



## ASSEMBLEE GENERALE DES 13 ET 14 FEVRIER 2009

### **Rapport sur L'ordonnance de transposition de la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment**

La 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment n° 2005/60/CE du 26 octobre 2005 vient d'être transposée par une ordonnance du 30 janvier 2009 (JORF du 31 janvier 2009 p. 1819).

La profession d'avocat a constamment manifesté son opposition à l'obligation de dénoncer les clients à laquelle les dispositifs communautaire et national de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme la soumettent. 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.

La profession d'avocat maintient que les directives anti-blanchiment, en soumettant l'avocat à une obligation de dénonciation, menacent les droits fondamentaux des citoyens, l'indépendance de l'avocat, la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client, le secret professionnel. Elles portent atteinte au devoir de conscience de l'avocat. 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. Après avoir été dénoncé par un avocat, comment le citoyen pourrait-il avoir confiance envers un autre avocat, qu'il soit choisi par lui ou désigné par l'Etat ?

La profession n'admet pas que la mise en œuvre des dispositifs anti-blanchiment puisse avoir pour but de donner à Tracfin un libre accès aux informations qu'ils détiennent. Comment admettre la dénonciation d'un client par un avocat sur la base d'informations reçues dans la confiance et sur de simples doutes ou soupçons, tant il est vrai que la dénonciation des crimes et des délits ne ressort pas de l'exercice professionnel de l'avocat ?

Contestant systématiquement l'intégration des avocats dans le champ des directives communautaires et leurs textes de transposition, la profession a fait valoir les spécificités liées à sa mission et à sa fonction dans une société démocratique.

En premier lieu, le Parlement européen a reconnu la validité et la pertinence des pétitions formées par le Barreau français, respectivement en mai 2003 et en février 2007, à l'encontre des 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment. Cependant, le Parlement européen et la Commission ont maintenu les avocats dans le champ d'application de ces directives.



En second lieu, plusieurs recours, devant la CJCE, la Cour constitutionnelle belge et le Conseil d'Etat, ont conduit les juges à délimiter strictement le champ d'application des obligations de vigilance et déclaratives imposées aux avocats ainsi que leurs relations avec les cellules de renseignement financier.

a) La CJCE a rappelé, le 26 juin 2007<sup>1</sup>, que les obligations mises à la charge des avocats par la deuxième directive sont doublement limitées. D'une part, la déclaration de soupçon s'applique à certaines transactions financières, immobilières ou commerciales déterminées (directive du 4 déc. 2001, art. 2). D'autre part, les Etats membres peuvent décider de ne pas imposer aux avocats de transmettre des informations sur leurs clients lors de l'évaluation de leur situation juridique ou dans l'exercice de leur mission de défense et de représentation du client dans une procédure judiciaire. La Cour déduit de ces exonérations que le secret professionnel ne protège pas l'activité de consultation juridique dans les cas où l'avocat, soit participe lui-même à des activités de blanchiment de capitaux, soit fournit des conseils juridiques à des fins de blanchiment de capitaux, soit est conscient du fait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques à de telles fins (point 24). La Cour affirme alors que la procédure judiciaire bénéficie de la protection de l'art. 6 Conv. EDH. En effet, les garanties conférées au client par cette disposition seraient violées si l'avocat, « *dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure.* » (point 32). Ainsi, l'avocat n'est pas soumis aux obligations déclaratives posées par la directive dès l'instant qu'il exerce sa mission de défense ou de représentation en justice, y compris en donnant des conseils sur la façon d'engager ou d'éviter une procédure judiciaire, que les informations aient été reçues ou obtenues avant, pendant ou après la procédure (point 34).

La CJCE a également dit pour droit que l'obligation de déclaration de soupçon dans le cadre d'activités déterminées n'est pas contraire à l'art. 6 Conv. EDH. Elle retient que l'assistance des clients dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions d'ordre financier et immobilier visées par la directive du 4 décembre 2001, ou le fait d'agir au nom et pour le compte de leur client dans ce type de transactions, en raison de leur nature même, « *se situent dans un contexte qui n'a pas de lien avec une procédure judiciaire et, partant, en dehors du champ d'application du droit à un procès équitable* » (point 33). Il en résulte, selon elle, que les exigences de l'art. 6 Conv. EDH ne s'opposent pas à ce que l'avocat, lorsqu'il agit dans le cadre des transactions précitées, mais qui ne portent pas sur l'évaluation de la situation juridique du client et ne sont pas liées à la défense ou la représentation en justice, soit soumis aux obligations déclaratives, dès lors qu'elles sont justifiées « *par la nécessité de lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux qui exerce une influence évidente sur le développement du crime organisé, lequel constitue lui-même une menace particulière pour les sociétés des États membres* » (point 36).

---

<sup>1</sup> CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophone et germanophone et al.*, aff. C 305-05 ; JCP G 2007 act. 311. – O. Cachard, *Précisions sur les activités donnant lieu à déclaration de soupçons par les avocats*, JCP G 2007, II, 10137. – C. Cutajar, *Les avocats et la lutte contre le blanchiment d'argent. Les enseignements de l'arrêt de la CJCE du 26 juin 2007*, JCP E 2007, act., 421. – D. Lévy, note JCP G 2007 Chron. I 206. – D. Simon, *Lutte contre le blanchiment et secret professionnel des avocats*, Europe 2007, n° 8, p. 201. – B. Vatier, *L'inclusion des avocats dans la directive blanchiment (A propos de l'arrêt de la CJCE du 26 juin 2007)*, Gaz. Pal. 6-7 juill. 2007, p. 4



Cette décision apparaît en recul par rapport à la décision *Wouters* du 19 février 2002<sup>2</sup> et à la jurisprudence de la CEDH sur l'importance du secret professionnel, le rôle et la fonction de l'avocat dans une société démocratique<sup>3</sup>.

b) La Cour constitutionnelle de Belgique, dans une décision du 23 janvier 2008<sup>4</sup>, a limité considérablement les obligations imposées aux avocats belges dans le cadre de la transposition de la deuxième directive blanchiment par le législateur belge. Retenant une vision plus stricte que la Cour de justice, elle a rappelé que la garantie des droits fondamentaux du justiciable est liée aux principes auxquels sont soumis les avocats, notamment :

- le respect de leurs strictes règles déontologiques ;
- l'obligation de respecter la confidentialité et le secret professionnel dans le cadre de la relation de confiance nouée avec le client auquel est garantie l'absence de divulgation des informations apportées à l'avocat ;
- le secret professionnel en tant qu'élément essentiel des droits de la défense et du procès équitable ;
- l'indépendance de l'avocat qui assure au client que son intervention est faite dans son intérêt exclusif.

Sur le fondement de ces principes, la Cour constitutionnelle belge a décidé que :

L'objectif de lutte contre le blanchiment ne justifie pas une levée inconditionnelle ou illimitée du secret professionnel de l'avocat.

Les avocats ne peuvent pas être confondus avec les autorités policières ou judiciaires chargées de rechercher les infractions.

Toutes les informations portées à la connaissance de l'avocat à l'occasion de l'exercice de sa profession, dans le cadre d'une consultation juridique ou d'une procédure judiciaire, sont couvertes par le secret professionnel et échappent donc à l'obligation de communication aux autorités chargées de la lutte contre le blanchiment.

L'intervention du bâtonnier dans la transmission d'informations par les avocats à la cellule de traitement des informations financières est une garantie essentielle, aussi bien pour les avocats que pour leurs clients, qui permet de s'assurer que le secret professionnel sera respecté au regard des cas prévus par la loi.

L'interdiction faite à l'avocat d'indiquer au client que des informations ont été transmises à la cellule de renseignement financier doit s'apprécier au regard des efforts de l'avocat de dissuader son client d'accomplir ou de participer à une opération de blanchiment illégale.

---

<sup>2</sup> CJCE, aff. C-309/99, Rec. CJCE 2002, I, p. 1577.

<sup>3</sup> CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, R.T.D.H. 1993.467 ; Gaz. Pal., 24 juin 1993, p. 2, note G. Junosza-Zdrojewski. – 25 févr. 2003, *Roemen et Schmit*, Juris-Data 2003-210701 ; Gaz. Pal., 30 mars 2003, p. 14, note Ch. Pettiti.

<sup>4</sup> JCP G 2008.I.140 note D. Lévy.



c) Cette décision a inspiré le Conseil d'État qui, dans un important arrêt du 10 avril 2008<sup>5</sup>, a fait droit au recours de la profession d'avocat en annulant deux dispositions du décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 pris en application de la loi n° 2004-130 du 10 février 2004 transposant la deuxième directive blanchiment 2001/97/CE du 4 décembre 2001.

En premier lieu, a été censurée la disposition prévoyant que Tracfin pouvait directement demander à l'avocat de lui communiquer des informations sans mettre en œuvre, comme dans le cas de la déclaration de soupçon, le filtre du bâtonnier (article R. 562-2-2 du code monétaire et financier). Le Conseil d'Etat a considéré qu'un tel filtre s'imposait à Tracfin, y compris pour les demandes d'information. En rappelant cette obligation dans les relations entre l'avocat et Tracfin, le Conseil d'Etat protège la relation de confiance entre l'avocat et son client et conforte le rôle du bâtonnier.

En second lieu, a été annulée la disposition du décret précité qui, pour les activités non juridictionnelles des avocats, se bornait à rappeler les obligations de vigilance qui leur étaient imposées par les dispositions législatives du code monétaire et financier (article R. 563-4 CMF). Cela avait pour conséquence d'omettre de rappeler les exceptions excluant des obligations de vigilance les informations détenues ou reçues dans le cadre d'une consultation juridique, sous réserve des exceptions limitativement prévues par la directive et la loi du 11 février 2004.

En outre, le Conseil d'Etat a confirmé la possibilité pour le Conseil national des barreaux, dans le respect de la loi, de définir les procédures internes destinées à mettre en œuvre les obligations de lutte contre le blanchiment (décision du 12 juillet 2007 portant adoption d'un règlement relatif aux procédures internes destinées à mettre en œuvre les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux - JORF du 9 août 2007 p. 13331).

Cet arrêt, qui s'inscrit dans le cadre des principes européens, est fondamental en ce qu'il définit la portée du secret professionnel de l'avocat. Il le fait prévaloir sur les obligations liées à la lutte contre le blanchiment, et exonère donc les avocats des obligations de vigilance et déclaratives, dans le cadre de leurs activités de conseil ou de consultation juridique ainsi que de défense et de représentation en justice qui sont couvertes par le secret professionnel.

Allant plus loin que la CJCE qui s'était fondée sur le seul article 6 Conv. EDH, le Conseil d'Etat a exercé son contrôle de la directive au regard de l'article 8 Conv. EDH (droit au respect de la vie privée). Il a ainsi décidé que les informations reçues ou obtenues par un avocat lors de l'évaluation de la situation juridique du client étaient exclues des obligations de vigilance et déclaratives, sauf dans les cas où l'avocat prend lui-même part à des activités de blanchiment de capitaux, ou lorsque la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment et lorsque l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment. Ainsi, le droit fondamental du secret professionnel protégé par l'article 8 Conv. EDH doit céder face à une mesure « *nécessaire à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales.* »

---

<sup>5</sup> CE Sect., 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux et al.*, JurisData n° 2008-073380 ; JCP E 2008 act. 211 ap. rap. C. Cutajar ; JCP G 2008.II.100125 comm. R. Tinière ; JCP G 2008.I.184 note D. Lévy ; J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, *Chronique générale de jurisprudence administrative*, AJDA 2008 p. 1088 ; Profession Avocat n° 4 juill.-août 2008 p. 40 comm. B. Brom ; Th. Wickers, *L'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2008 : un succès... mais le combat continue !*, Gaz. Pal. 20-22 avril 2008 p. 2 ; P. Clermontel et B. Charrière-Bournazel, *Blanchiment : le Conseil d'Etat conforte, le secret professionnel des avocats*, Gaz. Pal. 11-15 mai 2008 p. 3 ; Céline Slobodansky, *Blanchiment : le secret professionnel des avocats enfin consacré*, LPA 28 mai 2008 n° 107 p. 3 ; William Feugère, *Blanchiment : le Conseil d'Etat au soutien des avocats*, Droit et patrimoine 2008 n° 171 p. 28.



L'autorité réglementaire, habilitée par l'article 42 de la loi de modernisation de l'économie à transposer par ordonnance la troisième directive blanchiment du 26 octobre 2005, a tenu compte des principes fondamentaux posés par la décision du 10 avril 2008.

Ainsi, l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme s'inscrit dans ce contexte a prévu, d'une part, l'exemption des obligations de vigilance et déclaratives dans le cadre de la consultation juridique demandée par un client et, d'autre part, le rôle central du bâtonnier dans les relations avec Tracfin. Cependant, cette ordonnance n'est pas satisfaisante sur plusieurs points, tels la définition de la « relation d'affaires » qui conditionne la mise en œuvre des obligations pesant sur l'avocat, l'extension du champ de la déclaration de soupçon à la fraude fiscale ou aux infractions passibles d'une peine de prison supérieure à un an.

## **I - Le champ modulé de la soumission des avocats aux obligations de lutte contre le blanchiment.**

Toutes les professions juridiques sont soumises à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme depuis la transposition de la deuxième directive anti-blanchiment par la loi du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques. Toutefois, le dispositif applicable aux avocats est encadré. Ils ne sont soumis aux obligations de vigilance, de déclaration de soupçon et de communication à Tracfin que pour certaines activités de la profession et lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaire. Ces obligations ne s'appliquent pas aux activités qui se rattachent à une procédure juridictionnelle, ni aux informations recueillies à l'occasion d'une consultation juridique, à moins que le client ne souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux.

Les obligations de vigilance et déclaratives pèsent sur l'avocat dès lors qu'une « *relation d'affaires* » est nouée avec un client. La définition de cette relation est de nature à soulever des difficultés (A). La typologie des activités pour lesquels les avocats sont soumis aux obligations de lutte contre le blanchiment n'a que marginalement évolué (B). Des exemptions étendues à ces obligations sont prévues pour les avocats dans le cadre des procédures juridictionnelles et des consultations juridiques (C).

### **A) Une définition inconsistante de la « relation d'affaires ».**

Au sens de l'article L. 561-2-1 CMF, les obligations pesant sur l'avocat au titre de la lutte contre le blanchiment naissent dès l'instant où il noue une « *une relation d'affaires* » définie comme « *une relation professionnelle ou commerciale qui est censée, au moment où le contact est établi, s'inscrire dans une certaine durée. La relation d'affaires peut être prévue par un contrat selon lequel plusieurs opérations successives seront réalisées entre les cocontractants ou qui crée à ceux-ci des obligations continues. Une relation d'affaires est également nouée lorsqu'en l'absence d'un tel contrat un client bénéficie de manière régulière de l'intervention* » de l'avocat « *pour la réalisation de plusieurs opérations ou d'une opération présentant un caractère continu.* »

La difficulté réside dans la compréhension que l'on a du moment auquel une relation est nouée et le « *contact est établi* ».

En outre, quel est le sens et la portée de la définition de la « *relation d'affaires* » au regard des exemptions dont bénéficie les avocats en matière d'obligation de vigilance et de déclaration de soupçon ?





Cette disposition peut être considérée comme inintelligible et manquant de la précision requise d'une norme juridique mettant en jeu le secret professionnel de l'avocat et la relation de confiance qu'il établit avec son client. Elle est ainsi source d'une certaine insécurité juridique.

## **B) La typologie des activités pour lesquels les avocats sont soumis aux obligations de lutte contre le blanchiment.**

Aux termes des dispositions de l'article L. 561-3 I CMF, les obligations de vigilance et déclaratives s'imposent à l'avocat lorsque « *dans le cadre de (son) activité professionnelle* » :

- il participe « *au nom et pour le compte de (son) client à toute transaction financière ou immobilière ou agissent en qualité de fiduciaire* » ;
- il assiste son client « *dans la préparation ou la réalisation des transactions concernant :*
  - *l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ;*
  - *la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ;*
  - *l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance ;*
  - *l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ;*
  - *la constitution, la gestion ou la direction des sociétés ;*
  - *la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, régies par les articles 2011 à 2031 du code civil ou de droit étranger, ou de toute autre structure similaire ;*
  - *la constitution ou la gestion de fonds de dotation. »*

L'avocat n'intervient pas en cette qualité dans toutes ces hypothèses. Par ailleurs, dans le cadre de ces items d'activité, il est impératif que les avocats qui agissent en qualité de fiduciaires distinguent clairement cette activité et la séparent de l'exercice de la profession d'avocat.

Le Cahier du Conseil national des barreaux publié en septembre 2007 avait précisément défini la portée des termes liés aux transactions reprises par la disposition précitée (voir *Conseils de vigilance*, pp. 54-57).

## **C) L'exemption des avocats des obligations de vigilance et déclaratives dans le cadre des procédures juridictionnelles et des consultations juridiques.**

L'article L. 561-3 II CMF créé par l'ordonnance du 30 janvier 2009 tire la conséquence des arrêts de la CJCE et du Conseil d'Etat précités.

Dans l'exercice d'une activité relative aux transactions ci-dessus rappelées, les avocats ne sont pas soumis aux obligations de vigilance et déclaratives lorsque l'activité se rattache à « *une procédure juridictionnelle, que les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure, non plus que lorsqu'ils donnent des consultations juridiques, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.* »

A titre d'exemple, si un avocat défend un client ou est consulté sur une opération d'achat ou de vente de fonds de commerce et que, à l'occasion de cette consultation ou dans la préparation de



cette défense, il a un soupçon sur l'origine des fonds utilisés pour financer l'acquisition, l'avocat n'est pas tenu de faire une déclaration de soupçon. Demeurent les dimensions déontologique et pénale qui interdisent à l'avocat de participer sciemment à des opérations de blanchiment.

### **1) Le champ de l'exemption est large.**

En effet, il couvre la consultation juridique, quand bien même elle porte sur une opération entrant dans le champ d'application de l'un des items d'activités précités, et l'ensemble de la procédure juridictionnelle. Toutes les informations reçues et conservées dans ce cadre sont protégées par le secret professionnel. Elles sont, par conséquent, hors d'atteinte de Tracfin et ne sauraient lui être communiquées.

La seule exception à cette exemption réside dans l'acte délictueux de l'avocat au moment de la fourniture d'une consultation juridique.

### **2) La définition de la consultation juridique.**

Le Parlement européen a retenu dans les directives du 4 décembre 2001 et du 26 octobre 2005 les termes d'« *évaluation de la situation juridique du client* ». A l'occasion de la transposition de ces directives, la notion de consultation juridique lui a été substituée. Cette notion correspond de façon plus précise à cette mission de l'avocat.

La doctrine a défini la consultation juridique comme « *consistant à fournir, sur une question soumise à l'examen du consultant, un avis personnel, parfois un conseil, qui apporte à celui qui le consulte des éléments de décision, le cas échéant des éléments en faveur de sa cause* »<sup>6</sup>.

Une réponse ministérielle<sup>7</sup> et une décision de la Cour d'appel de Paris du 21 mai 2001<sup>8</sup> apportent des précisions utiles.

Selon la Cour d'appel, qui reprend quasiment les termes de la réponse ministérielle, la consultation est, à partir de l'examen d'un dossier qui suppose un problème de qualification juridique<sup>9</sup>, une prestation intellectuelle, personnalisée, distincte de l'information à caractère documentaire qui tend à fournir un avis, parfois un conseil, qui concourt par les éléments qu'il apporte à la prise de décision de son bénéficiaire.

Trois éléments importants ressortent de cette définition :

- la consultation se définit par son contenu et par sa finalité ; elle peut être écrite ou orale ; elle ne nécessite ni d'être qualifiée comme telle, ni une forme de rédaction particulière ;
- la consultation répond aux besoins d'un client dans un contexte juridique propre à celui-ci (c'est en ce sens qu'elle est personnalisée) ;
- la consultation suppose un raisonnement juridique pour aboutir à des avis ou à des conseils.

---

<sup>6</sup> Gérard Cornu (sous la dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, coll. Quadriges.

<sup>7</sup> Rép. min. du 8 juin 1992, J.O.A.N., p. 2523, JCP 92 Ed. G. p. 95.

<sup>8</sup> Gaz. Pal. 9 juin 2001, concl. B. Gizardin.

<sup>9</sup> Cour de Cassation. Chambre Criminelle. 13 décembre 1995, pourvoi n° 95/80286, inédit : « *mais que la Cour ne pouvait sans omettre de tirer les conséquences légales de ses propres constatations, d'une part, affirmer que l'examen du dossier ressortissait à l'activité des Expertises Galtier; et considérer, d'autre part, que l'examen de ce dossier supposait un problème de qualification juridique donc de consultation* ».



En fonction des échanges avec un client, la consultation peut donner lieu à la rédaction de versions successives qui sont toutes exonérées des obligations de vigilance et de déclaration.

L'exception de consultation à l'obligation de déclaration de soupçon connaît elle-même deux limites :

- l'avocat ne doit pas savoir que son client souhaite obtenir des conseils aux fins de blanchiment de capitaux ;
- l'avocat ne doit pas fournir un conseil aux fins de blanchiment de capitaux.

En réalité, cette « exception à l'exception » est une interdiction.

L'avocat sera confronté à un problème de preuve lorsqu'il invoquera l'exception de consultation pour justifier l'absence de déclaration de soupçon. Qu'elle ait été donnée par écrit ou oralement, la consultation comme les documents et informations reçus du client ou obtenus sur celui-ci et réunis par lui-même ou d'autres avocats sont couverts par le secret professionnel. La communication du contenu de la consultation n'est justifiée ni par une éventuelle autorisation donnée par un client, ni par le fait que l'avocat a besoin de faire état de son contenu et des documents qui s'y rapportent pour se défendre même contre une accusation de complicité.

### **3) L'exception de la procédure juridictionnelle.**

Cette exception vise les informations reçues d'un des clients ou obtenues sur l'un d'entre eux par un avocat dans l'exercice de son activité dans l'intérêt du client, lorsque cette activité se rattache à une procédure juridictionnelle. Pour bénéficier de cette exception et conserver confidentielles les informations susvisées, l'avocat doit agir pour un client, que celui-ci soit en demande ou en défense. La représentation peut toutefois être « potentielle » parce que les informations qui restent confidentielles ne concernent pas seulement les informations reçues pendant la procédure, mais aussi celles reçues avant ou après celle-ci dès lors qu'elles ont un rapport avec celle-ci ou découlent de celle-ci. Sont enfin incluses dans l'exception les informations reçues pour fournir des conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure.

La loi vise les procédures juridictionnelles et non pas seulement les procédures judiciaires (dont font partie les ventes judiciaires). Pour définir le mot « *juridictionnel* », on peut se référer à la jurisprudence administrative qui a dégagé trois critères :

- l'organe juridictionnel doit être saisi d'une contestation ;
- il doit prendre des décisions ayant pour objet de trancher cette contestation sur le plan juridique et
- rendre une décision disposant d'une certaine autorité.

À ces critères s'ajoutent des critères organiques tels que la composition de l'organe, la procédure qu'il suit et les possibilités de recours.

Le terme « *juridictionnel* » englobe les procédures judiciaires et administratives ; sont donc notamment concernés la conciliation, la médiation, l'arbitrage national et international, les ventes à la barre du tribunal et les procédures devant certaines autorités administratives ou autres, en particulier toutes les formes de procédure disciplinaire. En matière fiscale l'activité juridictionnelle commence avec la défense du client à qui est notifié une proposition de redressement, ne serait-ce que parce qu'en assistant son client dans sa réponse, l'avocat est en train de le conseiller sur la manière d'engager ou d'éviter une éventuelle procédure. Il exerce ce même rôle pendant toute la procédure, qu'elle soit devant l'administration ou devant des commissions.





## II – Les obligations de vigilance à l'égard des clients.

Par principe, l'avocat doit identifier son client et le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires par la mise en œuvre de moyens adaptés (A). Les informations recueillies doivent ensuite être conservées pendant cinq ans (B).

### A) Les obligations d'identification du client.

Avant de s'engager dans une relation d'affaires, l'avocat doit :

- d'une part, procéder à des formalités d'identification du client et, le cas échéant, du bénéficiaire effectif de la relation d'affaires « *par des moyens adaptés* » et vérifier ces éléments d'identification sur « *présentation de tout document écrit probant* » (article L. 561-5 I CMF) ; cette identification s'applique également aux « clients occasionnels » et, le cas échéant, au bénéficiaire effectif de la relation d'affaires, lorsque l'avocat soupçonne que l'opération pourrait participer au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme ou, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, « *lorsque les opérations sont d'une certaine nature ou dépassent un certain montant.* » ;
- d'autre part, recueillir « *les informations relatives à l'objet et à la nature de cette relation et tout autre élément d'information pertinent sur ce client* » (article L. 561-6 CMF) ; l'avocat doit également exercer sur la relation d'affaires, « *dans la limite de (ses) droits et obligations, une vigilance constante* » et pratiquer « *un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée* » qu'il a de son client.

A défaut de cette identification du client ou de l'obtention des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires, l'avocat n'exécute aucune opération, et n'établit ni ne poursuit aucune relation d'affaires. Si la relation d'affaires a néanmoins été établie, il y met un terme (article L. 561-8 CMF).

Le dispositif d'identification peut être allégé en cas de faible risque de blanchiment ou non mis en œuvre quand il n'existe pas de soupçon de blanchiment pour certains types de clients (article L. 561-9 CMF).

L'article L. 561-10 CMF détaille les mesures de vigilance complémentaires qui doivent être appliquées dans certaines hypothèses (p. ex. absence du client ou de son représentant légal au moment de l'identification, personne particulièrement exposée).

Ces mesures doivent être renforcées lorsque l'opération paraît particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraît pas avoir de justification économique ou d'objet licite (article L. 561-10-2 CMF).

Rappelons quelques définitions simples :

- Le cocontractant est la personne physique ou morale avec laquelle l'avocat ou le cabinet d'avocats a établi une relation contractuelle ou quasi contractuelle.
- Le bénéficiaire effectif est la personne, physique ou morale, qui a et aura, en tout temps, jusqu'à l'exécution de l'opération, que ce soit en fait ou en droit, la maîtrise ultime des valeurs patrimoniales employées à la réalisation de l'opération projetée.



- Le client peut donc être soit un des cocontractants non bénéficiaire effectif à l'opération, soit un cocontractant bénéficiaire effectif à l'opération. Les deux qualités peuvent donc se cumuler.

Quelle que soit l'alternative, l'avocat doit non seulement identifier le client cocontractant, mais encore le bénéficiaire effectif qu'il soit ou non son client.

## **B) Les obligations de conservation des informations recueillies.**

Les documents relatifs à l'identité des clients habituels ou occasionnels doivent être conservés pendant cinq ans à compter de la cessation des relations avec eux. Il en va de même, dans la limite des obligations liées à l'exercice professionnel de l'avocat, pour les documents relatifs aux opérations qu'il a faites ainsi que pour les documents consignant les caractéristiques des opérations pour compte propre ou pour compte de tiers effectuée avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliées, enregistrées ou établies dans un Etat ou un territoire dont la législation en matière de lutte contre le blanchiment est jugée insuffisante (article L. 561-12 CMF).



### III – Les obligations déclaratives.

Le champ de la déclaration de soupçon est étendu à la fraude fiscale et aux infractions passibles d'une peine de prison supérieure à un an ou qui pourraient participer au financement des activités terroristes (A).

Le nouveau dispositif, reprenant la solution imposée par le Conseil d'Etat et tenant compte des observations de la profession, vise à isoler l'avocat de Tracfin en empêchant toute relation directe avec ce service en cas de déclaration de soupçon. Le bâtonnier joue le rôle d'intermédiaire ou d'interface entre l'avocat et Tracfin. De même, le bâtonnier ou le conseil de l'ordre ne sont pas en relation directe avec Tracfin lorsqu'ils découvrent des faits qu'ils soupçonnent d'être liés au blanchiment. Ils transmettent les éléments au procureur général près la cour d'appel qui en saisit Tracfin (B).

L'ordonnance du 30 janvier 2009 consacre la dissuasion du client par avocat (C), la possibilité d'informer d'une déclaration de soupçon les avocats d'une même structure d'exercice ou ceux intervenant dans une même transaction (D) ainsi que l'immunité pénale, civile et disciplinaire de l'avocat ou de son préposé en cas de déclaration de soupçon (E).

#### **A) L'extension du champ de la déclaration de soupçon aux sommes ou opérations qui pourraient provenir de toute infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an ou qui pourraient participer au financement des activités terroristes.**

Le champ de la déclaration de soupçon défini par la 3<sup>ème</sup> directive recouvre, au titre des « *actes graves* », notamment « *toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois* » (article 3, 5) f).

Conformément aux dispositions de la troisième directive anti-blanchiment, l'ordonnance étend le champ de la déclaration de soupçon à Tracfin aux sommes ou opérations qui pourraient provenir de toute infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an ou qui pourraient participer au financement des activités terroristes. Le champ de la déclaration de soupçon, étendu à la délinquance de droit commun, couvre désormais la fraude fiscale, passible d'une peine de prison maximale de cinq ans. Compte tenu de la complexité de cette fraude, un décret définira à l'intention des professionnels des critères pour la détection de cette infraction (article L. 561-15 CMF).

Les avocats sont également tenus de déclarer à Tracfin toute opération pour laquelle l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation reste douteuse malgré les vérifications effectuées conformément à l'article L. 561-5 CMF.

En cas de soupçon d'activité illicite, l'avocat doit s'abstenir d'effectuer l'opération en cause jusqu'à ce qu'il ait fait la déclaration prévue à l'article L. 561-15 CMF. Il ne pourra procéder à la réalisation de l'opération que si Tracfin ou le Président du TGI de Paris ne s'y sont pas opposés (article L. 561-25 al. 4 CMF).

Lorsqu'une opération devant faire l'objet d'une déclaration de soupçon a déjà été réalisée, l'avocat en informe Tracfin sans délai (article L. 561-16 CMF).



## **B) Les modalités de communication de la déclaration de soupçon : le rôle central du bâtonnier dans les relations avec Tracfin.**

L'ordonnance a tiré les conséquences de l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2008 en ce qui concerne le rôle du bâtonnier qui se situe entre l'avocat et Tracfin (2). Elle a transposé cette solution en plaçant le procureur général près la Cour d'appel entre Tracfin et le bâtonnier qui ferait une déclaration de soupçon pour des faits découverts dans le cadre de sa mission de contrôle (2).

### **1) La transmission d'une déclaration de soupçon par l'avocat.**

L'ensemble des professionnels assujettis à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme adressent directement la déclaration directement à Tracfin.

Ce régime ne s'applique pas aux avocats. Ces derniers, lorsqu'ils n'agissent pas en qualité de fiduciaire, adressent leur déclaration au bâtonnier de leur ordre, qui devra vérifier que les conditions d'une telle déclaration sont remplies (article L. 561-17 CMF). Si tel est le cas, le bâtonnier transmettra la déclaration à Tracfin. Ce dernier effectuera alors la même vérification que le bâtonnier. S'il estime que la déclaration a été transmise en méconnaissance des prescriptions dérogatoires applicables à l'avocat, il devra en refuser la communication et informer dans les meilleurs délais le bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat déclarant est inscrit (article L. 561-17 al. 2 CMF).

La déclaration est obligatoirement faite par écrit, sauf dans le cas de l'avocat agissant en qualité de fiduciaire qui peut aussi la faire verbalement auprès de Tracfin (article L. 561-18 CMF). Tracfin en accuse réception, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, sauf si l'avocat a indiqué expressément ne pas vouloir en être destinataire.

Lorsque la déclaration lui a été adressée par le bâtonnier, Tracfin l'informe de sa transmission au procureur de la République (article L. 561-28 CMF).

Dans ce cadre, le bâtonnier n'est pas un simple intermédiaire qui retransmet automatiquement les déclarations qu'il reçoit. Il a un rôle d'assistance et de contrôle, qu'il doit exercer pour s'assurer de l'absence de tout manquement aux règles du secret professionnel. Il doit vérifier que les faits décrits par l'avocat justifient une transmission de la déclaration parce qu'elle porte sur des opérations et des sommes visées à l'article L. 561-3 CMF. Un dialogue, dont la nature naturellement confidentielle peut être opposée à Tracfin, peut s'établir entre le bâtonnier et l'avocat déclarant.

Le Cahier du Conseil national des barreaux portant conseils de vigilance indiquait que le bâtonnier peut créer une commission ad hoc pour l'assister en matière de blanchiment (p. 60).

### **2) La transmission au Procureur général d'une déclaration de soupçon par le bâtonnier dans le cadre de la mission de contrôle du conseil de l'ordre.**

Lorsque, dans l'accomplissement de sa mission de contrôle le conseil de l'ordre découvre des faits susceptibles d'être liés au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme, le bâtonnier en informe le procureur général près la cour d'appel qui transmet cette information sans délai à Tracfin (article L. 561-30 III CMF).



### **C) La fin du « tipping off » et la consécration de la dissuasion du client par l'avocat.**

L'ordonnance du 30 janvier 2009 pose le principe de la confidentialité de la déclaration à Tracfin (article L. 561-19 CMF). Tirant les conséquences de la suppression du « tipping off » par la 3<sup>ème</sup> directive, l'ordonnance retire à l'avocat le droit d'informer son client de l'existence et du contenu de la déclaration de soupçon, sous peine de sanctions pénales. Seuls les ordres et le Conseil national des barreaux peuvent avoir accès à ces informations afin d'exercer leur mission de contrôle.

En revanche, le fait pour l'avocat de s'efforcer de dissuader son client de prendre part à une activité illégale ne constitue pas une divulgation ou une information au sens des dispositions précitées<sup>10</sup>.

Par ailleurs, afin de préserver l'anonymat et d'assurer la sécurité des déclarants, la déclaration au service TRACFIN n'est accessible à l'autorité judiciaire que sur réquisition auprès du service TRACFIN lorsqu'elle est nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité des organismes et personnes déclarants dès lors que l'enquête judiciaire fait apparaître qu'ils pourraient être impliqués dans le mécanisme de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme qu'ils ont révélé (article L. 561-19 II al. 2).

### **D) L'information de la déclaration de soupçon est possible entre avocats d'une même structure d'exercice ou intervenant dans une même transaction.**

L'ordonnance autorise les avocats appartenant au même réseau ou à la même structure d'exercice professionnel à s'informer mutuellement de l'existence et du contenu d'une déclaration de soupçon. Cependant, ces informations sont échangées dans un cadre strict, respectueux de la protection des données individuelles, entre les seules personnes habilitées et aux seules fins de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (article L. 561-20 CMF). Ces échanges d'informations sont également autorisés en dehors du groupe ou du réseau, mais uniquement entre des professionnels qui appartiennent à une même catégorie et lorsque ces informations portent sur un même client et une même transaction (article L. 561-21 CMF).

### **E) L'immunité pénale, civile et disciplinaire de l'avocat ou de son préposé en cas de déclaration de soupçon.**

L'ordonnance prévoit qu'aucune poursuite civile, pénale (pour dénonciation calomnieuse) ou disciplinaire (pour atteinte au secret professionnel) ne peut être déclenchée contre un avocat ou son préposé qui a effectué de bonne foi une déclaration auprès de Tracfin (article L. 561-22 CMF).

Ce dispositif reconduit celui en vigueur dans le cadre de la transposition de la 2<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment.

Se pose toutefois la question de l'immunité en cas de déclaration de soupçon faite pour une activité non visée à l'article L. 561-3 CMF ainsi que dans l'hypothèse où l'avocat exerce son activité de conseil ou une activité juridictionnelle. Une telle déclaration, qui violerait l'exception de consultation ou de procédure juridictionnelle, n'est pas protégée par l'immunité conférée par l'article L. 561-22 CMF et est susceptible de constituer une violation du secret professionnel

---

<sup>10</sup> Sans aucun doute, l'avocat qui ne sera pas parvenu à dissuader son client devra refuser de réaliser l'opération illégale et mettre fin à la relation d'affaires.





#### **IV – Les relations de l'avocat avec Tracfin.**

Dans le cas où Tracfin saisit le procureur de la République, la déclaration de soupçon ne figure pas au dossier de la procédure, afin de préserver l'anonymat de ses auteurs (article L. 561-24 CMF).

A l'exception de l'hypothèse de l'avocat fiduciaire, Tracfin ne peut demander à un avocat la communication des pièces qu'il conserve que par l'intermédiaire du bâtonnier de l'ordre auprès duquel il est inscrit (article L. 561-26). L'avocat communique les pièces demandées à son bâtonnier qui les transmet à Tracfin, sauf dans l'hypothèse où l'avocat s'y oppose au motif que cette procédure n'est pas respectée (article L. 561-26 II).

L'avocat et le bâtonnier ne peuvent pas informer le client de l'exercice par Tracfin de son droit de communication (article L. 561-26 III).

Tracfin échange avec les ordres et le Conseil national des barreaux toute information utile à l'accomplissement de leurs missions respectives dans le cadre de l'application du dispositif de lutte contre le blanchiment prévu par le code monétaire et financier (article L. 561-30 I CMF).



## **V – Les procédures de contrôle interne.**

### **A) Contrôle et formation internes aux cabinets d'avocats.**

Les avocats doivent mettre en place des procédures écrites destinées à assurer une mise en œuvre efficace des mesures de prévention. Il s'agit de systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment et de financement du terrorisme (article L. 561-32 CMF).

Ces règles écrites peuvent, le cas échéant, être définies par un règlement professionnel. Tel a été l'objet de la décision à caractère normatif n° 2007-002 adoptée par le Conseil National des Barreaux lors de son Assemblée générale des 25 et 26 mai 2007. Les règles figurant dans cette décision constituent des principes d'une portée générale. Les cabinets peuvent naturellement les adapter à leur situation propre et les compléter pour définir leur modalité pratique d'application.

Les avocats doivent également assurer, d'une part, la diffusion de procédures et d'informations régulières à l'ensemble des membres de leurs personnels concernés et, d'autre part, la formation de ces derniers (article L. 561-33 CMF).

Cette obligation appelle trois observations :

- La formation et l'information ne se limitent pas aux avocats, qu'ils soient salariés ou collaborateurs. Elles incluent tout le personnel du cabinet.
- La formation peut être faite au sein du cabinet comme à l'extérieur de celui-ci. Pour l'avocat, elle peut se combiner avec ses obligations en matière de formation continue.
- L'information suppose que tout le personnel d'un cabinet puisse avoir accès à tout développement en matière de lutte contre le blanchiment. Cet accès peut revêtir des formes diverses : écrites, orales ou numériques.

### **B) Le contrôle exercé par les ordres.**

Conformément à la 3<sup>ème</sup> directive, l'avocat doit faire l'objet d'un contrôle du respect de ces mesures, assorti d'un pouvoir de sanction disciplinaire. Ainsi, les avocats seront contrôlés par leurs ordres professionnels (article L. 561-36 CMF). A cet effet, l'article 17 de la loi de 1971 est complété par un 13° prévoyant la compétence du conseil de l'ordre pour « *vérifier le respect par les avocats de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de se faire communiquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.* » (article 13 de l'ordonnance).

Il est certain que le contrôle interne posera des problèmes concrets pour les barreaux importants en nombre.

L'ordre peut être assisté dans sa mission de contrôle par le Conseil national des barreaux conformément à l'article 21-1 de cette loi qui est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *Le Conseil national des barreaux peut, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, assister le conseil de l'ordre dans l'exercice de sa mission définie au 13° de l'article 17.* » (article 13 de l'ordonnance).



## Conclusion.

Le principe de la soumission des avocats à l'obligation de déclarer à Tracfin un soupçon à l'encontre de leurs clients est inacceptable. Les aménagements particuliers du dispositif anti-blanchiment prévus pour les avocats atténuent-ils cette appréciation ? Autrement dit, faut-il déférer l'ordonnance du 30 janvier 2009 à la censure du Conseil d'État ?

D'un point de vue procédural, la saisine du Conseil d'Etat est possible, sous certaines réserves.

L'ordonnance du 30 janvier 2009 demeure un acte réglementaire tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'une ratification par une loi votée par le Parlement dans le délai fixé par la loi d'habilitation ou n'a pas été intégrée dans un projet de loi de ratification déposé devant l'une des deux assemblées<sup>11</sup>. En cas de défaut de dépôt de ce projet de loi de ratification avant la date butoir fixée par la loi d'habilitation, l'ordonnance devient caduque, elle disparaît de l'ordonnancement juridique et le droit positif antérieur à son entrée en vigueur est rétabli<sup>12</sup>. Ainsi, tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée, elle peut être contestée devant le Conseil d'Etat par la voie d'un recours pour excès de pouvoir<sup>13</sup> ou par voie d'exception<sup>14</sup> à l'occasion d'un recours formé contre une mesure d'application.

Cependant, la ratification directe ou indirecte de l'ordonnance a pour effet de lui conférer rétroactivement valeur législative<sup>15</sup>. Il en résulte que sa régularité ne peut plus être contestée par la voie contentieuse devant le juge administratif<sup>16</sup>.

Surtout, l'effet rétroactif attaché à la ratification de l'ordonnance prive d'objet les recours pendants. Le juge se borne alors à constater que « *la requête est devenue sans objet* »<sup>17</sup>. Cette hypothèse pourrait probablement concerner un éventuel recours contre l'ordonnance du 30 janvier 2009, dès lors que cette dernière serait ratifiée ou ferait l'objet d'un projet de loi de ratification avant que le Conseil d'Etat ait pu se prononcer au fond.

Cependant, le Conseil d'Etat a restreint l'immunité juridictionnelle conférée aux ordonnances par leur ratification. Rappelant qu'« *en cas de ratification la légalité d'une ordonnance ne peut plus en principe être*

<sup>11</sup> Cons. const. décision n° 72-73 L du 29 février 1973, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises*, JORF du 18 mars 1972 p. 2849, AJDA 1972 p. 638 note B. Toulemonde.

<sup>12</sup> Cons. const. décision n° 86-208 DC des 1<sup>er</sup> et 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, JORF du 3 juillet 1986.

<sup>13</sup> CE Ass. 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, Rec. p. 114 ; CE 30 juin 2003, *Mme Inaya X.*, n° 246590 ; CE 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, Rec. p.906 ; RFDA 2004 p. 1228 note Ph. Terneyre ; Europe 2004, comm. 391, note P. Cassia ; AJDA 2004 p. 2383, chron. C. Landais et F. Lénica ; Dr. adm. 2005, comm. 3, note A. Ménéménis, *A propos des contrats de partenariat public/privé, et de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 tel qu'interprétée par la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003*.

<sup>14</sup> CE, 28 juillet 1999, *Syndicat des médecins libéraux*, JurisData n° 1999-051095.

<sup>15</sup> CE 8 décembre 2000, *Gouvernement de la Polynésie française*, n° 201816 ; CE 17 mai 2002, *M. Hoffer*, JCP G 29 fév. 2003. Somm. IV.1373.

<sup>16</sup> CE 8 décembre 2000, *Gouvernement de la Polynésie française*, préc.

<sup>17</sup> CE 23 octobre 2002, *Société Laboratoires Juva Santé*, n° 232945 : « *Considérant que si, contrairement à ce que soutient le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, la juridiction administrative est compétente pour se prononcer sur la légalité de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté, le 20 avril 2001 la demande de la société requérante tendant à l'abrogation d'une partie des articles précités du code de la santé publique, issus de l'ordonnance du 15 juin 2000 ayant procédé à la codification de ces articles, l'intervention de la loi susvisée du 4 mars 2002, en ratifiant l'ordonnance, lui a donné rétroactivement valeur législative ; que, par suite, la requête est devenue sans objet ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'y statuer.* »



*utilement contestée devant la juridiction administrative*», la Haute juridiction a décidé qu'il pourrait en aller autrement « *dans le cas où la loi de ratification s'avérerait incompatible, dans un domaine entrant dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec les stipulations de cet article, au motif qu'en raison des circonstances de son adoption cette loi aurait eu essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable* »<sup>18</sup>. Cette hypothèse devra faire l'objet d'une argumentation particulière eu égard à la décision de la CJCE du 26 juin 2007, reprise par celle du Conseil d'Etat du 10 avril 2008, validant la 2<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment au regard de l'article 6 Conv. EDH.

Enfin, il sera envisageable de contester la constitutionnalité des textes de transposition de nature législative dans le cadre de la question préjudicielle de constitutionnalité (article 61-1 de la Constitution) qui entrera en vigueur avant la fin de cette année.

D'un point de vue matériel, la marge de manœuvre du Conseil d'État semble étroite. Il ne pourra pas exclure la profession du dispositif anti-blanchiment qui résulte de la volonté de l'Union européenne traduite dans la 3<sup>ème</sup> directive dont la modification n'a pas été obtenue. Le Conseil d'État ne pourra, le cas échéant, que préciser la portée de certaines dispositions de l'ordonnance ou les censurer. Peuvent être ainsi concernés, par exemple, la définition de la « *relation d'affaires* », l'extension du champ de la déclaration de soupçon à la fraude fiscale et aux infractions passibles d'une peine de prison supérieure à un an, le caractère ineffectif du contrôle dévolu aux ordres. Il pourra également surseoir à statuer et décider d'un renvoi préjudiciel devant la CJCE dès lors qu'il serait démontré que les moyens tirés de la méconnaissance de la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment sont « *propres à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'ordonnance contestée* »<sup>19</sup>.

En tout état de cause, la profession doit se préoccuper de la formation des avocats et du personnel de leurs cabinets au nouveau dispositif issu de la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment.

La déclaration de soupçon peut en effet être évitée, pour peu qu'ayant pris conscience de la problématique l'avocat s'applique à lever tout doute, pendant la phase de consultation qui est exempte de toute obligation, ou qu'il exerce avec discernement son droit de dissuader.

Le Conseil national doit donc se préoccuper de l'information des avocats. Cela passe notamment par la réécriture du Cahier du Conseil national consacré aux conseils de vigilance en matière de lutte contre le blanchiment.

**Bâtonnier Andréanne SCAZE**  
Présidente de la Commission des Textes

<sup>18</sup> CE 8 décembre 2000, *Gouvernement de la Polynésie française*, préc. ; CE 17 mai 2002, *M. Hoffer*, préc..

<sup>19</sup> CE 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail et autres*, JurisData 2005-069075 ; CE 6 juillet 2007, *Confédération générale du travail et autres*, JurisData 2007-072145.