*, précité pt. 100) et notamment en soulignant le risque pour un avocat appartenant à une structure « mixte » mélangeant avocats et experts comptables, « *qui a également pour mission de rendre compte des résultats financiers des opérations pour lesquelles il est intervenu et de les certifier* » (CJUE, *Wouters*, précité, pt. 105).

**On ne saurait tirer pour la présente affaire aucune conclusion du fait que ces principes ne semblent pas avoir été repris dans toute leur rigueur dans la décision *Ordre des barreaux francophone et germanophone*, où la Cour de l'Union européenne a estimé que le risque n'existait pas dans les matières autres que les procédures judiciaires et l'activité de conseil.**

□ L'Affaire C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone, et autres contre Conseil des ministres* (CJUE, arrêt du 26 juin 2007).

Dans cette affaire, l'Ordre des barreaux francophone et germanophone *et autres*, avaient, dans le cadre d'un recours devant la Cour d'arbitrage belge (devenue depuis la Cour constitutionnelle belge) demandé que soit posée une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés européennes quant à la compatibilité du système prévu par ces directives avec les principes du procès équitable.

La question n'a été posée que sous cet angle.

**Le Gouvernement français cite ainsi les conclusions de l'Avocat général, M. M. Poiares Maduro, telle référence est sans pertinence.**

**Au contraire,** on rappellera que l'avocat général avait voulu ne se situer que dans un cadre précis: « *dans son ordonnance de renvoi, la Cour d'arbitrage se réfère à l'article 6 de la CEDH relatif au droit à un procès équitable et par voie de conséquence à l'article 6, § 2 de l'UE* ». (Conclusions du 14 décembre 2006 § 26).

**Mais plus encore, l'avocat général a refusé d'élargir le contrôle** à l'aune du principe de l'indépendance de l'avocat, de principe du secret professionnel du devoir de loyauté et du principe des droits de la défense et du principe de proportionnalité **telles qu'elles étaient proposées par certaines parties au litige qui estimaient la référence à l'article 6 de la CEDH trop étroite** et il a **indiqué qu'il ne semblait pas utile de solliciter que la Cour « fasse usage de cette flexibilité »** (CJUE § 33).

La Cour a suivi ce principe, «selon une jurisprudence constante, la procédure établie à l'article 234 CE se fonde sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, de sorte qu' »**il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour** » (CJUE, arrêts du 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, Affaire C-448/01, Recueil p. I-14527, § 74, et du 12 avril 2005, *Keller*, Affaire C-145/03, Rec. p. I-2529, §33). ». (*Ordre des avocats francophones*, précité, § 18).

Dans ces conditions, **la Cour a limité son examen, en jugeant qu'il n'y avait pas lieu « d'étendre l'examen de la validité de la directive 91/308 au regard de droits fondamentaux non visés par la juridiction de renvoi, notamment, le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la CEDH. »** (CJUE, *Ordre des barreaux*, § 19).

L'examen n'a donc été envisagé qu'à la lumière de l'article 6 de la Convention envisagé sous l'angle de l'égalité des armes.

Dès lors qu'il y a eu mise en œuvre partielle du mécanisme de contrôle du respect des droits garantis par la Convention, le contrôle de **Conventionnalité n'a pas été effectué** et la Cour européenne des droits de l'homme retrouve sa pleine compétence.

*C'était d'ailleurs sur ce point la volonté non dissimulé de la Cour de Luxembourg*

**Le gouvernement ne peut pas davantage se fonder sérieusement sur la dernière décision rendue dans l'ordre interne, la décision du Conseil d'Etat du arrêt du 23 juillet 2010.**

- Force est de constater que **la juridiction interne n'a pas voulu faire jouer la possibilité de protection européenne des droits fondamentaux.**

Dans son mémoire en réponse (pièce 9 de la communication initiale) en date du 24 octobre 2008, le requérant ayant demandé que soit posée une question préjudicielle en vertu de l'article 267 du Traité de l'Union Européenne sur les questions suivantes :

La déclaration de soupçon d'infraction pénale prévue par la décision contestée est-elle compatible avec les dispositions de l'article 6 du Traité de l'Union Européenne et avec les dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ?

En cas de réponse positive, les modalités pratiques d'application de la déclaration de soupçon régie par la Directive européenne du 26 octobre 2005 destinée à faire échec au crime organisé sont-elles proportionnées au but visé dès lors qu'elles concernent aussi les infractions fiscales les plus mineures même lorsqu'elles sont prescrites ?

L'article 6 § 1 du TUE intègre — sans les énumérer mais par effet de renvoi — 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 », dans le droit de l'Union et reconnaît à la Charte la même valeur juridique que celle des traités.

L'article 52, § 3 de la Charte précise que « dans la mesure où les droits garantis par la Charte figurent également dans la convention européenne des droits de l'homme, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ».

Il convient de rappeler que la protection de la vie privée est garantie par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne qui, s'agissant d'un droit correspondant, a la même signification et s'interprète comme l'article 8 de la Convention européenne.

Sans répondre aux moyens de façon explicite, la juridiction interne a cru pouvoir juger : « *qu'ainsi et sans qu'il soit besoin de poser une question préjudiciable à la Cour de Justice de l'Union Européenne, le moyen tiré de la méconnaissance de ces stipulations (l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) doit être écarté* ».

Seule une juridiction nationale peut saisir la Cour à titre préjudiciel.

**La Cour de Justice de l'Union Européenne n'a pas été saisie et n'a jamais eu à statuer sur la compatibilité des dispositions avec l'article 8 de la Convention - ou les articles 7 et 8 – protégeant les données à caractère personnel – de la Charte des droits fondamentaux.**

Le requérant ne peut donc être considéré comme ayant bénéficié, dans le cas d'espèce, d'une protection équivalente.

## 2°/ La Charte des droits fondamentaux.

De même, la Cour de justice n'a pas envisagé l'examen à l'aune des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle elle s'était pourtant explicitement référée récemment dans un arrêt *Parlement c. Conseil* (CJUE, *Parlement c. Conseil*, arrêt du 27 juin 2006, Affaire C-540/03, Recueil p. I-5769, pt. 38 et dans l'arrêt *Advocaten voor de Wereld*.(CJUE 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, aff. C-303/05, préc.pt 46).

Or l'obligation de dénonciation active des clients heurte le droit au respect de la vie privée, consacré notamment par l'article 8 de la C.E.D.H. et par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantit le droit de toute personne « au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et des ses communications ».

La Charte, certes, n'avait pas de caractère obligatoire à l'époque, mais elle était usuellement citée en référence depuis 2001. Dès le 1er février 2001, l'Avocat général Alber y a fait référence, à propos de l'accès aux services d'intérêt économique général (Affaire C-340/99, Conclusions du 1er février 2001, *TNT Traco SpA, c. Poste Italiane SpA* pt. 94) suivi huit jours plus tard, par l'avocat général Tizzano, à propos du droit à congé annuel. (Conclusions de l'avocat général Tizzano, sous arrêt du 26 juin 2001 *BECTU, C-173/99, Rec., p. I- 4881*).

Pour ce motif, et les autres sus-indiqués, il n'y a pas eu dans le cas d'espèce, de contrôle équivalent.

Dès lors, la décision ne peut avoir qu'une portée limitée.

**On ajoutera de plus que, même sous l'angle de la garantie de l'article 6, à aucun moment la protection n'est entrée en ligne de compte sous l'angle du droit de ne pas s'incriminer soi-même.**

Bien au contraire, cet examen a été exclu expressément dans les conclusions de l'Avocat général qui l'a écarté en précisant qu'il faisait partie « des autres principes invoqués par les parties intervenantes » et qu'il ne paraissait pas « nécessaire de leur consacrer une analyse séparée pour une simple raison d'économie de moyen ». (point 34 des conclusions)

Le contrôle exercé a donc été circonscrit à une partie limitée, totalement distincte du champ de la requête de M. Patrick MICHAUD.

La présomption de protection équivalente est renversée en cas « d'insuffisance manifeste » de la protection des droits garantis par la Convention. (*Bosphorus Hava Yollari Turizm*, précité, § 156).

En outre, le constat de protection équivalente n'est pas définitif : « il doit pouvoir être examiné à la lumière de tout changement dans la protection des droits fondamentaux ».

Dans l'affaire *MSS c. Belgique et Grèce, où la réglementation communautaire reposait essentiellement sur des règlements, complétés par des directives, la Cour a considéré que « la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce »* (*MSS c. Belgique et Grèce* (GC), Arrêt du 21 janvier 2011, n° 30696/09, Recueil des arrêts et décisions 2011, § 340)

Or, en l'espèce, le contrôle n'a pas fonctionné.

Il est ainsi clairement démontré que la protection équivalente n'a joué en tout état de cause, ni sous l'angle de la protection de la vie privée ni sous l'angle de la protection des données à caractère personnel protégé par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne mais a été envisagée dans le cadre du spectre limité du rôle du secret professionnel dans le cadre de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et du droit à un procès équitable, c'est-à-dire des procédures judiciaires.

En effet, le principe posé par l'arrêt *Bosphorus*, selon lequel " la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est « équivalent » à celle assurée par le mécanisme de la Convention", supposerait pour être appliqué que la CJUE ait envisagé dans sa totalité le spectre de protection offert par la Convention et non pas exclusivement, dans le cadre fragmentaire de l'un de ses articles. (*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98., § 1.)

En outre, sous l'angle de la protection de l'article 8, et s'agissant d'une question fondamentale, touchant à l'essence de la profession d'avocat dans les 27 pays de l'Union européenne, c'est à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, seule et en dernière analyse vérifier qu'il n'y a eu "aucun dysfonctionnement du mécanisme de contrôle du respect des droits garantis par la Convention" au sens posé par l'arrêt *Bosphorus*. (*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlande*, précité, § 2).

### III- SPECIFICITE

#### *La Spécificité du statut des avocats et devoir d'inspirer la confiance du public*

A titre liminaire, on soulignera que la Cour a rappelé - sous l'angle de l'article 10 CEDH - la spécificité de la profession d'avocat et la raison d'être de ces règles professionnelles dans ses **arrêts Casado Coca en 1994, Schöpfer en 1998, puis Nikula contre Finlande du 21 mars 2002** en des termes clairs :

- : "...le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau.
- En outre, l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un Etat de droit, a besoin de la confiance du public. (Formule provenant de l'arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique* du 24 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 234, § 37).
- Eu égard au rôle clé des avocats dans ce domaine, on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et, ainsi, à la confiance du public en celle-ci *Casado Coca c. Espagne* du 24 février 1994, série A n° 285-A, p. 21; *Schöpfer c. Suisse*, arrêt du 20 mai 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, pp. 1052-1053, §§ 29-30 ; *Nikula c. Finlande*, du 21 mars 2002, § 45).

#### *b/ La principe de protection des échanges entre un avocat et son client.*

La jurisprudence protectrice de la confidentialité qui doit régir les rapports entre avocats et clients et partant, relève de l'application de l'article 8 CEDH. (*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; *Funke c. France*, arrêt du 25 février 1993, *Crémieux c. France*, *Miailhe c. France*, arrêt du 25 février 1993, *Chadimová c. République tchèque*, arrêt du 18 avril 2006, n° 50073/99 § 146.)

André et autre c. France, no 18603/03, § 41, 2008-...). *Xavier Da Silveira c. France* 21 janvier 2010, (§ 36 et 37

Mais c'est en 1992, qu'apparaît dans une situation d'espèce analogue à la précédente, la proclamation beaucoup plus claire et beaucoup plus générale, dans l'arrêt *Campbell c. Royaume-Uni* : "Il y va clairement de l'intérêt public qu'une personne désireuse de consulter un homme de loi puisse le faire dans des conditions propices à une pleine et libre discussion. D'où le régime privilégié dont bénéficie, en principe, la relation avocat-client ». Et de n'autoriser, en conséquence, une violation de ce principe " que dans des cas exceptionnels, si les autorités ont lieu de croire à un abus du privilège en ce que le contenu de la lettre menace la sécurité de l'établissement ou d'autrui ou revêt un caractère délictueux d'une autre manière". ( *Campbell c. Royaume- Uni* du 25 mars 1992, série A n° 233, pp. 18-19, §§ 46-48 : cité intégralement dans *Erdem c. Allemagne*, arrêt du 5 juillet 2001, CEDH 2001 VII, § 61)

En 2000, dans son arrêt *Foxley c. Royaume-Uni*, la Cour a rappelé à propos de l'ouverture, la lecture et la copie pour la verser au dossier de la correspondance d'un requérant avec ses conseillers juridiques par un syndic de faillite que la relation avocat-client est en principe privilégiée et que la correspondance en la matière, quel que soit son objectif, concerne des questions de caractère privé et confidentiel (CEDH, *Foxley c. Royaume-Uni*, Arrêt du 20 juin 2000, n° 33274/96, § 44.)

EVENTUELLEMENT :

***La protection du secret professionnel de l'avocat.***

Il résulte de ce qui précède que la protection du secret des relations entre un avocat et son client est un principe fondamental.

Depuis 1992, les arrêts *Niemietz c. Allemagne*, puis *Roemen et Schmidt c. Luxembourg*, ont instauré une protection du secret professionnel, aux contours concrets. (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, § 30 et *Roemen et Schmidt c. Luxembourg*, arrêt du 25 février 2003, CEDH 2003 § 64).

Dans la décision *Tamosius c. Royaume Uni*, en 2002, où la Cour a rappelé l'obligation pour les Etats d'instaurer une protection effective du secret professionnel par « une garantie concrète contre toute atteinte à la confidentialité professionnelle et à l'administration de la justice », d'une part, et par des possibilités de recours en justice d'autre part ". " (*Tamosius c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 septembre 2002, (déc.) n° 62002/00, CEDH 2002-VIII).

Ainsi, à propos des perquisitions et des saisies chez un avocat, la Cour a rappelé à plusieurs reprises que de telles mesures sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre son client et lui. (*André et autre c. France*, arrêt du 24 juillet 2008, n° 18603/03, § 41, 2008-...; *Xavier Da Silveira c. France*, arrêt du 21 janvier 2010, no 43757/05).

Ensuite, et surtout, la Cour a pu dire qu'une visite domiciliaire qui avait pour but la découverte chez les requérants, en leur seule qualité d'avocats *de la société soupçonnée de fraude*, de documents susceptibles d'établir la fraude présumée de celle-ci et de les utiliser à charge contre elle, emportait violation de l'article 8. (*André et autre c. France*, n° 18603/03, § 46).

La protection concerne tous les échanges y compris les informations et documents détenus dans son cabinet mais aussi les supports informatiques dans l'affaire introduite par l'avocat finlandais *Petri Sallinen et 17 de ses clients*, en 2005, et notamment au disque dur de l'ordinateur d'un avocat. (*Petri Sallinen et autres c. Finlande* n° 50882/99, arrêt du 27 septembre 2005).

Dans l'arrêt *Chadimová c. République tchèque* du 18 avril 2006, la Cour a fait du droit à la destruction des supports contenant les enregistrements téléphoniques de conversations téléphoniques de la requérante avec son avocat une obligation à la charge du gouvernement.

Ainsi, la Cour consacre-t-elle l'existence à la charge des Etats d'obligations positives au respect effectif de ce qui est un droit garanti par l'article 8 de la Convention puisqu'il a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics et qui "s'applique aux relations entre les avocats et leurs clients". (*Chadimová c. République tchèque*, arrêt du 18 avril 2006 § 146).

Elle s'est référée expressément au point 6 de la Recommandation du Conseil de l'Europe du 20 octobre 2000 édictant que " toutes les mesures nécessaires devraient être prises pour veiller au respect du secret professionnel des relations entre avocats et clients".

## IV - INVISIBILITE ET ACTIVITE

**La différenciation entre les activités des avocats n'apporte aucune garantie effective.**

### ACTIVITES

Selon l'article 1 de la Décision du 12 juillet 2007 : Sont assujettis au présent règlement professionnel *tous les avocats, personnes physiques, inscrits à un barreau français*, sous les réserves et les exceptions visées ci-après, **lorsque dans le cadre de leur activité professionnelle ils réalisent au nom et pour le compte de leur client toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils participent en assistant leur client** à la préparation ou à la réalisation des transactions concernant :

1° L'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ;

2° *La gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ;*

3° L'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ;

4° L'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés ;

**5° *La constitution, la gestion ou la direction des sociétés ;***

6° La constitution, la gestion ou la direction de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire.

Aux termes de l'article 2 : Sous les réserves visées à l'article L. 562-2-1 du code monétaire et financier, les avocats ne sont pas assujettis au présent règlement dès lors **qu'ils exercent une activité de consultation juridique ou lorsque leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle** à l'occasion de l'une ou l'autre des six activités prévues à l'article 1er.

Mais, en l'occurrence, la distinction entre les activités des avocats visées à l'article 2 et les autres activités qui en sont exonérées, est en pratique quasi impossible à opérer.

Il en résulte qu'une distinction fondée sur les activités essentielles (par rapport à des activités accessoires) n'est pas juridiquement justifiée, sauf à verser dans une insécurité juridique majeure.

Ainsi, l'expression figurant dans la décision du Conseil National des Barreaux : ***"lorsqu'ils participent en assistant leur client" à la préparation ou à la réalisation des transactions concernant [...] La constitution, la gestion ou la direction des sociétés***, peut elle recouvrir de nombreux actes, tels que des courriers ou des correspondances ne contenant aucun élément d'analyse ou de conseil.

Tout avocat qui intervient pour *assister* des dirigeants d'entreprise, notamment en matière de gestion des ressources humaines, peut être considéré comme *"assistant"* à la préparation d'une transaction *concernant "la gestion" des sociétés*.

Si l'article 2 dispense les avocats des obligations posées par la décision attaquée « *dès lors qu'ils exercent une activité de consultation juridique ou lorsque leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle* », il ne fournit aucune définition de l'activité de « consultation juridique ».

A défaut d'une définition claire et précise de l'activité de consultation visée à l'article 2 de sa décision, il est donc impossible de déterminer les cas dans lesquels les avocats sont dispensés des obligations posées aux articles 3 et suivants.

La Cour a été déjà confrontée à cette question de la distinction des activités des avocats, dans l'affaire *Kopp c. Suisse*, en 1998 lorsqu'il fut soutenu à propos de l'interception des entretiens téléphoniques d'un avocat suisse *que le secret professionnel de l'avocat ne couvre que les activités spécifiques à la profession et non pas ses activités politiques, voire personnelles.*

Or, la Cour avait alors répondu, dans un sens protecteur du secret professionnel, en constatant l'impossibilité de distinguer entre des activités, en procédant à une évaluation de la clarté de la loi : « *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.* » (*Kopp c. Suisse*, arrêt du 25 mars 1998, Rec. 1998-II, § 73).

Dans l'affaire *Kopp c. Suisse*, constatant que «le droit suisse, écrit et non écrit, n'indiquait pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré, la Cour a constaté une violation de l'article 8, en considérant que le requérant en sa qualité d'avocat, n'avait pas «*joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique.* » (*Kopp c. Suisse*, précité, § 75).

Le raisonnement est pleinement applicable à la présente affaire.

Enfin une autre ambiguïté concerne le champ d'application de la déclaration d'évaluation, de vigilance ou de déclaration qui ne figure dans le règlement que sous la forme de « **dès lors qu'ils exercent une activité** » et « **à l'occasion de l'une ou l'autre des six activités prévues à l'article 1<sup>er</sup>.** »

En effet, le texte oblige à procéder à la déclaration alors que l'intervention de l'avocat peut comporter des phases successives au cours de laquelle il assiste des clients dans la préparation ou la réalisation des transactions visées à l'article premier de la décision, peut fournir ensuite des avis juridiques et peut enfin être amené à les représenter dans une procédure juridictionnelle ultérieure.

Dans un cabinet de groupe où existe une division des tâches un avocat spécialisé dans la rédaction d'actes doit-il dénoncer, le client qu'un autre avocat défendrait dans le cadre d'une procédure connexe ?

A quel moment il convient de se placer pour apprécier la date à laquelle se situe l'obligation au regard du point de départ, du déroulement, ou du terme d'une procédure juridictionnelle, d'autant plus qu'une telle procédure pourra se révéler alors que la déclaration de soupçon a déjà été adressée.

Pas davantage, **il n'est précisé si l'avocat doit personnellement accomplir une activité liée à une procédure juridictionnelle pour être exempté de la règle déontologique.**

Pas davantage il n'existe de précision quant à la notion de « consultation juridique », à laquelle il est fait une référence ambiguë, puisque la caractéristique de l'intervention de l'avocat est d'accomplir des actes, même de nature ou de portée financières, par le biais de prestations de services de nature juridique.

Une telle intervention est toujours assortie en outre d'une obligation générale de conseil envers les clients de la part d'un avocat sur la portée juridique des actes accomplis. La notion de « consultation juridique » inhérente à l'activité de l'avocat, telle qu'elle figure dans la réglementation, revêt donc une acception particulière et éminemment ambiguë ne permettant pas à l'avocat de déterminer avec certitude son comportement.

En l'occurrence, aucune précision n'est donnée, sur les modalités permettant de distinguer que l'avocat se trouve (ou non) dans une activité connexe de consultation juridique ou quels sont les critères d'un tri au sein d'une prestation professionnelle permettant (ou non) un rattachement à une procédure juridictionnelle, passée, présente ou future de l'une ou l'autre des six activités prévues à l'article 1<sup>er</sup>, lui permettant de régler son comportement ou d'échapper à une sanction éventuelle.

La norme présente donc un caractère éminemment ambigu et dangereux pour le secret professionnel et l'indépendance des avocats.

## V - AMBIGUITE , c'est-à-dire contraire de la Clarté

l'imprécision de la notion de soupçon :

Compte tenu de la finalité de l'ingérence, il convient de déterminer si la disposition en question est rédigée de manière très précise. (*Erdem c. Allemagne*, arrêt du 5 juillet 2001, CEDH 2001 VII, § 67).

Or, l'ingérence obéit à des notions juridiquement imprécises.

En l'occurrence **il ne s'agit pas pour l'avocat de dénoncer un délit**, mais de se fonder sur un simple **« soupçon »**.

Selon le dictionnaire de la langue française Littré, soupçon est au sens actif, "l'action de soupçonner" qui signifie (selon le même dictionnaire) : « *avoir sur quelqu'un ou quelque chose une opinion désavantageuse, non sans un certain doute* ».

Le mot a aussi le sens de : « *simple conjecture, simple opinion* ». (Emile Littré *Dictionnaire de la langue française*, volume 4, page 5994).

Selon le dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française Robert, "soupçon " signifie : « *conjecture par laquelle on attribue à quelqu'un des actes blâmables, des intentions mauvaises, etc... ou craintes, plus ou moins fondées, au sujet de la conduite ou des projets d'une personne.* » (*Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française Robert*, 1974, tome 6, p. 318-319.)

Le caractère disproportionné est, notamment, clairement établi par les rapports annuels de la cellule TRACFIN.

D'une part ceux-ci exposent clairement en quoi consiste le rôle assigné à l'avocat : puisqu'il précise : "*outre les éléments relatifs à l'identification du client et au descriptif des flux financiers concernés, sa déclaration doit être étayée par l'exposé de l'analyse qui a fondé sa suspicion*". (*Rapport d'activité Tracfin 2008 p. 27*)

Ainsi, il ne s'agit pas de dénoncer une infraction constituée mais une simple suspicion que le Dictionnaire Robert définit comme "*le fait de tenir pour suspect, de ne pas avoir confiance*". (*Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française Robert*, 1974, tome 6, p. 431.)

**Un autre Robert** : Le conseiller juridique du directeur de TRACFIN a ainsi défini les éléments pouvant établir un soupçon de fraude : « **Il incombe aux opérateurs et à eux seuls de décider de déclarer ou non leur suspicion de blanchiment face à une transaction. Un soupçon est par essence une manifestation subjective, qui se nourrit de l'expérience acquise et de la vigilance quotidienne, ainsi que de l'appréhension des caractéristiques intrinsèques de l'opération** ». (H. Robert, *L'obligation de déclaration de soupçon*, LPA 17 juill. 2008, p. II et s).

La Cour se doit d'analyser cette notion de « soupçon » qui est ambiguë par elle-même, mais surtout très large, car elle requiert de l'avocat une vigilance absolue, eut égard aux sanctions pénales et disciplinaires encourues à une obligation de déclaration, et qui le conduira soit à refuser de conseiller tout nouveau client dans une opération visée, ou en l'absence de possibilité de mesurer la réalité de la légalité, à dénoncer.

**A propo d'une « requérante soupçonnée de s'adonner à la prostitution clandestine dans l'affaire *Khelili c. Suisse*, relative – précisément - à l'enregistrement de données sur un fichier,** la Cour estime que le simple soupçon ne saurait justifier une déchéance de la présomption d'innocence. et elle est d'avis que « *l'allégation de prostitution clandestine paraît très vague et générale, et n'est aucunement étayée par des faits concrets*».

En ce sens, la Cour « *ne sous-estime aucunement l'importance d'une prévention efficace de la criminalité. Toutefois, [...] eu égard à l'importance primordiale de la présomption d'innocence dans une société démocratique [...], elle ne saurait accepter que le maintien de la mention « prostituée » comme profession de la requérante, qui n'a jamais été condamnée pour exercice illicite de la prostitution [...] puisse passer pour répondre à un « besoin social impérieux » au sens de l'article 8 de la Convention* ». CEDH, 18 oct. 2011, n°16188/07, *Khelili c. Suisse*, § 66.

A propos d'une société « **société soupçonnée de fraude, é :**

Dans l'affaire **André et autre c. France**, (et cela alors que la visite domiciliaire s'était accompagnée d'une garantie spéciale de procédure : la présence du bâtonnier), la Cour a estimé qu'une « *décision [de visite domiciliaire] se contentant d'ordonner de procéder aux visites et aux saisies nécessitées par la recherche de la preuve des agissements dans certains lieux où des documents et supports d'information relatifs à la fraude présumée étaient susceptibles de se trouver* » et qui avait « ***pour but la découverte chez les requérants, en leur seule qualité d'avocats de la société soupçonnée de fraude, de documents susceptibles d'établir la fraude présumée de celle-ci et de les utiliser à charge contre elle*** », enfreignait l'article 8. (*André et autre c. France*, précité § 46).

**Le domaine de la déclaration est manifestement trop imprécis.**

La jurisprudence de la Cour a mis l'accent sur la qualité de la loi, sur sa prévisibilité. Notamment : CEDH, *Sunday times c. Royaume-Uni*, 26/04/1979, no 6538/74

; CEDH, Halford c. Royaume-Uni, 25/06/1997, &49. Principe retenu par la Cour de Justice de l'Union : CJCE, 20/05/2003, rechinshag, aff. C 465/00. Dans les affaires Rotaru et Amman relative à des fichiers, la Cour européenne constate d'emblée la violation de l'article 8, la loi n'étant pas suffisamment claire et rappelle que les termes prévus par la loi « imposent non seulement que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause : ainsi, celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible ». CEDH, 4 mai 2000, n°28341, Rotaru c. Roumanie, § 52 ; CEDH, 16 fév.2000, n°27798/95, Amann c. Suisse, § 80.

en l'espèce, elle est absente :

Or la Cour semble avoir déjà dit clairement sans son arrêt *Xavier Da Silveira c. France* , que si 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* » CEDH, 21 janvier 2010, *Xavier Da Silveira c. France* (§ 37) (André, précité).

Le texte français sur l'obligation de dénonciation est bien trop large et permet la communication d'informations privées sur le justiciable en violation de sa présomption d'innocence.

Ces informations seront conservées par les services de police en qualité d'auteur « soupçonné » par son avocat (!) d'une infraction de blanchiment, même si celle-ci n'est pas établie par la suite.

## Sur les moyens de remplacement dans la lutte contre le blanchiment

**L'inutilité** de démanteler les composantes structurelles de la fonction d'avocat dans les démocraties pour lutter contre le terrorisme est démontrée par l'inadéquation d'une telle régression face au but poursuivi.

La suppression d'un droit aussi fondamental que le secret professionnel ne saurait être justifié **que si :**

- **Il était démontré de façon péremptoire définitive que c'est le seul moyen de parvenir au but recherché**
- **Et qu'il n'existe pas d'autres moyens de prévention qui peuvent être mis en place comme l'obligation légale de dissuader une infraction.**

Le gouvernement français croit pouvoir insister une fois encore sur l'allégation, que, selon le GAFI, les avocats, constituent « *une composante commune dans les mécanismes complexes de blanchiment de capitaux* » et « *leur rôle souvent déterminant dans la mise en place de mécanisme, notamment dans le cadre de l'activité d'agent de création de sociétés* » et que les avocats « peuvent alors être des **« ouvriers de porte »** en ce qu'ils **permettent l'accès (sciemment ou à leur insu) aux diverses fonctions susceptibles d'aider les blanchisseurs à déplacer ou dissimuler des fonds** ». (Observations du gouvernement – points 147-148).

On laissera la responsabilité de cette haute estime pour une profession aux auteurs de cette déclaration et à ceux qui croient devoir la colporter.

Avant ce dérapage cependant, c'est une vision plus raisonnable qui avait été celle du GAFI **puisqu'en 1990**, la Recommandation 16 du GAFI - dernier alinéa - mentionne que : « *Les Avocats, les Notaires, les autres professions indépendantes et comptables agissant en qualité de juristes indépendants ne sont pas tenus de déclarer les opérations suspectes si les informations qu'ils détiennent ont été obtenues dans des circonstances relevant du secret professionnel ou d'un privilège professionnel légal...* ».

La directive du 10 juin 1991 ne comportait aucune obligation concernant les avocats.

La Commission européenne, sous la pression des Etats, prépare une proposition de modification de la 3<sup>ème</sup> directive laquelle devrait être présentée à l'automne 2012.

**Le Cabinet d'audit international Deloitte a été chargé par la Commission d'étudier l'application par les Etats Membres de la 3<sup>ème</sup> directive.**

**Son étude ne donne à aucun moment une seule preuve claire que la profession d'avocat a été et demeure la cible des blanchisseurs, en dehors des cas où un avocat participe volontairement à des activités de blanchiment de capitaux.**

C'est la directive du 4 décembre 2001 qui a assujéti les avocats au dispositif préventif de lutte contre le blanchiment d'argent.

L'exposé des motifs précise à propos des avocats que dans les cas où ils « *évaluent la situation juridique d'un client ou le représentent dans une procédure judiciaire, il ne serait pas approprié que la directive leur impose l'obligation, à l'égard de ces activités, de communiquer d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux. **Il y a lieu d'exonérer de toute obligation de déclaration les informations obtenues avant, pendant et après une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client.** Par conséquent, la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel, sauf si le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux ou si l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux* » Directive 2001/97/CE, précitée, exposé des motifs, point (17).

Aucune justification objective, statistique ou plausible n'a été fournie pour expliquer une telle assimilation postérieure venant porter atteinte à un principe comme le secret professionnel que l'on avait antérieurement jugé nécessaire de préserver.

Or, il résulte des rapports de la cellule que de toutes les informations reçues par TRACFIN en 2009 ont fait l'objet d'une intégration dans la base de données du Service

**70 % s'avéraient elles sans fondement ou utilité quelconque.**

Sur les 30 % retenues, seules 1 334 ont été externalisées, dont **384 en direction de la justice**, et les autres sous forme de notes pour les services de renseignements, l'administration fiscale et les services de police judiciaire). (Rapport 2009, p 61, en ligne à <http://www.tracfin.bercy.gouv.fr/pdf/rap2009.pdf>)

Ainsi sur 17 310 déclarations de soupçon seules 384 se sont avérées éventuellement susceptibles de recouvrir des délits, sans que l'on connaisse la proportion d'infractions finalement constatées sur ce dernier chiffre (les autres ayant servi à alimenter des fichiers de renseignement).

Ainsi de 2003 à 2009, le nombre de dossier transmis à la justice n'a pas sensiblement varié tandis que le nombre de déclarations a doublé ce qui tendrait à démontrer qu'un nombre croissant de cas ont été dénoncés à tort.

Le seul effet utile et de faire participer de façon complémentaire les avocats à un recoupement ou au croisement d'informations pour la constitution et le traitement des fichiers, ce qui est en contradiction avec tous les principes régissant la mission de l'avocat et le statut des relations entre l'avocat et son client, c'est-à-dire à la raison d'être ancestrale d'une profession spécifique.

- Contrairement à une l'affirmation du gouvernement français, la directive n'impose pas aux Etats l'obligation d'utiliser une seule méthode **pour prévenir la délinquance**

L'article 2 de la 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 dispose en effet :

Article 2 : *Les États membres veillent à ce que le blanchiment de capitaux, tel qu'il est défini dans la présente directive, soit interdit.*

La même obligation a été précisée à l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2005/60 CE.

L'emploi du mot « veillent » permet donc aux états d'avoir recours à toute une gamme de méthodes proportionnées par rapport à l'objectif poursuivi et adaptées à la situation de chaque profession visée

- En effet, la première obligation de l'avocat est de s'abstenir et en outre de dissuader la personne qui voudrait accomplir une opération suspecte, et de surcroît, ne s'y associer en aucun cas.
- Pour le surplus, si un comportement délictueux de la part d'un avocat, était démontré, il l'exposerait immédiatement à des condamnations pénales et à des sanctions disciplinaires remettant en cause leur appartenance au Barreau et les obligations du secret professionnel imposées à l'avocat se trouveraient alors inapplicables et l'avocat deviendrait alors *ipso facto* complice de l'infraction commise par son client

La mesure peut-elle être dès lors considérée comme nécessaire alors que les avocats sont soumis bien entendu à l'ensemble du dispositif pénal interdisant les activités de blanchiment, à des obligations légales rigoureuses, à des mesures de contrôle financier. Le droit pénal français offre donc une protection particulière pour lutter contre le blanchiment et l'avocat se doit d'être particulièrement vigilant ?

Le blanchiment est sévèrement puni en France de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende (article 324-1, alinéa 3, du Code pénal), peines portées à dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle - banquiers, notaires, sociétés de Bourse, etc. - ou lorsqu'il est commis en bande organisée (article 324-2 du Code pénal).

Si le crime ou le délit dont proviennent les biens et les fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment est puni d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à celle de l'emprisonnement encouru en application des articles 324-1 ou 324-2, le blanchiment est puni des peines attachées à l'infraction dont son auteur a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance. (article 324-4 du Code pénal).

Dans tous les cas, les peines d'amende peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment

(article 324-3 du Code pénal) et le condamné encourt les peines complémentaires des articles 324-7 et 324-8 du Code pénal, telles que l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, ainsi que l'interdiction du territoire Français s'il est étranger.

De même, l'obligation de dissuasion du client pour l'avocat et notamment la dissuasion de l'opération financière qui lui apparaît douteuse, qui sont une obligation pour l'avocat, à peine de poursuites pénales pour complicité, paraissent suffisamment efficace pour obvier aux opérations de blanchiment par l'intermédiaire de leur cabinet.

De surcroît, les maniements d'espèces sont interdits à l'avocat, à l'exception de sommes minimales sous le contrôle de son Ordre.

Tout mouvement de fonds par voie bancaire, ne peut intervenir qu'après que les banques elles-mêmes ont vérifié leur provenance et ne sont effectués par les avocats, en France, que par l'intermédiaire d'organismes institués par la loi les caisses de règlements pécuniaires des avocats – dénommées CARPA - qui sont astreintes, en vertu de l'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996, à toutes les obligations et vérifications de vigilance nécessaires pour lutter contre le blanchiment, y compris en signalant les provenances douteuses aux autorités financières et opèrent donc un contrôle de toute opération qui pourrait être suspecte.

Ainsi, non seulement toute opération de maniement de fonds fait intervenir obligatoirement un établissement financier mais encore ce sont des banques, elles-mêmes soumises à l'obligation de dénonciation qui en assure le contrôle, ce qui conforte l'idée que la remise en cause du secret professionnel de l'avocat est inutile pour atteindre le but poursuivi.

L'avocat est en outre soumis aux dispositions du Code pénal qui lui interdit de participer à une opération de blanchiment, et à des obligations déontologiques renforcées et sanctionnées.

A cet égard, il convient de souligner que le droit pénal français relatif à l'incrimination du blanchiment est d'une sévérité particulière. Le blanchiment est une infraction de conséquence, comme le recel, l'article 324-1 du Code pénal suppose, à titre de condition préalable, l'existence d'un crime ou d'un délit ayant procuré à son auteur un profit direct ou indirect (al. 1er) ou dont le produit a fait l'objet de placement, dissimulation ou conversion (al. 2).

La loi définit de manière particulièrement large l'infraction de blanchiment et semble instituer une présomption irréfragable selon laquelle le mensonge porte nécessairement sur le produit de l'infraction, ce qui apparaît contestable, notamment sur le terrain de la sécurité juridique. Dès lors, à supposer comme le soutient le gouvernement français, que l'avocat soit mu par une volonté particulièrement « criminogène » en matière de blanchiment et de financement du terrorisme, l'obligation en cause serait strictement inutile.

**Mais il y a plus, car pour le surplus, elle est sans efficacité.**

Aucune des transactions énumérées par la directive ne peut intervenir sans qu'un autre intermédiaire – notamment financier – soumis à la règle n'ait obligatoirement à intervenir. Le but n'est donc pas assurément dans la lutte préventive contre les opérations de blanchiment qui pourraient (et auraient pu) s'opérer par d'autres voies au regard de ce qui est parfaitement connu des systèmes financiers mondiaux et des paradis fiscaux.

Comme le requérant l'a précisé ci-dessus, si l'objectif de prévention de la grave délinquance n'est pas contestable, c'est la méthode utilisée c'est-à-dire l'obligation de déclaration de soupçon généralisée à de nombreux professionnels qui est totalement disproportionnée par rapport à l'objectif visée, méthode dont l'inefficacité est largement démontrée.

En effet, l'obligation de dénonciation du client par l'avocat n'a aucune efficacité réelle contre le blanchiment.

La preuve en est que la dénonciation n'interdit aucunement à l'avocat de réaliser l'opération suspecte que parallèlement, il a dénoncé, et cela même, alors même qu'elle serait illégale...

Il convient donc de souligner ici la corruption du système mis en place tel qu'il découle de l'obligation instituée.

## VII - PERVERSITE

**Sur la corruption du système déclaratif eu égard au but légitime qui le sous-tend.**

- **Le procédé n'est pas seulement inutile**
- **Il est en outre pervers.**

Il s'agit d'une corruption du système envisagé et même d'une perversité au sens premier du verbe « pervertir », qui signifie littéralement « détourner », d'après l'étymologie latine *pervertere* : « mettre sens dessus-dessous » et globalement « action de détourner quelque chose de sa vraie nature ».

**C'est un système qui consiste à obtenir d'un avocat : « Dénonciation contre Impunité ».**

- Il ne s'agit pas d'empêcher – ce qui serait à juste titre – un comportement délictueux de la part d'un avocat, puisque l'avocat n'a aucune obligation de ne pas accomplir l'acte qu'il estimerait par ailleurs, en le dénonçant, entaché de suspicion.
- Mais si l'obligation imposée est non seulement inutile plus encore le système aboutit à l'autoriser à enfreindre le secret professionnel en lui garantissant l'impunité notamment vis-à-vis de toute réaction ultérieure de son client à condition qu'il accomplisse une transmission d'informations vers des centres de renseignement chargés de les centraliser,
- Cela semble contraire à la raison d'être de la profession concernée dans les sociétés démocratiques.

Depuis sa création, le rôle du service TRACFIN s'est constamment développé au fil des années.

L'article L. 561-23 du Code monétaire et financier définit TRACFIN comme étant le service de renseignement financier national.

Ce service, constitué à la fois une centrale de renseignements financiers et une unité spécialisée de lutte contre le blanchiment qui reçoit des renseignements de nombreux organismes publics et privés, il s'agit notamment des déclarations de soupçon mais aussi de notes d'information.

Le service TRACFIN a comme tous les services de renseignements plusieurs types de missions :

- Une mission de réception des renseignements financiers (Code Monétaire et Financier, art. L. 521-23 et R. 561-33)

- Une mission d'échange de renseignements avec les administrations étrangères (Code Monétaire et Financier, art. L. 561-31) : communiquer, sur leur demande ou à son initiative, aux cellules de renseignement financier homologues étrangères les informations qu'il détient sur des sommes ou opérations qui paraissent avoir pour objet le blanchiment du produit d'une infraction punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou le financement du terrorisme, sous réserve de réciprocité et si certaines conditions sont réunies.

**Or, le système ne consiste pas à assurer une prévention ou une répression du blanchiment, dans une perspective de lutte contre le terrorisme.**

Antérieurement au 1<sup>er</sup> février 2009, l'obligation de déclaration ne visait que certaines formes de criminalités d'exception (trafic de stupéfiants, criminalité organisée, financement du terrorisme, fraude aux intérêts des Communautés européennes).

L'ordonnance du 30 janvier 2009 a étendu le champ de la déclaration de soupçon aux sommes ou opérations portant sur des sommes dont les personnes soumises à l'obligation de déclaration savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles pourraient provenir de toute infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an ou qui pourraient participer au financement des activités terroristes.

Cette définition vise l'infraction de blanchiment de fraude fiscale et le délit de fraude fiscale, mais dans ce dernier cas si un des seize critères prévu par le décret est existant.

**En vertu de l'article L 561 du Code monétaire et financier, l'obligation de déclaration concerne les sommes susceptibles de provenir d'une infraction.**

**La délation concerne donc toute infraction, alors que la loi n'oblige officiellement le service de renseignement TRACFIN qu'à ne transmettre que les infractions de blanchiment.**

En réalité, les déclarations de soupçon ne servent qu'à alimenter une base de documentations du service TRACFIN (cf. rapport d'activité pour 2010 et pour 2011). Les rapports annuels de la cellule TRACFIN exposent clairement en quoi consiste le rôle assigné à l'avocat, puisqu'ils précisent : « *outre les éléments relatifs à l'identification du client et au descriptif des flux financiers concernés, sa déclaration doit être étayée par l'exposé de l'analyse qui a fondé sa suspicion* ». (Rapport d'activité TRACFIN 2008 p. 27).

En 2001, les 226 dossiers communiqués aux parquets ont conduit à l'ouverture de 64 enquêtes préliminaires et de 21 informations judiciaires.

En 2003, la cellule TRACFIN a reçu 9007 déclarations de soupçon, dont 308 dossiers transmis à la justice qui ont permis l'ouverture de près de 55 enquêtes préliminaires et de 21 informations judiciaires.

Le rapport d'activité pour 2010 vient confirmer la disproportion existant entre la déclaration de soupçon telle que les avocats sont astreints à la pratiquer et le motif d'intérêt général qui en est le fondement.

Selon le rapport d'activités public 2010 de la cellule, TRACFIN a reçu 20 252 informations en 2009 dont 19 208 déclarations de soupçon émises par les professionnels.

#### EVOLUTION DU NOMBRE DE DÉCLARATIONS REÇUES DEPUIS 1999

Source : Rapports Annuels TRACFIN

Année	Déclarations de Soupçons	TRANSMISSIONS JUDICIAIRES	Suites judiciaires
1999	1704	129	
2000	2529	156	
2001	4639	226	64
2002	8719	291	
2003	9007	308	55
2004	10 842	347	
2005	11553	405	Non révélé
2006	12047	411	"
2007	12481	410	"
2008	14 565	359,	"
2009	17 310	384	"
2010	19 208 *	404	

\*Rapport TRACFIN 2010, page 69.

Sur les 19 208 déclarations de 2010, seules 5132 soit 25 %, ont fait l'objet d'une analyse approfondie, et 404 ont été externalisées en direction de la justice, et les autres traitées sous forme de notes pour les services de renseignements, l'administration fiscale et les services de police judiciaire). Ces statistiques démontrent donc que sur 19 208 déclarations de soupçon sur un plan général, 404, soit environ 2 %, se sont avérées éventuellement susceptibles de recouvrir des délits, sans que l'on connaisse la proportion d'infractions finalement constatées sur ce dernier chiffre (les autres ayant servi à alimenter des fichiers de renseignement).

**Cela signifie à contrario qu'il y a eu 19 596 déclarations de soupçon totalement inutiles sur un plan général de prévention du blanchiment. Ainsi de 2003 à 2011, le nombre de dossier transmis à la justice n'a pas sensiblement varié tandis que le nombre de déclarations a doublé ce qui tendrait à démontrer qu'un nombre croissant de cas ont été dénoncés à tort.**

**En matière fiscale, il y a eu 3.000 déclarations de soupçon qui n'ont fait l'objet que de 110 notes d'information de la Direction générale des impôts.**

Sur ce point, les statistiques révélées par TRACFIN pour 2010 démontrent que 2.890 déclarations sur 3.000 ont été effectuées alors que l'Administration fiscale n'avait rien à redire contre les opérations dénoncées qui étaient d'une parfaite licéité.

Cette démonstration quantitative établit que le caractère vague, inefficace et peu adapté du texte aboutit à faire de la suspicion une règle générale et notamment en matière fiscale, que les comportements ou opérations parfaitement licites et normales font l'objet d'une dénonciation inutile dans un rapport de 1 à 30.

**ANALYSE DES NOTES D'INFORMATIONS TRANSMISES  
A LA JUSTICE PAR CATEGORIES D'INFRACTION PRINCIPALES**

Source : Rapport TRACFIN 2011, page 79.

Infraction principale relevée	Nombre
Blanchiment de tous crimes ou délits (et le financement du terrorisme 6)	94
TD, travail illégal	61
Abus de bien social	50
Abus de confiance	41
Escroquerie	30
Abus de faiblesse	20
Exercice illégal de la profession de banquier	20
Infraction à la législation sur les stupéfiants	16
Corruption	11
Escroquerie en bande organisée	9
Vol, recel	9
Détournement de fonds publics	8
Financement du terrorisme	6
Banqueroute	6
Infraction douanière, contrefaçon	5
Fraude fiscale	5
Proxénétisme	4
Association de malfaiteurs	4
Infraction à la législation sur les étrangers	3
Délit d'initié/délit boursier	1
Trafic d'armes	1
Faux et usage de faux	0
Organisation de jeux de hasard illicites	0
<b>TOTAL</b>	<b>404</b>

On voit ainsi clairement, que seulement 404 déclarations de soupçon ont été considérées comme susceptibles de révéler des infractions dont le blanchiment constitue moins de 25 % des infractions.

*A contrario*, on peut constater que les déclarations de soupçons servent à la concentration d'informations déclarées par les professionnellement concernés sur les infractions potentielles les plus diverses (stupéfiants, banqueroute, infraction à la législation sur les étrangers,...) sans que l'on sache en outre désormais quelle est la proportion de ces imputations qui ont pu être déclarées comme constituant des délits par des juridictions répressives. Le caractère disproportionné d'un système de collecte systématique de tels renseignements auprès des professionnels, au regard de l'article 8, est démontré par le statut spécifique de la cellule "TRACFIN" en France.

Répondant à une question d'un député devant la Commission des affaires étrangères, de l'Assemblée Nationale française, lors d'une séance du 28 avril 2010, M. Philippe Ulmann, directeur adjoint de TRACFIN, a clairement précisé que, contrairement aux cellules semblables dans d'autres pays, TRACFIN est, en France, un service administratif dépendant directement de ministère des Finances : *« Il existe de par le monde quatre types de cellules : les cellules adossées à la banque centrale, à la police ou à la justice et les cellules administratives. Ce dernier choix fut celui du législateur français pour TRACFIN, qui a été, jusqu'en novembre 2006, un service de la direction générale des douanes, avant d'être érigée, en vue d'accroître son autonomie, en service à compétence nationale dépendant directement des ministères chargés du budget et de l'économie. »*

Les renseignements sont donc transmis, enregistrés et conservés par un service administratif dépendant du Ministère des Finances et on ignore leur utilisation, notamment ultérieure, alors qu'il est établi par les statistiques que de telles informations sont à hauteur de 98 %, étrangères à tout comportement financier irrégulier.

Au regard d'une telle dérive par rapport au but légitime poursuivi, la question de la proportionnalité au regard de l'article 8 se trouve gravement posée.

Les statistiques, qui présentent désormais un caractère de durée, d'analyse et de constance des résultats, démontrent que la déclaration de soupçon par sa généralité, au regard du but poursuivi, ne répond aucunement au critère de « prévention des infractions pénales », tel que précisé par l'article 8 alinéa 2.

Plus encore, la question à nouveau posée pour l'année 2010, est plus que jamais l'utilisation postérieure au regard de l'article 8 de la Convention, des informations concernant les 19.596 déclarations opérées inutilement puisque ne portant sur strictement aucune infraction, et qui sont exclusivement destinées à alimenter un nouveau fichier administratif des « personnes soupçonnées » par le simple fait qu'elles ont fait l'objet d'une déclaration de soupçon.

**Or, il résulte des rapports de la cellule que toutes les informations reçues par TRACFIN font l'objet d'une intégration dans la base de données du Service à l'issue duquel moins de 25 % d'entre elles (5 132 informations) ont été orientées vers un**

**processus d'analyse approfondie (enquête ou dit de pré-enquête).(Rapport 2010, p 75).**

Le rapport d'une administration de l'Etat démontre que le gouvernement français reconnaît publiquement que 98 % des informations nominales que les professionnels ont l'obligation de transmettre sont utilisées pour une toute autre cause que la "prévention des infractions pénales".

**Ainsi, il existe un détournement du but légitime poursuivi, puisque la mesure en vigueur aboutit à faire des avocats les collaborateurs d'un centre de centralisation de renseignement financier et fiscal.**

Plus encore, il est utilisé à toutes fins pour une recherche éventuelle d'indices ou de preuves susceptibles d'être portées à la connaissance d'un avocat et qu'il aurait l'obligation de dénoncer.

Ainsi un « avocat » peut accomplir un acte, se faire rémunérer, alors qu'il aurait des soupçons et les pouvoirs publics lui diraient accomplissez votre travail, faites vous payer mais dénoncez-le nous. C'est tout ce que l'on vous demande !!!!

Petit accommodement : donnez nous des informations sur vos clients lorsque vous les jugez douteux mais continuez votre activité, peu nous importe !

Donnez-nous du renseignement et nous fermerons les yeux !

Plus encore, nous vous assurons de l'impunité si vous dénoncez...

Mais, ce type de marché, nous le connaissons bien ! Toute les police du monde sont obligées d'en passer...mais en général c'est avec la pègre...pas avec les avocats.

Voilà la perversité achevée mise en place par le système.

Or, il est clair - au contraire - qu'un avocat doit refuser énergiquement de passer un acte dès qu'il nourrit un soupçon.

**Et les informations privées sur le justiciable en violation de sa présomption d'innocence vout être en effet conservées par les services de police en qualité d'auteur « soupçonné » par son avocat (!)-d'une infraction de blanchiment, même si celle-ci n'est pas établie par la suite.**

Enfin, le caractère disproportionné est établi par le fait que la lutte contre le terrorisme et le blanchiment peut reposer sur des moyens alternatifs moins destructeur des droits fondamentaux et plus efficaces au regard du but poursuivi.

PROPORTIONNALITE (Suite et fin)

**Mais il n'est pas certain par ailleurs que la Cour de Luxembourg est épuisé le passage au crible de la protection garantie par le droit européen.**

Deux aspects de la protection de l'article 6 n'ont pas été examinés – volontairement – par la CJUE :

- **La question centrale du droit au silence**

Si la Cour a bâti sa jurisprudence protectrice du secret professionnel de l'avocat sur l'article 8 de la Convention, l'atteinte au secret professionnel de l'avocat a été déclarée également protégée par l'article 6 –1 de la Convention.

Certes, dans l'affaire *Sallinen* alors que l'avocat qui revendiquait son droit au secret professionnel invoquant une violation des articles 6 et 8 de la Convention, la Cour s'est refusée à rechercher s'il y avait une violation de l'article 6 et **n'a envisagé le droit à la protection que sous le seul angle de l'article 8.** (*Petri Sallinen et autres c. Finlande*, précité).

Mais au contraire, dans l'affaire *Niemietz*, alors que le requérant s'était borné principalement à alléguer que la perquisition incriminée ne répondait pas aux exigences de l'article 8 de la Convention, la Cour est allée plus loin – fait rare – et a souligné qu'il y avait aussi - sans la prononcer - une violation de l'article 6-1, en précisant : « 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 ». (*Niemietz c. Allemagne* précité § 37; *Foxley c. Royaume-Uni*, précité, § 50)

Même s'il n'est pas littéralement inscrit dans la Convention, le droit de ne pas être contraint de fournir aux enquêteurs des documents qui l'accusent, a été érigé par la Cour, au rang des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6. (*Funke c. France* précité).

Le droit au silence, ou le "droit de ne pas s'incriminer soi-même" ne peut être démembré de ses trois composantes précises :

- le droit pour le suspect ou l'accusé avant tout interrogatoire d'être informé de son droit de se taire;
- le droit pour le suspect ou l'accusé de ne pas être contraint de fournir aux enquêteurs des documents qui l'accusent, et
- le droit qu'une juridiction de jugement ne doit pas pouvoir considérer le fait d'avoir exercé son droit au silence comme un élément à charge contre lui présume 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.

La Cour en a donné l'un des fondements dans son arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*, en 1996, précisant qu'en « mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6 ». (*John Murray c. Royaume-Uni*, Arrêt du 8 février 1996, n° 18731/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, p. 49, § 45).

Dans les affaires *Weh c. Autriche*, en 2004, et *Shannon c. Royaume-Uni*, en 2005, la Cour a rappelé sa jurisprudence : « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que l'accusation cherche à **fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus, par la contrainte ou des pressions, contre la volonté de l'accusé. Dans cette mesure, le droit en question est étroitement lié à la présomption d'innocence consacrée par l'article 6 § 2 de la Convention** ». (*Weh c. Autriche*, Arrêt du 8 avril 2004 n° 38544/97, ; *Shannon c. Royaume-Uni*, no 6563/03, 4 octobre 2005, § 32 ; *Saunders c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 décembre 1996, n°19187/91, Recueil 1996-VI, p. 2064, § 68 ; *Serves c. France*, arrêt du 20 octobre 1997, n° 20225/92, Recueil 1997-VI, pp. 2173-74, § 46 ; *Heaney et McGuinness c. Irlande*, n° 34720/97, § 40, CEDH 2000-XII ; *J.B. c. Suisse*, Arrêt du 3 mai 2001, n° 31827/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-III, § 64).

- Nul ne soutient ici que le droit de garder le silence est “ un droit absolu” et pour rechercher si le fait de tirer de son silence des conclusions défavorables à l'accusé enfreint l'article 6, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances de la cause à savoir un « juste équilibre entre l'exercice par un accusé de son droit de garder le silence pendant les interrogatoires et le fait que des conclusions défavorables en soient tirées lors du procès [...] ». (*Condron c. Royaume-Uni* Arrêt du 2 mai 2000 n° 35718/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 58).

Si des obligations d'informer les autorités, comme l'obligation de révéler son identité à la police dans certaines situations existent d'une manière générale dans les ordres juridiques des Etats contractants, ont pu être jugées par la Cour compatibles avec l'article 8, il ne s'agit-il là que simples déclarations et non de dénonciation. (*Vasileva c. Danemark*, 25 septembre 2003, n° 52792/99, § 34).

**Or un des critères constitutifs du secret professionnel est directement en rapport avec le droit de ne pas s'incriminer soi-même.**

La Cour a clairement fait un lien entre le secret professionnel de l'avocat et le droit du client de ne pas s'auto-incriminer dans l'affaire André c. France : « *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, précité, § 64 ; Funke c. France précité § 44 ; André et autre c. France, précité, § 43).*

Mais plus récemment, la Cour a, à nouveau, constaté une violation du droit à ne pas s'auto-incriminer concernant une affaire de soustraction d'impôt. Elle a estimé que les autorités suisses, en infligeant des amendes au requérant, avaient fait pression sur lui pour qu'il soumette des documents qui auraient fourni des informations sur son revenu et sa fortune en vue de son imposition. (*Chambaz c. Suisse*, Arrêt du 5 avril 2012, n° 11663/04, §§50-54).

Qu'est-il exigé de l'avocat au préjudice de son client de fournir à peine de sanction disciplinaire à la cellule TRACFIN: (*Rapport d'activité Tracfin 2008 p. 27*).", *outre les éléments relatifs à l'identification du client et au descriptif des flux financiers concernés, sa déclaration doit être étayée par l'exposé de l'analyse qui a fondé sa suspicion*".

**L'atteinte – certes indirecte - par une méthode de contournement - à la présomption d'innocence paraît ici établie.**

- **La « répercussion » sur les droits garantis au profit du particulier.**

**Que reste-t-il de l'effectivité de la substance du droit à ne pas s'auto-incriminer pour une personne qui a fait l'objet d'une déclaration de soupçon de la part de son avocat, qui a été contraint d'effectuer cette déclaration à sa place ?**

**N'y a-t-il pas là une atteinte directe et complète à la substance du droit au silence ?**

Dans l'affaire *Roemen et Schmidt c. Luxembourg*, la Cour a rappelé qu'en ce qui concerne la question de la **nécessité « de l'ingérence »**, les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appelaient une interprétation étroite et que leurs nécessités dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante (*Roemen et Schmidt c. Luxembourg* précité ; *Crémieux c. France*, précité).

A ce titre, elle a estimé qu'outre un mandat de perquisition « rédigé en des termes relativement larges » c'est-à-dire imprécis comme l'est la notion de soupçon en l'occurrence, il y avait lieu de rechercher si le but de l'ingérence ne se « répercutait » pas sur des droits garantis par ailleurs.

La Cour a ainsi jugé que la perquisition effectuée en l'étude de l'avocate luxembourgeoise d'un journaliste inculpé de « recel de violation de secret professionnel », s'était répercutée sur les droits garantis au journaliste par l'article 10 de la Convention.

La Cour a estimé que le but de la perquisition revenait finalement à déceler la source du journaliste, par l'intermédiaire de son avocate, et a jugé, de surcroît, que la fouille dans le cabinet de la requérante a été disproportionnée par rapport au but visé, vu notamment la célérité avec laquelle elle fut effectuée en violation de l'article 8 de la Convention (*Roemen et Schmidt c. Luxembourg*, précité, § 71).

Dans cette affaire - à laquelle la doctrine n'accorde pas suffisamment d'importance - la violation au regard du secret professionnel de l'avocat alors qu'il s'agissait bien de la poursuite d'un but légitime, à savoir la répression des infractions pénales, - et non pas d'un simple soupçon- puisque le journaliste concerné était sous le coup d'une information pénale et inculpé de « recel de violation de secret professionnel ».

Dans l'affaire qui nous occupe, **la délation d'un soupçon éventuel** même s'il se situe en dehors de toute procédure judiciaire ou de conseil juridique, constitue une déclaration qui sera utilisée contre la personne dénoncée en cas de sanction ultérieure, ce qui porte atteinte aux droits garantis par le protocole...

Dans le cas des avocats, l'exigence de dénonciation compromet gravement un droit aussi essentiel que le droit au silence. Le droit de se taire ou le "droit de ne pas s'incriminer soi-même" est une des normes internationales bien connues du procès équitable. L'article 14 par. 3 g) du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques prévoit expressément que l'accusé "ne peut pas être contraint de témoigner à charge ni de s'avouer coupable",

Il demeure donc difficile d'admettre que le droit de ne pas s'incriminer soi-même, théorie lentement élaborée au cours des siècles, puisse se voir, dans certains cas, substituer une obligation faite au conseil par la contrainte de délation contre la volonté et à l'insu de son client.

Cela est d'autant plus vrai lorsqu'on sait qu'il s'agit d'un droit « étroitement lié à la présomption d'innocence » qui **a notamment pour finalité d'empêcher « une coercition abusive de la part des autorités » envers les personnes poursuivies et d'« éviter des erreurs judiciaires ».**

La Cour a déjà jugé que « *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 »* André c. France, 24 juillet 2008 § 4. (voir aussi : *J.B. c. Suisse*, arrêt du 3 mai 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-III, § 64 ).

Dans le cas d'espèce, ***il importe peu de prendre en compte le fait de savoir si oui ou non, l'obligation de déclaration est exclue en matière de procédure judiciaire ou de consultation juridique, puisque l'article 6-1 se trouve violé au préjudice du client*** qui viendrait parallèlement ou ultérieurement à faire l'objet de sanctions pour les faits déclarés par l'avocat.

**(par analogie : *Roemen et Schmit c. Luxembourg* précité :** Dès lors que le but de la déclaration aboutit finalement à contourner le droit d'un individu de ne pas s'incriminer soi-même par l'intermédiaire de son avocat, l'ingérence dans le secret professionnel de l'avocat protégé par l'article 8 se répercute sur les droits garantis au client par l'article 6 de la Convention.).

Or, cette protection au titre de l'article 6, telle que reconnue par la jurisprudence de la Cour, et l'atteinte à un droit fondamental qui en résulte pour le client dénoncé, à son insu, n'a aucunement été examinée par la décision de la CJUE *Ordre des barreaux francophones et germanophone* (CJUE *Ordre des barreaux francophones*, précité).

**En la matière, il n'existe qu'une seule vérité,**

**Jürgen Habermas l'a bien précisé : « Les droits de l'homme ne sont pas accordés ou refusés, mais garantis ou bafoués »** (J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, trad. R. Rochlitz, Fayard, 1998, p. 190.).

Les droits fondamentaux sont-ils respectés ou non ?

**Une seule question : Le client est dénoncé ou il ne l'est pas ? (et qui plus est sur de simples soupçons ).**

La répercussion entraînée par l'ingérence en cause pour un droit aussi fondamental constitue une ingérence disproportionnée.

## QUEL EST LE ROLE ET MISSION DE L'AVOCAT DANS UNE SOCIETE DEMOCRATIQUE

Il s'agit d'une **ATTEINTE A LA SUBSTANCE** du rôle des avocats dans une société démocratique. C'est la substantialité au sens de Leibniz : « l'essence d'une chose ; les éléments constitutifs d'un être ».

Au § 41 de l'arrêt *André et autre c. France*, la Cour fortement rappelé le principe selon lequel le **secret professionnel est « la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client ».** (*André et autre c. France* § 41).

Il va de soi que l'obligation de dénonciation d'un client à son insu va à l'encontre de ces principes. Elle ne peut se concilier notamment, avec la règle selon laquelle « les avocats servent toujours loyalement les intérêts de leurs clients. »

L'avocat ne peut, sans manquer de manière évidente à son devoir de loyauté, être à la fois agent de renseignement et confident de son client.

Aussi, l'avocat dès lors qu'il a dénoncé un client qu'il soupçonne de blanchiment, doit cesser de lui prodiguer ses conseils.

**L'avocat sera donc contraint de se déporter, mais il lui est fait interdiction d'en préciser le motif à son client à peine de révéler la dénonciation...**

Il est évident que la relation de confiance avec le client sera ainsi irrémédiablement anéantie, et qu'un tel comportement ruinerait fatalement la confiance que les justiciables, qui n'ont pas à entrer dans les subtilités des activités soumises à délation ou non, en concevront une suspicion généralisée envers une profession.

**En l'espèce, c'est bien toute la relation de confiance entre le public et une fonction sociale qui se trouve fondamentalement ruinée.**

Ce manque de loyauté envers son client imposé par la loi à l'avocat – qui sera, en pratique, obligé de se déporter avoir le droit d' en indiquer la raison – est contraire au principe d'indépendance, que la Cour de Justice des Communautés européennes a défini dans son arrêt *Wouters* comme « la garantie que toutes les initiatives qu[e l'avocat] prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client ».

En l'occurrence, force est de constater que l'obligation pour l'avocat d'adresser une déclaration, contenant des informations aussi personnelles sur l'identité des clients, de son état civil, le numéro, le bâtiment et la voie où il habite, les documents d'identité dont il dispose, **aboutit à une opération de fichage systématique** (page 4 du document intitulé « déclaration d'opérations suspectes ») et à donner un historique précis des relations avec le client (occasionnel ou habituel) qui relève d'opérations de police et de renseignements approfondis, et sont étrangères à la fonction et à la mission de l'avocat.

Il est aussi en contradiction avec le rôle clé des avocats dont la Cour a dit que l'on pouvait en « attendre qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et, ainsi, à la confiance du public en celle-ci » (*Casado Coca c. Espagne*, § 54 ; *Schöpfer c. Suisse*, §§ 29-30 ; *Nikula c. Finlande*, § 45).

Sur ce point, le motif allégué de ce que l'exemption des avocats de l'obligation de déclaration de soupçon risquerait de permettre à des avocats peu scrupuleux de favoriser des opérations illicites de blanchiment – alors qu'ils ne peuvent pas échapper au demeurant si tel était le cas aux conséquences de leur comportement sur le plan pénal - apparait de moindre conséquence que la suspicion généralisée de délation entachant l'ensemble d'une profession, - et ce toutes activités confondues - aux yeux d'un public qui croyait pouvoir se confier à elle parce qu'ancestralement fondée sur le respect du secret professionnel.

Là se trouve à n'en pas douter le fondement du raisonnement qui a conduit à considérer que la fonction sociale d'utilité publique des avocats ne pouvait pas en faire les dénonciateurs institutionnels des clients qui font appels à eux.

### **Le rôle du barreau selon les instruments internationaux :**

#### **1°/ Les « Principes de base relatifs au rôle du barreau » des Nations-Unies**

Aux termes des « Principes de base relatifs au rôle du barreau des Nations-Unies (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), les garanties liées à l'exercice de la profession d'avocat précisent :

#### **Selon le « PREAMBULE » :**

« Attendu **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.** » (...)

#### **Au titre des « Devoirs et responsabilités » :**

13. *Les avocats ont les devoirs suivants envers leurs clients:*

a) *Les conseiller quant à leurs droits et obligations juridiques et quant au fonctionnement du système juridique, dans la mesure où cela a des incidences sur lesdits droits et obligations juridiques;*

b) *Les assister par tous les moyens appropriés et prendre les mesures juridiques voulues pour préserver leurs intérêts;*

c) *Les assister devant les tribunaux ou autorités administratives, le cas échéant.*

14. *En protégeant les droits de leurs clients et en promouvant la cause de la justice, les avocats doivent chercher à faire respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnus par le droit national et international et agissent à tout moment librement et avec diligence, conformément à la loi et aux normes reconnues et à la déontologie de la profession d'avocat.*

15. *Les avocats servent toujours loyalement les intérêts de leurs clients.*

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; (...) 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.*

17. *Lorsque la sécurité des avocats est menacée dans l'exercice de leurs fonctions, ils doivent être protégés comme il convient par les autorités.*

#### **Et au titres des « Garanties liées à l'exercice de la profession d'avocat » :**

18. **Les avocats ne doivent pas être assimilés à leurs clients ou à la cause de leurs clients du fait de l'exercice de leurs fonctions. (...)**

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.**

2°/ **Au niveau européen, La « Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat » du 25 octobre 2000 » :**

#### **Dans l'exposé des motifs :**

« (...) *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 ;**

## **B/ Sur la pratique des autres grandes démocraties.**

Le Canada et les Etats Unis dont le gouvernement français n'offre pas de démontrer qu'il est moins soucieux de lutte contre le terrorisme que les pays européen, n'infligent pas la même obligation aux avocats, dont la pratique professionnelle est pourtant plus large que le champ des activités judiciaires.

L'avocat canadien est donc très clairement exclu de cette liste des entités devant effectuer une déclaration s'apparentant à une déclaration de soupçon.

### **1°/ La jurisprudence de la Cour suprême du Canada émanant de trois pourvois distincts provenant de la Cour d'appel de l'Alberta, de Terre-Neuve-et-Labrador et de l'Ontario**

Dans trois affaires émanant de trois pourvois distincts provenant de la Cour d'appel de l'Alberta, de Terre-Neuve-et-Labrador et de l'Ontario, la Cour suprême du Canada a été interrogée sur le fait de savoir si l'article 488.1 du Code criminel établissant une procédure permettant de décider si le secret professionnel de l'avocat s'appliquait aux documents saisis dans un bureau d'avocat en vertu d'un mandat, (i) portait atteinte à l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés qui protège contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, et, dans l'affirmative (ii) si cette atteinte était justifiée. Dans les faits, la police avait saisi des documents dans des cabinets d'avocat en vertu de mandats, les procédures prévues par l'article 488.1 pour la protection de documents susceptibles d'être protégés par le privilège des communications entre client et avocat avaient été suivies (pose de scellés, demande de l'avocat afin que la Cour statue sur la protection des documents par le privilège et examen par le ministère public desdits documents afin d'aider la Cour à trancher l'existence du privilège) et les cabinets d'avocat avaient alors invoqué le secret professionnel au nom de leurs clients.

La Cour souligne que : *« Lorsque l'intérêt en jeu est le secret professionnel de l'avocat — principe de justice fondamentale et droit civil de la plus haute importance en droit canadien — l'habituel exercice d'établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et les exigences de l'application de la loi n'est pas particulièrement utile. En effet, le privilège est une caractéristique positive de l'application de la loi, et non pas un obstacle à celle-ci. Étant donné que le secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence, la Cour est tenue d'adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection. La procédure prévue à l'art. 488.1 ne peut résister à l'examen de la Charte que si elle donne lieu à une atteinte minimale au secret professionnel de l'avocat »*

La Cour en conclut que (i) tant du fait de lacunes constitutionnelles liées à une potentielle violation du secret professionnel de l'avocat sans que le client n'en ait connaissance et encore moins qu'il y ait consenti que (ii) de lacunes ayant trait au régime législatif portant absence de pouvoir discrétionnaire du juge statuant sur la validité de l'objection fondée sur le privilège, l'article 488.1 porte atteinte de façon plus que minimale au secret professionnel de l'avocat et équivaut donc à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusives, contraires à l'article 8 de la Charte. (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada* (Procureur général); *White, Ottenheimer & Baker c. Canada* (Procureur général); *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61)

## 2°/ L'obligation de communication d'informations par les avocats

En ce qui concerne plus précisément, l'obligation de communication et d'information par les avocats, la cour suprême de Colombie Britannique a jugé, le 27 septembre 2011, que la législation contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme prévoyant une forme de déclaration de soupçon votée par le gouvernement fédéral était anticonstitutionnelle.

Il s'agissait de la compatibilité du texte intitulé "*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, as amended [the Act] and the Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations, SOR/2002*" envers la profession d'avocat au regard des articles 7 et 8 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés.

### **Il s'agissait des dispositions en matière de blanchiment concernant l'assujettissement des avocats aux obligations d'identification du client et de déclaration de soupçons en matière de transactions financières.**

La Cour suprême de Colombie Britannique a estimé, que le régime violait l'article 7 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés qui dispose que « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité et au droit de ne pas être privés desdits droits et libertés [...] » dans la mesure où (i) ce régime **s'appliquait aux avocats** et mettait **en danger les intérêts des avocats et de leurs clients**, (ii) **en exigeant des avocats qu'ils collectent et conservent des informations sur leurs clients et rendent ces informations disponibles au gouvernement** dans sa lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

On ne saurait dire plus clairement que la fonction de l'avocat dans une société démocratique n'a jamais été et ne saurait être de dénoncer son client.

Aux Etats-Unis l'American Bar Association a pu obtenir le retrait de tout projet visant à contraindre à la dénonciation. (Voir annexe I des observations déposées par l'IDHAE).

Dans ces deux sociétés dont le degré de respect de l'état de droit ne saurait être contesté, la dénonciation par un avocat a donc été écartée du droit positif.

Les législations de certains pays de l'Union sont plus protectrices du secret professionnel, soit du fait de la loi soit des limites jurisprudentielles : Italie, Estonie, Belgique, Pays-Bas, Irlande. La Suisse protège également mieux le secret professionnel.

Une délibération a été prise récemment par le CNB, le **19/01/2012**, qui a rappelé que « *Si l'objectif de lutte contre la criminalité et le terrorisme est légitime, les avocats refusent d'être des délateurs ou des auxiliaires de police et de renier l'essence même de leur serment et leurs valeurs essentielles. Les directives anti-blanchiment et, partant, notre droit interne menacent les droits fondamentaux des citoyens, l'indépendance de l'avocat, la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client, le secret professionnel et la présomption d'innocence. Elles ruinent la confiance indispensable entre le client et son avocat. Par crainte d'être dénoncé, le client pourra ne pas tout dire à son avocat. Celui-ci sera mal informé et ne pourra donc pas conseiller convenablement son client et défendre ses intérêts.* » **CNB, Dissuader pour ne pas dénoncer : conseils de vigilance et de procédures internes destinés à prévenir l'utilisation de la profession d'avocat aux fins de blanchiment des capitaux d'origine illicite et de financement du terrorisme** », **19/01/2012, 183 p.**

## CONCLUSIONS

### *Un mot liminaire : Nécessité.*

Au numéro 44 de son remarquable ouvrage sur *le Secret professionnel*, dans le répertoire pratique du droit belge, (Ed. Bruylant 2007), Pierre Lambert rappelle qu'un éminent auteur belge, Paul Foriers écrivait dans sa thèse sur l'état de nécessité :

*«La loi est œuvre de raison, elle si' justifie par des fins sociales, elle est fondée sur une hiérarchie de valeurs»*, et qui il subordonnait la justification objective de l'acte accompli en état de nécessité, à l'exacte mise en balance, dans la situation concrète, du bien sauvegardé par rapport au bien sacrifié. (*De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruylant/Sirey, Bruxelles/Paris, 1951).

*Ce bien sacrifié doit être bien pesé au prisme de valeurs essentielles : Responsabilité, communauté, identité, personnalité*

### *Quelle est notre hiérarchie de valeurs ?*

Pour illustrer davantage ces mots je ne peux m'empêcher de citer l'opinion – concordante - du juge Louis-Edmond Pettiti dans l'affaire Malone :

*« La Cour assume ses **responsabilités** en donnant à l'article 8 sa pleine dimension **et en limitant la marge d'appréciation des États** surtout dans les domaines où l'individu est de plus en plus vulnérable grâce aux technologies; la reconnaissance de son droit à être "laissé seul" découle de l'article 8. La Convention protège la **communauté des hommes**; l'homme, de nos jours, a besoin de voir préserver son **identité**, de refuser la transparence complète de la Société, de garder le secret de sa **personnalité** »*. (Opinion concordante du juge L. Pettiti, in CEDH, Malone c. Royaume-Uni, 2/08/1984, n°8691/79).

Il s'agit bien ici de protéger une communauté de valeurs et d'individus. Ce qui est en cause c'est d'abord la communauté qui relève de l'Etat de droit car **c'est un individu, un citoyen qui est dénoncé.**

***L'identité** de l'avocat c'est de représenter et de conseiller son client sans le trahir, quitte à répondre pénalement des actes frauduleux qu'il aurait commis.*

Conserver intacte la mission indivisible de l'avocat dans une société démocratique c'est aussi préserver la *dignité* de la relation entre l'avocat et le client.

Nul de pourra dire que Maître Michaud n'aura pas fait tout ce qui pouvait être en son modeste pouvoir pour tenter jusqu'au bout de préserver, pour les temps, à venir la dignité de la profession d'avocat.