

**L'EXTENSION AUX AVOCATS,  
PAR LA DIRECTIVE EUROPÉENNE  
DU 4 DÉCEMBRE 2001,  
DE LA RÉGLEMENTATION PRÉVENTIVE  
DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX**

*Jean-Pierre Buyle et Olivier Creplet*  
*Avocats au barreau de Bruxelles*

Introduction.....	444
Titre 1 : La directive européenne du 4 décembre 2001.....	446
§ 1 <sup>er</sup> : Rétroactes : les raisons de la modification.....	446
§ 2 : Examen de la directive, dans ses dispositions relatives aux avocats.....	449
1. Détermination des opérations visées par la directive.....	449
§ 1 <sup>er</sup> : <i>Le texte de la directive</i> .....	449
§ 2 : <i>Un critère tiré de la nature des opérations dans le cadre desquelles l'intervention de l'avocat prend place</i> .....	449
§ 3 : <i>Un critère a priori indifférent à la nature de l'assistance prêtée par l'avocat</i> .....	450
§ 4 : <i>Problématique de la réception d'honoraires</i> .....	452
2. Détermination des obligations nouvelles imposées aux avocats et aux autorités compétentes, et droits dont ils peuvent, le cas échéant, se prévaloir.....	453
§ 1 <sup>er</sup> : <i>Obligations d'identification du client, de conservation des données, et d'examen particulier</i> .....	453
§ 2 : <i>Obligations de transmission d'informations à l'autorité responsable</i> .....	454
§ 3 : <i>Obligation d'abstention d'exécution</i> .....	460
§ 4 : <i>Révélation, à la personne concernée, de la transmission d'informations</i> .....	461
§ 5 : <i>Droit à l'immunité</i> .....	462
§ 6 : <i>Obligation d'information par les « autorités compétentes »</i> .....	464
§ 7 : <i>Obligation d'organisation interne et de formation du personnel</i>	465

<b>Titre II : Transposition de la directive en droit belge et luxembourgeois</b> .....	466
§ 1 <sup>er</sup> : En droit belge.....	466
§ 2 : En droit luxembourgeois.....	470
<b>Titre III : Considérations finales</b> .....	472
§ 1 <sup>er</sup> : <i>Un texte ambigu, élaboré sur la base d'un constat initial mal défini</i> .....	472
§ 2 : <i>Un texte utile ?</i> .....	474
§ 3 : <i>Un cadre légal et déontologique préexistant adéquat et suffisant</i> .....	475
§ 4 : <i>Une réglementation qui, autrement interprétée, mettrait gravement en péril les principes essentiels de la profession d'avocat et les droits fondamentaux qui les sous-tendent</i> .....	476

## Introduction

15-1. Le blanchiment est au cœur des réflexions sur les rapports entre l'argent et le crime.

Certaines formes de criminalité se positionnent en quelque sorte à cheval sur le circuit financier.

En amont, une activité criminelle génère d'importants produits financiers.

Le blanchiment de ces produits permet à la fois de maintenir cette activité en retrait du circuit économique, en lui superposant des transactions d'apparence honorable qui contribuent à en masquer le caractère illicite, tandis que, dans le même moment, la « purification » de ces fonds, produits du crime, permet, par un phénomène de « recyclage », leur utilisation ultérieure aux fins de soutenir plus avant les activités criminelles.

On aboutit ainsi à un schéma dans lequel la criminalité, à l'image d'un virus dans l'organisme, a véritablement incrusté le circuit financier, qui l'accueille, favorise son développement et permet sa structuration.

15-2. La lutte contre ce type de criminalité qui, parce qu'elle s'appuie sur le circuit financier, qui la camoufle et l'entretient à la fois, revêt très souvent un caractère organisé et permanent, a nécessité la mise en œuvre de techniques particulières, destinées précisément à tenter de briser le lien nécessaire et permanent avec le circuit financier dont elle se nourrit.

Parmi ces moyens, le plus remarquable<sup>1</sup> est sans aucun doute la mise sur pied d'un système faisant appel à la collaboration active de ceux qui se situent « aux portes d'entrée » du circuit financier, et qui a pour objectif de détecter, par une

<sup>1</sup> D'autres techniques existent. On songe, par exemple, aux mécanismes de saisies et de confiscation renforcés.

collecte d'informations vers un point central chargé de leur traitement, tous les éléments susceptibles de révéler l'utilisation du circuit financier aux fins du blanchiment.

Coulé dans la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991<sup>2</sup>, ce système a été étendu à plusieurs égards par la directive 2001/97/CE du Parlement et du Conseil du 4 décembre 2001<sup>3</sup>.

Selon les autorités communautaires, cette extension procède d'une actualisation de la directive de 1991 à la lumière de l'expérience pratique constatée durant les dix années de son application.

Parmi les modifications notables figurent, entre autres, l'élargissement de l'éventail des infractions principales susceptibles de donner lieu à du blanchiment au sens de la directive, et le renforcement de l'obligation d'identification (règles spécifiques aux casinos, opérations à distance, etc.).

La modification majeure apportée à la directive de 1991 consiste cependant dans l'extension considérable du champ d'application des personnes amenées à coopérer à la collecte d'informations susceptibles de favoriser la lutte contre le blanchiment, et l'acheminement, vers l'autorité responsable, des soupçons de blanchiment qu'elles constatent.

Alors que la directive 91/308/CEE ne visait, à l'origine, que les établissements de crédit et les institutions financières, ses dispositions sont désormais étendues aux « personnes morales et physiques suivantes, agissant dans le cadre de leur profession » :

- commissaires aux comptes, experts-comptables externes et conseillers fiscaux;
- agents immobiliers;
- notaires et autres membres des professions juridiques indépendantes;
- marchands d'articles de grande valeur, lorsque le paiement est effectué en espèces, pour une somme égale ou supérieure à 15 000 euros;
- casinos.

Les « membres des professions juridiques indépendantes » visent assurément les avocats.

La présente contribution a pour objet d'analyser les règles découlant, pour ces derniers, de la directive modifiée.

15-3. Après avoir brièvement exposé les motifs avancés pour justifier l'extension de la directive aux avocats, nous analyserons la directive modifiée.

<sup>2</sup> Directive 91/308 CEE du Conseil du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *J.O.C.E.*, 28 juin 1991, n° L 166, p. 77.

<sup>3</sup> Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant 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, *J.O.C.E.* L 344, du 28 décembre 2001, p. 76.

Nous constaterons, à cette occasion, d'une part, que les avocats ne sont soumis à la directive que lorsqu'ils assistent leurs clients dans certaines opérations déterminées, jugées particulièrement propices au blanchiment de capitaux, et, d'autre part, que lorsqu'ils y sont soumis, c'est en principe l'ensemble des obligations de la directive qui leur sont applicables, sous réserve d'importantes dérogations toutes justifiées, de près ou de loin, par le secret professionnel très strict auquel ils sont soumis et les impératifs tirés du noyau dur de leur mission, la défense en justice.

Nous nous pencherons ensuite sur l'état d'avancement du processus de transition de la directive en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg, processus qui aurait dû être achevé, aux termes de celle-ci, le 15 juin 2003<sup>4</sup> ... Nous terminerons sur une série de réflexions critiques que suscite la participation des avocats au dispositif préventif du blanchiment de capitaux.

#### TITRE I<sup>er</sup>

### La directive européenne du 4 décembre 2001

#### § 1<sup>er</sup>

#### *Rétroactes : les raisons de la modification*

15-4. Pendant plus de dix ans, la directive du Conseil des Communautés européennes relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux est restée inchangée.

Plusieurs facteurs ont contribué à sa modification, par la directive 2001/97/CE du Parlement et du Conseil du 4 décembre 2001.

a. Beaucoup de législations nationales étaient en avance sur la directive, soit qu'elles embrassaient un champ plus large d'infractions principales, soit qu'elles visaient des professions ou des organismes ne tombant pas sous le champ d'application de la directive.

b. De même, diverses avancées réalisées au niveau international, particulièrement sous l'égide du GAFI, ont rendu souhaitable une actualisation de la directive.

Particulièrement, dans le courant de l'année 2001, le GAFI a entrepris un vaste travail de révision des quarante recommandations, dès lors qu'il était apparu que « depuis la dernière révision des 40 Recommandations en 1996, les techniques de blanchiment de capitaux ainsi que les méthodes avaient évolué, et le blanchiment de capitaux affecte désormais non seulement le secteur financier, mais aussi les entreprises et professions non financières ».

<sup>4</sup> Article 3, 1, de la directive 2001/97/CE.

Souhaitant permettre aux pays, aux organisations internationales, au secteur financier et à toute autre personne intéressée d'exprimer son avis sur les questions débattues, le GAFI prépara un document de consultation publique présentant ces questions et proposant une variété d'options pour y répondre, invitant les intéressés à lui faire parvenir leurs commentaires sur ces propositions.

Parmi les trois catégories principales de domaines dégagés par le GAFI, où des changements possibles devaient être envisagés, figure la catégorie intitulée « Les activités et professions non financières ».

A cet égard, et compte tenu du « recours croissant des criminels à des professionnels et à d'autres intermédiaires pour obtenir des conseils ou d'autres types d'aide afin de blanchir des fonds d'origine criminelle », le GAFI « considère que le champ d'application des quarante Recommandations doit être élargi de façon à couvrir sept catégories d'activités et de professions non financières : les casinos et autres activités de jeu d'argent, les agents en biens immobiliers et en objets de grande valeur, prestataires de services pour les sociétés et fiduciaires, les avocats et les notaires, ainsi que les professions comptables et les conseillers financiers ».

c. Au demeurant, les autorités communautaires elles-mêmes avaient prévu, dès l'origine, un contrôle régulier de l'application de la directive de 1991, en vue de son adaptation éventuelle.

À la suite du premier rapport de la Commission<sup>5</sup>, présenté en mars 1995, le Conseil avait conclu à la nécessité d'une plus grande coordination dans l'application de la directive, y compris en ce qui concerne les professions et les catégories d'entreprises ne relevant pas du secteur financier traditionnel auxquelles s'appliquent les dispositions de la directive.

De son côté, le Parlement adopta un rapport et une résolution en juin 1996<sup>6</sup>. Il considéra, au point 13. de celle-ci, « que les instituts de crédit et les établissements financiers [...], mais aussi toutes les personnes, physiques et morales, effectuant, à titre professionnel et lucratif, des transactions financières ou exerçant des activités particulièrement susceptibles de servir au blanchiment, y compris pour le compte de tiers, [devaient] être incluses dans le champ d'application de la directive et faire l'objet d'une surveillance par les instances gouvernementales ».

Dans son deuxième rapport sur l'application de la directive relative au blanchiment de capitaux<sup>7</sup>, la Commission concluait à l'opportunité « d'actualiser et d'élargir le champ d'application de la directive pour prendre en compte les souhaits exprimés par le Parlement et les recommandations formulées dans le programme d'action relatif à la criminalité organisée ».

<sup>5</sup> COM (95) 54 final.

<sup>6</sup> J.O.C.E., n° C198 du 8 juillet 1996, p. 245.

<sup>7</sup> COM (1998) 401 final.

L'annexe 6 de ce rapport dressait un tableau des activités relevant de secteurs non financiers couvertes par la législation des États membres en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux.

Au point 1 de sa résolution de mars 1999 adoptée en réponse au deuxième rapport d'application, le Parlement européen a invité la Commission à présenter une proposition législative visant à modifier la directive relative au blanchiment de capitaux, estimant que cette proposition devrait comporter, notamment,

« (a) l'inclusion, dans le champ d'application de la directive, des professions susceptibles d'être impliquées dans le blanchiment de capitaux ou d'être exploitées abusivement par les blanchisseurs, comme les agents immobiliers, les négociants en œuvres d'art, les commissaires-priseurs, les casinos, les bureaux de change, les transporteurs de fonds, les notaires, les comptables, les avocats, les conseillers fiscaux et les experts-comptables, et ce en vue

– de leur appliquer en tout ou partie les dispositions énoncées dans cette directive et, le cas échéant,

– de leur appliquer de nouvelles dispositions tenant compte des circonstances particulières de ces professions et respectant pleinement, en particulier, l'obligation de secret professionnel qui leur est spécifique ».

d. Enfin, la révision de la directive de 1991 fut présentée comme une des priorités du plan d'action pour les services financiers, approuvé par le Conseil européen réuni à Cologne en juin 1999, partant du principe que « la libéralisation des marchés financiers ne doit pas mettre en péril la stabilité financière », et qu'« un cadre de réglementation et de surveillance fiable est nécessaire pour garantir que cette libéralisation et la liberté des mouvements de capitaux ne soient pas utilisées à des fins indésirables comme le blanchiment de capitaux »<sup>8</sup>.

La libéralisation des marchés financiers, réalisée sous l'impulsion des autorités communautaires, a ainsi fait de la lutte contre le blanchiment, présentée comme un complément naturel nécessaire à la libre circulation des capitaux, une matière résolument européenne.

<sup>8</sup> Exposé des motifs de la proposition de la Commission.

## § 2

### Examen de la directive, dans ses dispositions relatives aux avocats

15-5. Après avoir déterminé les opérations pour lesquelles les avocats tombent sous le champ d'application de la directive, nous précisons les obligations qui s'imposent à eux et les droits éventuels dont ils peuvent se prévaloir.

#### 1. Détermination des opérations visées par la directive

15-6. Par un article fondamental (article 2bis, 5), la nouvelle directive édicte le principe d'une soumission conditionnelle des avocats au dispositif préventif du blanchiment.

##### § 1<sup>er</sup>. Le texte de la directive

15-7. La directive édicte le principe d'une soumission aux obligations prévues par la directive des notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, agissant dans l'exercice de leur profession, « lorsqu'ils participent, a) en assistant leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant :

- i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;
  - ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ;
  - iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles ;
  - iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ;
  - v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés, ou de structures similaires ;
- b) ou en agissant au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière ».

##### § 2. Un critère tiré de la nature des opérations dans le cadre desquelles l'intervention de l'avocat prend place

15-8. Il faut se garder de lire la disposition qui précède comme définissant le champ d'application de la réglementation par rapport à certains champs d'activités de l'avocat.

C'eût été le cas si le texte avait, par exemple, visé l'avocat qui reçoit des fonds ou qui fait transiter des fonds par son compte tiers.

L'extension de la directive aux avocats procède en réalité d'une philosophie bien différente : il s'agit d'étendre l'obligation de coopération du secteur financier à « des professions qui, quoique ne relevant pas à proprement parler du secteur financier, [sont] amenées dans le cadre de leurs activités à exécuter des opérations financières ou à en contrôler »<sup>9</sup>.

C'est bien la nature des opérations financières ou immobilières énumérées dans la directive qui justifie son application à l'avocat qui prête son concours à de telles opérations.

Ces opérations, parce qu'elles ont été jugées particulièrement propices au blanchiment de capitaux, nécessitent, dans l'esprit des auteurs de la directive, une attention particulière de l'avocat auquel il est fait appel en vue de leur préparation ou de leur réalisation.

Le critère déterminant de l'application de la directive est, partant, non la nature du service presté par l'avocat en faveur de son client, mais bien le type d'opération envisagée par ce dernier.

Derrrière l'avocat, qui n'est visé qu'indirectement, c'est un certain nombre d'opérations financières ou immobilières qu'entend toucher la directive.

Si l'on conçoit bien la *ratio legis* qui sous-tend ce critère, il n'est pas, pour autant, exempt de toute critique.

Particulièrement, la détermination du seuil à partir duquel l'avocat entre dans le champ d'application de la directive risque fort d'être difficile à déterminer.

Le texte crée, par ailleurs, nous semble-t-il, une discrimination entre les avocats qui sont des spécialistes des opérations visées par la directive et ceux qui n'en font pas.

C'est bien un certain type d'avocat (on pourrait dire l'« avocat d'affaires », étant celui qui assiste son client dans ses affaires), qui est visé par la directive.

### § 3. Un critère a priori indifférent à la nature de l'assistance prêté par l'avocat

15-9. Pour que l'avocat tombe sous le champ d'application de la directive, il faut qu'existe un certain lien entre son intervention et l'opération envisagée. Autrement dit, il faut que l'assistance prêté par l'avocat soit de nature à contribuer à la préparation ou à la réalisation de l'opération.

Au-delà de cet élément, la définition de la nature de l'assistance prêté par l'avocat dans les opérations soumises à la réglementation semble avoir été conçue de façon très large.

Le point *b* de l'article 2*bis*, 5, de la directive renvoie assez clairement aux hypothèses où l'avocat agit comme mandataire<sup>10</sup> de son client, dans toute transaction financière ou immobilière.

Il s'agit, par exemple, de l'avocat qui appelle une garantie bancaire au nom et pour compte d'un de ses clients, qui réalise un apport en société au nom et pour compte de celui-ci, ou qui se porte acquéreur d'un immeuble au nom et pour compte de celui-ci.

Bref, il s'agit de cas où l'avocat se limite à poser, au nom et pour compte de son client, un acte juridique (à l'exclusion de tout service juridique) dans le cadre d'une transaction immobilière ou financière.

La nature du service rendu par l'avocat est ici nettement circonscrite : il offre le service d'un simple mandataire, en s'interposant, au nom et pour compte de son client, dans l'accomplissement d'un acte juridique.

L'effet de représentation parfaite inhérent au mandat implique que tout se passe, juridiquement, comme si le client réalisait lui-même la transaction financière ou immobilière.

Quant à « l'assistance dans la préparation ou la réalisation des opérations » visée au point *a*, elle semble couvrir un champ d'intervention beaucoup plus large.

À cet égard, le 16<sup>e</sup> considérant de la directive pose que « les notaires et les membres des professions juridiques indépendantes, tels que définis par les États membres, devraient être soumis aux dispositions de la directive lorsqu'ils participent à des transactions de nature financière ou pour le compte de sociétés, y compris lorsqu'ils fournissent des conseils fiscaux, transactions pour lesquelles le risque que les services de ces professions juridiques soient utilisés à des fins de blanchiment de produits du crime est plus élevé ».

Il semble donc bien que le concours prêté par l'avocat ait été conçu de façon extrêmement large, la nature de son assistance pouvant être de toute sorte, seul comptant, en fin de compte, le type d'opérations auquel elle est apportée.

Ainsi, est théoriquement visé, l'avocat qui prête son concours, d'une façon ou d'une autre, à la constitution d'une société (par exemple en rédigeant des statuts), à la gestion ou à l'organisation du patrimoine d'un client (par exemple en suggérant la mise en place de structures de gestion déterminées ou la réalisation de certaines opérations) ou à l'acquisition d'entreprises ou d'immeubles (par exemple en rédigeant le contrat d'achat).

<sup>10</sup> À notre avis, il résulte de l'emploi de la conjonction « et » dans le point *b* de l'article 2*bis*, 5, de la directive que l'avocat qui agit pour le compte du client, mais en son nom, n'est pas visé. Le professeur AFSCHRIFT semble d'un avis contraire, « L'avocat et le blanchiment », in *Blanchiment. La situation des entreprises, des organismes financiers et de leurs conseils*, Colloque organisé à Bruxelles le mercredi 4 juin 2003 par la Solvay Business School, Maastère en gestion fiscale A.S.B.L., n° 28, p. 19.

Est visé également, l'avocat qui dispense des conseils fiscaux en vue de la préparation ou de la réalisation d'une opération visée par la directive.

Si la nature de l'assistance prêtée par l'avocat peut être de toute nature, il est requis que cette assistance trouve place dans le cadre d'une opération visée par la directive, ce qui suppose que l'avocat soit pleinement informé du contexte dans lequel son intervention est sollicitée.

Il est requis également qu'elle contribue à la préparation ou à la réalisation de l'opération envisagée.

Cette condition implique que seul le « conseil » au sens propre du mot, « dirigé », contenant une incitation à agir dans un sens déterminé, sollicité et délivré en vue d'orienter la préparation ou la réalisation de l'opération, constitue un acte d'assistance visé par la directive.

Donnera ainsi lieu à application de la directive, le conseil portant sur telle ou telle modalité de l'opération envisagée.

Inversement, le simple avis portant sur la validité ou les implications juridiques d'une opération, sans conseil quant à la façon de la réaliser, ne constitue pas un acte d'assistance au sens de la directive<sup>11</sup>.

Quoi qu'il en soit, et comme nous le verrons ci-dessous, la définition, très largement conçue, de la nature de l'assistance prestée par l'avocat risque de soulever des difficultés eu égard à l'exception par ailleurs aménagée par la directive pour les besoins du secret professionnel de l'avocat.

#### § 4. Problématique de la réception d'honoraires

15-10. La perception par l'avocat de ses honoraires peut révéler l'indice d'un blanchiment de capitaux.

Dans tous les cas où le paiement n'est pas fait en rétribution d'un acte d'assistance visé par la directive, il paraît certain qu'aucune dénonciation ne doit intervenir, et ce même si l'avocat a des raisons de soupçonner que celui-ci est lié à une opération de blanchiment de capitaux.

Bien entendu, cette absence d'obligation ne porte en rien préjudice à l'application de la loi pénale : en vertu de celle-ci, l'avocat qui reçoit des fonds dont il connaît ou ne peut ignorer l'origine illicite, même à titre de paiement d'une prestation légitime, se rend coupable, comme auteur, coauteur ou complice, de blanchiment.

Lorsque le paiement intervient en rétribution d'une assistance visée par la directive, l'avocat doit-il communiquer l'éventuel soupçon de blanchiment qui en résulte aux autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux ?

Dès lors que, par hypothèse, l'avocat a assisté son client dans une des opérations visées par la directive, il faudrait répondre par l'affirmative.

<sup>11</sup> Voy., dans le même sens, Th. AFSCHRIF, « L'avocat et le blanchiment », *op. cit.*, p. 19, n° 29.

On peut se demander, cependant, et nonobstant le libellé de l'article 6 de la directive qui oblige les personnes relevant de son champ d'application à dénoncer tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux, si la *ratio legis* ayant inspiré le texte de l'article 2bis, 5, de la directive, ne commande pas d'interpréter celui-ci en ce sens que l'obligation de dénonciation de l'avocat ne porte que sur l'opération envisagée elle-même — à supposer que l'avocat sache comme qu'elle puisse être constitutive d'un blanchiment de capitaux —, à l'exclusion de tout autre fait.

En effet, ce sont ces opérations, limitativement énumérées par la directive, qui ont été jugées particulièrement susceptibles d'être utilisées aux fins de blanchiment et qui, partant, doivent être dénoncées.

S'il fallait suivre cette analyse, un paiement d'honoraires, même suspect, ne devrait jamais être dénoncé, dès lors qu'il ne figure pas parmi les opérations visées par la directive.

## 2. Détermination des obligations nouvelles imposées aux avocats et aux autorités compétentes, et droits dont ils peuvent, le cas échéant, se prévaloir

15-11. Une fois visés par la directive, les avocats sont soumis à l'ensemble des obligations qu'elle édicte.

Il n'y a donc, en principe, aucune gradation, le système fonctionnant autour d'un critère qui détermine soit l'application de l'ensemble de la directive, soit l'exclusion pure et simple de son champ d'application.

Il n'est pas inutile de rappeler le contenu de ces obligations, susceptibles de s'appliquer à l'avocat dès lors qu'il intervient dans une opération visée par la directive.

### § 1<sup>er</sup> Obligations d'identification du client, de conservation des données, et d'examen particulier

15-12. Chronologiquement première, l'obligation d'identification du client moyennant un document probant, soit lorsque des relations d'affaires sont nouées, soit même pour une opération ou un complexe d'opérations isolées, mais d'une certaine importance.

À celle-ci s'adjoint l'obligation de prendre des mesures raisonnables en vue d'obtenir des informations sur l'identité de la ou des personnes pour le compte de laquelle ou desquelles le client agit, dès lors qu'un doute existe sur le point de savoir si celui-ci agit pour son propre compte, de l'obligation d'identification systématique dès qu'il y a soupçon de blanchiment de capitaux, de l'obligation de prendre les dispositions spécifiques et adéquates nécessaires en cas d'« opérations à distance » (article 3 de la directive).

15-13. De même, l'obligation de conservation des données concernant l'identification des clients ou les transactions s'applique pleinement aux professions juridiques (article 4 de la directive).

15-14. Il en va également ainsi de l'obligation d'examiner avec une attention particulière toute transaction considérée particulièrement susceptible, de par sa nature, d'être liée au blanchiment de capitaux (article 5 de la directive).

## § 2. Obligations de transmission d'informations à l'autorité responsable

15-15. Même l'obligation de dénonciation, sans doute la plus spectaculaire de la législation préventive du blanchiment, s'impose en principe à l'avocat.

Pour des raisons évidentes, des aménagements à cette obligation ont cependant été autorisés par la directive.

Il n'est pas inutile de rappeler ici que l'obligation de « dénonciation » est conçue comme un des aspects d'une obligation plus large, de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Cette obligation de coopération prend deux formes : celle d'une information spontanée de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux, d'une part, celle d'une communication, à la demande de ces autorités, de toute information nécessaire conformément aux procédures prévues par la législation applicable, d'autre part.

La pleine application aux professions juridiques des deux volets de cette obligation de coopération, qui se traduit par une communication d'informations, soit d'initiative, soit à la demande de l'autorité administrative, est assortie d'une double réserve par la directive.

### Première exception, relative à l'autorité destinataire de la « dénonciation »

15-16. La première réserve permet aux États membres de prévoir que la dénonciation ne se fera pas directement à l'autorité responsable de la lutte contre le blanchiment, mais à un organe d'autorégulation approprié de la profession concernée.

### Le texte de la directive

15-17. Ainsi, la directive prévoit que « dans le cas des notaires et des membres des professions juridiques indépendantes [...], les États membres peuvent désigner un organe d'autorégulation approprié de la profession concernée comme l'autorité à informer des faits visés au paragraphe 1, point a, et, dans ce cas, prévoient les formes appropriées de coopération entre cet organe et les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux » (article 6, 3, al. 1<sup>er</sup>).

### Champ d'application

15-18. Cette dérogation ne vise que les informations communiquées d'initiative à l'autorité responsable de la lutte contre le blanchiment de capitaux, soit les dénonciations proprement dites.

Pourtant, rien n'interdit à l'autorité responsable de la prévention du blanchiment de mettre en œuvre son pouvoir d'investigation directement à l'encontre de l'avocat, sans passer par l'organe professionnel désigné pour filtrer les dénonciations.

On ne peut que s'interroger sur les raisons ayant amené le législateur communautaire à réserver, de ce point de vue, un sort différent aux « dénonciations » spontanées et à la transmission d'informations à la demande de l'autorité responsable.

L'avocat risque de se trouver bien seul lorsque, interrogé par cette dernière, il devra vérifier si la réglementation lui est applicable et si les informations demandées sont ou non couvertes par l'exception de secret professionnel ménagée par la directive, tâche qui incombe à l'organe professionnel — en deuxième ligne du moins — pour les divulgations spontanées.

### Raison d'être

15-19. Le 20<sup>e</sup> considérant de la directive traduit bien le souci qui a prédominé à cette dérogation, à savoir le respect du devoir de secret professionnel auquel l'avocat est tenu : « Dans le cas des notaires et des membres des professions juridiques indépendantes, les États membres devraient pouvoir, afin de tenir dûment compte de l'obligation de discrétion professionnelle qui leur incombe à l'égard de leurs clients, désigner le barreau ou d'autres organes d'autorégulation pour les membres des professions indépendantes comme organes auxquels les cas éventuels de blanchiment d'argent peuvent être communiqués par ces membres. Il convient que les États membres déterminent les règles régissant le traitement de ces déclarations et leur éventuelle transmission ultérieure aux « autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux » et, en général, les formes appropriées de coopération entre les barreaux ou organes professionnels et ces autorités. »

Comme l'indiquait l'exposé des motifs précédant la proposition de la Commission, « il doit s'agir d'une option et non d'une obligation car au moins un État membre exige déjà de certains avocats agissant en qualité d'intermédiaires financiers qu'ils signalent leurs soupçons en matière de blanchiment de la même façon que le secteur financier »<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Exposé des motifs, p. 13. L'État en question est certainement le Royaume-Uni.

**Deuxième exception, relative au droit de se taire**

15-20. Véritable exception, la seconde restriction à l'obligation de coopération fondamentale: alors que la première autorisait, au nom du secret professionnel, un aménagement des modalités de l'obligation de dénonciation, celle-ci constitue une véritable exception à l'obligation de coopération, permettant à l'avocat de refuser toute communication d'information au nom du respect du secret professionnel.

*Texte de la directive*

15-21. À cet égard, la directive prévoit que « les États membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations prévues au paragraphe 1 aux notaires, aux membres des professions juridiques indépendantes, aux commissaires aux comptes, aux experts-comptables externes et aux conseillers fiscaux pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues d'un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure » (article 6, 3, alinéa 2, de la directive modifiée).

*Raison d'être*

15-22. Le 17° considérant de la directive explique à ce propos que « dans les cas où des membres indépendants de professions consistant à fournir des conseils juridiques qui sont également reconnues et contrôlées, par exemple des avocats, 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 demeure soumise à l'obligation de secret professionnel, sauf si le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, si la consultation juridique est fournie aux fins du blanchiment de capitaux, ou si l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins du blanchiment de capitaux ».

Le 18° considérant ajoute ce qui suit, énonçant à toutes les professions concernées la reconnaissance de l'obligation de secret: « Les services directement comparables doivent être traités de la même manière, lorsqu'ils sont fournis par l'une des professions couvertes par la directive. Afin de préserver les droits prévus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et par le traité sur l'Union européenne,

dans le cas des commissaires aux comptes, des experts-comptables externes et des conseillers fiscaux qui, dans certains États membres, peuvent défendre ou représenter un client dans le cadre d'une procédure judiciaire ou évaluer la situation juridique d'un client, les informations obtenues dans l'accomplissement de ces tâches ne sont pas soumises aux obligations de déclaration conformément à la directive. »

*Champ d'application*

15-23. Comme l'écrit J. Spreutels, « cette formule [...] vise précisément à protéger de l'obligation de déclaration toutes les informations qui gravitent autour de l'exercice de la profession d'avocat au sens strict et permet d'assurer le respect des libertés fondamentales sans devoir pour autant se passer complètement de la collaboration utile de ces professions au processus de lutte contre le blanchiment. Elle permet d'exclure de l'obligation de déclaration le cas où un avocat fournirait un conseil juridique dans le cadre de la préparation ou de l'exécution d'une opération financière ou immobilière »<sup>13</sup>.

Les informations visées recouvrent, partant, toutes les informations communiquées à l'avocat par son client, pour les besoins de l'obtention de conseils d'ordre juridique, que ces conseils soient dispensés dans le cadre d'une procédure judiciaire, d'une défense en justice ou de toute autre procédure contentieuse (arbitrale, par exemple), administrative, de médiation ou de conciliation, ou qu'ils soient dispensés dans le cadre d'une consultation, hors de toute procédure contentieuse actuelle ou future.

Bref, sont visées par l'exception l'ensemble des informations qui sont communiquées à l'avocat par son client, en vue de l'obtention de conseils ou de présentations d'ordre juridique, et qui sont, de ce fait, couvertes par l'obligation de secret professionnel.

La directive ne fait rien d'autre, à cet égard, que de consacrer l'obligation de secret professionnel de l'avocat, sa primauté sur les obligations de communication d'informations qu'elle édicte et sa parfaite opposabilité à l'autorité responsable de la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Ainsi, les informations reçues de son client par l'avocat qui interviennent dans le cadre d'une opération visée par la directive ne peuvent être communiquées par celui-ci, dans toute la mesure où elles lui ont été communiquées en vue de l'obtention de services d'ordre juridique.

L'approche fonctionnelle du secret professionnel qui sous-tend cette exception ne manquera pas de susciter des difficultés lorsque l'avocat est consulté par son client, à la fois pour l'évaluation juridique d'une opération qu'il envisage (ce qui suppose que les informations qu'il reçoit dans ce cadre sont confidentielles) et à la fois pour une assistance, d'ordre non juridique (par exemple l'apposi-

<sup>13</sup> J. SPREUTELS, *op. cit.*, p. 14.



tion, en qualité de mandataire, des actes juridiques nécessaires à la réalisation de l'opération).

Dès lors que cette dernière mission suppose également la communication d'un minimum d'informations, dont on peut admettre qu'elles ne soient pas couvertes par le secret professionnel, quel sort réserver aux informations communiquées par le client à la fois pour les besoins de l'intervention matérielle de l'avocat (comme mandataire) et de son intervention en tant que technicien du droit fournisseur de conseils d'ordre juridique ?

Il nous semble que, dans tous les cas où l'information est communiquée pour les besoins d'un service d'ordre juridique, elle est couverte par le secret professionnel, et ce même si cette information est également nécessaire pour les besoins de l'intervention de l'avocat en qualité de simple mandataire de son client, de sorte que cette information ne peut être communiquée au bâtonnier ou à l'autorité responsable de la lutte contre le blanchiment<sup>14</sup>.

Il va de soi que l'exception du secret professionnel, pleinement consacrée par la directive, réduit comme une peau de chagrin les informations qui devront être communiquées par l'avocat : dès lors que celui-ci opère comme conseiller juridique, et même si cette intervention est combinée à d'autres interventions qui participent moins de sa mission naturelle, l'ensemble des informations qu'il reçoit de son client sont confidentielles et ne peuvent être révélées aux tiers. Ce faisant, l'avocat reste bien entendu libre de refuser de fournir ses services lorsqu'il soupçonne que l'opération qui les justifie puisse être constitutive de blanchiment de capitaux.

On notera, au demeurant, que c'est par ce biais — mais la directive n'ajoute rien au droit positif à cet égard, puisqu'il est constant que l'avocat ne peut prêter son concours, fût-il d'ordre purement juridique, à des activités criminelles — que les objectifs poursuivis par la soumission des avocats au dispositif préventif du blanchiment, en l'occurrence éviter que les blanchisseurs n'aient recours aux avocats, peut être atteint, au mieux du respect des spécificités et des garanties fondamentales de la profession.

<sup>14</sup> Voy. également Th. AFSCHRIFT, « L'avocat et le blanchiment », *op. cit.*, p. 25, n° 43 : « Dans l'hypothèse où le soupçon proviendrait à la fois de renseignements obtenus dans [le cadre de l'évaluation juridique du client] et de renseignements obtenus par la suite, à l'occasion des opérations immobilières ou financières que l'avocat effectue pour le client, la notification ne peut être faite — mais alors elle doit l'être — que si, abstraction faite des renseignements obtenus par l'avocat dans le cadre de l'évaluation de la situation juridique du client ou de la préparation d'une éventuelle procédure, les autres renseignements obtenus fondent à eux seuls le blanchiment. Il est inutile de dire qu'il s'agira là, très souvent, d'un exercice fort difficile, consistant, pour l'avocat, à se demander s'il aurait eu un soupçon sur la seule base de ces renseignements, s'il n'avait pas bénéficié de la connaissance du client que lui confère le fait d'avoir au préalable procédé à l'évaluation juridique de sa situation. »

### L'exception apparente du 17<sup>e</sup> considérant de la directive

15-24. S'il fallait s'en tenir à la réserve mentionnée dans la dernière phrase du 17<sup>e</sup> considérant de la directive (voy. point 19, ci-dessus), il faudrait admettre que l'avocat serait tenu de communiquer l'information, même confidentielle, lorsqu'il participe, par son intervention, à du blanchiment<sup>15</sup>.

Ceci est difficilement compréhensible : même si l'avocat est consulté par une personne relativement à des opérations qui sont constitutives de blanchiment, toute communication des informations fournies par le client à cette occasion heurterait de plein fouet le secret professionnel, et ce que l'avocat ait connaissance ou non de la nature criminelle des opérations envisagées.

Admettre le contraire serait priver tous les blanchisseurs du droit de se faire assister d'un avocat, pour être défendu en justice ou conseillé relativement à des opérations de blanchiment déjà réalisées.

Fort proche est l'hypothèse où les conseils juridiques de l'avocat seraient sollicités aux fins de réaliser des opérations de blanchiment : ici aussi, le secret professionnel lui interdit de communiquer la moindre information qui lui aurait été confiée par le client, dès lors que cette information a été communiquée en vue de la sollicitation de conseils d'ordre juridique (soit l'essence de la profession d'avocat) et sont, partant, frappées du sceau du secret.

Certes, en pareil cas, on reconnaît que l'avocat peut néanmoins — mais en aucun cas n'est-il tenu de le faire — dénoncer l'information, sans encourir de poursuites pénales pour violation du secret professionnel.

Il lui appartient de résoudre, en âme et conscience, le conflit de valeurs qui se présente à lui, étant entendu qu'il dispose du droit absolu de se retrancher derrière son obligation de secret.

En toute hypothèse, on ne voit pas sur quelle base l'avocat pourrait être tenu, en pareil cas, de dénoncer son client.

Le risque que l'avocat, par son intervention, limitée à la fourniture de conseils juridiques, favorise une opération de blanchiment n'autorise pas qu'il soit dérogé à son obligation de secret professionnel : celui-ci est absolument indispensable pour garantir le droit, pour toute personne, non seulement d'être défendue en justice, mais également de recevoir des conseils juridiques.

Le risque que ce droit porte en lui-même, d'être détourné de sa fin par des clients peu scrupuleux, n'est pas suffisant pour le remettre en question.

Bien entendu, et pratiquement, l'avocat ne fournira de tels conseils que pour autant qu'il ignore les fins poursuivies par son client : il va de soi que l'avocat

<sup>15</sup> Voy. également à cet égard, mais à tort selon nous, J. SPREUTELS, *op. cit.*, p. 14 : « Toutefois, l'obligation de déclaration subsiste dans deux hypothèses. La première est celle où le conseiller prend part aux activités de blanchiment ou fournit le conseil en vue de commettre les actes de blanchiment. Ceci est assez théorique, car s'il est complice, l'avocat ne dénoncera évidemment pas son client. La seconde hypothèse est, elle, très importante. L'avocat doit effectuer une déclaration de soupçon s'il sait que son client sollicite son conseil en vue de commettre des actes de blanchiment. »

qui fournirait sciemment l'assistance juridique nécessaire à la mise en place d'une structure de blanchiment illicite se rendrait complice de ladite infraction. Dans cette hypothèse, le secret professionnel ne pourrait par ailleurs servir de paravent ou d'obstacle à d'éventuelles poursuites engagées à son encontre.

Il n'en reste pas moins que, même dans ce cas, l'avocat violerait, selon nous, son obligation de secret professionnel en dénonçant son client.

Il convient de souligner que la dernière phrase du 17<sup>e</sup> considérant n'est pas reprise dans le texte même de la directive, de sorte que celle-ci n'a, en soi, aucune force contraignante, ses effets juridiques se limitant à ceux d'un vecteur d'interprétation de la directive.

### § 3. *Obligation d'abstention d'exécution*

15-25. L'obligation d'abstention d'exécuter une transaction dont on sait ou soupçonne qu'elle est liée au blanchiment de capitaux sans en avoir informé préalablement l'autorité responsable s'applique également aux professions juridiques (article 7 de la directive).

En toute hypothèse, n'est visée ici que l'exécution d'une « transaction ».

Si la notion de « transaction » n'est pas autrement définie par la directive, elle ne vise assurément pas la fourniture de services juridiques.

Par contre, il semble bien que la réception d'un paiement tombe sous le champ d'application de cette disposition.

Pour le reste, cette obligation révèle une contradiction essentielle de la nouvelle directive : le cas de figure le plus incontestable de soumission de l'avocat à la réglementation est celui où il intervient au nom et pour compte de son client dans l'exécution de transactions financières ou immobilières.

Si l'avocat pose un tel acte pour son client, il est soumis à toutes les obligations de la directive, en ce compris celle de s'abstenir d'exécuter la transaction avant d'en avoir informé l'autorité responsable !

Par contre, tant qu'il n'a pas posé l'acte, il faut considérer qu'il reste en dehors du champ d'application de la directive.

Si donc l'avocat refuse de concourir à l'exécution d'une transaction dont il soupçonne qu'elle est liée à du blanchiment, ce ne peut être au nom de l'obligation d'abstention qui découle de la directive, mais simplement au nom du principe déontologique et pénal élémentaire selon lequel l'avocat ne prête pas sciemment son concours à des activités dont il a des raisons objectives de considérer qu'elles sont constitutives d'infraction.

Cela témoigne, en tout cas, sinon de la mauvaise rédaction de l'article 2bis de la directive, en tant qu'il vise les avocats, du peu d'utilité qu'il y a à soumettre ces derniers à son champ d'application.

Il est à noter, toutefois, que le premier projet de loi de transposition déposé au Parlement belge (cf. ci-après, n° 30), devenu caduc en raison de la dissolution

des chambres et remplacé par un nouvel avant-projet, ne rendait pas l'obligation d'abstention d'exécution applicable aux avocats.

### § 4. *Révélation, à la personne concernée, de la transmission d'informations*

15-26. La directive, sans doute inspirée par les contraintes de loyauté auxquelles l'avocat est soumis dans la relation qui l'unit à son client, a laissé aux États membres la faculté de ne pas imposer aux notaires, professions juridiques indépendantes, commissaires aux comptes, experts-comptables externes et conseillers fiscaux, l'interdiction de révéler au client la communication d'informations à laquelle ils ont procédé auprès de l'autorité responsable (article 8, 2, de la directive).

Le projet de loi belge, déposé au Parlement en vue de transposer la directive, avait choisi d'obliger l'avocat à garder secrète la communication d'informations effectuée par lui en application de la loi.

Si, comme il est fort probable, cette option devait se muer en droit positif d'ici peu, il faudra se demander quelle attitude l'avocat qui a communiqué des informations relatives à son client doit adopter vis-à-vis de la poursuite de la relation avec celui-ci. Doit-il se déporter du dossier ayant donné lieu à la dénonciation ? Se défaire purement et simplement de tous les dossiers du client ? Peut-il se maintenir et poursuivre la défense des intérêts de son client ?

En effet, dès lors que l'avocat a divulgué des informations concernant son client, susceptibles de fonder des poursuites pénales à son encontre, et dès lors qu'il doit taire par ailleurs cette révélation, la question de son aptitude à poursuivre la gestion de son dossier se pose.

L'avocat « délateur », et qui, par définition, doute de son client, dispose-t-il encore de toutes les garanties de confiance et — surtout — d'immunité, pour assurer, au mieux des intérêts dudit client, sa mission<sup>16</sup> ?

Faut-il considérer, à cet égard, qu'un simple soupçon sans certitude est suffisant pour rompre le lien de confiance entre l'avocat et son client ?

En tout état de cause, la mission de l'avocat ne risque-t-elle pas d'être perturbée par la perspective, s'il poursuit ses services au bénéfice du client, de se voir

<sup>16</sup> Voy. notamment à cet égard le document, en date du 11 septembre 2002, adressé par le Conseil des barreaux de l'Union européenne au secrétariat du GAFI dans le cadre de la consultation ouverte organisée par celui-ci, particulièrement page 2, et en page 4, le paragraphe suivant :

« Par la confiance de son client, l'avocat a pu avoir des soupçons sur une opération de blanchiment. De deux choses l'une, ou bien l'avocat cesse d'apporter son concours ou bien il continue de le faire, mais dans ce cas, par la connaissance qu'il a acquise, il devient complice d'une infraction criminelle et n'est plus avocat. En toute hypothèse, il ne peut faire une déclaration de soupçons en continuant d'apporter son concours. Mais s'il cesse son concours, l'opération de blanchiment n'a pas lieu et aucune déclaration de soupçons ne se justifie, sauf révélation d'un péché d'intention (blanchir) et révélation d'une situation criminelle antérieure. Dans ce cas, l'avocat deviendrait un indicateur de police. »

exposé lui-même à des poursuites pénales, l'immunité édictée par la directive ne le protégeant que des conséquences de la communication d'informations ?

Et si l'avocat se déporte du dossier, ne doit-il pas, loyalement, aviser son client du motif de sa décision ? Comment justifier, auprès de celui-ci, sa décision sans violer l'interdiction légale de révéler la transmission d'informations ?

Ne doit-il pas, également, aviser le confrère qui lui succède de la dénonciation intervenue, étant entendu que si celui-ci est informé, il risque fort de se trouver dans une position d'inconfort similaire à celle de son prédécesseur, sous la nuance qu'il n'a pas procédé, lui-même, à la dénonciation ?

Le problème devra-t-il, le cas échéant, être résolu au moyen d'une obligation d'information préalable du client, portant sur le fait que l'avocat pourrait être amené à le dénoncer aux autorités chargées de la prévention du blanchiment de capitaux ?

Sans doute faudra-t-il privilégier une approche au cas par cas, et laisser l'avocat évaluer, pour chaque situation, la mesure dans laquelle sa mission et la défense adéquate des intérêts de son client sont entravées, *in concreto*, par la dénonciation intervenue.

Cette appréciation dépendra notamment du type de dossier confié par le client à son avocat.

Ainsi, serait-il concevable, par exemple, qu'un avocat ayant dénoncé son client le défende ensuite en justice dans le cadre des poursuites pénales pour blanchiment intentées à son encontre à la suite des faits communiqués ? Ce procès risque en effet, à plus d'un égard, d'être celui du bien-fondé de la dénonciation effectuée par l'avocat.

### § 5. Droit à l'immunité

15-27. L'article 9 de la directive édicte une immunité absolue de responsabilité pour toute divulgation effectuée de bonne foi, que la directive nouvelle étend aux professions juridiques. Il est libellé comme suit :

« La divulgation de bonne foi aux autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux, par un établissement ou une personne relevant de la directive, ou par un employé ou un dirigeant d'un tel établissement ou d'une telle personne, des informations visées aux articles 6 et 7 ne constitue pas une violation d'une quelconque restriction à la divulgation d'informations imposée par un contrat ou par une disposition législative, réglementaire ou administrative et n'entraîne, pour l'établissement ou la personne, ou pour leurs dirigeants et employés, aucune responsabilité d'aucune sorte. »

Est-ce à dire que l'avocat communiquant de bonne foi une information tombant pourtant sous le champ des informations couvertes, aux termes mêmes de la directive, par l'exception de secret professionnel, n'encourrait aucune sanction d'ordre déontologique ou pénal pour violation du secret professionnel ?

À notre avis, il faut répondre par la négative à cette question. En effet, seule la communication d'informations effectuée en application des dispositions légales donne lieu à une immunité de responsabilité, et cette immunité ne concerne que les conséquences préjudiciables éventuelles résultant d'une dénonciation qui s'avérerait, en bout de course, non fondée<sup>17</sup>.

Elle ne couvre pas, par contre, le respect des obligations issues de la législation préventive du blanchiment de capitaux.

Dès lors que l'avocat dénonçant une information couverte par le secret professionnel se place en dehors des conditions légales dans lesquelles il est autorisé à dénoncer son client, il pourrait être passible de poursuites pour avoir violé le secret.

Toute autre analyse reviendrait à admettre que l'extension de la loi anti-blanchiment autorise les avocats à violer impunément l'obligation de secret à laquelle ils sont tenus, au-delà de ce qui est strictement requis par la législation, c'est-à-dire même lorsqu'ils ont, par erreur, effectué une dénonciation alors que celle-ci ne s'imposait pas.

Encore faut-il nuancer l'analyse qui précède selon que la dénonciation est effectuée entre les mains du bâtonnier ou d'un représentant de l'organe professionnel ou qu'elle fait suite à une demande d'information de l'autorité responsable de la lutte contre le blanchiment.

En effet, on admet généralement que le secret professionnel n'est pas opposable aux Ordres professionnels, dès lors que ceux-ci sont soumis à une même obligation de secret partagé que les membres de la profession concernée<sup>18</sup>.

Dans ce cas, on pourrait admettre que l'avocat transmettant, à son bâtonnier par exemple, des informations couvertes par le secret ne viole pas son obligation de secret professionnel.

En tout état de cause, il nous paraît que l'immunité de responsabilité édictée par la directive ne couvre pas la légalité de la dénonciation, et l'avocat est entièrement responsable, nous semble-t-il, de la conformité de la décision qu'il prend à cet égard à son obligation de secret.

Partant de cette interprétation, on doit sans doute se demander quelle est l'utilité de l'immunité instaurée par l'article 9 de la directive, dès lors que celle-ci oblige les personnes relevant de son champ d'application à transmettre tout fait

<sup>17</sup> Particulièrement la personne mentionnée dans une déclaration de soupçon qui s'avérerait, *in fine*, non fondée. Bien entendu, le secret professionnel très strict auxquels sont soumis les membres de l'autorité responsable de la lutte contre le blanchiment (encore que cette obligation de secret ne soit pas imposée par la directive) réduit sensiblement le risque de voir une déclaration de soupçon porter préjudice à un tiers.

<sup>18</sup> L'avocat n'est pas tenu au secret à l'égard du bâtonnier ou d'un rapporteur en matière disciplinaire. Cette exception au secret est fondée sur les usages, particulièrement sur les devoirs de sincérité et de loyauté auxquels l'avocat est tenu. (voy. Cass., 3 juin 1976, *J.T.*, 1976, p. 644; Cass., 12 mai 1977, *J.T.*, 1977, p. 708; Cass., 15 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1108).

dont elles soupçonneront qu'il pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux.

En effet, le soupçon renvoie à une notion subjective<sup>19</sup>, et l'existence d'une obligation légale de « dénonciation » suffit à ôter tout caractère fautif à la communication effectuée de bonne foi, même si les soupçons qui l'ont justifiée s'avèrent non fondés.

Enfin, on fera remarquer que l'immunité proclamée par la directive risque bien d'être vaine pour l'avocat qui a procédé à la « dénonciation » de son client.

Compte tenu de ce qui est exposé au point précédent, il n'aura en effet souvent d'autre choix que de renoncer à la poursuite du dossier.

L'immunité viendra-t-elle à son secours s'il fait l'objet de poursuites disciplinaires pour avoir néanmoins, au mépris de ses obligations de loyauté et d'indépendance, poursuivi la défense des intérêts de son client ?

#### § 6. Obligation d'information par les « autorités compétentes »

15-28. La directive du 10 juin 1991 prévoit, en son article 10, une obligation pour les « autorités compétentes » (c'est-à-dire essentiellement les autorités de contrôle prudentiel), d'informer les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment si, au cours des inspections qu'elles effectuent dans des établissements de crédit ou des institutions financières, ou de toute autre manière, elles découvrent des faits susceptibles de constituer la preuve (et non simplement l'indice) d'un blanchiment de capitaux.

Cette obligation est étendue, par la nouvelle directive, aux inspections dans « les établissements et les personnes relevant de la présente directive ».

Le 19<sup>e</sup> considérant de celle-ci dispose cependant clairement qu'« il va de soi que la directive n'oblige pas les États membres à mettre en place des "autorités compétentes" lorsqu'il n'en existe pas et que les barreaux et autres organes d'autorégulation pour les membres des professions indépendantes ne sont pas couverts par les termes "autorités compétentes" ».

Il faut en déduire, nous semble-t-il, que les organes de régulation professionnels ne sont pas tenus de déclarer aux autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux d'éventuels faits susceptibles de constituer la preuve d'un blanchiment de capitaux, dont ils auraient eu connaissance dans le cadre de l'exercice de leurs missions, par exemple à l'occasion d'une instruction disciplinaire.

<sup>19</sup> J.-P. SPREUTELS, et Ph. DE MÜELENBAERE, *La cellule de traitement des informations financières et la prévention du blanchiment de capitaux en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 103.

#### § 7- Obligation d'organisation interne et de formation du personnel

15-29. Enfin, l'obligation pour les États membres de veiller à ce que les personnes visées par la directive instaurent des procédures adéquates de contrôle interne et de communication afin de prévenir et d'empêcher la réalisation d'opérations liées au blanchiment de capitaux, d'une part, prennent des mesures appropriées pour sensibiliser leurs employés aux dispositions de la directive, d'autre part, est également rendue applicable aux personnes visées par la directive modifiée (article 11).

La directive nouvelle précise toutefois que « lorsqu'une personne physique relevant de l'un des points 3 à 7 de l'article 2bis exerce son activité professionnelle en tant qu'employé d'une personne morale, les obligations visées au présent article s'appliquent à cette personne morale plutôt qu'à la personne physique » (article 11, 1, alinéa 2, de la directive modifiée).

Il reste à voir ce que la directive entend par « employé ».

On peut se demander si l'avocat, qui a traditionnellement le statut social d'indépendant<sup>20</sup>, est visé sous ce terme.

Dans la négative, il y aurait lieu de conclure que chaque avocat, à l'échelon individuel, est tenu de s'organiser de façon à satisfaire aux obligations qui lui incombent dans le cadre de la réglementation préventive du blanchiment de capitaux.

Notons que le projet de loi portant transposition de la directive en droit belge n'obligeait pas les avocats travaillant en groupement, à l'inverse de ce qui prévaut pour les organismes relevant du secteur financier et les casinos, à désigner, en leur sein un « responsable blanchiment ».

<sup>20</sup> Traditionnellement, on enseigne que ce statut découle de la nature de la profession elle-même, qui requiert une indépendance incompatible avec le lien de subordination qui caractérise le statut d'employé. Un jugement du tribunal du travail de Bruxelles du 8 décembre 2000 (*Journ. proc.*, 2001, p. 20), actuellement frappé d'appel, a toutefois requalifié en contrat d'emploi le contrat d'indépendant qui liait un avocat collaborateur au cabinet dans lequel il était occupé.

## TITRE II:

## Transposition de la directive en droit belge et luxembourgeois

§ 1<sup>er</sup>

### En droit belge

15-30. Le gouvernement belge avait déposé, en date du 15 janvier 2003, un projet de loi ayant pour objet de transposer la directive en modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux<sup>21</sup>.

Les chambres ayant été dissoutes en cours de traitement du projet, celui-ci ne put être mené à son terme.

Un nouveau projet fut déposé sur le bureau de la Chambre, en date du 31 octobre 2003<sup>22</sup>. Il a été adopté, pratiquement inchangé, par celle-ci<sup>23</sup>, puis transmis au Sénat qui a décidé, le 15 décembre 2003, de ne pas l'amender<sup>24</sup>. Bien que la loi ne soit pas encore promulguée, le texte en est déjà définitif.

Le nouveau texte maintient les dispositions du projet initial, tout en prenant en compte les résultats de la révision des quarante recommandations du GAFI, formellement adoptées lors de sa réunion plénière de juin 2003, et les huit recommandations spéciales du GAFI sur le financement du terrorisme.

Les modifications qu'il introduit par rapport au premier projet sont, partant, étrangères à la situation spécifique de l'avocat et aux options qui avaient été déterminées par le premier projet à cet égard.

Le nouveau texte introduit cependant d'importantes modifications générales qui s'appliqueront aux avocats en leur qualité de personnes visées par la réglementation : élargissement du champ d'application de la loi au financement du terrorisme, renforcement considérable de l'obligation d'identification, création d'une obligation de vigilance constante qui conditionne le maintien de la relation avec le client, etc.<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Projet de loi modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *Doc. parl., Ch. repr., sess. 2002-2003*, n° 50, 2230/001.

<sup>22</sup> *Doc. parl., Ch. repr., J.O. 2003-2004*, Doc 51 0383/001.

<sup>23</sup> *Doc. parl., Ch. repr., J.O. 2003-2004*, Doc 51 0383/005.

<sup>24</sup> *Doc. parl., Sénat, J.O. 2003-2004*, Doc 3-426/3.

<sup>25</sup> La nouveauté la plus sensible concerne le renforcement substantiel de l'obligation d'identification et la création d'une obligation de vigilance constante (voyez les articles 4 et 5 nouveaux de la loi), en vue d'adapter les dispositions de la loi du 11 janvier 1993 aux nouvelles exigences découlant des recommandations du GAFI et des mesures établies par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire dans son document d'octobre 2001 sur le «Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle».

Il n'est pas inutile d'examiner les grandes options inscrites dans ces textes.

15-31. L'exposé des motifs souligne que « le Conseil des ministres du 20 décembre 1996 qui avait approuvé le projet de loi devenu les lois du 10 août 1998 avait convenu dans un futur proche d'inclure également les avocats mais avait pointé les difficultés particulières trouvant leur origine dans le monopole de la plaidoirie que leur accorde l'article 440 du Code judiciaire et dans la nature particulière de leur secret professionnel lié aux droits de la défense. Il en avait conclu la nécessité d'établir un projet séparé. L'inclusion de cette profession spécifique suppose des aménagements visant à préserver les garanties liées au respect des droits fondamentaux »<sup>26</sup>.

Le texte soumet les avocats au dispositif de la loi anti-blanchiment, dans les mêmes termes que la directive (article 4 de la loi, insérant un article 2<sup>ter</sup> dans la loi du 11 janvier 1993).

Le commentaire de cet article précise que :

« La spécificité de la profession d'avocat, notamment de par son rôle indissociablement lié à l'exercice des droits de la défense en justice, justifie que l'on délimite précisément les activités pour lesquelles il est justifié que cette profession soit soumise aux obligations de la loi du 11 janvier 1993. L'article reprend les activités énumérées expressément par [...] la directive [...] Il s'agit d'activités de nature financière et immobilière sortant des activités essentielles de l'avocat [...] Cette disposition doit en outre se lire de façon combinée avec l'article 18 de la loi en projet en ce qui concerne l'obligation de déclaration »<sup>27</sup>.

Seuls les avocats pourront, partant, effectuer, leurs dénonciations entre les mains de leur autorité professionnelle. Ceci peut surprendre, dès lors que la directive permet aux États membres de prévoir que la dénonciation se fera dans les mains d'un organe professionnel, tant pour les notaires que pour les membres des professions juridiques indépendantes.

Il est étonnant que le législateur ait ainsi cru devoir traduire dans la législation anti-blanchiment, et en des termes généraux applicables à toutes les personnes et organismes visés par la loi, certaines des recommandations contenues dans un document établi, à l'origine, dans une perspective prudentielle et à la seule destination des établissements de crédit.

<sup>26</sup> *Doc. parl., Ch. repr., sess. 2002-2003*, n° 2330/001, p. 9. Cet extrait est repris dans l'exposé des motifs du nouveau projet, n° 383/001, p. 15.

<sup>27</sup> *Doc. parl., Ch. repr., J.O. 2003-2004*, doc. 51 0383/001, p. 28. Sous l'ancien projet, voyez : *Doc. parl., Ch. repr., sess. 2002-2003*, n° 2330/001, p. 12. Le commentaire de l'article précisait alors également que : « Bien que le Conseil d'Etat l'y eût invité, le gouvernement a estimé qu'il ne se justifiait pas d'étendre aux notaires la modalité particulière permettant de faire transiter la déclaration par l'autorité professionnelle, estimant que « celle-ci se justifie par le souci d'assurer le respect des droits fondamentaux de la défense en conférant au bâtonnier le pouvoir de vérifier que la déclaration ne porte pas préjudice à ces droits ».

15-32. L'immunité de responsabilité prévue pour les avocats est étendue au bâtonnier, lorsque celui-ci transmet les informations à la Cellule de traitement des informations financières (ci-dessous « la C.T.I.F. »), l'autorité administrative indépendante responsable, en Belgique, de la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Cela ne signifie cependant pas que le bâtonnier sera exempt de toute responsabilité s'il porte une appréciation erronée quant à l'application de son obligation de communiquer les informations à la C.T.I.F.

Ainsi, s'il estime à tort que les opérations concernées tombent sous le champ d'application de loi, ou s'il considère erronément que, par sa nature, les informations qu'il a reçues ne peuvent se prévaloir de l'exception tirée du secret professionnel, il ne jouit d'aucune immunité de responsabilité relativement à ces erreurs d'appréciation.

L'immunité ne concerne que les conséquences d'une dénonciation effectuée en conformité avec la loi.

Notons, par ailleurs, qu'aucune mesure de sanction spécifique n'est prévue à l'encontre du bâtonnier, dont la mission, en tant que réceptacle des informations communiquées par les avocats, est :

- de vérifier le respect des conditions prévues à l'article 21<sup>ter</sup> de la loi (définition des activités donnant lieu à application de la loi aux avocats) ;
- de vérifier le respect des conditions prévues à l'article 19, § 3, de la loi telle que modifiée par le projet (pas d'obligation de transmission de l'information par l'avocat « si celles-ci ont été reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure »),
- et, si ces conditions sont réunies, de transmettre immédiatement les informations à la cellule de traitement des informations financières.

Si le bâtonnier omet ou néglige d'informer la Cellule, il ne pourra, le cas échéant, être sanctionné que conformément au droit commun.

Sa mission, telle qu'exposée ci-dessus, est bien celle d'un simple filtre chargé de vérifier les conditions légales auxquelles la transmission des informations est subordonnée sont réunies.

Par contre, il semble bien qu'il ne puisse apprécier, sur base des éléments transférés, la pertinence du soupçon lui-même, cette appréciation revenant à l'avocat.

15-33. Le commentaire de l'article 27 du projet<sup>28</sup>, qui a trait au pouvoir d'investigation de la Cellule, précise que « le nouvel article 6 de la directive n'établit pas de distinction entre les professions soumises ou non au secret professionnel pour ce qui est de l'obligation pour les organismes et professions visés de fournir à l'autorité responsable, à sa demande, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Dès lors, l'exception qui avait été introduite dans la loi du 11 janvier 1993 par la loi du 10 août 1998 afin de tenir compte du secret professionnel de ces professions ne peut être maintenue. Toutes les professions visées doivent transmettre à la cellule les informations que celle-ci juge utiles à l'accomplissement de sa mission. La directive européenne ne prévoit pas pour cette obligation le filtre du barreau pour les professions juridiques indépendantes. La cellule peut donc adresser directement sa demande à l'avocat concerné. Toutefois, si elle le juge nécessaire, la cellule doit également pouvoir s'adresser au bâtonnier qui a transmis la déclaration de l'avocat ».

Le pouvoir d'investigation de la Cellule peut donc s'exercer tant vis-à-vis des avocats que du bâtonnier.

15-34. L'interdiction de communiquer au client ou à des tiers le fait que des informations ont été transmises ou qu'une enquête du chef de blanchiment est en cours est étendue aux avocats et aux bâtonniers par l'article 31 de la loi (article 22 du projet avorté), « dès lors qu'il s'agit d'un élément essentiel assurant l'efficacité du dispositif et qu'il est consacré par ailleurs par la recommandation 17 du GAFI »<sup>29</sup>.  
Nous avons examiné, ci-dessus (n° 26), les difficultés que soulève cette obligation de silence.

15-35. Le conseil de l'Ordre, instauré par l'article 447 du Code judiciaire, organe investi du pouvoir disciplinaire général à l'encontre des avocats, est chargé d'informer la Cellule de tous faits qu'il constate, susceptibles de constituer la preuve d'un blanchiment de capitaux « au sens de la loi du 11 janvier 1993 et dans les limites fixées par celle-ci pour les avocats »<sup>30</sup>.  
Ceci paraît étonnant, dans la mesure où la directive elle-même prévoyait que l'obligation de communication pesant sur les autorités de contrôle prudentiel ne concernait pas les organes d'autorégulation professionnels.

<sup>28</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., J.O. 2003-2004, doc. 51 0383/001, p. 46; voyez, pour le projet initial non arrivé à terme, le commentaire similaire sous l'article 19.

<sup>29</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., J.O. 2003-2004, doc. 51 0383/001, p. 50.

<sup>30</sup> Exposé des motifs, commentaire de l'article 24 du projet avorté, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 2230/001, p. 33, disposition reprise telle quelle à l'article 33 du nouveau projet, *Doc. Parl.*, Ch. repr., J.O. 2003-2004, doc. 51 0383/001, p. 59.

C'est également le conseil de l'Ordre qui est investi du pouvoir de prononcer à l'encontre des avocats des amendes administratives en cas de non-respect par ceux-ci des dispositions de la loi.

On peut s'interroger sur la pertinence de l'option du législateur consistant à investir l'organe professionnel de discipline du contrôle, par les avocats, du respect d'obligations légales.

Dès lors cependant que la portée de ces obligations doit être dégagée dans le contexte déontologique qui caractérise la profession, et à la lumière de principes fondamentaux comme le secret professionnel, dès lors également que ces obligations sont intimement liées à l'exercice même de la profession, il est certain que, pratiquement, le conseil de l'Ordre est l'autorité la mieux à même de statuer sur d'éventuels manquements à celles-ci.

Il est à noter, enfin, que le nouvel avant-projet prévoit la communication à la C.T.I.F. de la décision de sanction prise par l'autorité compétente<sup>31</sup>.

## § 2.

### *En droit luxembourgeois*

15-36. Au Grand-Duché de Luxembourg, un « projet de loi relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme » a été récemment déposé à la Chambre des députés.

Celui-ci tend essentiellement à transposer la directive 2001/97/CE, et à modifier une série de législations annexes (notamment les lois sectorielles des professions ou organismes concernés).

Alors qu'il n'existe pas, à ce jour, en droit luxembourgeois de texte unique analogue à la loi belge du 11 janvier 1993 consacré à la prévention du blanchiment de capitaux, le projet adopte une approche nouvelle, horizontale et intersectorielle en prévoyant un texte unique intersectoriel spécialement dédié à la thématique du blanchiment et du financement du terrorisme.

15-37 À l'instar de la Belgique, le projet luxembourgeois reprend fidèlement l'énumération d'opérations donnant lieu à application de la réglementation aux avocats (article 2, 14, du projet)<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Article 35 de la loi, modifiant l'article 22 de la loi du 11 janvier 1993. Pour le commentaire de cette disposition: *Doc. parl.*, Ch. repr., J.O. 2003-2004, doc. 51 0383/001, p. 52.

<sup>32</sup> Notons que les termes de la directive « lorsqu'ils participent », fort ambigus au demeurant, ont été supprimés par le gouvernement luxembourgeois.

Un ajout doit cependant être noté : à côté de la constitution, de la gestion ou de la direction de sociétés, le projet vise expressément la « domiciliation de sociétés ».

À la différence de ce qui prévaut en droit belge, cette activité est actuellement, en droit luxembourgeois, spécifiquement réglementée, par la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation de sociétés.

Aux termes de cette loi, l'avocat figure parmi les personnes limitativement autorisées à exercer l'activité de domiciliaire de sociétés<sup>33</sup>.

L'exposé des motifs sous le projet de loi s'explique comme suit quant à cet ajout :

« Étant donné qu'avec la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés le Luxembourg connaît une réglementation spécifique en matière de domiciliation, il a été jugé préférable de confiner par une référence à la domiciliation que le champ d'application du présent projet ne se limite pas uniquement à la constitution de sociétés, mais s'étend aussi à la vie de ces sociétés tant qu'elles restent domiciliées auprès de l'avocat en question. Ceci correspond, d'une part, à l'intention de la directive qui se réfère à la gestion et à la direction et assure, d'autre part, un champ d'application uniforme, sans distorsions concurrentielles, entre tous les acteurs pratiquant la domiciliation, évitant ainsi une éventuelle concentration de domiciliations douteuses auprès de professions où les règles de contrôle paraîtraient moins strictes. »

Dans des termes identiques à ceux de la directive, il est fait exception, en ce qui concerne les avocats, à l'obligation de communication d'informations au procureur d'État auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui est l'autorité responsable pour ce pays de la lutte contre le blanchiment, « pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure » (article 7, 1, du texte en projet).

Quant à la dénonciation d'initiative, elle peut, aux termes de l'article 7, 2, du texte en projet, valablement être effectuée au bâtonnier de l'Ordre des avocats au tableau duquel l'avocat déclarant est inscrit, en lieu et place de la déclaration directe entre les mains du procureur d'État auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

L'article 7, 2, *in fine*, du texte en projet précise la mission du bâtonnier : celle-ci consiste à vérifier l'application de la loi eu égard à l'assistance prêtée par

<sup>33</sup> Voy. également le règlement du conseil de l'Ordre en matière de domiciliation de sociétés du 28 mars 2001, qui édicte une série d'obligations à charge de l'avocat domiciliaire. Celui-ci prévoit notamment de manière expresse que l'avocat domiciliaire doit personnellement veiller au respect de la législation en matière de blanchiment.

l'avocat, ainsi que la transmissibilité éventuelle de l'information eu égard à l'exception issue du secret professionnel.

Si les conditions légales sont réunies, le bâtonnier est tenu de transmettre les informations reçues au procureur d'État auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

L'exposé des motifs sous l'article 7 précise que le rôle du bâtonnier se limite à la vérification des critères du champ d'application et de la dérogation, l'appréciation du soupçon lui-même ne lui appartenant pas.

Il est à noter également que le texte en projet (article 9) prévoit que ceux qui contreviennent aux dispositions des articles 3 à 8 de la loi sont punis d'amendes pénales. Cette formulation, très générale, semble inclure le bâtonnier.

### TITRE III

## Considérations finales

15-38. La directive européenne du 4 décembre 2001 suscite un certain nombre de réflexions critiques.

Personne n'ignore les nombreux obstacles de principe qu'appelle la soumission des avocats à une obligation de délation de leurs clients, fût-elle imposée dans une optique d'intérêt général et fût-elle aujourd'hui limitée dans son champ d'application.

Ceux-ci ont été exposés en d'autres occasions, et nous renvoyons aux écrits déjà publiés sur le sujet<sup>34</sup>.

### § 1<sup>er</sup>. Un texte ambigu, élaboré sur la base d'un constat initial mal défini

15-39. A l'origine de la soumission des avocats au dispositif préventif du blanchiment de capitaux, figure le constat que ceux-ci constituent une des portes d'entrée des blanchisseurs.

Les autorités européennes, suivant en cela les constatations effectuées par le GAFI, ont considéré que les blanchisseurs de capitaux avaient de plus en plus tendance à utiliser les professions non financières pour leur permettre de dissimuler l'origine des produits de leurs crimes. Cette constatation n'était étayée d'aucune statistique sérieuse<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> J.-P. BOYLE, « Les avocats, auxiliaires de police », *Journ. proc.*, 6 septembre 2002, p. 18; Th. AFRICHERI, « Des avocats vont-ils dénoncer leurs clients? », *Journ. proc.*, 25 janvier 2002, p. 8, « Pas question de dénoncer des opérations de blanchiment », *Tendances*, 25 octobre 2001, p. 12; M. DASSÈSE, « Les avocats, futurs délateurs? », *Tendances*, 11 avril 2002, p. 17.

<sup>35</sup> Lorsqu'on examine les huit rapports d'activités de la cellule de traitement des informations financières, on relève peu de cas de blanchiment de capitaux à l'intermédiaire d'avocats. Les quelques cas connus en Europe sont rarissimes.

Plus essentiel, si l'on veut bien comprendre la directive, est que cette constatation recouvre deux réalités bien différentes qui ne paraissent pas avoir été suffisamment dissociées l'une de l'autre par les auteurs du texte.

Elle peut renvoyer aux cas où le blanchisseur fait appel à l'avocat, comme on fait appel au banquier, c'est-à-dire afin de se ménager un accès au système financier.

Cela recouvre les cas où l'avocat exécute, en lieu et place du client, des transactions financières susceptibles d'être constitutives de blanchiment de capitaux. Une autre hypothèse vise les cas où l'avocat, en mettant son expertise juridique au service d'un client, facilite la mise au point de structures de blanchiment efficaces, ou contribue, en défendant leurs auteurs en justice, à minimiser les conséquences juridiques de leurs actes.

C'est le cas de l'avocat prestataire de services juridiques, qui éclaire son client sur l'aspect juridique des opérations qu'il envisage, ou utilise les moyens de droit existants pour le défendre en justice.

Ces deux hypothèses sont très différentes, mettent en jeu des principes juridiques différents et appellent des réponses différentes.

La première implique que l'avocat sort de son rôle traditionnel, pour fournir, à son client, le simple service lié à son statut de maillon du circuit financier.

La seconde touche à l'essence de la profession d'avocat, au droit fondamental d'être défendu en justice et de se voir dispenser des services d'ordre juridique, et à la garantie fondamentale qui s'attache à ces droits, le secret professionnel.

Le risque que porte nécessairement ce droit, de se voir détourné de sa fin, pour servir des desseins illicites, n'autorise en rien qu'il y soit porté atteinte par une mesure générale d'ordre préventif, laquelle ne peut avoir d'autre effet que de le mettre à mal.

15-40. En ne se limitant pas aux seuls cas où l'avocat effectue, en lieu et place de son client, une transaction financière, mais en entendant également viser son activité (ou une partie de celle-ci) de prestation de services juridiques, la directive a rompu avec la philosophie de base qui a présidé à la réglementation préventive du blanchiment.

Blanchir suppose l'accomplissement d'une transaction financière officielle via le circuit financier.

Toute la réglementation préventive du blanchiment part de ce constat, en soumettant les points d'accès incontournables du circuit financier (soit les banques et les institutions financières) à des obligations de collecte d'informations et de transmission de celles-ci à une autorité spécialement assignée à leur traitement au regard du blanchiment.

En étendant les obligations à des acteurs prestant des services qui ne consistent pas à ouvrir l'accès au circuit financier, au seul motif que ces services entretiennent un lien de proximité avec des opérations jugées propices au blanchiment,



la directive s'éloigne dangereusement de la philosophie de base qui a présidé à la mise au point de ce système, déjà en soi exceptionnel<sup>36</sup>. Ce n'est plus la transaction elle-même qu'on vise, nécessaire à la commission d'un acte de blanchiment, c'est tout ce qui contribue de près ou de loin à sa préparation.

Une telle extension avait-elle réellement place dans la directive visant à prévenir « l'utilisation du système financier » aux fins du blanchiment ?

### § 2. *Un texte utile ?*

15-41. Cette extension est d'autant plus sujette à critique que son utilité n'est pas démontrée: dès lors que la transaction financière transitera, en règle, par le circuit bancaire, on peut douter de l'utilité de soumettre l'avocat à des obligations similaires à celles auxquelles les banquiers sont déjà tenus.

Et s'il se peut effectivement que l'avocat, par son intervention, dispose d'autres informations que le banquier, et d'un éclairage plus complet sur les opérations de son client, le secret professionnel auquel il est soumis fait obstacle, dans toute la mesure où son intervention est celle d'un prestataire de services d'ordre juridique, à leur communication.

En effet, la directive consacre pleinement l'obligation de secret professionnel, en admettant que celle-ci puisse faire échec à l'obligation de communication d'informations qu'elle impose.

<sup>36</sup> En soi, l'érection de la délation comme principe de fonctionnement d'une institution juridique laisse perplexé.

Sur le plan philosophique, on est en droit de s'interroger, lorsqu'un État démocratique multiplie ses règles de fonctionnement en les fondant sur l'espionnage, la délation et la collaboration du public à une mission de police. La Belgique deviendrait-elle une « nation de mouchards » ? Se souvient-on des numéros de téléphone gratuits mis à la disposition du public pour dénoncer des pédophiles, des recommandations données aux facteurs par le ministre de l'Intérieur de dénoncer tout fait suspect, des émissions de télévision grand public d'appel aux témoins, de l'appel à la délation lancé par certains commissaires de police communaux ?...

Dans son *Manuel de procédure pénale*, Michel Franchimont rappelle que « dans certains États totitaires, la dénonciation est élevée au rang d'une institution avec les conséquences dégradantes qu'elle telle pratique peut avoir sur les individus et la vie sociale » (p. 205).

Dans un jugement récent, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a considéré que « la méthode de l'appel à la délation par un groupement d'entreprises a fait la preuve de sa perversité dans le passé, dont l'enseignement commandé de la qualifier de contraire aux bonnes mœurs dans les moindres de ses applications » et d'ajouter qu'« étant contraire aux bonnes mœurs, cette pratique est aussi contraire aux usages honnêtes en matière commerciale » (Comm. Bruxelles, cess., 25 novembre 1997, R.D.C., 1998, p. 326).

Est-il acceptable de confier aux avocats une tâche de police, même en la limitant aujourd'hui à certaines activités d'assistance, de représentation et de conseil ? Demain, ne va-t-on pas encore étendre cette législation à d'autres activités de l'avocat, celle de défense en justice ou à d'autres professionnels, comme les prêtres ou les journalistes ? En dix ans, la réglementation belge anti-blanchiment a été modifiée une dizaine de fois, chaque fois dans le sens d'une extension de son champ d'applica-

En soumettant, d'une part, les avocats à son champ d'application par un texte qui laisse à penser que le conseil juridique est aussi visé, et en reconnaissant, d'autre part, sous un libellé très large, l'obligation de secret professionnel de l'avocat, la directive a-t-elle fait œuvre utile ?

Ce texte est-il voué à recevoir application lorsque l'on connaît la conception large et extrêmement rigoureuse que reçoit le secret professionnel ?

N'a-t-on pas, par deux textes qui s'annihilent l'un l'autre, contribué à créer une situation quasi caricaturale d'insécurité juridique ?

Les autorités communautaires semblent bien s'être empêtrées dans la réalisation d'une œuvre impossible, et vouée à rester lettre morte: obliger les avocats à dénoncer leurs clients, tout en consacrant expressément leur devoir de secret.

### § 3. *Un cadre légal et déontologique préexistant adéquat et suffisant*

15-42. Et si l'obligation de « dénonciation » nous paraît devoir rester lettre morte pour tout ce qui concerne l'activité propre de l'avocat, encore faut-il constater qu'il existe, en marge de celle-ci, un cadre juridique tout à fait satisfaisant de nature à éviter le recours des blanchisseurs aux avocats.

Ce cadre, parfaitement approprié aux exigences de la profession et aux droits fondamentaux qui leur servent de soutien, suffit en lui-même à rencontrer les préoccupations des auteurs de la directive — éviter le recours des blanchisseurs aux avocats pour servir leurs fins illicites —, en mettant les avocats face aux responsabilités individuelles qui sont les leurs.

Tous les pays européens ont introduit le délit de blanchiment dans leur arsenal de droit pénal<sup>37</sup>.

Les avocats n'échappent pas au champ d'application de cette infraction.

Sur le plan légal et déontologique, il n'est pas acceptable qu'un avocat participe à un acte de blanchiment.

Est susceptible d'engager sa responsabilité l'avocat qui participe activement à la mise en œuvre d'un montage de sociétés permettant le recyclage de fonds illicites, l'avocat qui utilise son compte professionnel en y faisant transiter des fonds blanchis destinés à des investissements ou l'avocat, exécuteur testamentaire d'une succession contenant des actifs blanchis.

L'exercice de la profession d'avocat suppose une intégrité professionnelle scrupuleuse. Les droits attachés à l'exercice de cette profession ne peuvent jamais être le paravent d'une quelconque complicité.

L'avocat ne bénéficie de ce chef d'aucune immunité quelconque, que ce soit sur le plan pénal ou disciplinaire. Personne ne le conteste.

De ce dispositif, il se déduit aisément que l'avocat doit s'abstenir de toute intervention dont il sait qu'elle constitue un acte de participation à une activité criminelle.

<sup>37</sup> En droit belge, cette infraction est visée à l'article 505 du Code pénal (recel élargi).

Qu'ajoute à cela l'obligation de délation à laquelle l'avocat est soumis ? Et comment, pratiquement, s'enclenche-t-elle, si l'avocat s'abstient d'intervenir, dès lors que la directive requiert un acte d'assistance effectif de l'avocat pour que celui-ci soit soumis à ses dispositions ?

§ 4. *Une réglementation qui, autrement interprétée, mettrait gravement en péril les principes essentiels de la profession d'avocat et les droits fondamentaux qui les sous-tendent*

15-41. Les considérations qui précèdent nous amènent à la conclusion que la portée de la directive doit être sérieusement nuancée.

Celle-ci consacre sans ambiguïté le secret professionnel de l'avocat dans toute la mesure où celui-ci intervient comme prestataire de services juridiques.

Ce n'est que dans les cas périphériques où il est fait appel à l'avocat pour une mission d'intermédiaire financier qui ne participe pas, dans nos pays, de la nature de sa profession que la directive est susceptible de s'appliquer pleinement à lui.

Dans les autres cas visés par la directive, l'avocat reste certes tenu aux obligations d'identification, d'examen particulier et d'organisation, mais quel est le sens pratique de ces obligations, dès lors qu'il est dispensé, au nom du secret professionnel, de toute collaboration avec les autorités responsables, et n'est pas tenu, partant, de leur communiquer les informations qui en résultent ?

15-42. Cette interprétation de la directive, outre qu'elle s'impose par la force des choses à la lecture attentive du texte de celle-ci, est aussi la seule qui permette de sauvegarder les valeurs fondamentales qui s'attachent à la profession. C'est, d'abord, la seule qui respecte l'essence du secret professionnel et de son mode de fonctionnement.

Généralement, on admet que lorsque l'obligation de secret entre en tension avec une valeur contradictoire, la solution doit être trouvée, au cas par cas, sur la base du critère de la proportionnalité, dont le test est abandonné aux lumières de l'avocat.

Ce régime, qui paraît indissociablement lié à la nature même du secret professionnel, serait mis à mal s'il fallait admettre qu'une norme légale vient imposer une obligation générale de communication d'informations. Que faudrait-il penser de la hiérarchie de valeurs générale ainsi établie et imposée par les autorités européennes ?

La liberté d'exercice d'une profession, la protection de la vie privée, le respect du secret professionnel et le respect du droit à la défense seraient-ils des valeurs proportionnellement moins importantes que la participation d'une profession à une activité de police judiciaire ?

Serait-il par ailleurs acceptable qu'un avocat doive dénoncer un blanchisseur à l'autorité, alors que, s'il apprend que son client a l'intention de commettre un

délit contre les fondements de l'État, un attentat à la bombe ou un meurtre, la loi ne lui impose pas de communiquer ces informations à l'autorité ?

Toute autre interprétation de la directive emporterait une altération significative et intolérable de l'indépendance de l'avocat, condition essentielle de l'exercice de sa profession.

Indépendance par rapport à toute forme de pouvoir ou d'influence, puisque la directive ferait de l'avocat, agissant dans son activité de fournisseur indépendant de services juridiques, un auxiliaire forcé de police judiciaire.

Indépendance par rapport au client, aussi, puisqu'elle obligerait l'avocat consulté pour un service juridique à se faire juge du caractère suspicieux ou non des opérations de son client, non plus comme une condition de l'acceptation de son intervention, mais afin de prendre attitude quant à l'éventuelle dénonciation de celui-ci.

À plusieurs autres égards encore, la directive, s'il fallait l'interpréter en ce sens qu'elle impose à l'avocat, dans son activité de prestataire de services juridiques, la communication d'informations sur son client, altérerait profondément la relation entre l'avocat et celui-ci : du point de vue de la loyauté qui doit y prévaloir, de la situation d'indépendance dans laquelle l'avocat doit se trouver par rapport aux affaires de son client, et du climat de sérénité qui doit caractériser les appréciations qu'il porte à cette occasion.

Plus loin, c'est le droit à une défense efficace et adéquate, garantie fondamentale liée au procès équitable, qui serait battu en brèche.

Ce droit est essentiel et ne peut être garanti que si le client a la possibilité de communiquer à son avocat toutes les informations nécessaires à sa défense, et si celui-ci dispose de toutes les garanties de sécurité et d'immunité que requiert son intervention.

Le client le ferait-il sans réserve, s'il savait que son avocat est contraint de divulguer à des autorités des informations qui pourraient lui porter préjudice ?

15-44. Toutes ces considérations expliquent sans doute pourquoi plusieurs associations professionnelles se sont opposées à ce que la profession d'avocat soit soumise aux dispositions de la directive du 10 juin 1991<sup>38</sup>.

Nous pensons qu'une analyse attentive de la directive ne peut conduire qu'à la conclusion que les autorités communautaires ont cru pouvoir transcender, par un texte alambiqué, la contradiction impossible entre le respect du secret pro-

<sup>38</sup> Voy. par exemple la déclaration du C.C.B.E. en session plénière à Liège les 14 et 15 novembre 1997 ou la motion votée par l'U.I.A. au cours du séminaire de Porto, le 30 septembre 2000 (« Le secret professionnel dans l'Union européenne ; la directive sur le blanchiment d'argent ») ainsi que la résolution prise par la conférence des barreaux des plus grandes villes du monde les 14 et 15 mars 2003 à Paris. Certains avocats ont également exprimé, à titre individuel, leur perplexité devant la réforme (voy. par exemple Th. AFSCHRIFF, « Des avocats vont-ils dénoncer leurs clients ? », *op. cit.*, p. 5, qui considère la directive comme nuisible aux droits de la défense, et par conséquent, à la justice elle-même).

fessionnel et la soumission des avocats, dans l'exercice de ce qui fait le propre de leur activité, à une obligation de dénoncer leurs clients.  
 Cette situation se traduit dans l'existence de deux dispositions inconciliables, qui n'autorisent, ensemble, qu'une seule interprétation, celle de la primauté constante de l'obligation de secret partout où elle trouve à s'appliquer.  
 Toute autre interprétation constituerait une entorse grave et injustifiable aux principes fondamentaux de l'état de droit.

## TABLE DES MATIÈRES

### VOLUME 1

Préface .....	
Avant-propos de Monsieur Jean-Nicolas Schaus .....	
Liste des membres du comité scientifique .....	
<b>I. Introduction .....</b>	
<i>L'évolution législative de la décennie 1993-2003, André Elvinger .....</i>	
<b>II. Les établissements de crédit et leur cadre opérationnel .....</b>	
<i>La Banque Centrale du Luxembourg, Étienne de Lhoneux, Onenne Partsch, Isabelle Schmit et Elisabeth Simoes Lopes .....</i>	
<i>La bancassurance : un mode de distribution de produits d'assurances par les établissements de crédit, Carine Feipel .....</i>	
<i>Réflexions autour des banques émettrices de lettres de gage, leurs activités et quelques questions soulevées, Janine Biver et Martine Kraus .....</i>	
<i>La protection – force et faiblesse – de la dénomination sociale des banques et autres professionnels du secteur financier par la marque de services, André Elvinger .....</i>	
<i>Diagonales en matière de liquidation des établissements de crédit et fonds d'investissement, Georges Baden et Yann Baden .....</i>	
<i>La protection des investisseurs, Jacques Loesch .....</i>	
<b>III. Les obligations professionnelles .....</b>	
<i>Petit dictionnaire non alphabétique d'éthique financière. Entre la morale et le droit, où se situe la déontologie des banques ?, Jean-Jacques Rommes .....</i>	