

Bertrand FAVREAU  
 Avocats à la Cour  
 FAVREAU CIVILISE  
 8 Place Saint-Christoly  
 33000 BORDEAUX  
 Tél : 05.56.81.73.75  
 Fax : 05.56.44.33.12

**Michaud c. France**  
**REPONSE AUX OBSERVATIONS**  
**DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS PRESENTÉES**  
**PAR ME PATRICK MICHAUD**

## SOMMAIRE

<b>I - SUR LA PRETENDUE IRRECEVABILITE DE LA REQUETE.....</b>	<b>3</b>
A/ L'absence de qualité de victime de M. MICHAUD.....	3
B/ Sur le non-respect du délai de six mois.....	8
<b>II - SUR LA PRESOMPTION DE PROTECTION EQUIVALENTE.....</b>	<b>12</b>
A/ Les principes applicables : .....	12
1°/ La jurisprudence de la Cour de l'Union Européenne.....	12
L'obligation de respecter la convention européenne des droits de l'Homme prévue par la 3eme directive .....	13
2°/ La « protection équivalente » et les règles posées par l'arrêt Bosphorus. ....	13
3°/ La portée de la notion de « protection équivalente ».....	15
B/ Les observations du Gouvernement français : .....	17
1°/ L'analyse de la jurisprudence citée par le Gouvernement français. ....	17
2°/ La Charte des droits fondamentaux. ....	19
C/ Dans la présente affaire, il n'y a pas eu d'effectivité du contrôle ni dans le cadre des recours directs, ni dans le cadre du recours préjudiciel, tels que prévus par la procédure de l'Union européenne. ....	20
D/ Dès lors qu'il y a eu mise en œuvre partielle du mécanisme de contrôle du respect des droits garantis par la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme retrouve sa pleine compétence. ....	21
<b>III - SUR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION.....</b>	<b>22</b>
Observations liminaires : .....	22
A/ Le Gouvernement français ne conteste pas que l'article 8 de la Convention couvre la protection du secret professionnel des avocats.....	22
B/ La loi n'est ni claire ni accessible ni prévisible.....	22
a) Il existe un manque de clarté sur la façon dont l'avocat doit régler sa conduite.....	23
b) Comme les activités de l'avocat, le secret professionnel est indivisible. ....	24
C/ En ce qui concerne le « but légitime », la Cour a déjà jugé que "l'objectif de lutte contre le blanchiment de capitaux peut être regardé comme un objectif d'intérêt général qui	

justifie que soit levé le secret de l'avocat pourvu que cette levée n'affecte pas le cadre des activités essentielles de l'avocat telles que définies précédemment" .....	24
<b>IV - SUR LE CARACTERE NECESSAIRE DANS UNE SOCIETE DEMOCRATIQUE.</b>	
.....	25
A/ La situation spécifique des avocats .....	25
a) La déclaration de soupçon est appliquée à diverses professions financières .....	25
b) Le requérant n'entend revendiquer aucun « privilège » pour l'avocat. et n'entend pas soutenir que le cabinet de l'avocat est un « sanctuaire ».....	26
B/ La protection du principe du secret professionnel de l'avocat.....	27
C/ La question centrale du droit au silence .....	29
D/ La « répercussion » sur les droits garantis au profit du particulier. ....	31
E/ La violation du droit à la protection des données à caractère personnel garanti par l'article 9 de la Convention .....	32
F/ Proportionnalité et terrorisme .....	34
G/ Sur la corruption du système déclaratif eu égard au but légitime qui le sous-tend.....	36
H/ Sur les moyens de remplacement dans la lutte contre le blanchiment .....	41
<b>V - SUR LA CONTRADICTION AVEC LE ROLE ET LA MISSION DE L'AVOCAT TELS QUE PREVUS PAR LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX OU TELS QU'INTERPRETES PAR LES COURS SUPREMES.</b>	
.....	45
A/ Le rôle du barreau selon les instruments internationaux :.....	45
1°/ Les « Principes de base relatifs au rôle du barreau » des Nations-Unies :.....	45
2°/ La « Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat » .....	46
B/ Sur la pratique des autres grandes démocraties.....	47
1°/ La jurisprudence de la Cour suprême du Canada émanant de trois pourvois distincts provenant de la Cour d'appel de l'Alberta, de Terre-Neuve-et-Labrador et de l'Ontario	48
2°/ L'obligation de communication d'informations par les avocats .....	49

NOTE  
SUR LES OBSERVATIONS  
DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS

Le Gouvernement français se borne à indiquer au chapitre « Les faits » que M. Patrick MICHAUD ne serait concerné que par la procédure qu'il a instaurée devant le Conseil d'Etat par recours du 10 octobre 2007 et qu'aucun fait le concernant ne serait mentionné au dossier (point 1).

Le Gouvernement français se livre à un long exposé sur la lutte et sur le blanchiment des capitaux au niveau international (points 12 à 22) et au niveau européen (points 23 à 41) et au niveau national (points 42 à 53).

C'est justement la réglementation qui est en cause.

**I - SUR LA PRETENDUE IRRECEVABILITE DE LA REQUETE.**

**A/ L'absence de qualité de victime de M. MICHAUD.**

Le Gouvernement français entend soutenir que M. Patrick MICHAUD n'aurait pas la qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention.

Force est de constater que l'ensemble de la jurisprudence citée par le Gouvernement français se retourne contre la thèse soutenue.

La doctrine de la Cour rappelle que pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 34, une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers doit pouvoir se prétendre « victime d'une violation (...) des droits reconnus dans la Convention (...) ».

L'article 34 de la Convention dispose :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit. »

Quant à la notion de victime, la Cour a rappelé, notamment dans son arrêt de Grande Chambre *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, qu'un individu peut, sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation permettant de telles mesures, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées (arrêts *Klass et autres c. Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, n° 5029/71, série A no 28, pp. 18-19, § 34 ; *Rotaru c. Roumanie* [GC], arrêt du 4 mai 2000, n° 28341/95, CEDH 2000-V §35).

Elle précise que la qualité de victime d'une violation, résulte pour un individu du fait d'" avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse". (*Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, n° 5310/71, série A no 25, §§ 239-240 ; *Eckle c. Allemagne*, arrêt

du 15 juillet 1982, n° 8130/78, série A no 51, § 66 et *Klass et autres c. Allemagne*, précité, § 33).

Le terme « victime » désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux (*Eckle c. Allemagne*, précité, § 66).

Il convient donc que le requérant ait directement subi les effets d'une disposition de droit interne (*Norris c. Irlande*, du 26 octobre 1988, § 31, n° 10581/83, série A no 142 ou *Burden c. Royaume-Uni* [GC], précité, § 33).

La notion de « victime » est interprétée de façon autonome et indépendante des règles de droit interne telles que l'intérêt à agir ou la qualité pour agir (*Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, arrêt du 27 avril 2004, n° 62543/00, § 35).

Elle n'implique pas l'existence d'un préjudice (*Brumarescu c. Roumanie* [GC], arrêt du 28 octobre 1999, n° 28342/95, Recueil des arrêts et décisions 1999-VII, § 50).

Un acte ayant des effets juridiques temporaires peut suffire. (*Monnat c. Suisse*, arrêt du 21 septembre 2006, n° 73604/01, Recueil des arrêts et décisions 2006- X, § 33).

En outre, la notion de « victime » a fait l'objet d'une interprétation évolutive à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui.

La Cour a rappelé, quant à la notion de victime, qu'un individu peut, sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation permettant de telles mesures, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées (arrêt *Klass et autres c. Allemagne*, précité § 34 ; *Rotaru c. Roumanie* [GC], précité §35).

Ainsi, un particulier est fondé à soutenir qu'une loi viole ses droits, en l'absence d'acte individuel d'exécution, "si l'intéressé est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites" (*Norris c. Irlande*, précité, § 31 ; *Bowman c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 février 1998, no 24839/94, Recueil 1998-I §§ 26-29, *Burden c. Royaume-Uni* [GC], § 34, ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation » (*Johnston et autres*, arrêt du 18 décembre 1986, n° 9697/82, série A no 112, § 42 ; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, précité, § 44).

Ainsi, en l'absence d'acte individuel d'exécution, M. Patrick MICHAUD est bien "victime" si l'on se réfère à cet égard à certaines décisions antérieures de la Cour (les arrêts *Klass et autres*, précité §§ 33-34, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, n° 6833/74, série A no 31, §§ 38-59 et *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, série A no. 45, § 40).

Dans l'affaire *Dudgeon*, où le gouvernement, sans la reconnaître expressément, ne niait pas la qualité de « victime » – la Cour a dit que ... « Par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée. » (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, précité, § 41)

Dans l'affaire *Norris c. Irlande*, le requérant se plaignait de l'existence, en Irlande, d'une législation prohibant les actes homosexuels masculins. Mais la législation incriminée n'ayant jamais été appliquée à l'encontre du requérant le Gouvernement avait demandé de déclarer que le requérant ne peut se prétendre "victime". (*Norris c. Irlande*, précité, § 28).

La Cour a répondu : "Certes, il appert que durant la période en cause il n'y a pas eu de poursuites en vertu de la législation irlandaise incriminée, sauf pour des actes impliquant des mineurs ou commis en public ou sans consentement. On peut en inférer qu'aujourd'hui le requérant ne risque guère de se voir inculper. Toutefois, les organes de

*poursuite n'ont pas pour politique déclarée de ne pas se prévaloir de la loi en la matière. Même non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, une loi non abrogée peut s'y appliquer à nouveau à tout moment, par exemple à l'occasion d'un changement de politique. On peut donc dire que le requérant "risque de subir directement les effets" de la législation attaquée. " (Norris c. Irlande, § 33).*

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

« [...] pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 34 une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers doit pouvoir se prétendre victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention. Pour pouvoir se prétendre victime d'une violation, un individu doit avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse. Ainsi, la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits reconnus dans la Convention ; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention » (*Tănase c. Moldova*, arrêt du 27 avril 2010, n° 7/08, § 104).

« Il est toutefois loisible à un particulier de soutenir qu'une loi viole ses droits, en l'absence d'acte individuel d'exécution, si l'intéressé est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation (*Burden c. Royaume-Uni [GC]*, no 13378/05, §§ 33 et 34, 29 avril 2008 ; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, § 44, série A no 246-A ; *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, série A no 28, pp. 18-19, § § 33; *Tănase c. Moldova*, précité, § 104).

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

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

En vertu de l'article 4 : "*l'avocat assujetti [doit] procéde[r] à une déclaration de soupçon, il remet au bâtonnier, pour transmission à TRACFIN, l'ensemble des renseignements et des documents utiles*".

Le requérant en tant qu'avocat "fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation", au sens des arrêts *Burden c. Royaume-Uni [GC]*, précité § 34 et *Johnston et autres c. Irlande* précité, § 42, dès lors qu'il est placé sous le feu de cette norme réglementaire et se trouve par voie de conséquence contraint de changer de comportement sous peine de poursuites, notamment d'organiser son cabinet afin se doter de procédures internes.

Plus encore, que la jurisprudence sus-indiquée, qui serait suffisante à elle seule à démontrer la qualité de victime et l'intérêt à agir de M. Patrick MICHAUD, force est de constater qu'il est, à titre personnel, en tant qu'avocat, spécialisé dans le droit financier et fiscal, concerné par cette obligation et menacé par les conséquences d'un non-respect.

M. Patrick MICHAUD n'est donc aucunement un requérant « potentiel » (sic. n° 83) ou une victime potentielle, comme entend le soutenir le gouvernement français.

M. Patrick MICHAUD démontre en sa qualité d'avocat, ayant une spécialité en droit financier et fiscal, être directement concerné par l'obligation qui pèse sur lui de violer le secret professionnel.

En effet, comme tous les avocats, il est astreint à remplir un formulaire officiel distribué par le Conseil National des Barreaux, dénommé « procédure 04/02-formulaire de déclaration d'opérations suspectes » établi sous la forme d'un document officiel à renseigner qui comporte quatre pages.

Ce document (voir pages 7 à 11 et production en annexe I) comporte des informations précises sur l'identité du client, y compris les dates et lieu de naissance et les numéros de téléphone, de fax et de courrier électronique.

En outre, un volet porte la mention en marge de sa transmission possible au juge judiciaire.

Il s'agit donc bien, d'une part, de la transmission de données nominatives à caractère personnel et d'autre part de renseignements fournis à une autorité chargée d'un pouvoir d'instruction et de répression.

(Voir pièce qui suit pp. 7 à 11 : Formulaire de déclaration imposé à tous les avocats par le Conseil National des Barreaux à la suite de son Assemblée générale extraordinaire du 28 septembre 2007 et figurant en annexe (pages 67 à 70) au document intitulé « Vadémécum sur les obligations des avocats dans la lutte contre le blanchiment », diffusé par cet organe en septembre 2007).

Procédure 04/02 - Formulaire de déclaration d'opération suspecte

# Déclaration d'opération suspecte

Article L 562-2 du Code Monétaire et Financier

### Avocat déclarant

Nom et prénoms \_\_\_\_\_

Adresse \_\_\_\_\_

Code postal \_\_\_\_\_ Ville \_\_\_\_\_

Téléphone \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

### Bâtonnier

Nom et prénoms \_\_\_\_\_

Adresse \_\_\_\_\_

Code postal \_\_\_\_\_ Ville \_\_\_\_\_

Téléphone \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

### Synthèse de la Déclaration

Date ou période \_\_\_\_\_

Type d'opérations \_\_\_\_\_

Montant total en jeu \_\_\_\_\_

Nombre d'opérations \_\_\_\_\_

Lieu \_\_\_\_\_

Complément à une déclaration antérieure

Signature de la déclaration

Vous ne souhaitez pas recevoir un accusé de réception

Référence interne \_\_\_\_\_

Date de la déclaration \_\_\_\_\_

Les informations de cette page seront conservées par TRACFIN et ne pourront être communiquées au juge judiciaire

**Analyse détaillée** (transmission possible au juge judiciaire)

**Quel est le motif de cette déclaration ?**

[Empty box for reporting the reason for the declaration]

**Analyse des opérations**

[Empty box for reporting the analysis of operations]

Document ou absence de document, renseignement ou absence de renseignement ayant motivé la déclaration

Type et description

Jointe à l'envoi

- 
- 
- 
- 

**Fiche personne** (transmission possible au juge judiciaire)

**Fiche personne** (transmission possible au juge judiciaire)

### Information sur l'identité du client

N°	Bâtiment	Voie
Nom	Alias	
Prénoms	Sexe	Date de naissance
Lieu de naissance	Pays de naissance	
Nationalité	Activité profession.	
Document d'identité	Type	N°
	Autorité de délivrance	
Code postal	Ville	Pays
Téléphone	Fax	Mail

### Information sur l'identité de l'ayant droit économique

N°	Bâtiment	Voie
Adresse	Code postal	Ville
		Pays
Téléphone	Fax	Mail

Considérez vous que votre client est victime de l'opération suspectée ?

### Environnement du client

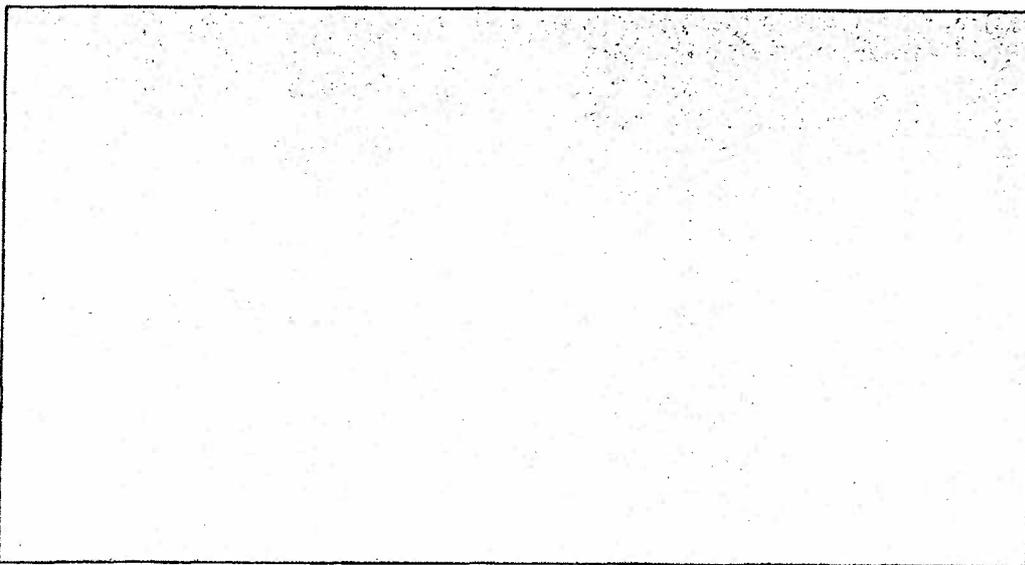
#### Autres personnes intervenantes

#### Autres informations

## Relation avec le client

- Occasionnel
- Habituel
  
- Transaction financière ou immobilière dans le cadre d'une représentation du client
  
- Préparation ou réalisation des transactions concernant :
  - L'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce
  - La gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client
  - L'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres
  - L'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés
  - La constitution, gestion ou direction des sociétés
  - La constitution, gestion ou direction de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire

## Divers



Ainsi, l'obligation de dénonciation, le formulaire matériel qui en est l'un des outils, sont bien conçus en violation des articles 8 de la convention européenne des droits de l'homme, de la convention 108 du Conseil de l'Europe sur la protection des données à caractère personnel et des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne qui protège le droit à la vie privée familiale et au respect des communications et garantit le droit à la protection des données à caractère personnel.

### **B/ Sur le non-respect du délai de six mois.**

L'argument est dépourvu de toute pertinence.

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

La saisine de la Cour étant du 19 janvier 2011 est bien intervenue dans le délai de six mois.

Par ailleurs, la compatibilité de la mesure en cause et de la réglementation, de nature déontologique et disciplinaire, querellée devant le Conseil d'Etat n'a pas été tranchée par l'arrêt du 10 avril 2008.

Au contraire, la Cour ne pourra que constater que dans son arrêt du 23 juillet 2010, le Conseil d'Etat a annulé une partie des dispositions objet du recours de M. MICHAUD ce qui démontre de plus fort que M. Patrick MICHAUD avait bien qualité à agir, mais était fondé dans son recours.

Si la décision avait été tranchée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 10 avril 2008, M. Patrick MICHAUD aurait été déclaré irrecevable

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

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

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

c) Force est d'observer :

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

Le délai de six mois commence à compter de la décision définitive dans le cadre des voies de recours internes exercées (*Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* (déc) 14

mars 2002, n° 46477/99 § 2 ; *Joaquim Moreira Barbosa c. Portugal (déc)* n° 65681/01 29 avril 2004).

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

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

## **II - SUR LA PRESOMPTION DE PROTECTION EQUIVALENTE.**

La Cour a posé au Gouvernement une question tendant à savoir si la présomption de protection équivalente *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande* (GC, arrêt du 30 juin 2005, n°45036/98, Recueil des arrêts et décisions 2005-VI) s'appliquait au cas d'espèce.

### **A/ Les principes applicables :**

#### **1°/ La jurisprudence de la Cour de l'Union Européenne.**

A l'occasion de l'affaire *A M & S Europe*, l'examen de droit comparé auquel l'avocat général sir Gordon Slynn avait procédé montrait que la tendance générale des droits nationaux était clairement d'interdire aux avocats de témoigner sur des informations confidentielles qui leur ont été confiées dans l'exercice de leur profession, mais aussi de s'opposer à ce que les avocats puissent être contraints de le faire. (CJUE, *AM & S Europe Limited c. Commission*, Affaire 155/79, 18 mai 1982).

La Cour de Luxembourg avait reconnu dans ses arrêts *Hoechst c. Commission et Dow Chemical* que les agences communautaires peuvent demander la production de documents précisément identifiés, mais avait toutefois indiqué que le droit au silence les empêche de demander tous les documents démontrant la culpabilité des accusés. (CJUE *Hoechst AG c. Commission*, 21 septembre 1989, Affaires jointes 46/87 et 227/88, CJUE *Dow BeneLux c. Commission*, 17 octobre 1989, Affaire 85/87 et CJUE *Dow Chemical Iberica et autres c. Commission*, 17 octobre 1989, Affaires jointes 97, 98 et 99/87),

Saisie d'un recours en annulation contre une décision de la Commission de demande de renseignements relatifs à des infractions aux règles de la concurrence, cette même Cour, a reconnu, dans un arrêt *Orkem* du 18 octobre 1989, le droit pour une entreprise de ne pas témoigner contre elle-même : « la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve ». (CJUE, *Orkem* du 18 octobre 1989, Affaire 374/87, § 35).

Il convient aussi de noter que ce droit a été invoqué sans résultat dans une affaire *BDP de Eendracht NV* devant le Tribunal de Première Instance. (TPIUE, 14 mai 1998, Affaire T-311/94, Rec. II- 1129).

### **L'obligation de respecter la convention européenne des droits de l'Homme prévue par la 3eme directive**

Le requérant se permet de rappeler le considérant n°48 de la Directive 2005/60/CE I du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme : *La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Aucune disposition de la présente directive ne devrait faire l'objet d'une interprétation ou d'une mise en œuvre qui ne serait pas conforme à la convention européenne des droits de l'homme.*

#### **2°/ La « protection équivalente » et les règles posées par l'arrêt *Bosphorus*.**

La mesure en cause relève du droit communautaire qui s'est développé et a pénétré les ordres juridiques nationaux, notamment à travers ses mesures nationales d'exécution.

En effet, ainsi que l'écrivait le représentant du gouvernement français devant le Conseil d'Etat : *"La directive 91/308/CEE, telle que modifiée en 2001 par la deuxième directive, pour ce qui concerne l'implication des professions juridiques, a été transposée dans notre droit interne par :*

*- la loi n°2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires et juridiques (codifiée aux articles L.561-1 et suivants du CMF)*

*- le décret n°2006-736 du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux (codifié aux articles R.562-1 et suivants du CMF).*

*Dans le souci de clarifier les conditions dans lesquelles les avocats doivent se soumettre aux obligations édictées par la loi de transposition du 11 février 2004 et le décret d'application du 26 juin 2006, le conseil national des barreaux (CNB) a adopté, par décision du 12 juillet 2007, un règlement relatif aux procédures internes destinées à mettre en œuvre les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et un dispositif de contrôle interne destiné à assurer le respect des procédures.*

*Par requête du 10 octobre 2007, M. Patrick MICHAUD, avocat et ancien membre du Conseil de l'Ordre, a saisi la section du contentieux du Conseil d'Etat aux fins d'annulation de cette décision." (cf mémoire devant le Conseil d'Etat – pièce produite)*

Depuis l'arrêt *Bosphorus* - qui prolonge et éclaire les décisions rendues par la Commission et la Cour dans les arrêts *CFDT, M&co, Procola, Cantoni et Matthews* - la Cour a accepté de reconnaître sa compétence pour vérifier la conformité au regard de la Convention d'une mesure nationale prise sur le fondement d'un règlement communautaire. (*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlande* précité ; *CFDT c. Communautés européennes*, Commission, 10 juillet 1978, n°8030/77, D.R. 13, p. 231 Commission, (déc.) ; 9 février 1990, *M&co c. RFA*, n°13258/87, D.R. 64, p. 138 (déc.). ; CEDH, *Procola c. Luxembourg*, 1er juillet 1993, n°1457/89, D.R. 75, p. 5 ; CEDH, *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, n° 17862/91, Recueil 1996-V, p. 1614 ; CEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 24833/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-I).

On rappellera sur ce point que la décision *M&co c. RFA* de l'ancienne Commission des droits de l'homme avait été interprétée comme accordant une immunité quasi totale au droit communautaire (F. Tulkens, « *L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme* », RUDH 2000, p.50, spéc. p.52).

Dans l'affaire *Bosphorus* qui concerne spécifiquement la question du statut à accorder aux mesures nationales d'exécution du droit communautaire, la Cour a reconnu la spécificité du système juridique communautaire, en particulier les particularités de ses rapports avec les ordres juridiques nationaux et a érigé les particularités de cet ordre juridique en intérêt général reconnu par l'ordre juridique de la Convention.

Si la Cour ne peut directement contrôler la conformité d'actes internationaux ou communautaires au regard de la Convention, les actes de droit national sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de sa part.

En effet, « les parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales. »

Ledit texte ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des parties contractantes à l'empire de la convention. (*Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, n° 19392/92, Recueil 1998-I, §29).

La doctrine « Bosphorus » développée du paragraphe 143 au paragraphe 158 de l'arrêt, repose sur les prémisses suivantes : si l'acte national à l'origine de la violation des droits de l'homme n'est qu'une transcription pure et simple du droit communautaire ou plutôt, ne traduit aucune marge de manœuvre de l'État, celui-ci n'est pas jugé responsable au regard de la Convention à condition que le droit communautaire offre une protection équivalente des droits fondamentaux.

En revanche, si l'État a fait usage d'un pouvoir d'appréciation en mettant en œuvre le droit communautaire, il reste entièrement responsable de ses actes au regard de la Convention.

Le distinguo, entre les actes nationaux de mise en œuvre du droit communautaire sans pouvoir d'appréciation de l'État et actes nationaux de mise en œuvre du droit communautaire avec un pouvoir d'appréciation de l'État, apparaît être une distinction appliquée par la Cour envers la mise en œuvre d'obligations communautaires.

Ainsi, la Cour a-t-elle reconnu sa compétence pour mesurer *in concreto* l'étendue du pouvoir des autorités nationales dans la mise en œuvre de leurs obligations communautaires.

La Cour a rappelé les grands principes présidant aux transferts de compétences à des organisations internationales des États parties à la Convention : compatibilité de principe du transfert de droits souverains au regard de la Convention ; irresponsabilité des organisations internationales bénéficiaires des transferts ; maintien de la responsabilité de l'État pour tout acte ou omission de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales.

Et la Cour estime que les transferts de souveraineté en général n'exonèrent pas les États de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné car « les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement et, par la même, privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective ».

Le contrôle opéré par le juge à l'égard des actes nationaux d'exécution d'obligations juridiques internationales ou communautaires repose entièrement sur la notion de « protection équivalente » des droits fondamentaux assurée par l'ordre juridique concerné : « une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit

être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la convention (*M&co. C. RFA*, précité, § 152). »

C'est une solution comparable qui avait été prononcée dans l'arrêt *Matthews* : « la Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales pourvu que les droits garantis par la Convention continuent à être reconnus ».

L'exigence du maintien d'un tel niveau de protection dans les ordres juridiques européens s'explique par la fonction essentielle de la Convention qui est d'être un « standard minimal » de garantie des droits à l'échelon européen.

Tomber en dessous de ce seuil de garantie reviendrait à reconnaître des régressions inadmissibles dans nos sociétés démocratiques européennes.

La Cour confirme d'ailleurs le rôle de la Convention en tant « qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme ». (*Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, arrêt du 23 mars 1995, n° 15318/89, série A n°310, §75).

En confirmation de ce rôle de la Convention, on observera que la Charte des droits fondamentaux n'autorise pas le droit communautaire à descendre en dessous du seuil de protection de celle-ci.

La Convention constitue donc un « minimum vital européen constitutionnel » en matière de protection des droits fondamentaux.

### **3°/ La portée de la notion de « protection équivalente »**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tel n'est pas le cas en l'espèce.

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

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

## **B/ Les observations du Gouvernement français :**

Le Gouvernement conclut (point 12) qu'il existe une protection équivalente en se référant notamment :

1. à l'affaire *Wouters c. Commission*, interprété contre le sens de la décision
2. à l'arrêt *Ordre des barreaux francophones et germanophones*, affaire C-305/05 de la Cour
3. et par une décision de la Cour constitutionnelle belge du 23 janvier 2008.

Une telle analyse ne saurait prospérer.

### **1°/ L'analyse de la jurisprudence citée par le Gouvernement français.**

#### **□ L'affaire AM & S Europe**

Dans son arrêt du 18 mai 1982 dans l'affaire *AM & S Europe*, à propos des pouvoirs d'investigations de la Commission dans le cadre du règlement n° 17/62, la Cour de justice des Communautés européennes - devenue depuis de l'Union européenne - avait consacré ce qui constitue au-delà des différences « d'approches ou de méthodes... plutôt que de résultat », un principe « autonome » de droit européen, distinct du secret professionnel ou du *legal privilege* anglo-saxon et s'appliquant aux avocats de tous les États membres: le principe de la confidentialité des échanges entre un client et son avocat.

Elle en a même rappelé le fondement en ces termes : « cette confidentialité répond à l'exigence, dont l'importance est reconnue par l'ensemble des États membres, que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin ». (CJUE, *AM & S Europe Limited c. Commission*, précité, §18).

#### **□ L'affaire Wouters**

Les conclusions de l'avocat général Léger, dans l'affaire *Wouters* (qui concernait l'exercice en collaboration de leur profession par l'avocat et l'expert-comptable): « Le secret professionnel est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. Il impose à l'avocat de ne divulguer aucune information qui lui a été communiquée par son client, et s'étend *ratione temporis* à la période postérieure à la fin de son mandat et *ratione personae* à l'ensemble des tiers. Le secret professionnel constitue également une «garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice», de sorte qu'il relève de l'ordre public dans la plupart des États membres. » (CJUE, *Wouters et autres*, Affaire C-309/99, conclusions du 10 juillet 2001, § 182).

L'avocat général exposait qu'une telle modalité d'exercice professionnel qui entraînerait un risque de violation du secret professionnel de l'avocat « *d'autant plus grand que, dans certaines circonstances, l'expert-comptable a l'obligation légale de communiquer aux autorités compétentes des informations relatives à l'activité de ses clients* ». (CJUE, *Wouters et autres*, précité, conclusions, § 186).

Malheureusement, ces principes ne semblent pas avoir été repris dans toute leur rigueur dans la décision *Ordre des barreaux francophone et germanophone*. Ordre français

des avocats du barreau de Bruxelles. Ordre des barreaux flamands. Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles, contre Conseil des ministres.

**□ L’Affaire Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles, contre Conseil des ministres**

Dans cette affaire, l’Ordre des barreaux francophone et germanophone, l’Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, l’Ordre des barreaux flamands et l’Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles avaient, dans le cadre d’un recours devant la Cour d’arbitrage belge (devenue depuis la Cour constitutionnelle belge) demandé que soit posée une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés européennes quant à la compatibilité du système prévu par ces directives avec les principes du procès équitable. (CJUE, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres*, arrêt du 26 juin 2007, Affaire C-305/05).

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

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

On rappellera que l’avocat général ne se situait que dans un cadre précis: « dans son ordonnance de renvoi, la Cour d’arbitrage se réfère à l’article 6 de la CEDH relatif au droit à un procès équitable et par voie de conséquence à l’article 6, § 2 de l’UE ». (CJUE, *Ordre des barreaux francophones et a.*, Conclusions du 14 décembre 2006 § 26).

Mais plus encore, l’avocat général suivi en cela par la Cour – a refusé d’élargir les normes de références du contrôle telles qu’elles étaient proposées par certaines parties au litige qui estimaient la référence à l’article 6 de la CEDH trop étroite et demandait une extension de l’examen de conformité à l’aune du principe de l’indépendance de l’avocat, de principe du secret professionnel du devoir de loyauté et du principe des droits de la défense et du principe de proportionnalité.

Force est de constater que les conclusions de l’avocat général avaient indiqué qu’il ne semblait pas utile de solliciter que la Cour « fasse usage de cette flexibilité » (CJUE Conclusions précitées, § 33).

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

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

Dans le cadre de cet examen restreint, la Cour décide que les obligations d'information et de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux prévues à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001, et imposées aux avocats par l'article 2 bis, point 5, de cette directive, compte tenu de l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de celle-ci, ne violent pas le droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par les articles 6 de la CEDH et 6, paragraphe 2, UE.

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

## 2°/ La Charte des droits fondamentaux.

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

Or à aucun moment, dans l'affaire *Ordre des barreaux francophone et germanophone* précité, l'Avocat général ne cite l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pas plus que l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

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

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

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

Cependant, la Cour de l'Union européenne a adopté une attitude plus restrictive dans son arrêt *Ordre des avocats* où elle a estimé que le risque n'existait pas dans les matières autres que les procédures judiciaires et l'activité de conseil.

Cette position plus réservée suffit à démontrer que la protection équivalente au regard d'un même droit aussi fondamental pour le particulier, n'a pas fonctionné à l'identique en ce qui concerne le secret professionnel au regard de la déclaration de soupçon.

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

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

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

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

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

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

L'article 6 § 1 du TUE intègre — sans les énumérer mais par effet de renvoi — les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, « telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg », dans le droit de l'Union et reconnaît à la Charte la même valeur juridique que celle des traités.

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

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

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

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

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

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

**D/ Dès lors qu'il y a eu mise en œuvre partielle du mécanisme de contrôle du respect des droits garantis par la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme retrouve sa pleine compétence.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III - SUR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION.

#### **Observations liminaires :**

Sur la nature juridique et la portée des décisions du *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (GAFI) :

Le gouvernement français souligne à plusieurs reprises que la réglementation en cause trouverait sa source dans les préconisations du GAFI.

Or, le Conseil d'Etat a jugé que « *le requérant ne saurait utilement se prévaloir des recommandations du groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux dès lors que ces actes, émanant d'un organisme de coopération intergouvernementale, n'ont pas de caractère de convention internationale et sont dépourvus d'effets juridiques dans l'ordre juridique interne* » (CE, arrêt du 23 juillet 2010 n° 309993).

#### **A/ Le Gouvernement français ne conteste pas que l'article 8 de la Convention couvre la protection du secret professionnel des avocats.**

Cependant, le Gouvernement français estime que la question de la protection du secret professionnel ne se pose pas au stade de l'ingérence – parce qu'un cadre légal ne constitue pas en soi, *in abstracto* et indépendamment de toute mise en œuvre, une ingérence dans les droits d'un requérant, alors qu'en l'espèce, le gouvernement français persiste à soutenir que M. Patrick MICHAUD n'invoquerait aucun fait concret le concernant personnellement. (Observations du gouvernement – points 132 à 134).

Il a été amplement répondu sur ce point (*supra*) au stade de la recevabilité de la requête et de la qualité de victime.

Y ajoutant toutefois, on relèvera la confusion commise à propos de la mesure : ce n'est pas la sanction pour n'avoir pas effectué la déclaration de soupçon qui constitue la violation de l'article 8 de la Convention, mais l'obligation faite aux avocats, dont M. Patrick MICHAUD, d'utiliser les informations qu'il a reçues en tant qu'avocat pour les transmettre à une cellule de renseignement.

#### **B/ La loi n'est ni claire ni accessible ni prévisible.**

Le Gouvernement français expose qu'en tout état de cause, l'ingérence était « prévue par la loi », dès lors qu'il s'agit, en l'occurrence d'un règlement pris en vertu de la loi de transposition du 11 février 2004 et le décret d'application du 26 juin 2006, transposant en droit interne la Directive 91/308/CEE, telle que modifiée en 2001 et qu'elle poursuivait un « but légitime », à savoir celui de la défense de l'ordre public et de la prévention des crimes.

Or, l'obligation en cause pose nettement la question de la « qualité de la loi ».

L'expression « prévue par la loi », au sens de l'article 8 § 2, veut d'abord que l'ingérence ait une base en droit interne, mais l'observation de celui-ci ne suffit pas : la loi en cause doit être accessible à l'intéressé, qui en outre doit pouvoir en prévoir les

conséquences pour lui (*Malone c. Royaume-Uni*, Arrêt du 2 août 1984, n° 8691/79, série A n° 82, pp. 31-32, § 66 ; *Antunes Rocha c. Portugal*, Arrêt du 31 mai 2005, n° 64330/01, § 65).

La Cour a constamment rappelé que les conditions qualitatives comprises dans les mots « prévues par la loi » au sens de l'article 8 § 2 exigent l'accessibilité de la loi à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit (*Matheron c. France*, Arrêt du 29 mars 2005, n° 57752/00, § 29 ; *Wisse c. France*, Arrêt du 20 décembre 2005, n° 71611/01, § 33).

En outre, la loi sur laquelle il se fonde doit être « prévisible » à l'instar des interceptions d'entretiens téléphoniques ou des écoutes de conversations par le biais de la pose de micros, quant au sens et à la nature des mesures applicables.

**a) Il existe un manque de clarté sur la façon dont l'avocat doit régler sa conduite.**

- Dans le cas d'espèce, le législateur a rendu obligatoire la déclaration de soupçon d'infraction mais sans définir le terme « *soupçon* ».

L'article 3 de la décision du 12 juillet 2007 en cause impose aux avocats de « *faire preuve d'une vigilance constante et se doter des procédures internes* » propres à assurer le respect des dispositions de la loi du 11 février 2004 et du décret du 26 juin 2006, concernant notamment « *la déclaration de soupçon* ».

Il n'existe aucune définition juridique du soupçon de fraude.

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

- De plus, le domaine des « activités » au regard de l'exercice par un avocat de sa profession demeure extrêmement flou, ou impossible à délimiter clairement.

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

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

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

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

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

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

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

Or, il est particulièrement difficile pour l'avocat de déterminer une césure ou un cloisonnement dans ses activités d'« assistance » à un client et de déterminer les limites d'une activité dans laquelle il est exonéré de l'obligation de déclaration ou au contraire astreint à l'accomplir.

La Cour a déjà constaté qu'il y avait une impossibilité évidente à vouloir opérer une discrimination entre différentes activités exercées par l'avocat dans l'affaire *Kopp c. Suisse*. (*Kopp c. Suisse, Arrêt du 25 mars 1998, n° 23224/94, Recueil 1998-II*).

La Cour a nettement identifié une « contradiction entre un texte législatif clair, protecteur du secret professionnel de l'avocat lorsque celui-ci est surveillé en tant que tiers, et la pratique suivie en l'espèce. Même si la jurisprudence consacre le principe, d'ailleurs généralement admis, que le secret professionnel de l'avocat ne couvre que la relation avocat-clients, la loi n'explique pas comment, à quelles conditions et par qui doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil. » (*Kopp c. Suisse, précité, § 73*).

Il n'y a aucune raison de s'écarter d'un tel constat dans la présente affaire pour exercer une sélection entre mandat d'avocat ou activité de conseil, d'une part, et d'autres « activités », d'autre part.

**b) Comme les activités de l'avocat, le secret professionnel est indivisible.**

Or, le secret professionnel est en France une obligation légale qui interdit la révélation « d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

La loi de 1971 qui régit les professions judiciaires, précise qu'il s'applique tout autant les fonctions de défense que celles de conseil et concerne l'ensemble des activités et de des dossiers de l'avocat. (Article 66-5 dans sa rédaction de la Loi du 7 avril 1997).

Dans une décision du 3 mai 2012, la Cour de Cassation française a récemment jugé que « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Le principe de confidentialité qui protège les relations entre un avocat et son client s'étend, par définition, à l'ensemble des pièces utilisées par l'Administration dans le contentieux qui l'oppose au contribuable. (Cour de cassation, civile, Ch. com 3 mai 2012, 11-14.008, Publié au bulletin).

Il s'avère donc extrêmement difficile de déterminer le champ d'application de l'obligation en cause.

**C/ En ce qui concerne le « but légitime », la Cour a déjà jugé que "l'objectif de lutte contre le blanchiment de capitaux peut être regardé comme un objectif d'intérêt général qui justifie que soit levé le secret de l'avocat pourvu que cette levée n'affecte pas le cadre des activités essentielles de l'avocat telles que définies précédemment".**

## IV - SUR LE CARACTERE NECESSAIRE DANS UNE SOCIETE DEMOCRATIQUE.

A titre liminaire, contrairement à ce que soutient le gouvernement français, la nature et l'amplitude de l'atteinte portée au droit protégé doit s'examiner selon le double prisme de la fonction impartie à l'avocat dans une démocratie, d'une part, et de la nature du secret professionnel attaché à la profession qui en découle, d'autre part.

### **A/ La situation spécifique des avocats**

Sans un instant méconnaître les exigences de la lutte contre le terrorisme et les flux financiers qui peuvent dans certains cas le sous-tendre, force est de se référer à la spécificité fonctionnelle de la profession d'avocat, précédemment relevée par la jurisprudence de la Cour.

#### **a) La déclaration de soupçon est appliquée à diverses professions financières**

Il appartient à diverses professions financières (banquiers, assureurs, entreprises hypothécaires, agents immobiliers, commerçants en diamants, experts-comptables, conseils fiscaux, réviseurs d'entreprise, exploitants de jeux de hasard, etc.) de faire une "déclaration de soupçon" à l'organisme compétent.

Sans prétendre à un privilège concédé à une profession, par ailleurs consciente de ses obligations, il convient donc de déterminer au regard des exigences d'un contrôle de proportionnalité, si la profession d'avocat compte tenu de sa fonction sociale dans une démocratie peut être purement et simplement assimilée à ces professions.

La Cour a rappelé - certes sous l'angle de l'article 10 CEDH - la spécificité de la profession d'avocat et la raison d'être de ces règles professionnelles dans ses arrêts *Casado Coca* en 1994 (*Casado Coca c. Espagne*, Arrêt du 24 février 1994, n° 15450/89, série A 285-A), *Schöpfer* en 1998 (*Schöpfer c. Suisse*, Arrêt du 20 mai 1998, n° 25405/94, Recueil 1998-III) puis complété les principes posés d'une précision complémentaire, synthétisés dans son arrêt *Nikula c. Finlande* (*Nikula c. Finlande*, Arrêt du 21 mars 2002, n° 31611/96, Recueil des arrêts et décisions 2002-II), en des termes clairs :

- : « ...le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau.

- En outre, l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un Etat de droit, a besoin de la confiance du public.

- Eu égard au rôle clé des avocats dans ce domaine, on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et, ainsi, à la confiance du public en celle-ci. » (*Casado Coca c. Espagne*, précité ; *Schöpfer c. Suisse*, précité, §§ 29-30 ; *Nikula c. Finlande*, précité, § 45 ; *Amihalachioaie c. Moldova*, du 20 avril 2004, CEDH 2004-III no 60115/00, § 27).

Autant de principes – conçus davantage en termes d'obligations que de droits protégés – mais qui relèvent non seulement du bon fonctionnement de la justice, mais également de la notion de secret professionnel qui lui est attachée.

**b) Le requérant n'entend revendiquer aucun « privilège » pour l'avocat, et n'entend pas soutenir que le cabinet de l'avocat est un « sanctuaire ».**

Il se fonde sur le rôle du secret professionnel de l'avocat dans les états de droit.

C'est en effet à tort que le XIX<sup>ème</sup> siècle a pu vouloir conférer à l'obligation de respecter le secret professionnel la nature d'un contrat liant le médecin, le prêtre, l'avocat ou le notaire, d'une part, et le client, d'autre part, et l'astreignant, le praticien à l'obligation de ne rien révéler des confidences que le client lui aurait faites.

Il a depuis été fait litière de cette « erreur juridique » (Pierre Lambert) : le secret couvre non seulement ce qui a été confié, mais encore ce que le praticien a simplement surpris ou appris, même à l'insu de son client ; (Pierre Lambert, *Secret professionnel, in Répertoire pratique du droit belge*, Bruylant 2007, § 20).

L'avocat est débiteur d'une obligation, qui dans la plupart des systèmes juridiques, est sanctionnée pénalement et civilement.

Le secret professionnel repose aujourd'hui également sur un fondement social et d'ordre public.

Nombre d'auteurs et de décisions de jurisprudence ont souligné le « fondement social » du secret professionnel. Si la loi pénale incrimine la révélation de certaines confidences, c'est parce qu'il importe non seulement à la personne qui s'est confiée au professionnel mais à l'ensemble des citoyens et au bien commun que chacun puisse être assuré de la discrétion des personnes chargées d'une mission particulièrement importante dans l'ordre moral, sanitaire ou patrimonial. (cf. Pierre Lambert, *op. cit.*, § 23).

Le secret professionnel doit ainsi être respecté par le dépositaire qui, par état ou par profession, se voit confier des secrets parce que la personne qui fait appel aux services du confident nécessaire doit légitimement s'attendre, en l'absence de tout fait de complicité, à ce que les informations couvertes par le secret ne soient pas divulguées.

Au niveau d'un concept autonome de droit européen, c'est bien ce caractère d'ordre public qu'il avait été proposé à la Cour de Justice de l'Union européenne de consacrer dans les conclusions de l'avocat général Léger, dans l'affaire *Wouters*, en ce qui concerne l'application de l'article 90 § 2 du Traité aux avocats : « *Ainsi, en vue de permettre aux avocats de remplir leur mission de « service public », les autorités étatiques leur ont attribué une série de prérogatives et d'obligations professionnelles. Parmi celles-ci, trois attributs relèvent de l'essence même de la profession d'avocat dans l'ensemble des Etats membres. Il s'agit des obligations qui ont trait à l'indépendance de l'avocat, au respect du secret professionnel et à la nécessité d'éviter les conflits d'intérêts.* » (CJUE Conclusions de l'Avocat général Léger, *Wouters*, précitées, pt. 180)

Le secret professionnel constitue également « *une garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice* », de sorte qu'il relève de l'ordre public dans la plupart des Etats membres.

« *Le secret professionnel est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. Il impose à l'avocat de ne divulguer aucune information qui lui a été communiquée par son client, et s'étend ratione temporis à la période postérieure à la fin de son mandat et ratione personae à l'ensemble des tiers. Le secret professionnel constitue également une «garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice», de sorte qu'il relève de l'ordre public dans la plupart des États membres.* » (CJUE Conclusions de l'Avocat général Léger, *Wouters*, précitées, pt. 182).

La Cour n'a pas souhaité consacrer formellement ce principe dans son arrêt *Wouters* et manifestement elle ne l'a pas retenu – sur le seul fondement de l'article 6-1 – dans son arrêt *Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles, contre Conseil des ministres* (tous deux cités dans les conclusions du gouvernement français).

Au regard d'un tel caractère d'ordre public, il paraît dès lors évident que l'inclusion de la profession spécifique d'avocat - dont le fondement social veut qu'elle ne révèle pas ce qu'elle a pu apprendre d'un client -, au nombre des professions astreintes à la déclaration de soupçon, revient à obliger ce professionnel à commettre un acte contraire à la finalité sociale de la profession et constitue une remise en cause de sa fonction traditionnelle.

## **B/ La protection du principe du secret professionnel de l'avocat**

C'est à partir de plusieurs des violations de l'article 8 que la Cour a construit une jurisprudence protectrice des rapports entre avocats et clients et partant de la protection du secret professionnel à partir des interceptions de correspondances ou de communications, des perquisitions, voire de saisie de supports.

La cour a consacré – au moins implicitement – le principe du respect du secret professionnel de l'avocat, dès 1988, en jugeant contraire à l'article 8, l'interception de la lettre d'un avocat de Zurich a un détenu, présentée comme illicite par le gouvernement défendeur, parce qu'elle donnait au destinataire notamment le conseil d'opposer son droit au silence pendant l'enquête. Elle avait accordé la protection à des "contacts – quelle que soit la date - qui constituaient des mesures préparatoires visant à permettre de bénéficier de l'assistance d'un défenseur de son choix et, partant, d'exercer un droit que consacre une autre disposition fondamentale de la Convention, l'article 6". (*Schönenberger et Durmaz c. Suisse*, Arrêt du 20 juin 1998, n°11368/85, série A n° 137, § 29).

La jurisprudence de la Cour protège ainsi :

- la confidentialité des communications clients avocats
- le libre échange des informations. (*Funke c. France*, Arrêt du 25 février 1993, 10828/84, série A n° 256-A, p. 23, § 51, p. 24, §§ 55, 56, p. 25, § 57 ; *Crémieux c. France*, Arrêt du 25 février 1993, n° 11471/85 série A n° 256-B, p. 62, § 39, p. 63, § 40 ; *Mialhe c. France*, arrêt du 25 février 1993, n° 12661/87série A n° 256-C, p. 89, § 36, p. 90, §§ 37, 38 ; *Chadimová c. République tchèque*, Arrêt du 18 avril 2006, n° 50073/99 § 146).

Dans son arrêt *S. c. Suisse*, la Cour a également insisté sur l'importance du droit, pour un détenu, de communiquer avec son avocat (en l'occurrence hors de portée d'ouïe des autorités pénitentiaires). « *Si un avocat ne pouvait s'entretenir avec son client sans une telle surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, son assistance perdrait beaucoup de son utilité, alors que le but de la Convention consiste à protéger des droits concrets et effectifs* ». (*S. c. Suisse*, Arrêt du 28 novembre 1991, no 12629/87 & 13965/88, Série A n° 220, § 48).

En 1992, la Cour a émis une proclamation beaucoup plus claire consacrant le régime spécifique et privilégié de la relation « avocat-client », dans l'arrêt *Campbell c. Royaume-Uni* : « *Il y va clairement de l'intérêt public qu'une personne désireuse de consulter un homme de loi puisse le faire dans des conditions propices à une pleine et libre discussion. D'où le régime privilégié dont bénéficie, en principe, la relation avocat-client*

». (*Campbell c. Royaume-Uni*, Arrêt du 25 mars 1992, n° 13590/88, série A n° 233, pp. 18-19, § 46).

Ainsi, ne saurait être autorisée, en conséquence, une violation de ce principe "que dans des cas exceptionnels, si les autorités ont lieu de croire à un abus du privilège en ce que le contenu de la lettre menace la sécurité de l'établissement ou d'autrui ou revêt un caractère délictueux d'une autre manière". (*Campbell c. Royaume-Uni*, précité, § 48, cité intégralement dans *Erdem c. Allemagne*, Arrêt du 5 juillet 2001, n° 38321/97, CEDH 2001 VII, § 61).

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

Il s'agissait, certes, de procédures pénales, et, envisagée sous l'angle du droit invoqué par le client et la jurisprudence ne parlait pas de « secret professionnel ».

Mais, en décembre 1992, saisie par un avocat des perquisitions opérées dans son cabinet, la Cour a consacré une véritable protection du secret professionnel.

Pour cela, la Cour n'a pas hésité à faire entrer de plain-pied le bureau d'un membre d'une profession libérale dans la notion « autonome » européenne de domicile (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, n° 13710/88, série A no 251-B, § 30), ce qu'elle a rappelé dans l'arrêt *Roemen (Roemen et Schmidt c. Luxembourg)*, Arrêt du 25 février 2003, n° 51772/99, Recueil des arrêts et décisions 2003-IV, § 64).

A propos de « perquisitions », la Cour a précisé qu'elle s'attacherait à vérifier désormais « dans le cas d'une perquisition qui comporte un risque d'atteinte au secret professionnel » :

☐ si le mandat était décerné par un juge et limité à une "portée raisonnable"

☐ et – dans le cas du cabinet d'un avocat – si la perquisition a été opérée en présence d'un observateur indépendant afin d'empêcher un empiètement « sur le secret professionnel à un degré qui se révèle disproportionné... ».

Car il convient de se rappeler à cet égard que dans le cas d'un avocat, pareille intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6. (*Niemietz*, précité, § 37).

Cette conception devait être reprise par la suite notamment dans la décision *Tamosius c. Royaume Uni*, en 2002, où la Cour rappelle l'obligation positive pour les Etats d'une réglementation qui préserve le secret professionnel par « une garantie concrète contre toute atteinte à la confidentialité professionnelle et à l'administration de la justice », d'une part, et par des possibilités de recours en justice, d'autre part ». (*Tamosius c. Royaume-Uni*, Arrêt du 19 septembre 2002, (déc.) n° 62002/00, CEDH 2002-VIII).

La protection a été étendue aux supports informatiques dans l'affaire introduite par l'avocat finlandais *Petri Sallinen* et 17 de ses clients, en 2005, et notamment au disque dur de l'ordinateur d'un avocat. (*Petri Sallinen et autres c. Finlande*, Arrêt du 27 septembre 2005, no 50882/99)

Dans l'arrêt *Chadimová c. République tchèque*, la Cour a fait du droit à la destruction des supports contenant les enregistrements de conversations téléphoniques de

la requérante avec son avocat, une obligation positive à la charge du gouvernement tchèque (*Chadimová c. République tchèque précité du 18 avril 2006, § 147*).

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

Et dès lors qu'elle ne limite pas la protection du secret professionnel à une absence d'ingérence des Etats, mais consacre l'existence à la charge des Etats d'obligations positives au respect effectif de ce qui est un droit garanti par l'article 8 de la Convention puisqu'il a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics et qui "s'applique aux relations entre les avocats et leurs clients".

Il demeure que pour « revêtir un caractère nécessaire dans une société démocratique, une ingérence doit se fonder sur un besoin social impérieux et notamment demeurer proportionnée au but légitime recherché ». (La citation n'est pas extraite de l'arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992). En outre, « les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite et [que] leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante » (*Crémieux c. France*, précité, § 38 ; *Roemen et Schmit, précité*, § 68, et *André et autre c. France*, Arrêt du 24 juillet 2008, n° 18603/03, § 40).

### **C/ La question centrale du droit au silence**

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

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

Mais au contraire, dans l'affaire *Niemietz*, alors que le requérant s'était borné principalement à alléguer que la perquisition incriminée ne répondait pas aux exigences de l'article 8 de la Convention, la Cour est allée plus loin – fait rare – et a souligné qu'il y avait aussi - sans la prononcer - une violation de l'article 6-1, en précisant : « Il y a plus : vu la nature des objets effectivement examinés, la fouille empiéta sur le secret professionnel à un degré qui se révèle disproportionné en l'occurrence ; il convient de se rappeler à cet égard que dans le cas d'un avocat, pareille intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6 ». (*Niemietz c. Allemagne précité § 37; Foxley c. Royaume-Uni, précité, § 50*)

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

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

- le droit pour le suspect ou l'accusé avant tout interrogatoire d'être informé de son droit de se taire;

- le droit pour le suspect ou l'accusé de ne pas être contraint de fournir aux enquêteurs des documents qui l'accusent, et

- le droit qu'une juridiction de jugement ne doit pas pouvoir considérer le fait d'avoir exercé son droit au silence comme un élément à charge contre lui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé.

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

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

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

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

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

La Cour a clairement fait un lien entre le secret professionnel de l'avocat et le droit du client de ne pas s'auto-incriminer dans l'affaire *André c. France* : « la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé » (*J.B. c. Suisse*, précité, § 64 ; *Funke c. France* précité § 44 ; *André et autre c. France*, précité, § 41).

Plus récemment, la Cour a, à nouveau, constaté une violation du droit à ne pas s'auto-incriminer concernant une affaire de soustraction d'impôt. Elle a estimé que les autorités suisses, en infligeant des amendes au requérant, avaient fait pression sur lui pour qu'il soumette des documents qui auraient fourni des informations sur son revenu et sa fortune en vue de son imposition. Ultérieurement, les décisions des juridictions internes confirmant les amendes infligées au requérant, ont été considérées comme ayant pour résultat d'obliger le requérant à contribuer à sa propre incrimination. (*Chambaz c. Suisse*, Arrêt du 5 avril 2012, n° 11663/04, §§50-54).

Il convient d'ajouter que la Cour peut aussi protéger le secret professionnel de l'avocat même si l'ingérence a été entourée de garanties spéciales de procédure et notamment exécutée en présence du juge d'instruction, du représentant du parquet et du bâtonnier, dès lors qu'il s'agit d'une mesure détournée pour attenter à un droit.

#### **D/ La « répercussion » sur les droits garantis au profit du particulier.**

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

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

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

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

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

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

En ce sens, la privation systématique de la substance du droit à ne pas s'auto-incriminer pour toute personne ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon de la part de son avocat, qui a été contraint d'effectuer cette déclaration à sa place, porte une atteinte directe et complète à la substance du droit au silence.

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

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

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

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

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

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

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

### **E/ La violation du droit à la protection des données à caractère personnel garanti par l'article 9 de la Convention**

Les informations que l'avocat est tenu de donner sur l'identité du client, et la nature des opérations qu'il envisage, constitue des données à caractère personnel.

La protection des données à caractère personnel fait partie intégrante de l'article 8 de la Convention tel qu'interprété par la Cour.

Comme la Cour l'a dit à plusieurs reprises toute collection, utilisation ou transmission de données personnelles constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. (*Leander c. Suède*, 26 mars 1987, n° 9248/81, série A n° 116, *Kopp c. Suisse*, précité, et *Rotaru c. Roumanie* [GC], Arrêt du 04 mai 2000, n° 28341/95, Recueil des arrêts et décisions 2000-V).

Même des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les

pouvoirs publics (*Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 70, *Antunes Rocha c. Portugal*, Arrêt du 31 mai 2005, n° 64330/01, § 62).

En 1997, dans son arrêt *Z c. Finlande*, qui portait sur la divulgation du dossier médical d'un requérant, à l'occasion d'une procédure judiciaire, la Cour a estimé que la protection des données à caractère personnel jouait un « rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée » et que « la législation interne devait donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute divulgation [...] qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention ». (*Z c. Finlande*, 25 février 1997, n° 22009/93, Rec. 1997-I, p. 348, § 95).

Dans cette décision, elle renvoyait à un instrument de protection du Conseil de l'Europe la Convention STE n° 108 du 28 janvier 1981 sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, et elle a souligné qu'en la matière toute garantie visant à assurer une protection efficace « appelle un examen des plus rigoureux de la part de la Cour ». (*Z c. Finlande*, précité, § 96).

Plus encore, à partir de l'arrêt *Amman*, la Cour a « incorporé » du moins en partie la Convention 108 puisqu'elle déclare – ce qu'elle confirme dans l'arrêt *Rotaru* – : « Cette interprétation extensive concorde avec celle de la Convention élaborée au sein du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1er octobre 1985, dont le but est de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique (...) le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant » (article 1), ces dernières étant définies comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (*Amann c. Suisse* [GC], précité, § 65 ; *Rotaru c. Roumanie* [GC] précité § 43).

La Cour a défini comme des modalités de l'ingérence : tant la mémorisation par une autorité publique de données relatives à des données à caractère personnel d'un individu que leur utilisation et le refus d'accorder la faculté de les réfuter.

La doctrine de la Cour apparaît désormais bien fixée par les arrêts de Grande Chambre *Rotaru* du 4 mai 2000 ou *Amann* du 16 février 2000 et reprise par l'arrêt *Segerstedt-Wiberg* du 6 juin 2006 qui fournit une bonne synthèse en ce qui concerne les principes applicables. (*Amann c. Suisse* [GC], précité, § 65; *Rotaru c. Roumanie* [GC], précité, § 46 ; *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, Arrêt du 6 juin 2006, n° 62332/0, Recueil des arrêts et décisions 2006-VII, § 72).

Il doit en être déduit que le régime de la collecte, de l'enregistrement, de l'organisation, de la conservation, de l'adaptation et de la communication par transmission, mais surtout de l'effacement ou de la destruction, et le droit d'accès aux informations que l'on invite les avocats à faire circuler, ne se trouve prévu par aucun texte au sens de la Convention n° 108.

Mais il y a plus.

Le processus mis en place par la première directive a connu une évolution.

Dans son fonctionnement actuel l'avocat qui conçoit des soupçons et les dénonce à l'interdiction d'aviser un client d'une dénonciation d'information (interdiction du *tipping off*).

En effet, si la directive 91/308/CEE (nouvel article 8, §2, de la directive telle qu'elle a été modifiée par la directive 2001/97/CE), autorisait l'avocat ayant effectué une

déclaration de soupçon à en faire part à son client, la directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (dite « troisième directive ») prohibe au contraire le "tipping off".

En France la « troisième directive » a été transcrite par l'Ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009, dont les dispositions pertinentes figurent aujourd'hui dans l'article L561-19 du Code Monétaire et Financier, ainsi rédigé :

*« 1.-La déclaration mentionnée à l'article L. 561-15 est confidentielle.*

*Sous réserve des dispositions de l'article 44 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 mentionnée ci-dessus, il est interdit, sous peine des sanctions prévues à l'article L. 574-1, aux dirigeants et préposés d'organismes financiers, aux personnes mentionnées à l'article L. 561-2, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au président de la compagnie dont relève l'avoué, de porter à la connaissance du propriétaire des sommes ou de l'auteur de l'une des opérations mentionnées à l'article L. 561-15 ou à des tiers, autres que les autorités de contrôle, ordres professionnels et instances représentatives nationales visées à l'article L. 561-36, l'existence et le contenu d'une déclaration faite auprès du service mentionné à l'article L. 561-23 et de donner des informations sur les suites qui ont été réservées à cette déclaration. »*

La dénonciation faite par l'avocat, sans que le client en soit informé avant ou après est une mesure injustifiée notamment en raison de la généralité du champ d'application du soupçon et du fait que cette déclaration concerne tous les justiciables.

L'interdiction de révéler la déclaration à celui qui en est l'objet, aboutit à priver le bénéficiaire du droit à la protection d'une garantie procédurale essentielle et double :

- le droit d'information,
- et le droit de communication, de rectification ou d'effacement.

Le caractère excessif de l'obligation ainsi imposée aux avocats apparaît ainsi démontré.

L'obligation implique que toute personne dénoncée à la suite d'un soupçon erroné sera ainsi privée d'information et demeurera dépourvue de tout droit de rectification ou d'effacement, et sera ainsi appelée à rester enregistrée dans les fichiers des opérateurs douteux.

## **F/ Proportionnalité et terrorisme**

Le gouvernement français rappelle que les mesures instaurées ont pour objet final la lutte contre le financement du terrorisme.

Le requérant ne méconnaît aucunement le but légitime qui les sous-tend.

Toutefois, les textes, sous couvert officiel de lutte contre le terrorisme et contre le blanchiment ont créé une véritable et nouvelle organisation de prévention de la délinquance et notamment de la délinquance financière

Les textes nouveaux vont donc dans leur application beaucoup plus loin qu'une simple lutte *a posteriori* contre la délinquance car ils obligent en effet à prévenir la délinquance. Le requérant ne remet pas en cause le principe de cette politique nouvelle

mais conteste la seule méthode prévue par la loi qui rend obligatoire une déclaration de soupçon à un organisme de renseignement. Dans le contexte bien précis de la lutte contre le terrorisme, la Cour a admis des dérogations.

Elle a ainsi toujours pris des précautions particulières pour apprécier « des préoccupations qu'éprouvent les autorités au sujet de la lutte contre le terrorisme ». (*Yagmurdereli c. Turquie*, Arrêt du 4 juin 2002, n° 29590/96, §§ 53 et 69) et a généreusement envisagé la marge d'appréciation dont dispose l'Etat « eu égard à la menace présentée par le terrorisme sous toutes ses formes » (*Bader, Meins, Meinhof et Grundmann c. Allemagne* du 30 mai 1975, (déc.) n° 6166/75 et *Erdem c. Allemagne*, Arrêt du 5 juillet 2001, n° 38321/97, CEDH 2001-VII § 62).

Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, elle prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, elle fait entrer en ligne de compte « les difficultés que rencontrent les Etats à notre époque pour protéger leurs populations de la violence terroriste » (*Ramirez Sanchez c. France* [GC] arrêt du 4 juillet 2006, no 59450/00, CEDH 2006 § 116).

« *Le terrorisme – sous quelque forme qu'il soit – est le fléau ultime de la justice et des droits de l'homme* », a écrit le secrétaire général du Conseil de l'Europe, Terry Davis en préface à la publication des normes du Conseil de l'Europe. (*La lutte contre le terrorisme, les normes du Conseil de l'Europe*, 4<sup>e</sup> éditions, Editions du Conseil de l'Europe, 2007 p. 1).

De fait et de tout temps, les actions menées par les « terroristes » veulent avoir un double effet :

Les terroristes ont la volonté de déstabiliser les sociétés démocratiques existantes par la mise à néant des principes fondamentaux qui les régissent.

Leur action vise à amener les autorités à entreprendre de saper elle-même et sans mesure, les principes et valeurs mêmes sur lesquelles reposaient les fondements de cette société en invoquant le caractère légitime de cette lutte.

Conduire les sociétés démocratiques, à anéantir d'elles-mêmes, par concessions successives les principes de base qui fondent la raison d'être et les conditions d'exercice de la profession d'avocat est sans nul doute une des composantes de l'objectif poursuivi par la menace terroriste.

C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour veille particulièrement à la proportionnalité des ingérences qui veulent être légitimées au nom d'une nécessaire lutte contre le terrorisme.

Dès 1978, la Cour avait énoncé les principes suivants en matière de lutte contre le terrorisme dans son arrêt *Klass et autres c. Allemagne*, qui analysait les menaces d'une loi et ne se situait pas dans le cadre strict de droits "judiciaires" :

« (...) *Les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire. La Cour doit donc admettre que l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de*

*l'ordre et à la prévention des infraction pénales.* » (*Klass et autres c. Allemagne*, précité, § 48 ; *Erdem c. Allemagne*, précité, § 64).

Néanmoins, dans un tel contexte, elle a déclaré que *"la confidentialité de la correspondance entre un détenu et son défenseur constitue un droit fondamental pour un individu et touche directement les droits de la défense"*, et ajouté qu'une *"dérogation à ce principe ne peut être autorisée que dans des cas exceptionnels et doit s'entourer de garanties adéquates et suffisantes contre les abus"* (*Klass* précité, *ibidem*; et *Erdem c. Allemagne*, précité, § 65).

Ainsi même pour un individu soupçonné de graves infractions terroristes, la Cour a estimé que le fait que les intéressés avaient à choisir entre fournir les informations demandées ou s'exposer à une peine d'emprisonnement constituait « une coercition portant atteinte à la substance du droit de ne pas s'auto-incriminer et du droit de garder le silence ». (*Quinn c. Irlande*, Arrêt du 21 décembre 2000, n° 36887/97, § 48).

On rappellera ici les conclusions de la Cour dans l'affaire *Erdem c. Allemagne* pour lequel était opposé dans le cadre d'une limitation des droits de s'entretenir librement avec son avocat, le fait que le requérant était soupçonné d'être membre d'une organisation terroriste.

Dans l'affaire *Shannon c. Royaume-Uni*, concernant des problèmes spéciaux liés à la recherche des infractions en Irlande du Nord, la Cour a estimé que l'obligation qu'avait le requérant de se présenter devant les enquêteurs financiers et de répondre à leurs questions concernant des faits qui lui avaient déjà valu d'être inculpé d'infractions était incompatible avec son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination au risque d'empêcher des poursuites pénales pour fausse comptabilité et entente frauduleuse. (*Shannon c. Royaume-Uni*, Arrêt du 4 octobre 2005, n° 6563/03).

Comment admettre que son avocat ait pu fournir à des enquêteurs financiers à sa place des informations qui lui auraient été confiées par ce client qui ne serait pas astreint lui-même à les donner ? Sur ce point, la distinction avancée entre les « activités » accomplies par l'avocat est inopérante puisqu'un avocat peut être appelé à assister dans une procédure judiciaire un client pour un acte auquel le professionnel a précédemment participé : la dénonciation équivaut alors à une auto-incrimination par procuration. La lutte contre le blanchiment ou le terrorisme ne justifie pas une telle procédure.

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

Il demeure que pour « revêtir un caractère nécessaire dans une société démocratique, une ingérence doit se fonder sur un besoin social impérieux et notamment demeurer proportionnée au but légitime recherché ». (*Schönenberger et Durmaz c. Suisse* précité, § 27).

La loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants a mis en place un système de lutte contre le blanchiment associant étroitement les établissements financiers et fonctionnant autour d'une cellule de traitement du renseignement et d'action contre les circuits financiers clandestins, dénommée : TRACFIN.

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

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

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

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

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

- recueillir, d'analyser, d'enrichir et d'exploiter les déclarations émises par les dix-sept catégories de professionnels assujettis aux fins d'établir l'origine ou la destination des sommes ou la nature des opérations ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon ;

- recevoir à l'initiative des administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, et de toute autre personne chargée d'une mission de service public, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission ou ;

- de les obtenir de ceux-ci à sa demande, conformément à l'article L. 561-27 du Code monétaire et financier ;

- recevoir à l'initiative de l'autorité judiciaire, des juridictions financières et des officiers de police judiciaire toutes informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et ce, conformément à l'article L. 561-27 du Code monétaire et financier ;

- recueillir, d'analyser, d'enrichir et d'exploiter les déclarations de soupçon de fraude fiscale, soumises à l'obligation de dépôt conformément à l'article L. 561-15 du Code monétaire et financier mais uniquement lorsqu'il y a présence d'au moins un critère défini par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009.

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

TRACFIN a reçu, en 2008, 1 000 notes d'informations des cellules de renseignements financiers étrangères et en a diffusé 800.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Source : Rapports Annuels TRACFIN

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

2010	19 208 *	404	
------	----------	-----	--

\*Rapport TRACFIN 2010, page 69.

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

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

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

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

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

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

Source : Rapport TRACFIN 2011, page 79.

Infraction principale relevée	Nombre
Blanchiment de tous crimes ou délits (et le financement du terrorisme 6)	94
TD, travail illégal	61
Abus de bien social	50
Abus de confiance	41
Escroquerie	30
Abus de faiblesse	20
Exercice illégal de la profession de banquier	20
Infraction à la législation sur les stupéfiants	16
Corruption	11
Escroquerie en bande organisée	9
Vol, recel	9
Détournement de fonds publics	8

Financement du terrorisme	6
Banqueroute	6
Infraction douanière. contrefaçon	5
Fraude fiscale	5
Proxénétisme	4
Association de malfaiteurs	4
Infraction à la législation sur les étrangers	3
Délit d'initié/délit boursier	1
Trafic d'armes	1
Faux et usage de faux	0
Organisation de jeux de hasard illicites	0
TOTAL	404

On voit ainsi clairement, que seulement 404 déclarations de soupçon ont été considérées comme susceptibles de révéler des infractions dont le blanchiment constitue moins de 25 % des infractions. *A contrario*, on peut constater que les déclarations de soupçons servent à la concentration d'informations déclarées par les professionnels concernés sur les infractions potentielles les plus diverses (stupéfiants, banqueroute, infraction à la législation sur les étrangers,...) sans que l'on sache en outre désormais quelle est la proportion de ces imputations qui ont pu être déclarées comme constituant des délits par des juridictions répressives. Le caractère disproportionné d'un système de collecte systématique de tels renseignements auprès des professionnels, au regard de l'article 8, est démontré par le statut spécifique de la cellule "TRACFIN" en France.

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

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

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

Les statistiques, qui présentent désormais un caractère de durée, d'analyse et de constance des résultats, démontrent que la déclaration de soupçon par sa généralité, au

regard du but poursuivi, ne répond aucunement au critère de « prévention des infractions pénales », tel que précisé par l'article 8 alinéa 2.

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

Or, il résulte des rapports de la cellule que toutes les informations reçues par TRACFIN font l'objet d'une intégration dans la base de données du Service à l'issue duquel moins de 25 % d'entre elles (5 132 informations) ont été orientées vers un processus d'analyse approfondie (enquête ou dit de pré-enquête). (Rapport 2010, p 75).

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

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

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

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

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

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

La suppression d'un droit aussi fondamental que le secret professionnel ne saurait être justifié alors que d'autres moyens de prévention peuvent être en effet mis en place comme l'obligation légale de dissuader une infraction.

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

Le gouvernement français croit pouvoir avancer sur ce point que, selon le GAFI, les avocats, constituent « une composante commune dans les mécanismes complexes de

blanchiment de capitaux » et « leur rôle souvent déterminant dans la mise en place de mécanisme, notamment dans le cadre de l'activité d'agent de création de sociétés » et que les avocats « peuvent alors être des « ouvriers de porte » en ce qu'ils permettent l'accès (sciemment ou à leur insu) aux diverses fonctions susceptibles d'aider les blanchisseurs à déplacer ou dissimuler des fonds ». (Observations du gouvernement – points 147-148).

Or, force est de constater que telle n'était pas la position du GAFI puisqu'en 1990, la Recommandation 16 du GAFI - dernier alinéa - mentionne que : « *Les Avocats, les Notaires, les autres professions indépendantes et comptables agissant en qualité de juristes indépendants ne sont pas tenus de déclarer les opérations suspectes si les informations qu'ils détiennent ont été obtenues dans des circonstances relevant du secret professionnel ou d'un privilège professionnel légal...* ».

La détermination des questions qui relèvent du privilège légal ou du secret professionnel avait alors été renvoyée par les notes interprétatives à la réglementation de chaque pays.

La directive du 10 juin 1991 ne comportait aucune obligation concernant les avocats. C'est la directive du 4 décembre 2001 qui a assujéti les avocats au dispositif préventif de lutte contre le blanchiment d'argent.

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

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

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

L'article 2 de la Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux dispose en effet :

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

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

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

- S'il s'agit d'empêcher – à juste titre – un comportement délictueux de la part d'un avocat, l'obligation imposée apparaît d'autant plus inutile que l'avocat n'a aucune

obligation de ne pas accomplir l'acte qu'il estimerait par ailleurs, en le dénonçant, entaché de suspicion.

- Dès lors, l'autoriser à l'enfreindre moyennant la simple transmission d'informations vers des centres de renseignement chargés de les centraliser, semble contraire à la raison d'être de la profession concernée dans les sociétés démocratiques.
- En effet, la première obligation de l'avocat est de s'abstenir et en outre de dissuader la personne qui voudrait accomplir une opération suspecte, et de surcroît, ne s'y associer en aucun cas.
- Pour le surplus, si un comportement délictueux de la part d'un avocat, était démontré, il l'exposerait immédiatement à des condamnations pénales et à des sanctions disciplinaires remettant en cause leur appartenance au Barreau et les obligations du secret professionnel imposées à l'avocat se trouveraient alors inapplicables et l'avocat deviendrait alors *ipso facto* complice de l'infraction commise par son client

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

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

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

Dans tous les cas, les peines d'amende peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment (article 324-3 du Code pénal) et le condamné encourt les peines complémentaires des articles 324-7 et 324-8 du Code pénal, telles que l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, ainsi que l'interdiction du territoire Français s'il est étranger.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il y a lieu, en outre, de rappeler que l'obligation pour un avocat de dénoncer son client est contraire aux principes internationaux.

**V - SUR LA CONTRADICTION AVEC LE ROLE ET LA MISSION DE L'AVOCAT TELS QUE PREVUS PAR LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX OU TELS QU'INTERPRETES PAR LES COURS SUPREMES.**

**A/ Le rôle du barreau selon les instruments internationaux :**

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

Aux termes des « Principes de base relatifs au rôle du barreau des Nations-Unies (Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990), les garanties liées à l'exercice de la profession d'avocat précisent :

**Selon le « PREAMBULE » :**

*« Attendu que la protection adéquate des libertés fondamentales et des droits de l'homme, qu'ils soient économiques, sociaux et culturels ou civils et politiques, dont toute personne doit pouvoir jouir, exige que chacun ait effectivement accès à des services juridiques fournis par des avocats indépendants. » (...)*

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

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

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

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

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

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

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

16. *Les pouvoirs publics veillent à ce que les avocats a) puissent s'acquitter de toutes leurs fonctions professionnelles sans entrave, intimidation, harcèlement ni ingérence indue; (...) et c) ne fassent pas l'objet, ni ne soient menacés de poursuites ou de sanctions économiques ou autres pour toutes mesures prises conformément à leurs obligations et normes professionnelles reconnues et à leur déontologie.*

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

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

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

*22. Les pouvoirs publics doivent veiller à ce que toutes les communications et les consultations entre les avocats et leurs clients, dans le cadre de leurs relations professionnelles, restent confidentielles.*

**2°/ La « Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat »**

Au niveau européen, la « Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat du 25 octobre 2000 » (Rec (2000)21 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 25 octobre 2000, lors de la 727<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres) a voulu donner un cadre et une substance à la profession d'avocat en précisant :

**Dans l'exposé des motifs :**

*« (...) Désirant promouvoir la liberté d'exercice de la profession d'avocat afin de renforcer l'Etat de Droit, auquel participe l'avocat, notamment dans le rôle de défense des libertés individuelles ;*

*Conscient de la nécessité d'un système judiciaire équitable garantissant l'indépendance des avocats dans l'exercice de leur profession sans restriction injustifiée et sans être l'objet d'influences, d'incitations, de pressions, de menaces ou d'interventions indues, directes ou indirectes, de la part de qui que ce soit ou pour quelque raison que ce soit ;*

**Au titre des Principes :**

**Principe I - Principes généraux concernant la liberté d'exercice de la profession d'avocat**

*1. Toutes les mesures nécessaires devraient être prises pour respecter, protéger et promouvoir la liberté d'exercice de la profession d'avocat sans discrimination ni intervention injustifiée des autorités ou du public, notamment à la lumière des dispositions pertinentes de la Convention européenne des Droits de l'Homme. (...)*

*6. Toutes les mesures nécessaires devraient être prises pour veiller au respect du secret professionnel des relations entre avocats et clients. Des exceptions à ce principe devraient être permises seulement si elles sont compatibles avec l'Etat de droit.*

**Principe III - Rôle et devoirs des avocats**

*« 2. Les avocats devraient respecter le secret professionnel conformément à la législation interne, aux règlements et à la déontologie de leur profession. Toute violation de ce secret, sans le consentement du client, devrait faire l'objet de sanctions appropriées. »*

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

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

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

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

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

On soulignera, sur ce point, que, dans l'affaire *André et autre c. France*, la Cour fortement rappelé le principe selon lequel le secret professionnel est « la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client ». (*André et autre c. France* § 41).

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

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

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

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

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

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

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

Le Canada et les Etats Unis dont le gouvernement français n'offre pas de démontrer qu'il est moins soucieux de lutte contre le terrorisme que les pays européens, n'infligent pas

la même obligation aux avocats, dont la pratique professionnelle est pourtant plus large que le champ des activités judiciaires.

Ainsi au Canada, ne sont tenus de déclarer les opérations douteuses et certaines autres opérations au Centre d'analyse des opérations et déclarations financières, que les entités suivantes : (i) les banques, (ii) les sociétés et les représentants d'assurance-vie, (iii) les courtiers en valeurs mobilières, (iv) les entreprises de services monétaires, (v) les mandataires de Sa Majesté vendant des mandats-poste, (vi) les comptables et les cabinets d'expertise comptable, (vii) les courtiers, agents et promoteurs immobiliers, (viii) les casinos, (ix) les négociants en pierre et métaux précieux, (x) les notaires publics et les sociétés de notaire de Colombie-Britannique et (xi) uniquement aux fins des opérations douteuses, les employés de ces entités déclarantes.

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

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

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

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

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

Canada (Procureur général); *White, Ottenheimer & Baker c. Canada* (Procureur général); R. c. Fink, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61)

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

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

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

" [...]. *By adopting this legislation, Canada is fulfilling its commitment to the international community to effect a coordinated response to the crimes of money laundering and terrorist financing.*

*The objects of the Act are stated in s. 3, which provides:*

*The object of this Act is*

*(a) to implement specific measures to **detect and deter money laundering and the financing of terrorist activities** and to **facilitate the investigation and prosecution of money laundering offences and terrorist activity financing offences**, including*

*(i) establishing **record keeping and client identification requirements** for financial services providers and other persons or entities that engage in businesses, professions or activities that are susceptible to being used for money laundering or the financing of terrorist activities,*

*(ii) requiring the **reporting of suspicious financial transactions** and of cross-border movements of currency and monetary instruments, and*

*(iii) establishing an agency that is responsible for dealing with reported and other information;*

*(b) to respond to the threat posed by organized crime by **providing law enforcement officials with the information they need** to deprive criminals of the proceeds of their criminal activities, while ensuring that appropriate safeguards are put in place to protect the privacy of persons with respect to personal information about themselves; and*

*(c) to assist in fulfilling Canada's international commitments to participate in the fight against transnational crime, particularly money laundering, and the fight against terrorist activity." (Federation of Law Societies of Canada v. Canada (Attorney General), 2011 BCSC 1270 2011/09/27 Supreme Court, 27 septembre 2011, §§ 8-9).*

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

La Cour suprême de Colombie Britannique a estimé, que le régime violait l'article 7 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés qui dispose que « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité et au droit de ne pas être privés desdits droits et libertés [...] » dans la mesure où (i) ce régime **s'appliquait aux avocats** et mettait **en danger les intérêts**

**des avocats et de leurs clients. (ii) en exigeant des avocats qu'ils collectent et conservent des informations sur leurs clients et rendent ces informations disponibles au gouvernement** dans sa lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

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

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

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

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

Le requérant entend se référer sur ces points aux écritures communiquées aux parties dans le cadre de la tierce intervention de l'Institut des droits de l'homme des Avocats européens. (Voir annexe I des observations déposées par l'IDHAE).

#### **- SATISFACTION EQUITABLE – ARTICLE 41 DE LA CONVENTION**

- **Préjudice moral**

M. Patrick MICHAUD entend limiter sa demande au constat de la violation.

- **Frais et dépens**

En ce qui concerne les honoraires, M. Patrick MICHAUD demande la somme de 15 000 euros.

Fait à Bordeaux le 22 mai 2012



Bertrand FAVREAU

Pièces produites :

1. Formulaire de déclaration imposé à tous les avocats par le Conseil National des Barreaux (Assemblée générale extraordinaire du 28 septembre 2007) figurant en annexe (pages 67 à 70) au document intitulé « Vadémécum sur les obligations des avocats dans la lutte contre le blanchiment ».
2. Rapport Tracfin 2010
3. Arrêt suprême de Colombie Britannique du 27 septembre 2011, *Federation of Law Societies of Canada v. Attorney General of Canada*.