

Blanchiment

2429 **Blanchiment, contrats et opinions juridiques**

Étude rédigée par

Fabrice BAUMGARTNER,*avocat aux barreaux de Paris et de New York,
associé du Cabinet Cleary Gottlieb Steen &
Hamilton LLP***Pierre MOUSSERON,***agrégé des universités,
professeur à la faculté de droit de Montpellier*

Les nouvelles règles anti-blanchiment déjà applicables aux professionnels du droit par les articles L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier ou encore à transposer à la suite de la troisième directive n° 2005/60 du 26 octobre 2005 posent de nouvelles obligations aux intéressés. Nous examinerons ici les incidences de la réglementation anti-blanchiment sur les opinions juridiques relatives aux contrats.

1 - La directive européenne n° 2005/60 du 26 octobre 2005¹ précise et étend les obligations de certains professionnels en matière de prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux. Les États membres de l'Union européenne ont jusqu'au 15 décembre 2007 pour transposer ce texte. En France, les professionnels du droit sont d'ores et déjà tenus à certaines obligations de déclaration et de vigilance fixées notamment par les articles L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier². Celles-ci se trouveront probablement renforcées lors de la transposition de la nouvelle directive.

2 - Dans ce contexte, on peut s'interroger sur les conséquences qu'il convient d'attacher aux règles anti-blanchiment lors de la rédaction d'une opinion juridique. De tels documents, on le sait, visent à exprimer le jugement professionnel que leur auteur porte sur une situation juridique³. Les opinions juridiques peuvent notamment porter sur des situations contractuelles. La présente étude vise à évoquer les effets de la réglementation anti-blanchiment sur les opinions juridiques relatives aux contrats. Elle nous conduira à examiner successivement les relations entre blanchiment et contrats (1), entre contrats et opinions juridiques (2) et, enfin, entre opinions juridiques et blanchiment (3).

1. Blanchiment et contrats

3 - Le droit du blanchiment vise d'abord à sanctionner pénalement toute personne qui se livre à des opérations de blanchiment ou qui y apporte son concours⁴. L'arsenal mis en place par le législateur vise également les outils du blanchiment, notamment en privant d'effet les contrats pouvant y concourir. Aussi le droit du blanchiment soulève-t-il plusieurs risques relevant du droit des contrats.

A. - Risque de nullité

4 - Le droit du blanchiment menace en premier lieu la validité des contrats. Le juge pourrait en effet annuler une convention concourant à une opération de blanchiment en application de l'article 6 du Code civil, qui frappe de nullité les conventions contrevenant à l'ordre public, ou bien encore sur le fondement de l'article 1108, qui exige parmi les conditions de validité d'une convention l'existence d'une cause licite. Dans la mesure où le droit du blanchiment protège l'intérêt général et relève de l'ordre public, il ne nous semble faire aucun doute que la nullité encourue serait alors absolue. Elle pourrait donc être soulevée d'office par le juge, à la demande du Ministère public, d'un tiers se prévalant d'un intérêt en rapport étroit avec la nullité, ou bien encore à la demande de l'une des parties au contrat⁵. Dans ce dernier cas, l'instigateur du blanchiment lui-même pourrait soulever la nullité de la convention, étant cependant précisé que la règle « *nemo*

1. Troisième directive du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme : JOCE n° L. 309, 25 nov. 2005, p. 15-36.

2. P. Mousseron et A. Larue, *Les professionnels du droit face au blanchiment de capitaux* : Cah. dr. entr. 2003, n° 4, p. 3.

3. F. Baumgartner, *Les opinions juridiques* : JCP E 2005, 124.

4. C. pén., art. 222-38 et 324-1 et s.

5. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., 2002, Dalloz, n° 396.

auditur propriam turpitudinem allegans » ferait obstacle, en ce qui le concerne, à la répétition des prestations fournies⁶.

B. - Risque d'incident d'exécution

5 - La réglementation anti-blanchiment peut affecter la mise en œuvre des conventions. En application de l'article L. 562-5 du Code monétaire et financier, la cellule de coordination chargée du traitement du renseignement et de l'action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) a la faculté, suite à la réception d'une déclaration selon laquelle une opération est soupçonnée d'être constitutive de blanchiment, de faire opposition à l'exécution de cette opération. L'opposition produit ses effets pendant douze heures, voire plus en cas de prorogation de ce délai par le président du tribunal de grande instance de Paris, qui peut aller jusqu'à ordonner le séquestre provisoire des fonds ou des titres concernés.

6 - En outre, la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, a inséré un nouveau chapitre dans le Code monétaire et financier, dont les articles L. 564-1 et suivants confèrent dorénavant au ministre de l'Économie le pouvoir de geler, pour une durée de six mois renouvelable, les avoirs des personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes terroristes, les facilitent ou y participent. Ce pouvoir administratif, qui entrera en vigueur lors de la publication du décret d'application⁷, restera limité aux entreprises terroristes, définies par renvoi au règlement européen n° 2580/2001 du 27 décembre 2001⁸, qui se réfère à une position commune du Conseil de l'Union européenne adoptée le même jour⁹. On peut toutefois observer une convergence croissante dans les textes communautaires et nationaux entre la lutte contre le blanchiment et celle contre le terrorisme¹⁰. Il n'est donc pas impossible que ces mesures de gel soient, à terme, étendues à l'ensemble des opérations de blanchiment.

7 - Les risques de nullité et d'incident d'exécution ne peuvent évidemment pas être ignorés par les rédacteurs d'opinions juridiques lorsqu'il leur est demandé de se prononcer sur des situations contractuelles.

2. Contrats et opinions juridiques

8 - Les opinions portant sur les contrats sont largement normalisées par la pratique. Elles concernent traditionnellement trois types de questions.

A. - Opinions relatives à l'autorisation des contrats

9 - Les opinions portent le plus souvent sur des conventions conclues par des personnes morales (généralement des sociétés). Il est fréquemment demandé à leurs auteurs de se prononcer sur la validité de l'autorisation de contracter. Une telle opinion vise, au premier

chef, à exprimer l'avis selon lequel les organes sociaux compétents ont dûment autorisé la convention¹¹. Si, par exemple, l'exécution de la convention nécessite l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, l'auteur devra s'assurer que les actionnaires (et, le cas échéant, sur délégation de pouvoirs ou délégation de compétences, les organes d'administration) ont été dûment consultés. De même, s'il s'agit d'une convention réglementée au sens de l'article L. 225-38 du Code de commerce, ou d'une caution, aval ou garantie relevant des articles L. 225-35, alinéa 4, ou L. 225-68, alinéa 2, l'auteur devra s'assurer que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance a été dûment consulté.

10 - Dans tous ces cas, l'adverbe « dûment » présente de l'importance. Il insiste, en effet, sur le caractère *in concreto* de l'opinion émise à propos de la convention sur laquelle l'auteur se prononce. Il vérifie que les conditions d'octroi des autorisations des organes sociaux (par exemple les limites de montant dont elles sont assorties) ont été respectées. L'opinion selon laquelle une convention est dûment autorisée ne couvre pas, en revanche, des questions telles que la régularité de la convocation ou le respect des règles de quorum et de majorité, points sur lesquels l'auteur peut légitimement s'en remettre aux énonciations des procès-verbaux qu'il examine¹². Elle ne couvre pas non plus des questions de fait telles que celle de savoir si les organes sociaux ont fait une bonne appréciation de l'intérêt social en autorisant la convention¹³.

11 - Au-delà de la vérification des délibérations des organes sociaux, l'opinion selon laquelle un contrat a été dûment autorisé impose naturellement de s'assurer au préalable que la société est dotée de la personnalité morale. Cette question fait normalement l'objet d'une opinion séparée, portant sur l'« existence » de la société.

12 - Enfin, l'auteur de l'opinion doit prendre soin de vérifier que le contrat n'est pas étranger à l'objet social¹⁴. Certes, le droit français protège, au moins dans certains cas, les tiers de bonne foi, en disposant que les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions sont engagées même par les actes des dirigeants sociaux qui ne relèvent pas de l'objet social, sauf si elles prouvent que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances¹⁵. Mais l'auteur d'une opinion juridique ne peut pas légitimement se réfugier derrière cette protection. Il manquerait en effet alors à son devoir de diligence, qui lui impose, lorsqu'il se prononce sur l'autorisation d'un contrat, d'examiner les statuts de la société concernée, de même qu'à son devoir de loyauté vis-à-vis du destinataire de l'opinion, qui requiert que cette difficulté, si elle se présente, soit portée à l'attention de ce dernier.

6. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *préc.*, n° 428.

7. Initialement annoncée pour juillet 2006, cette publication n'est pas encore intervenue.

8. Règlement du Conseil européen concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : JOCE n° L 344, 28 déc. 2001, p. 70-75.

9. Position commune du Conseil européen relative à la lutte contre le terrorisme : JOCE n° L 344, 28 déc. 2001, p. 90-92.

10. Ainsi, les deux premières directives européennes portant sur le blanchiment (*Directive n° 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 et Directive n° 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001*) portaient sur « la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux », objectif auquel la troisième directive du 26 octobre 2005 a ajouté le « financement du terrorisme ». L'article 421-1 6° du Code pénal donne un autre exemple de cette convergence, en incluant dans la définition des actes de terrorisme les infractions de blanchiment.

11. Ce type d'opinion ne vise pas, en revanche, les autorisations émanant de tiers, notamment les autorisations administratives. Il pourrait paraître prudent de préciser que cette opinion concerne l'autorisation *par les organes sociaux*, mais telle n'est pas la pratique dominante. En l'absence même de cette précision, celle-ci doit être considérée comme sous-entendue. L'absence d'autorisations administratives peut, par ailleurs, faire l'objet d'une opinion séparée. Pour une analogie avec la pratique américaine, V. Glazer and FitzGibbon on *Legal Opinions, Drafting, Interpreting and Supporting Closing Opinions in Business Transactions* par D. W. Glazer S. FitzGibbon et S. O. Weise, 2nd ed., Aspen Publishers 2001, § 9.3.

12. Encore faut-il que l'auteur de l'opinion examine les procès-verbaux dans leur intégralité ou, s'il n'examine que des extraits, que ceux-ci comprennent les passages relatifs aux modalités de convocation, de quorum et de majorité. V. Glazer and FitzGibbon on *Legal Opinions*, § 9.3 et les références citées.

13. V. Glazer and FitzGibbon on *Legal Opinions*, § 9.3.

14. La solution est la même aux États-Unis. Voir Glazer and FitzGibbon on *Legal Opinions*, § 9.3.

15. C. com., art. L. 223-18, al. 5 et L. 225-35, al. 2, L. 225-64, al. 2, L. 226-7, al. 2 et L. 227-6, al. 2.

B. - Opinions relatives à l'existence d'obligations contractuelles valables

13 - Parmi les opinions se rapportant aux contrats, celle portant sur le caractère juridiquement valable des obligations que le contrat entend mettre à la charge du débiteur est probablement la plus importante. Une telle opinion a pour objet de confirmer que les stipulations de la convention¹⁶ sont bien créatrices d'obligations au sens du droit civil, c'est-à-dire de liens de droit dont le créancier pourra exiger l'exécution du débiteur, ces obligations étant susceptibles de sanction par la puissance étatique. En anglais, la formulation retenue est presque invariablement que les obligations mises par la convention à la charge du débiteur sont, à l'égard de ce dernier, « *valid, binding and enforceable* ». À cette liste d'adjectifs s'ajoutait parfois par le passé celui de « *legal* », mais cette pratique tend à tomber en désuétude¹⁷. Les commentateurs américains¹⁸ considèrent toutefois que ces qualificatifs sont redondants et que ce type d'opinion ne traite que d'une seule question : celle de savoir si la convention est créatrice d'obligations juridiquement valables à l'égard du débiteur. En français, on pourrait être tenté de traduire les trois vocables utilisés en anglais et d'utiliser une formule selon laquelle les obligations du débiteur¹⁹ sont « valables », qu'elles « lient le débiteur », et qu'elles sont « susceptibles de sanction²⁰ juridique²¹ ». L'usage cumulatif de ces différentes expressions ne nous semble toutefois pas s'imposer. En tout état de cause, et quelle que soit l'approche retenue, ni la portée ni l'objet de l'opinion ne devraient s'en trouver affectés.

14 - Outre la nécessité que la convention ait été dûment autorisée, l'opinion selon laquelle la convention crée des obligations juridiquement valables à la charge du débiteur ne peut être donnée que si l'auteur considère que les conditions de formation du contrat ont été respectées, ou du moins s'il n'a pas de raison de penser que tel n'est pas le cas. Il est en effet normalement posé comme hypothèse que le consentement des parties au contrat n'est entaché d'aucun vice du consentement, que le contrat a une cause licite et que les parties – du moins les personnes physiques – ont pleine capacité juridique²². Déterminer de manière positive si ces conditions sont satisfaites dépasse largement la portée naturelle des opinions juridiques. Les vices du consentement et la licéité de la cause sont des questions de fait dont

l'auteur de l'opinion n'aura généralement pas connaissance. La vérification de la capacité juridique des personnes physiques, quant à elle, nécessite de longues et coûteuses investigations qui n'entrent pas dans le champ de ce que les praticiens appelés à délivrer des opinions juridiques effectuent normalement. Il faut toutefois rappeler que si l'auteur de l'opinion juridique a des raisons de penser que l'une de ces hypothèses est fautive, son devoir de diligence ainsi que son devoir de loyauté à l'égard du destinataire de l'opinion lui imposent de se renseigner plus avant afin que son jugement professionnel soit raisonnablement éclairé. Mais sauf cas particulier, il est légitime pour l'auteur de l'opinion de présumer que ces trois conditions de formation du contrat ont été satisfaites.

15 - En revanche, un traitement particulier peut généralement être accordé à la question de la certitude de l'objet du contrat, qui constitue la quatrième condition de formation d'un contrat valable. Sur cette question, la simple lecture du contrat est en effet normalement de nature à éclairer suffisamment l'auteur de l'opinion.

16 - Au-delà des conditions de formation du contrat, l'auteur d'une opinion portant sur l'existence d'obligations valables doit s'interroger sur les sanctions pouvant être obtenues en justice en cas d'inexécution. Les opinions visent en effet à confirmer une réalité concrète et pas de simples abstractions juridiques. Aussi, celles qui portent sur l'existence d'obligations valables visent à confirmer au destinataire qu'il pourra obtenir en justice, en cas de défaut d'exécution volontaire de ses obligations par le débiteur, l'exécution forcée ou bien encore des dommages-intérêts²³. C'est la raison pour laquelle l'opinion sur l'existence d'obligations contractuelles valables est normalement assortie de plusieurs réserves, portant habituellement sur les points suivants :

- le droit des faillites et le droit des procédures collectives qui, et cela n'est particulier ni à la France ni aux pays de tradition civiliste²⁴, prévoient certains cas de suspension des poursuites, la puissance étatique refusant alors de sanctionner les obligations, dont il ne sera pas possible de poursuivre l'exécution forcée ;

- l'article 1142 du Code civil qui limite la faculté d'obtenir judiciairement l'exécution en nature des obligations ; et

- l'article 1244-1 du Code civil qui confère au juge la faculté d'accorder, dans la limite de deux ans, des délais de paiement au débiteur défaillant et de prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées portent intérêt à un taux réduit²⁵.

17 - Ces réserves sont tellement habituelles qu'il est permis de considérer que si par extraordinaire elles ne figuraient pas dans une opinion portant sur l'existence d'obligations valables, elles devraient être considérées comme implicitement sous-entendues²⁶. D'autres réserves plus spécifiques peuvent être justifiées si la convention contient certaines stipulations particulières. On pense par exemple aux clauses pénales, à propos desquelles le juge a une faculté de révision prévue par l'article 1152 du Code civil, ou bien encore aux clau-

16. L'opinion peut néanmoins exclure de son champ certaines stipulations particulières sur lesquelles l'auteur estime ne pas être en mesure de se prononcer.

17. V. *Glazer and FitzGibbon on Legal Opinions* § 9.6.

18. V. *Glazer and FitzGibbon on Legal Opinions* § 9.1 et les références citées.

19. L'opinion sur l'existence d'obligations juridiquement valables se rapporte normalement aux obligations d'un débiteur donné et non à l'ensemble des obligations stipulées par la convention à l'égard des parties. Il est d'ailleurs usuel, parmi les hypothèses retenues, de faire figurer celle selon laquelle les obligations des parties autres que celle à laquelle se rapporte l'opinion sont elles aussi juridiquement valables.

20. « Susceptible de sanction » nous paraît préférable à « susceptible d'exécution », ou « susceptible d'exécution forcée » en raison de l'article 1142 du Code civil et du principe selon lequel l'inexécution se résout en dommages-intérêts.

21. « Sanction juridique » nous paraît préférable à « sanction judiciaire », car l'opinion qui nous intéresse ici pourrait être donnée à l'égard d'un contrat dans lequel figurerait une clause compromissoire.

22. V. le Rapport, l'Accord et les Recommandations de l'*American Bar Association*, publiés en 1991 sous le titre « *Third-Party Legal Opinion Report, Including the ABA Accord (1991) (also including the ABA Guidelines)* », parfois désignés sous le nom de « Silverado », dont le § 4 contient une longue liste d'hypothèses qui peuvent être considérées comme implicites, telles que la bonne foi des parties, la capacité des personnes physiques, etc. V. également le Rapport TriBar de 1998 (« *TriBar 1998 Report* »), faisant suite à un premier rapport de 1979, publié conjointement par certains comités de la *New York County Lawyers' Association*, de l'*Association of the Bar of the City of New York* et de la *New York State Bar Association*, 2.3(a).

23. V. *Glazer and FitzGibbon*, § 9.8.4.

24. Aussi l'exception dite de « *bankruptcy* » est-elle universelle.

25. Ces deux dernières réserves peuvent être rapprochées de la réserve se rapportant aux principes d'« *equity* » dans les opinions de droit américain. La réserve sur l'« *equity* » couvre, notamment, le fait que, dans le contexte d'un contrat de prêt, le juge peut ne pas donner effet à la clause d'exigibilité anticipée si l'inexécution contractuelle du débiteur est mineure (V. *Glazer and FitzGibbon*, § 9.9). De la même manière, la jurisprudence française, bien qu'elle ait généralisé l'exception d'inexécution à l'ensemble des rapports synallagmatiques alors même que le Code civil n'en prévoit que certaines applications particulières, ne permet pas au créancier de prendre prétexte d'une inexécution minimale pour suspendre sa propre prestation. La solution française est fondée sur l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. On trouve ici un exemple d'une réserve qui, dans les opinions françaises, doit être sous-entendue et n'a pas besoin d'être mentionnée expressément.

26. En ce sens, V. *Rapp. TriBar de 1998*, 3.3.1.

ses se rapportant au choix de la loi applicable ou de la juridiction compétente, qui soulèvent des questions particulières.

C. - Opinions relatives à l'absence de violation de la loi par le contrat

18 - L'opinion portant sur l'absence de violation de la loi par une convention est parmi celles qui peuvent susciter le plus d'incompréhensions quant à sa portée. Si l'on entendait lui donner une portée littérale, cette opinion nécessiterait des travaux si extensifs que leur coût découragerait vraisemblablement quiconque de ne jamais demander une telle opinion. Le principe général selon lequel les opinions juridiques doivent s'interpréter de manière raisonnable, en tenant compte des pratiques usuelles, tant françaises qu'internationales, ainsi que du pouvoir d'appréciation de l'auteur de l'opinion, est donc ici d'une importance singulière. Le cadre dans lequel ces opinions doivent se comprendre fait d'ailleurs l'objet de nombreuses limites²⁷.

19 - On se contentera, pour les besoins de la présente étude, de rappeler que, comme toute opinion, celle qui porte sur l'absence de violation de la loi ne concerne que les textes législatifs dont l'auteur estime, à la lumière de son expérience, qu'ils sont pertinents au cas particulier de la convention sur laquelle il se prononce.

C'est dans ce contexte juridique et professionnel que l'on peut examiner les conséquences du droit du blanchiment sur la pratique des opinions juridiques.

3. Opinions juridiques et blanchiment

20 - Les règles concernant le blanchiment imposent aux professionnels du droit certaines obligations. Nous considérerons le contenu de ces obligations²⁸ avant d'en préciser les conséquences sur la rédaction des opinions juridiques.

A. - Contenu des obligations liées au blanchiment

1° Obligation de vigilance

21 - L'obligation de vigilance, qui impose aux professionnels du droit de s'assurer de l'identification de leurs clients, paraît l'exigence la plus lourde en matière de blanchiment. Le champ d'application de cette obligation, énoncée par les articles L. 563-1 et suivants du Code monétaire et financier, n'est en effet pas limité aux seuls clients suscitant des inquiétudes. En outre, le contenu de cette obligation risque d'être sensiblement alourdi par les mesures de transposition de la troisième directive sur le blanchiment qui, au-delà des clients, étend la portée de l'obligation de vigilance aux « bénéficiaires effectifs » des opérations auxquelles les professionnels du droit apportent leur concours²⁹.

22 - D'ores et déjà, cette obligation de vigilance soulève des difficultés particulières dans le contexte des opinions juridiques, qui constituent l'un des rares cas où un professionnel du droit, notamment un avocat, peut être amené à communiquer par écrit avec un tiers qui n'est pas son client. En outre, les opinions juridiques sont fréquemment remises dans le cadre d'opérations financières impliquant une ou plusieurs banques, à l'occasion desquelles les parties conviennent souvent que les honoraires de l'avocat de la banque seront pris en charge par le co-contractant de cette dernière. Aussi, peut-on s'interroger sur l'identité de la personne à l'égard de laquelle

l'avocat, auteur de l'opinion, devra faire preuve de vigilance dans cette relation tripartite. S'agit-il de son client à proprement parler, du destinataire de l'opinion, ou bien encore de la personne qui règlera ses honoraires ?

23 - L'article L. 563-1 du Code monétaire et financier distingue entre « clients », d'une part, et « co-contractants », d'autre part. En ce qui concerne les premiers, le texte impose sans ambiguïté aux avocats des diligences concernant leurs « clients occasionnels »³⁰, ainsi que les « personnes qui demandent [l'assistance de l'avocat] dans la préparation ou la réalisation d'une transaction lorsqu'il [...] apparaît que ces personnes pourraient ne pas agir pour leur propre compte ». Le fait d'adresser une opinion juridique à un client occasionnel³¹ ou bien encore à un client dont il apparaît qu'il n'agit pas pour son compte est donc générateur d'une obligation de vigilance à l'égard du client.

En revanche, le fait qu'une opinion soit adressée à un tiers ne fait pas *ipso facto* du destinataire un client de l'auteur de l'opinion. Par ailleurs, quand bien même l'avocat adresserait une opinion à un tiers, c'est à la demande de son client qu'il le ferait. Il serait donc à notre sens inexact de prétendre, dans une telle situation, que le destinataire de l'opinion a sollicité l'assistance de l'auteur de l'opinion.

24 - L'obligation de vigilance pourrait néanmoins trouver à s'appliquer à l'égard du tiers destinataire de l'opinion en vertu de l'article L. 563-1 du même Code et de l'obligation de vigilance qu'il impose, non pas à l'égard des clients, mais des cocontractants. Le paiement des honoraires de l'avocat par un autre que son client constitue l'une des rares situations où l'avocat peut nouer une relation avec un « cocontractant » et non un « client ». Comme évoqué plus haut, il est fréquent qu'une banque convienne avec son client que ce dernier paiera les honoraires de l'avocat de la banque. Dans une telle situation, si l'avocat est partie à un tel accord (ce qui, en pratique, peut se matérialiser par le simple fait que l'avocat adresse une note d'honoraires au client de la banque), le client de la banque, sans devenir le client de l'avocat, deviendra son cocontractant, couvert en tant que tel par l'obligation de vigilance. En revanche, si l'avocat est étranger à l'accord entre la banque et le client de la banque et constate simplement, comme il est possible, l'extinction de sa créance d'honoraires vis-à-vis de la banque du fait du paiement par un tiers (à savoir le client de la banque), ce paiement n'aura pas pour effet de faire du tiers-payeur le cocontractant de l'avocat et aucune obligation de vigilance ne s'imposera donc à son égard.

2° Obligation d'abstention

25 - L'article 324-1 du Code pénal définit le blanchiment comme « le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. » Or les opinions juridiques sont normalement remises en exécution de stipulations contractuelles faisant de leur délivrance une condition suspensive de l'exécution du contrat. La remise de l'opinion permettant l'exécution du contrat, son auteur apporte bien un « concours » à l'opération envisagée par le contrat puisque, faute d'opinion, le destinataire de celle-ci ne se trouvera pas obligé d'exécuter ses obligations. Si l'opération est constitutive de

27. V. Glazer and FitzGibbon, § 13.

28. On écartera ici les obligations accessoires de conservation de documents (C. monét. fin., art. L. 563-3 et s.) et de non-divulgaration (C. monét. fin., art. L. 563-5).

29. L. Chatain, *Blanchiment de capitaux : à la recherche du bénéficiaire effectif* : JCP E 2006, 1328, p. 398.

30. Les clients occasionnels sont définis par l'article R. 563-1 du Code monétaire et financier comme les personnes s'adressant aux professionnels du droit dans le but exclusif d'effectuer une opération ponctuelle d'un montant supérieur à 8 000 euros.

31. Et à l'occasion d'une opération visée par l'article R. 563-4 du Code monétaire et financier.

blanchiment, l'auteur serait donc exposé aux sanctions prévues pour le blanchiment³².

Encore faudra-t-il pour que cela soit le cas que l'auteur de l'opinion ait connaissance du fait que l'opération prévue par le contrat est une opération de blanchiment. Pour être constitué, le délit de blanchiment prévu par l'article 324-1 du Code pénal nécessite en effet un élément intentionnel³³. On ne peut pas écarter qu'il faille prendre en considération, pour déterminer l'existence de cet élément intentionnel, des faits que l'auteur de l'opinion « aurait dû connaître », compte tenu notamment, pour les avocats, des obligations de vigilance et de vérification d'identité évoquées plus haut. Cette solution ne constituerait pas une « présomption de mauvaise foi », mais une simple application de la liberté de la preuve, appliquée en matière pénale à l'élément intentionnel de l'infraction³⁴.

26 - Il apparaît donc que le rédacteur d'opinions qui a (ou devrait avoir) connaissance du fait que l'opération prévue par la convention sur laquelle il se prononce est constitutive de blanchiment au sens de l'article 324-1 du Code pénal doit refuser de remettre quelque opinion que ce soit et s'abstenir de tout concours à cette opération, faute de quoi il s'exposerait à des sanctions pénales³⁵.

27 - Il faut observer, en ce qui concerne les avocats, que le Conseil national des barreaux recommande l'abstention dès le stade du simple soupçon, et ce dans les termes suivants³⁶ : « Dès qu'il suspecte l'élaboration d'une opération de blanchiment, le devoir de l'avocat est de refuser immédiatement son concours. » Cette recommandation très générale s'applique probablement à l'ensemble des activités de l'avocat, y compris la rédaction d'opinions juridiques. Elle renforce l'obligation d'abstention qui s'impose aux avocats par rapport au texte de la loi, puisque celle-ci s'appliquerait non seulement en cas de connaissance d'une opération de blanchiment, mais également en cas de simple soupçon. On pourrait, à première vue, s'interroger sur la pertinence de la recommandation du Conseil national des barreaux et regretter que l'organe d'une profession attachée à la présomption d'innocence recommande à ses membres de fonder une décision aussi importante que celle d'accepter ou non d'assister un client sur le critère du simple soupçon. Il faut probablement chercher le motif de cette recommandation dans l'obligation de déclaration qui s'impose aux avocats en matière de blanchiment. Très controversée, celle-ci trouve en effet à s'appliquer, aux termes mêmes de la loi, en cas de simple soupçon. Or on conçoit la difficulté qu'il y aurait

pour un avocat à assister un client qui aurait fait, de sa part, l'objet d'une déclaration de soupçon.

3° Obligation de déclaration

28 - L'article L. 562-2 du Code monétaire et financier impose aux professionnels du droit une obligation de déclaration concernant notamment « les opérations qui portent sur des sommes qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, de la corruption, ou d'activités criminelles organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme. »³⁷

En ce qui concerne les avocats, l'article L. 562-2-1 du Code monétaire et financier précise les conditions de cette obligation de déclaration. En particulier, celle-ci s'applique lorsque les avocats participent, en assistant leur client, à la préparation ou à la réalisation de certaines opérations énumérées par la loi, notamment l'achat et la vente d'immeubles ou de fonds de commerce, ainsi que la constitution, la gestion ou la direction de sociétés. À l'évidence, des opinions juridiques peuvent être demandées à l'occasion de telles opérations. Le même article L. 562-2-1 du Code monétaire et financier exclut en revanche du champ d'application de la déclaration de soupçon à laquelle sont tenus les avocats les informations « reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur l'un d'eux (...) dans le cadre d'une consultation juridique sauf si celle-ci est fournie aux fins de blanchiment de capitaux ou si ces personnes procèdent en sachant que leur client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux. »

La rédaction, marquée par l'origine européenne du texte, ne frappe ni par sa concision ni par sa clarté. Il semble cependant que l'esprit du texte soit d'établir une distinction entre, d'une part, l'assistance procurée pour la mise en œuvre d'une opération (notamment par la rédaction d'acte), qui fait naître une obligation de déclaration à la charge de l'avocat et, d'autre part, l'activité de conseil (notamment par la rédaction de consultation) qui, sauf si elle a le blanchiment pour finalité, ne fait pas naître d'obligation de déclaration. Autrement dit, les tâches liées à l'exécution d'une opération, marquées par leur aspect matériel, donneraient lieu à obligation de déclaration, alors que celles requérant un travail d'analyse juridique conceptuel y échapperaient, sauf si elles avaient pour but de mettre au point des stratégies de blanchiment. Cette approche conduirait à distinguer deux types de situations. En premier lieu, celles où l'avocat se contente d'exécuter les instructions reçues de son client. Le rapport entre le client et l'avocat n'est alors guère différent de celui qui peut se nouer entre le client et une institution financière ou une banque. L'avocat, s'il devient un simple preneur d'ordres, cesse de faire preuve de l'indépendance qui est en principe l'une des marques de sa profession. Il est dès lors normal qu'il soit tenu à des obligations de déclaration dont l'étendue est comparable à celle des obligations s'imposant aux établissements financiers. La seconde situation est celle, tout à fait inverse, dans laquelle l'avocat, bien loin de recevoir des instructions de son client, lui prodigue des conseils, et ce en toute indépendance. Il échappe alors à l'obligation de déclaration, sauf, et c'est bien normal, si ses conseils sont donnés aux fins de blanchiment de capitaux. La distinction est délicate et il faudra probablement attendre quelques temps avant que la jurisprudence permette, à la lumière de cas concrets, d'en préciser les contours.

29 - On peut toutefois, dès à présent, tenter d'appliquer cette distinction aux opinions juridiques. Il faut rappeler ici que les opinions juridiques se distinguent des consultations juridiques « traditionnelles », par leur forme et par leur finalité. Les opinions sont normalement remises en vertu de stipulations contractuelles faisant de leur délivrance une condition suspensive à l'exécution d'un

32. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de sanctionner pour complicité d'escroquerie et d'exercice illégal de la profession de banquier un avocat auteur d'une opinion juridique ayant par ce biais apporté son concours à une activité illicite (*Cass. crim.*, 10 nov. 1999 : *Juris-Data* n° 1999-004858 ; *Dr. et patrimoine mars 2001*, p. 119, obs. P. Mousseron).

33. V. *Juris-Classeur, Banque, Crédit, Bourse, Fasc. 142, Devoirs professionnels des établissements de crédits*, n° 24. - Francis Baillet, *Blanchiment : l'état de la législation* : *Gaz. Pal.* 13 oct. 2005, p. 2. - Ch. Cutajar, *Blanchiment d'argent : quel risque pénal en cas d'inobservation par les professionnels des obligations de vigilance ?* : *Gaz. Pal.* 26 févr. 2005, p. 16. Par analogie, voir également l'arrêt précité rendu par la Cour de cassation le 10 novembre 1999 en matière d'opinion juridique, qui insiste sur l'importance de l'élément intentionnel de l'infraction constituée par la remise d'opinions juridiques.

34. Ph. Conte, *Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment* : *JCP G* 2005, I, 126 ; dans le même sens, J. Larguier et Ph. Conte, *Droit pénal des affaires* : Armand Colin, 11^e éd., 2004, n° 258.

35. Cette obligation d'abstention s'applique dans les cas où l'opinion porte sur la convention elle-même (autorisation ; force obligatoire ; absence de violation de la loi), mais on peut observer qu'il en irait de même pour toute opinion (par exemple, une opinion portant sur l'existence d'une société), dès lors que sa remise est une condition suspensive de l'exécution d'un contrat dont l'auteur de l'opinion sait (ou devrait savoir) qu'il constitue une opération de blanchiment.

36. « Premiers conseils de vigilance destinés à prévenir le blanchiment des capitaux », *déc.* 2005, p. 12.

37. On peut observer que le « blanchiment » reçoit ici une définition différente de celle de l'article 324-1 du Code pénal.

contrat ou de certaines de ses clauses. Elles ne visent pas en tant que telles à exprimer une recommandation, ni à exposer une analyse juridique. Le syllogisme, bien que sous-jacent, n'y est pas exprimé, et elles se contentent d'exprimer de manière concise la conclusion d'un raisonnement qu'elles n'explicitent pas. De ce point de vue, les opinions juridiques peuvent paraître s'inscrire dans le cadre de l'activité d'exécution ou de mise en œuvre, par les avocats, des opérations de leurs clients. On pourrait dès lors être tenté de conclure que les informations obtenues à l'occasion de la rédaction d'une opinion juridique devraient faire naître une obligation de déclaration à la charge de l'auteur de l'opinion.

Il est toutefois permis d'observer, en sens inverse, que la rédaction d'opinions juridiques est une activité éminemment conceptuelle. Le syllogisme, s'il n'est pas exprimé dans les opinions, n'en constitue pas moins leur fondement et l'auteur d'opinions, pour se prononcer, se doit de qualifier les faits sur lesquels il s'exprime. Si l'on retient la distinction proposée plus haut afin de tracer la frontière entre les activités soumises à l'obligation de déclaration et celles y échappant, il semble donc que la rédaction d'opinions juridiques entre dans la seconde catégorie. Le jugement que l'auteur porte sur la situation juridique qui lui est soumise est en effet le fruit de sa réflexion et de son expérience, et bien éloigné d'un simple travail d'exécution. Les auteurs d'opinions juridiques se doivent en outre de faire preuve d'indépendance, et notamment, quelles que soient les pressions dont ils peuvent faire l'objet, de refuser de délivrer des opinions qui leurs semblent mal fondées en droit. Enfin, il faut garder à l'esprit que les opinions juridiques sont, pour leurs destinataires, un outil de vérification et de confirmation d'une réalité juridique. Ainsi, notamment, une opinion « impure » (« raisonnée » ou « qualifiée ») donne normalement l'occasion à son destinataire de s'entretenir avec son co-contractant des difficultés juridiques identifiées et de décider des conséquences qu'il y a lieu d'en tirer pour l'opération envisagée. Nous croyons d'ailleurs savoir que l'Ordre des avocats au Barreau de Paris estime que c'est à l'activité de conseil que les opinions juridiques se rattachent, et que le régime juridique et déontologique des opinions juridiques³⁸ est par conséquent identique à celui applicable en matière de consultation. Selon cette conception, les informations communiquées à un avocat en vue de la remise d'une opinion juridique ne donneront pas lieu à une obligation de déclaration à la charge de l'avocat, sauf s'il a connaissance (ou devrait avoir connaissance) que son opinion est fournie aux fins d'une opération de blanchiment de capitaux.

B. - Conséquences des obligations liées au blanchiment sur la rédaction des opinions juridiques

30 - Il serait *a priori* envisageable de faire figurer dans les opinions juridiques des mentions particulières concernant le blanchiment afin de limiter la portée des opinions sur ce sujet par la voie d'une hypothèse ou d'une réserve.

1° Stipulation d'une hypothèse

31 - Les hypothèses sur lesquelles se fondent les opinions juridiques portent notamment sur des faits dont la vérification serait excessivement longue et coûteuse³⁹. En dépit des vérifications exigées par les articles L. 563-1 et suivants du Code monétaire et financier, on ne peut exclure qu'un avocat, à son insu, délivre une opinion concourant à une opération de blanchiment. S'assurer positivement que tel n'est pas le cas nécessiterait des investigations allant bien au-delà du raisonnable, des exigences de la loi ou même du bon sens. Il serait

d'ailleurs probablement impossible pour quiconque d'atteindre ou d'approcher la certitude dans ce domaine. Une hypothèse selon laquelle le contrat sur lequel porte l'opinion ne concourt pas à une opération de blanchiment pourrait donc, à première vue, sembler opportune.

Cependant, une opinion ne peut en aucun cas être fondée sur une hypothèse dont l'auteur sait qu'elle est fautive⁴⁰. Il semble donc superflu de formuler dans les opinions une hypothèse selon laquelle la convention faisant l'objet de l'opinion n'est pas constitutive d'une opération de blanchiment. En effet, ou bien l'auteur a connaissance d'une difficulté liée aux textes sur le blanchiment, auquel cas il doit s'abstenir purement et simplement de délivrer son opinion et il ne lui est pas loisible de prétendre tourner la difficulté en se reposant artificiellement sur une hypothèse contraire⁴¹; ou bien l'auteur n'a pas connaissance de telles difficultés, et l'hypothèse doit être considérée comme implicite du simple fait que l'auteur accepte de délivrer son opinion.

32 - En outre, on pourrait douter de l'efficacité d'une hypothèse particulière concernant le blanchiment, notamment lorsque l'auteur de l'opinion est un avocat. Celui-ci a en effet un triple devoir : à ses obligations générales de diligence et de loyauté s'ajoute l'obligation de vigilance qui est spéciale au droit du blanchiment. Pour reprendre l'expression d'un auteur⁴², l'avocat ne saurait s'exonérer de sa responsabilité par l'« attitude de l'autruche ». Une analogie peut également être faite avec la théorie américaine sanctionnant la « *willful blindness* », selon laquelle une personne consciente de la nécessité qu'elle a de s'enquérir de certains faits ne peut faire valablement le choix délibéré de l'ignorance en vue d'échapper à la responsabilité qui serait la sienne si elle avait connaissance des faits dont elle choisit de détourner les yeux⁴³. Des principes similaires sont applicables en France. Ainsi, en particulier, la bonne foi d'un professionnel peut être écartée non seulement lorsque celui-ci a une connaissance effective d'une information, mais également lorsqu'il « aurait dû » avoir connaissance de cette information.

2° Stipulation d'une réserve

33 - Il serait également concevable d'exclure, par une réserve, les questions de blanchiment du champ des opinions juridiques portant sur les contrats. On peut cependant soulever à cette approche les mêmes objections que celles qui s'opposent à l'utilisation d'une hypothèse. Ainsi, il faut relever que, soit l'auteur de l'opinion a connaissance d'un problème de blanchiment, auquel cas il doit s'abstenir purement et simplement de délivrer son opinion ; soit il n'en a pas connaissance et la réserve est inutile. Il faut, en outre, souligner ici aussi que l'insertion d'une telle réserve serait selon toute vraisemblance dépourvue d'efficacité dans les cas où l'auteur de l'opinion avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'existence d'une opération de blanchiment.

40. V. Glazer and FitzGibbon, § 4.3.4.

41. Certains auteurs américains suggèrent que l'interdiction de se fonder sur une hypothèse fautive couvre également les cas où l'auteur a simplement des raisons de « suspecter » que l'hypothèse est fautive, auquel cas il doit pousser ses investigations pour conclure dans un sens ou dans l'autre (Glazer and FitzGibbon, *ibid.*, p. 115, note 16).

42. Ch. Cutajar, *Blanchiment d'argent : quel risque pénal en cas d'inobservation par les professionnels des obligations de vigilance ?* : *Gaz. Pal.* 26 févr. 2005, p. 16.

43. V. *Black's Law Dictionary*, WestGroup, 2d Pocket ed. 2001, p. 768 et les références citées. Pour une application au sujet de cette étude, V.F. Baldwin, *The Financing of Terror in the Age of the Internet : Willful Blindness, Greed or a Political Statement*, 8 *Jo. Money Laundering Control* 127 (2004).

38. Les opinions adressées à un tiers soulèvent toutefois certaines questions déontologiques particulières.

39. V. Glazer and FitzGibbon, § 4.3.2.

Conclusion

34 - Si l'incrimination du blanchiment présente de nombreuses particularités, ses sanctions ne sont pas différentes, au regard du droit civil et du droit des contrats, de celles d'autres textes d'ordre public. Certes, on pourrait être tenté de voir une spécificité du blanchiment dans le fait d'attacher des conséquences juridiques – la possible suspension d'exécution du contrat – en cas de simple soupçon, sans qu'il soit nécessaire que les faits soient avérés. Il faut toutefois relativiser cette spécificité. Il est en effet d'autres cas où l'efficacité d'un contrat peut être entravée en raison d'une situation incertaine. L'exemple le plus frappant en est donné par l'article 809 du Nouveau Code de procédure civile, qui permet au juge, « même en présence d'une contes-

tation sérieuse », de « prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent (...) pour prévenir un dommage imminent. » Or les opinions juridiques ne font jamais référence à cette faculté offerte au juge. En effet, elles ne constituent ni des leçons de droit ni des encyclopédies juridiques et elles ne visent nullement à l'exhaustivité. Céder à la tentation de l'inflation des hypothèses ou des réserves, et conduire ainsi à la surcharge inutile des opinions juridiques, ne contribuerait nullement à rendre ces documents plus lisibles pour leurs destinataires. Il n'y a donc pas lieu d'être étonné que le droit du blanchiment ne nécessite pas de mentions particulières dans les opinions juridiques.

MOTS-CLÉS : Avocats - Opinions juridiques - Blanchiment