



*"En rappelant aujourd'hui que le secret professionnel des avocats doit, dans certaines hypothèses indiscutables, prévaloir sur tout, vous conforterez l'un des piliers les plus fondamentaux de notre société* Mattias Guyomar, commissaire du gouvernement

## UNE NOUVELLE LIBERTE PUBLIQUE ; LE SECRET DE L'AVOCAT ?

PATRICK MICHAUD

### AVOCAT

L'OBLIGATION DE VIGILANCE.....	3
L'OBLIGATION AU SECRET PROFESSIONNEL.....	3
L'OBLIGATION DE DECLARATION D'UN SOUPÇON.....	4

Par un arrêt du 10 avril 2008, le Conseil d'Etat (Req. n°296845) a partiellement annulé le décret (n°2006-736) du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux, en retenant que les obligations imposées aux avocats par le dispositif européen de lutte contre le blanchiment de capitaux n'est pas conforme au respect du secret professionnel imposé à la profession.

Le conseil d'état a jugé que la cellule TRACFIN ne pouvait pas directement demander à l'avocat de lui communiquer des informations, et exige comme pour la déclaration de soupçons, de prévoir un " filtre", en l'espèce le bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit (article R562-2-2 CMF). De plus, il a annulé une disposition du décret de 2006 qui compromettrait le respect du secret professionnel dans le cadre d'une consultation juridique (article R563-4 CMF)

Le conseil a jugé que la directive (n°2001/97/CE) du 4 décembre 2001, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, doit être interprétée comme obligeant les Etats à exonérer les avocats des obligations de vigilance et déclaratives qu'elle prévoit, lorsqu'ils exercent leurs missions de conseil ou de consultation juridique ainsi que de défense et de représentation en justice qui sont couvertes par le secret professionnel. Toutefois, si l'avocat prend lui-même part à des activités de blanchiment de capitaux, ou bien que sa consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment, ou encore qu'il sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment, alors les dispositions de la directive s'appliquent.

L'arrêt, certainement historique du conseil d'état, ne visait que l'application de la 2<sup>ème</sup> directive mais son analyse saura s'appliquer à la 3<sup>ème</sup> directive dont les conditions d'application sont puissamment liberticides

Attention, le débat n'est pas un débat de politique politicienne, ou corporatisme il s'agit d'un débat concernant la société française pardon la démocratie française telle qu'elle a été façonnée, vaille que vaille depuis 1789 depuis l'abrogation de l'ordonnance criminelle de Colbert

Ce débat transcende les positions politiques,

Les initiateurs spirituelles de la lutte anti blanchiment n'ont pas été formés par notre Histoire et ne peuvent donc pas posséder notre sensibilité à la déclaration de soupçon alors même que la prévention d'infractions pénales est bien entendu une nécessité .et qu'une autre politique que celle ébauchée à Strasbourg avait été proposée sans succès

Notre législateur et notre gouvernement soumis à la haute autorité de Bruxelles et ayant refusé, pour l'instant, le courage soit de l'action en manquement ou soit l'utilisation du principe de subsidiarité, vont t ils prochainement violer l'Histoire de la France en réintroduisant la déclaration généralisée de soupçon général comme le prévoit la 3<sup>ème</sup> directive

Il est fondamental de ne pas confondre le secret professionnel, l'obligation de vigilance et l'obligation de déclarer des soupçons, ce sont trois obligations de nature différente qui

mériteraient une analyse plus approfondie mais, en tout état de cause, l'obligation de déclaration d'un soupçon est un coup de poignard dans l'obligation au secret professionnel, la seule obligation sanctionnée pénalement.

## L'OBLIGATION DE VIGILANCE

Cette obligation est le corollaire de l'indépendance et de la responsabilité de l'avocat de France

Les avocats pratiquent implicitement depuis des lustres cette « nouvelle obligation et ce dans le cadre de leur obligation d'indépendance vis à vis de leurs clients.

Contrairement aux membres de la fonction publique, qu'ils soient fonctionnaires publics ou officiers ministériels privés, l'avocat de France a le droit et l'obligation de refuser un client, il a le droit de dire NON

Nous comprenons mieux alors que nos gentils fonctionnaires, publics ou privés, respectent avidement l'obligation de déclaration de soupçon puisqu'ils ne peuvent pas refuser un acte sous peine d'être « requis ».

Le législateur rappelle à juste raison cette obligation et d'une certaine façon la renforce et ce notamment pour protection des justiciables

Les avocats de France sauront continuer à rester encore plus vigilants et ce afin de préserver leur indépendance et à ne pas devenir complice, actif ou passif, d'une infraction pénale tout en refusant de tomber dans des procédures bureaucratiques de « surveillance » des clients comme Courteline est entrain de le proposer

La crainte du mal penser est si forte qu'elle inhibe en effet toute critique contre les habiles et discrets initiateurs de ce nouveau régime de contrôle a priori de l'activité des gens, le contrôle du soupçon

## L'OBLIGATION AU SECRET PROFESSIONNEL

le secret professionnel des avocats a été souvent fragile au cours de notre histoire, : Les avocats constituants de 1789 n'ont jamais fait mention du secret professionnel ni dans le

décret du 9 octobre 1789 abrogeant l'ordonnance de Colbert - ni dans le code pénal du 25 septembre 1791 ni dans le "code des délits et des peines " du 24 octobre 1795.

Ce n'est qu'en 1810 avec l'article 378 du code pénal que l'obligation au secret est apparue pour les professions de santé et très, très, indirectement pour les avocats.

Le secret de l'avocat est devenu, par la suite un principe fondamental de notre société.

Grace au combat des avocats de France, le principe du secret professionnel est inscrit à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971. Celle-ci a été largement modifiée en 1997 pour qu'en toutes matières, dans le domaine du conseil comme dans celui de la défense, le secret professionnel couvre tous les documents, notes, correspondances ou pièces du dossier.

Mais les avocats doivent aussi respecter l'intérêt général et comme l'a rappelé un ancien président de l'Assemblée nationale, Me Forni, le secret professionnel doit aussi tenir compte d'autres impératifs.

Les avocats doivent en effet reconnaître que si le secret professionnel est nécessaire aux sociétés démocratiques, "il n'est pas le seul principe qui doit être observé et, comme souvent, il doit se concilier avec d'autres tout aussi importants : notamment l'égalité de tous les justiciables devant la loi et la recherche de la vérité par les magistrats."

Enfin contrairement à une opinion répandue le secret judiciaire est en droit et en fait très partagé avec les pouvoirs public et notamment avec l'administration fiscale qui a un droit étendu de communication sur l'ensemble des dossiers judiciaires

Les articles L 82 C, L 101 et R 101-1 du Livre des Procédures fiscales fixent en effet les légères conditions dans lesquelles les agents des impôts peuvent avoir connaissance de renseignements et pièces de tout ordre détenus par l'autorité judiciaire et le ministère public et fournis par les avocats

## L'OBLIGATION DE DECLARATION D'UN SOUPÇON

L'obligation de délation est une obligation de dénonciation non pas d'une tentative de délit ou de crime, non pas d'un délit ou de crime mais d'un SOUPCON d'infraction sur une personne qui est venue en confiance auprès d'un homme de confiance, un avocat

A l'origine, dans le cadre de la convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, l'objectif était de traquer, de suivre, l'argent provenant d'opérations criminelles organisées

Demain l'objectif sera de renseigner les pouvoirs publics sur les soupçons de la commission d'éventuelle infraction susceptible d'une condamnation à une peine d'emprisonnement supérieure à 1 an

Notre histoire, celle de la France a déjà connu des textes similaires

- Décret du 17 septembre 1793 relatif aux gens suspects
- La deuxième loi des suspects du 19 février 1848 dite « loi de sureté générale »
- Les « actes » dits lois « économiques » publiés le 7 octobre 1940 et modifiés les 3 et 11 avril 1941 par le régime de Vichy

Ces textes ont tous été temporaires mais ont laissés des marques profondes dans notre mémoire collective

L'obligation nouvelle imposée aux avocats n'est pas de dénoncer un délit ou une tentative de délit mais de renseigner l'administration française d'un soupçon d'infraction sur une personne qui en confiance est venue consulter

L'obligation de délation qui est une opération active ne doit pas être confondue avec la limitation du secret professionnel qui n'impose aucune coopération active avec l'administration

Cette obligation est le contraire même du secret car elle oblige l'avocat à parler

Par ailleurs, Il faudra bien définir le soupçon pour un avocat, définition différente que pour un banquier...

Les relations entre TRACFIN et l'administration fiscales sont caractérisées par une asymétrie : alors que l'article L. 563-5 du code monétaire et financier permet à TRACFIN

de bénéficier des informations détenues par l'administration fiscale, cette dernière ne peut recevoir d'informations du service de lutte contre le blanchiment.

Le ministre des finances publiques a rappelé le 2 avril dernier aux parlementaires cette asymétrie en leur précisant que la troisième directive anti-blanchiment, en cours de transposition, offre l'opportunité pour l'état de faire évoluer cette situation et de progresser dans l'approche transversale de la lutte contre la fraude : elle prévoit en effet que le champ d'application de la déclaration de soupçon de blanchiment produite auprès de TRACFIN concerne toute infraction sous-jacente punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an et inclut, en conséquence, le délit de fraude fiscale.

Les réflexions en cours visent notamment à déterminer les conditions dans lesquelles la fraude fiscale sera intégrée dans le champ des déclarations de soupçon et l'administration fiscale pourra disposer de ces informations.

L'un des enjeux est de parvenir à donner aux opérateurs soumis à l'obligation de signalement des indications précises et opérationnelles sur les faits ou événements susceptibles de permettre de soupçonner une opération de blanchiment de fraude fiscale et donc de justifier une déclaration à TRACFIN.

Les fondamentaux de notre régime démocratique sont déstabilisés alors même que cette déclaration doit être faite à une cellule non judiciaire

Cette déclaration de soupçon s'apparente aux « accusations secrètes de l'ancien régime dont BECCARIA avait fermement critiqué dans les termes suivants

« Les accusations secrètes sont un abus manifeste, mais consacré dans plusieurs nations. Elles n'y sont nécessaires qu'en conséquence de la faiblesse du gouvernement. Elles rendent les hommes faux & perfides. Celui qui peut soupçonner un délateur dans son concitoyen, y voit bientôt un ennemi ; on s'accoutume à masquer les sentiments, & l'habitude que l'on contracte de les cacher aux autres, fait bientôt qu'on se les cache à soi-même.

En 2004, des sénateurs de la république, M. Pierre Fauchon M. Christian Cointat et Robert Badinter, avaient pris des positions fortes et je cite ce dernier

« Il ne fait pas de doutes qu'un avocat qui donne, en toute connaissance de cause, à son client des conseils aux fins de blanchiment de capitaux, par exemple par des montages financiers, se rend complice de cette infraction. Mais il s'agit ici d'autre chose. Il s'agit de demander à un avocat de dénoncer son client à partir des informations recueillies sur son compte à l'occasion d'une consultation juridique. Or, je rappellerai que le secret professionnel de l'avocat constitue une sauvegarde pour les justiciables. Personnellement, je trouve que cette disposition est détestable. »

L'arrêt du conseil d'état ouvre une porte de travail pour que comme la précisée Mme la garde des sceaux en décembre dernier des solutions adaptées soucieuse de l'intérêt général et du nouveau principe de liberté publique puisse être apportées