

**LA TROISIÈME DIRECTIVE ANTI-BLANCHIMENT ET L'OBLIGATION DE VIGILANCE**

Le Centre de droit pénal économique de l'Université de Cergy-Pontoise a organisé son quatrième petit-déjeuner d'affaires le 11 avril dernier sur le thème du délit de blanchiment d'argent. Alors que la France tarde à transposer la troisième directive n° 2005/60/CE du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (v. également la directive n° 2006/70/CE de la Commission portant mesures de mise en œuvre de la directive de 2005), Maxence Delorme, magistrat à la Direction des affaires criminelles et des grâces et Hervé Robert, magistrat, conseiller juridique du directeur de Tracfin, ont accepté d'intervenir respectivement sur la question générale du dispositif français de lutte contre le blanchiment d'argent au regard de la troisième directive puis sur celle — plus précise et particulièrement sensible pour les avocats et commissaires aux comptes — de l'obligation de déclaration de soupçon.

Adoptée dans un contexte politique marqué par les actes terroristes qui ont frappé l'Europe — attentats de Madrid du 11 mars 2004 et de Londres de juillet 2005 — la directive n° 2005/60/CE du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (1), dite plus communément troisième directive anti-blanchiment, vise à améliorer les dispositifs préventifs de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme au sein des États membres de l'Union européenne.

Ce texte, dont la transposition devait intervenir avant le 15 décembre 2007, fait toujours l'objet en France de travaux interministériels. On notera que ces travaux portent également sur la transposition de sa directive d'application adoptée le 1<sup>er</sup> août 2006, dont l'intitulé exact en résumé le contenu : « Directive n° 2006/70/CE de la Commission du 1<sup>er</sup> août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive n° 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des personnes politiquement exposées et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée » (2).

Ce texte, adopté sur le fondement de l'article 40 paragraphe 1 a), b) et d) de la troisième directive permettant à la Commission d'arrêter des mesures de mise en œuvre aux fins d'harmonisation entre les

différents États membres, devait comme celle-ci être transposé avant le 15 décembre 2007.

À la différence de la deuxième directive anti-blanchiment du 4 décembre 2001 (3), dont l'objectif était d'actualiser la directive du 10 juin 1991 (4), la troisième directive fait table rase du passé, se substituant aux deux directives précédentes. Les innovations contenues dans la troisième directive sont nombreuses. Largement inspirées des avancées issues de la révision des quarante recommandations du Gafi réalisée en juin 2003 (5), elles expriment la volonté du législateur communautaire d'élargir le champ du dispositif de prévention, tout en insufflant une souplesse nouvelle devant permettre la concentration de l'action des professionnels sur les situations à haut risque de blanchiment et de financement du terrorisme.

Ainsi, avec l'élargissement du champ de la déclaration de soupçon à toute « infraction grave » punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an, la consécration d'une obligation de vigilance à géométrie variable, fondée sur le risque, constitue l'un des apports principaux du texte. D'autres avancées, directement en lien avec le système de vigilance ainsi rénové, feront l'objet de développements particuliers : la création de la notion de « bénéficiaire effectif » ou encore l'adoption d'un traitement spécifique des « personnes politiquement exposées » (6) (I).

Le champ d'application de l'obligation de vigilance se pose en des termes particuliers pour les professions juridiques en raison du caractère sensible du secret professionnel qu'elles détiennent. Un arrêt

(1) JO n° L. 309 du 25 novembre 2005, p. 15.

(2) JO n° L. 214 du 4 août 2006, p. 29 à 34.

(3) Directive n° 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive n° 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux [JO n° L. 344 du 28 décembre 2001, p. 76 à 82].

(4) Directive n° 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 [JO n° L. 166 du 28 juin 1991].

(5) Les quarante recommandations du Gafi révisées ont fait l'objet d'une publication en date du 20 juin 2003, consultable sur le site internet du Gafi (<http://www.fatf-gafi.org>).

(6) La troisième directive comporte d'autres innovations et notamment : l'extension du dispositif de déclaration de soupçon aux prestataires de services aux sociétés et fiducies ainsi qu'aux négociants de biens d'un montant supérieur à 15.000 € lorsque le paiement est assuré en espèces ; la suppression de la dérogation ouverte par la deuxième directive offrant aux avocats la possibilité d'informer leurs clients de la transmission d'une déclaration de soupçon les concernant [prohibition du « tipping off »] ; le renforcement de la logique de groupe ; la directive consacre la possibilité d'échanger des informations au sein des groupes et des réseaux bancaires et entre établissements non membres d'un groupe lorsqu'ils sont soumis à des obligations équivalentes, ce qui vise notamment les établissements de crédit ; la consécration du principe de reconnaissance et d'acceptation mutuelle des résultats des mesures d'identification des clients lorsque ces mesures ont été réalisées dans un autre État de l'Union européenne ; la réaffirmation du rôle des cellules de renseignements financiers, qui doivent être établies par chaque État membre.

rendu le 10 avril 2008 par le Conseil d'État (7) donne à cette question une actualité toute particulière. Cette décision pourrait en effet avoir un impact sur la transposition de la troisième directive (II).

## **I. La consécration d'une obligation de vigilance modulable en fonction du risque réel de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme**

La profonde transformation apportée par la troisième directive anti-blanchiment au système de vigilance impose un examen des enjeux (A) avant que ne soit abordée l'étude des dispositions elles-mêmes (B).

### **A. Les enjeux du passage d'un modèle rigide à une obligation de vigilance à géométrie variable**

#### **1. Rappel du droit positif**

Un bref rappel du droit positif en la matière permettra de mieux éclairer l'ampleur des changements portés par la troisième directive anti-blanchiment. Les obligations de vigilance proprement dites — à l'exclusion des obligations déclaratives — font l'objet des articles L. 563-1 et suivants et R. 563-1 et suivants du Code monétaire et financier. À l'exception d'une série de vigilances renforcées conditionnées à l'existence de certains critères (8), les dispositions actuelles consacrent un dispositif strict. Le professionnel doit mettre en œuvre son obligation de vigilance de façon systématique sans qu'il ne soit tenu compte du risque réel de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme : il doit identifier son client et conserver pendant cinq années les documents recueillis afin de permettre à Tracfin d'exercer son droit de communication. S'agissant de l'identification du client, on précisera qu'elle doit intervenir avant de nouer une relation contractuelle ou d'assister le client dans la préparation ou la réalisation d'une transaction, qu'il s'agisse d'un client occasionnel ou habituel, d'une personne physique ou d'une personne morale. On notera que l'article R. 563-1 III du Code monétaire et financier définit la procédure à mettre en œuvre avant de réaliser une opération pour une personne physique que le professionnel ne rencontre pas, ce dernier étant tenu de prendre des mesures complémentaires en sus des diligences normales (9). Issu du décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux (10), ce texte transpose de façon anticipée les dispositions de l'article 13, § 2 de la troisième directive. Par ailleurs, l'article

R. 563-1 IV impose au professionnel qui comprend que son cocontractant pourrait agir pour le compte d'autrui, la recherche du bénéficiaire effectif, défini comme « la personne pour le compte de laquelle l'opération est en réalité effectuée ou demandée ». Ce texte, issu du décret du 26 juin 2006, transpose la directive du 4 décembre 2001 en consacrant la notion de bénéficiaire effectif introduite par la troisième directive.

#### **2. Pourquoi une approche fondée sur le risque ?**

La troisième directive anti-blanchiment abandonne l'approche rigide de la vigilance pour une approche graduée, fondée sur le risque réel de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme. Cette « approche-risque » constituait une demande forte de la part de certains professionnels, et en particulier des professionnels du secteur bancaire, qui estiment que le dispositif actuel entraîne des difficultés de mise en œuvre. Avec le nouveau mécanisme, les efforts porteront sur les situations dans lesquelles des activités de blanchiment ou de financement du terrorisme sont véritablement susceptibles d'exister, ce qui devrait aboutir à une meilleure répartition des efforts et, espérons-le, à une meilleure efficacité du système. Cette modification devrait accroître également la responsabilisation des professionnels puisqu'ils devront, en dehors d'un certain nombre d'hypothèses particulières, apprécier eux-mêmes le risque et par voie de conséquence le niveau de vigilance nécessaire, et devront être en mesure de justifier que celui-ci était adapté. Enfin, une telle approche devrait permettre d'adapter le dispositif préventif aux évolutions des technologies employées par les professionnels assujettis (opérations effectuées sur internet, etc.) mais également aux évolutions des méthodes de blanchiment d'argent.

#### **3. La mesure du risque et le choix de la mesure**

Comment identifier et mesurer le risque ? Quelles vigilances mettre en œuvre lorsque le risque a été évalué ? La troisième directive anti-blanchiment laisse aux États membres une latitude importante en la matière. En effet, elle ne définit pas ce qu'est le risque de blanchiment ou de financement du terrorisme. De même, la directive liste les vigilances normales correspondant au risque standard mais ne précise pas, sauf cas particuliers, le contenu des vigilances allégées ou renforcées. Cependant, elle donne des exemples de clients, de produits ou d'opérations pour lesquels le risque devra être considéré comme élevé ou faible (11). En dehors de ces cas, il reviendra aux

(7) CE, 10 avril 2008, req. n°s 296845 et 296907, Juris-Data n° 2008-073380.

(8) Toute opération importante portant sur une somme supérieure à 150.000 € qui se présente dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraît pas avoir de justification économique ou d'objet licite, doit faire l'objet de la part du professionnel d'un examen particulier. Le professionnel doit se renseigner auprès du client sur l'origine et la destination des fonds ainsi que sur l'objet de la transaction et l'identité du bénéficiaire. Il doit consigner par écrit les caractéristiques de l'opération et conserver cet écrit pendant cinq ans (articles L. 563-3 et R. 563-2).

(9) L'identification à distance impose l'une des quatre mesures complémentaires suivantes : obtenir des pièces justificatives supplémentaires permettant d'établir l'identité du cocontractant ; vérifier et certifier auprès d'un tiers indépendant la pièce officielle d'identité prise en copie ; exiger que le premier paiement des opérations soit effectué par un compte ouvert au nom du client auprès d'un organisme financier établi dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ; obtenir une attestation de confirmation de l'identité d'un client de la part d'un organisme financier établi dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

(10) Cf. infra.

(11) De même, la directive d'application apporte autant de précisions qui viennent encadrer les possibilités de transposition de la troisième directive.

professionnels eux-mêmes d'évaluer le niveau de risque et de déterminer en fonction, l'intensité des vigilances à mettre en œuvre.

## B. De la vigilance simplifiée à la vigilance renforcée

### 1. Risque standard et vigilances normales

#### a) Présentation générale

Les vigilances normales constituent un standard. C'est ce standard qui sera, en fonction du risque, simplifié ou renforcé. Des vigilances devront être mises en œuvre par les professionnels dans quatre hypothèses (12) : lorsqu'ils nouent une relation d'affaires ; lorsqu'ils concluent, à titre occasionnel, une transaction d'un montant de 15.000 € au moins, que la transaction soit effectuée en une seule ou plusieurs opérations entre lesquelles un lien semble exister ; lorsqu'il y a suspicion de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, indépendamment de tous seuils, exemptions ou dérogations applicables ; enfin lorsqu'il existe des doutes concernant la véracité ou la pertinence des données précédemment obtenues aux fins d'identification d'un client. Les obligations de vigilance normales sont les suivantes : identification et vérification de l'identité du client, du bénéficiaire effectif, de l'objet et de la nature envisagée de la relation d'affaires, mais également application d'une vigilance constante portant sur l'origine des fonds pendant toute la durée de la relation et donc notamment au moment de la conclusion de la transaction. Il s'agit de mesures qui doivent être mises en œuvre pour que les établissements assujettis s'assurent de connaître leurs clients et de comprendre la nature de leurs activités financières et commerciales. On notera que l'identification du client et du bénéficiaire effectif doit en principe avoir lieu avant l'établissement d'une relation d'affaires ou l'exécution de la transaction. Cependant, la directive organise un certain nombre d'exceptions. Ainsi, l'identification peut n'intervenir que durant l'établissement de la relation d'affaires s'il est nécessaire de ne pas interrompre l'exercice normal des activités et lorsque le risque de blanchiment ou de financement du terrorisme est faible.

On le voit, ce standard est proche du dispositif actuel. On soulignera cependant que l'exigence explicite d'une vigilance constante tout au long de la relation imposera aux professionnels de mettre à jour régulièrement les éléments d'information dont ils disposent sur leurs clients. Par ailleurs, il convient de relever que le professionnel qui n'est pas en mesure d'identifier ou de vérifier l'identité du client, du bénéficiaire effectif ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires, devra ne pas exécuter d'opération par un compte bancaire, n'établir aucune relation d'affaires

ou n'exécuter aucune transaction ou mettre un terme à la relation d'affaires et effectuer une déclaration de soupçon (13). Sur-tout, la définition du bénéficiaire effectif consacrée par la troisième directive est beaucoup plus large que la conception qu'en retient le droit positif.

#### b) Précisions relatives à la notion de bénéficiaire effectif

La directive définit le bénéficiaire effectif comme la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, possèdent ou contrôlent le client et/ou la personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée. Le bénéficiaire effectif est donc nécessairement une personne physique. La notion de bénéficiaire effectif n'est pas une nouveauté pour le droit français comme nous l'avons vu. Cependant, la troisième directive en consacre une définition bien plus contraignante pour les professionnels que celle introduite par le décret du 26 juin 2006. Le professionnel devra identifier celui qui se cache derrière un montage financier et qui bénéficie *in fine* de l'opération réalisée, sans pouvoir s'abriter derrière l'apparence d'une situation juridique. La troisième directive précise de façon détaillée la notion : le bénéficiaire effectif peut être attaché au client par un lien contractuel (contrats de mandat ou de commission par exemple) ou par un lien structurel, que le client soit une société — dans ce cas le bénéficiaire est celui qui contrôle son capital ou sa direction — ou une entité juridique autre qu'une société (fondations, fonds communs de placement ou de créances, etc.). Le bénéficiaire effectif sera par exemple celui qui détient un pourcentage de 25 % des actions plus une ou au moins 25 % des biens de l'entité juridique. Il s'agira encore de tout dirigeant d'une société, associé ou non, ou de toute personne susceptible de donner des ordres au dirigeant quant à la marche sociale. L'objectif poursuivi est d'identifier le dirigeant réel de la société, celui qui, dans l'ombre d'un homme de paille, blanchit de l'argent sale (14).

### 2. Risque faible et vigilances simplifiées (15)

S'il revient au professionnel lui-même d'évaluer le risque et de choisir l'intensité des vigilances à mettre en œuvre, la troisième directive anti-blanchiment liste cependant un certain nombre de cas dans lesquels le risque devra être considéré comme faible. Dans ces hypothèses, les États membres peuvent prévoir que les professionnels ne seront tenus que de recueillir des informations suffisantes pour s'assurer qu'ils se trouvent effectivement dans l'un de ces cas. La troisième directive vise trois catégories de situations : les transactions ou opérations accomplies pour le compte d'un établissement financier ou de crédit implanté dans un pays de l'Union européenne ou établi

[12] On notera que des vigilances spécifiques sont édictées pour les casinos [art. 10].

[13] À l'exception des professions juridiques lorsqu'elles sont en train d'évaluer la situation juridique de leur client ou exercent leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure [art. 9, § 5].

[14] Pour un examen des difficultés posées par cette notion, v. L. Châtain, *Blanchiment de capitaux : à la recherche du bénéficiaire effectif*, JCP E 2006, n° 9.

[15] On notera que la troisième directive anti-blanchiment organise une possibilité d'exonérer totalement de ses dispositions les professionnels exerçant une activité financière à titre occasionnel ou à une échelle très limitée lorsqu'il y a peu de risque de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme [art. 2, § 2]. L'article 4 de la directive d'application précise les critères retenus. À titre d'exemple, sont concernés les hôtels qui fournissent des services de change à leurs clients ou encore les sociétés de transport maritime qui proposent des services financiers à bord de leurs navires.

dans un pays tiers imposant des normes anti-blanchiment équivalentes à celles de l'Union européenne, les clients (16) ou les produits (17) présentant un risque faible. On notera qu'en cas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, le recours aux vigilances simplifiées est écarté.

### 3. Risque élevé et vigilances renforcées

#### a) Présentation générale

La troisième directive anti-blanchiment prévoit que les professionnels devront appliquer, en fonction de leur appréciation du risque, des mesures de vigilances renforcées dans les situations qui, par leur nature, peuvent présenter un risque élevé de blanchiment ou de financement du terrorisme. En parallèle, le texte vise un certain nombre de cas dans lesquels des vigilances renforcées devront être mises en œuvre : lorsque le produit ou l'opération concerné favorise l'anonymat ; lorsque le client n'était pas physiquement présent aux fins de l'identification (18) ; en cas de relation transfrontalière de correspondant bancaire — activités de « correspondant *banking* » — avec des établissements correspondants de pays tiers (19) ; en cas de transactions ou de relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées résidant dans un autre État membre ou dans un pays tiers (20).

#### b) Précisions relatives aux personnes politiquement exposées

La troisième directive anti-blanchiment exige, s'agissant des personnes politiquement exposées résidant dans un autre État membre ou dans un pays tiers, d'une part que les professionnels assujettis disposent de procédures adéquates adaptées au risque afin de déterminer si le client est une personne politiquement exposée, d'autre part qu'ils obtiennent l'autorisation d'un niveau élevé de la hiérarchie

avant de nouer une relation d'affaires avec de tels clients, en outre qu'ils prennent toute mesure appropriée pour établir l'origine du patrimoine et l'origine des fonds impliqués dans la relation d'affaires ou la transaction, enfin qu'ils assurent une surveillance continue renforcée de la relation d'affaires (21). La notion de personne politiquement exposée est apparue en 1999 lors de l'affaire Sani Abacha, l'ancien président du Nigéria dont les fonds avaient été placés dans des établissements bancaires principalement en Suisse, en Grande-Bretagne et au Liechtenstein. Ces avoirs, issus notamment de faits de corruption, avaient été bloqués sur demande de l'entraide judiciaire formulée par les autorités nigérianes. L'objectif est donc de prendre en compte ce risque spécifique d'utilisation des établissements bancaires ou financiers à des fins de blanchiment. La troisième directive définit la notion de personnes politiquement exposées comme les personnes physiques qui occupent ou se sont vues confier une fonction publique importante ainsi que les membres directs de leur famille ou des personnes connues pour leur être étroitement associées. L'article 2 de la directive d'application apporte de nombreuses précisions quant à cette notion (22). S'agissant des personnes visées, seules des personnalités exerçant de très hautes responsabilités publiques sont concernées et notamment les chefs d'État, chefs de gouvernement, ministres, ministres délégués et secrétaires d'État (23). Les fonctions exercées aux niveaux communautaire et international sont concernées, les personnes politiquement exposées de l'Union européenne ne bénéficient donc pas d'un traitement favorable. À l'opposé, les personnes politiquement exposées « nationales » sont exclues du champ de la troisième directive. On notera en outre que le critère retenu, celui de la résidence, et non celui de la nationalité, aura pour conséquence par exemple qu'un ambassadeur étranger en France ne sera pas considéré comme une personne politiquement exposée.

---

**[16]** Sociétés cotées dont les valeurs sont admises à la négociation sur un marché réglementé au sens de la directive n° 2004/39/CE dans un État membre au moins et sociétés cotées de pays tiers qui sont soumises à des exigences de publicité compatibles avec la législation communautaire ; bénéficiaires effectifs de comptes groupés tenus par des notaires ou des membres d'une autre profession juridique indépendante établis dans un État membre ou, sous certaines conditions, dans un pays tiers ; autorités ou organismes publics sous certaines conditions ; clients qui n'ont pas la qualité d'autorités ou d'organismes publics mais qui satisfont à plusieurs critères [art. 11, § 2 a) à c) de la troisième directive et article 3 de la directive d'application].

**[17]** Polices d'assurance-vie dont la prime annuelle ne dépasse pas 1.000 € ou dont la prime unique ne dépasse pas 2.500 € ; contrats d'assurance retraite qui ne comportent pas de clause de rachat et qui ne peuvent être utilisés en garantie ; régimes de retraite ou dispositifs similaires versant des prestations de retraite aux employés, pour lesquels les cotisations se font par déduction du salaire et dont les règles ne permettent pas aux bénéficiaires de transférer leurs droits ; monnaie électronique sous certaines conditions ; tout produit dès lors qu'il remplit plusieurs conditions cumulatives [art. 11, § 5 a) à d) de la troisième directive et article 3 de la directive d'application].

**[18]** Comme nous l'avons vu, cette disposition a été transposée par anticipation par le décret du 26 juin 2006.

**[19]** Dans ce cas, les professionnels devront mettre en œuvre les mesures spécifiques visées à l'article 13, § 3 a) à e).

**[20]** On notera que la troisième directive prévoit par ailleurs que les États membres interdisent aux établissements de crédit de nouer ou de maintenir une relation de correspondant bancaire avec une société bancaire écran et font obligation à l'établissement de crédit de prendre des mesures appropriées pour garantir qu'il ne noue pas ou ne maintient pas une relation de correspondant avec une banque connue pour permettre à une société bancaire écran d'utiliser ses comptes [art. 13, § 5]. Par ailleurs, les États membres doivent interdire aux établissements financiers de tenir des comptes anonymes ou des livrets d'épargne anonymes [art. 6].

**[21]** Dans son considérant n° 2, la directive d'application précise que les États membres ne devront pas automatiquement tenir pour responsables les professionnels qui ne seront pas parvenus à identifier un client comme une personne politiquement exposée et devraient envisager de fournir aux professionnels les orientations nécessaires à cet égard.

**[22]** L'article 2 de la directive d'application précise les notions de « membres directs de la famille » et de « personnes connues pour être étroitement associées ». Par ailleurs, il indique que les États membres ne sont pas tenus de considérer comme politiquement exposée une personne qui n'a pas occupé de fonction publique importante pendant une période d'au moins un an.

**[23]** Mais également les parlementaires ; les membres des cours suprêmes, des cours constitutionnelles ou d'autres hautes juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, sauf circonstances exceptionnelles ; les membres des cours des comptes ou des conseils des banques centrales ; les ambassadeurs, les chargés d'affaires et les officiers supérieurs des forces armées ; les membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance des entreprises publiques [art. 2 de la directive d'application].

## II. La transposition des dispositions de la troisième directive anti-blanchiment relatives au champ d'application des obligations de vigilance imposées aux professions juridiques après l'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 2008

Avant d'examiner la portée de l'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 2008 sur la transposition de la troisième directive anti-blanchiment (B), il convient au préalable de présenter la problématique du champ d'application des obligations de vigilance aux professionnels et l'état du droit positif (A).

### A. La problématique du champ d'application des obligations de vigilance aux professions juridiques et l'état du droit positif avant l'arrêt du Conseil d'État en date du 10 avril 2008

#### 1. La problématique du champ d'application des obligations de vigilance aux professions juridiques

Cette problématique est liée à la spécificité du secret professionnel de l'avocat (24), lequel garantit au client l'absence de divulgation des informations confiées au professionnel, condition nécessaire à l'instauration d'une relation de confiance. Ce secret professionnel est protégé par les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (25). L'article 8 de la Convention, relatif au droit au respect de la vie privée, protège le secret professionnel de l'avocat dans son activité de conseil. L'article 6, relatif au droit à un procès équitable, protège le secret professionnel de l'avocat en ce qui concerne la défense et la représentation en justice. Au-delà du professionnel lui-même, c'est la protection des intérêts du client qui est visée.

Malgré le caractère particulièrement sensible du secret professionnel de l'avocat, le principe de soumettre les professions du droit au dispositif préventif de lutte contre le blanchiment d'argent est aujourd'hui parfaitement acquis. Il l'est en droit communautaire comme en droit interne (26), il l'est aussi dans l'esprit des professionnels eux-mêmes qui ne semblent plus vouloir le contester (27). Le débat s'est désormais focalisé sur les modalités de soumission des avocats à ce dispositif. La question du champ d'application des

obligations de vigilance, dont le droit de communication de Tracfin relève (28), est l'une des plus sensibles.

#### 2. Les solutions adoptées par la loi du 11 février 2004 transposant la deuxième directive anti-blanchiment et son décret d'application du 26 juin 2006

En transposant la deuxième directive anti-blanchiment du 4 décembre 2001, la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques (29) a soumis les professions juridiques au dispositif préventif de lutte contre le blanchiment tout en consacrant une solution de compromis qui tient compte de la nature particulière du secret professionnel des avocats (30). En effet, si les professions juridiques sont soumises à ce dispositif lorsqu'elles participent à des transactions de nature financière ou pour le compte de sociétés, y compris lorsqu'elles fournissent des conseils fiscaux, elles ne sont pas tenues de procéder à une déclaration de soupçon lorsque les informations ont été reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur l'un d'eux, soit dans le cadre d'une consultation juridique sauf si celle-ci est fournie aux fins de blanchiment de capitaux ou si ces personnes y procèdent en sachant que leur client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux, soit dans l'exercice de leur activité dans l'intérêt de ce client lorsque cette activité se rattache à une procédure juridictionnelle, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure (31).

Le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux (32), pris en application de la loi du 11 février 2004, est venu compléter le dispositif mis en place par celle-ci et a achevé la transposition de la deuxième directive. Il a introduit un nouvel article R. 563-4 dans le Code monétaire et financier selon lequel les professions juridiques ne sont soumises aux obligations de vigilance que lorsque, dans le cadre de leur activité non juridictionnelle, elles réalisent au nom et pour le compte de leur client toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'elles participent en assistant leur client à la préparation ou à la réalisation d'un certain nombre de transactions. Le décret du 26 juin 2006 a ainsi fait

(24) Cette problématique est commune aux avocats, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, et avoués près la cour d'appel.

(25) Ce que le Conseil d'État souligne dans son arrêt du 10 avril 2008.

(26) Cf. infra.

(27) Th. Wickers, *Comment transposer la troisième directive anti-blanchiment ?*, *Gaz. Pal.* du 1<sup>er</sup> mars 2008, n° 61, p. 2.

(28) On notera que le droit français intègre le droit de communication de Tracfin dans le chapitre consacré aux obligations de vigilance (C. mon. et fin., art. L. 563-4, al. 2). La troisième directive quant à elle traite le droit de communication dans le chapitre consacré aux obligations de déclaration (art. 22, § 1 b)).

(29) JO du 12 février 2004, p. 2847.

(30) La loi du 11 février 2004 a soumis au dispositif les professions suivantes : experts-comptables, commissaires aux comptes, notaires, huissiers de justice, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avocats, avoués près les cours d'appel, commissaires-priseurs judiciaires et commissaires-priseurs aux sociétés de ventes. Cependant, le système de compromis auquel il est fait référence ne concerne que les professions visées à l'article L. 562-1 12° à savoir : notaires, huissiers de justice, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avocats, avoués près les cours d'appel.

(31) C. mon. et fin., art. L. 562-2-1.

(32) JO du 27 juin 2006, p. 9625.

échapper aux obligations de vigilance les informations recueillies lors d'une procédure juridictionnelle, celles obtenues au cours d'une consultation juridique restant soumises à ces obligations.

Ce texte a posé une difficulté d'interprétation. Le problème a été de déterminer si les dispositions de l'article R. 563-4 du Code monétaire et financier s'appliquaient à l'obligation de déclaration de soupçon. La question est d'importance. En effet, en répondant par l'affirmative, on ne peut que constater que le décret est *contra legem*, l'article R. 563-4 aboutissant selon cette interprétation à réintégrer la consultation juridique dans le champ de la déclaration de soupçon, ce qui est contraire à la loi du 11 février 2004 qui prévoit que celle-ci doit y échapper. Cette analyse se fonde sur l'idée que les obligations de vigilance et de déclaration forment un tout indivisible (33). Les tenants de l'analyse contraire ont soutenu que les obligations de vigilance et de déclaration, énoncées dans deux chapitres différents, sont distinctes et sont soumises à des régimes juridiques différents. Dans le même sens, la loi de 2004 n'a prévu aucune dérogation au champ des obligations de vigilance au profit des professions juridiques contrairement à l'obligation de déclaration (34). Le Conseil d'État, dans son arrêt du 10 avril 2008, a tranché la question.

## **B. La troisième directive anti-blanchiment et sa transposition après l'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 2008**

### **1. L'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 2008**

Le Conseil d'État a été saisi courant 2006 par plusieurs organes représentatifs de la profession d'avocat, de recours contentieux formés contre la directive du 4 décembre 2001, la loi du 11 février 2004 et le décret du 26 juin 2006 sur le fondement du droit communautaire et des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'État a livré une lecture de ces textes protectrice du secret professionnel des avocats et conforme aux décisions étrangères et communautaires rendues récemment sur le sujet.

S'agissant de la directive du 4 décembre 2001, les requérants estimaient qu'elle portait atteinte au secret professionnel des avocats — et était de ce fait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme — en ce qu'elle n'érigeait pas en obligation mais en simple faculté (« les États membres ne sont pas tenus... ») pour les États membres de prévoir l'exonération de l'activité de défense et de re-

présentation en justice et de l'activité de consultation juridique du principe de soumission des professions juridiques aux obligations d'information et de coopération édictées par la directive. Le Conseil d'État n'a pas adopté cette appréciation et a jugé que la directive devait être interprétée comme obligeant les États membres à adopter cette exonération. S'agissant de l'activité de défense et de représentation en justice, le Conseil d'État n'a fait que reprendre l'interprétation de la directive donnée par la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 26 juin 2007 « Ordre des Barreaux francophones et germanophones et autres » (35) qui s'imposait à lui. Saisie par la Cour constitutionnelle de Belgique, la CJCE avait jugé que la directive du 4 décembre 2001 devait être lue comme imposant aux États membres d'exonérer les avocats. La CJCE avait fondé sa décision sur le considérant n° 17 de la directive (36) et sur la protection des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Concernant l'activité de conseil juridique, la CJCE ne s'était pas prononcée, n'ayant pas été saisie de la question. Le Conseil d'État a considéré que l'interprétation donnée par la CJCE relative à l'activité de défense et de représentation en justice devait, à la lumière du considérant n° 17 de la directive, nécessairement être étendue à l'activité de conseil juridique. Le Conseil d'État a rejoint sur ce point l'appréciation portée par la Cour constitutionnelle de Belgique dans un arrêt du 23 janvier 2008 (37). Par ailleurs, concernant l'impossibilité d'exonérer l'avocat des obligations d'information et de coopération que la directive prévoit lorsque celui-ci prend lui-même part à des activités de blanchiment de capitaux, lorsque la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment et lorsque l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment, le Conseil d'État a estimé que cette atteinte limitée au secret professionnel, dans le seul domaine du conseil juridique, était justifiée au regard de l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment et n'était donc pas contraire au droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Concernant la loi du 11 février 2004, les requérants faisaient valoir que les dispositions législatives du Code monétaire et financier prises pour la transposition de la directive du 4 décembre 2001 étaient contraires à la directive et à la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État, au contraire, considère la loi respectueuse des dispositions de la convention jugeant conforme à la directive du 4 décembre 2001 les dispositions incriminées. En premier

[33] Sur ce point, on notera que les chapitres I et II du titre VI du Code monétaire et financier sont consacrés aux obligations de déclaration, tandis que le chapitre III vise les « autres obligations de vigilance », ce qui indique que les obligations déclaratives sont une catégorie particulière d'obligations de vigilance.

[34] V. sur ce débat : C. Cutajar, *La participation des avocats à la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme après le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006*, D. 2006, p. 2104 et H. Robert, *Le décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment des capitaux*, Revue Lamy, Dr. Aff., 11/2006, n° 10.

[35] CJCE, 26 juin 2007, aff. C-305/05.

[36] « [...] dans les cas où des membres indépendants de professions consistant à fournir des conseils juridiques, qui sont légalement reconnues et contrôlées, par exemple des avocats, évaluent la situation juridique d'un client ou le représentent dans une procédure judiciaire, il ne serait pas approprié que la directive leur impose l'obligation, à l'égard de ces activités, de communiquer d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux. Il y a lieu d'exonérer de toute obligation de déclaration les informations obtenues avant, pendant et après une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client. Par conséquent, la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel, sauf si le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, si la consultation juridique est fournie aux fins du blanchiment de capitaux ou si l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins du blanchiment de capitaux ».

[37] Arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008, n° du rôle : 3064 et 3065.

lieu, elle relève que conformément aux exigences de la directive telles qu'interprétées à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, le législateur français a exonéré de l'obligation de déclaration de soupçon l'activité de défense et de représentation en justice et l'activité de consultation juridique de l'avocat. Surtout, elle juge que les professions juridiques ne sont soumises aux obligations de vigilance prévues au chapitre III du titre VI du livre V, et donc au droit de communication de Tracfin (38), que dans les limites posées à l'article L. 562-2-1 relatif aux dispositions applicables aux professions juridiques s'agissant de la déclaration de soupçon.

Elle conclut en conséquence que les informations recueillies par les professions juridiques dans le cadre de leur activité juridictionnelle ou lors d'une consultation juridique ne sont pas soumises aux obligations de vigilance sauf lorsque cette consultation est en lien direct avec une opération de blanchiment. La motivation du Conseil d'État sur ce point est particulièrement sibylline (« il résulte de la combinaison de l'ensemble des dispositions législatives applicables... »).

Quoi qu'il en soit, la Haute juridiction tranche ici le débat évoqué précédemment relatif à la validité de l'article R. 563-4 du Code monétaire et financier introduit par le décret du 26 juin 2006 et, compte tenu de l'interprétation qu'elle retient, ne peut que l'annuler. En effet, dès lors que le Conseil d'État juge que les dispositions législatives relatives à l'obligation de déclaration s'appliquent aux obligations de vigilance, les dispositions réglementaires qui prévoient, s'agissant de ces dernières, que l'exonération ne concerne que l'activité juridictionnelle et non la consultation juridique, violent nécessairement la loi et doivent de ce fait être invalidées (39).

Cet arrêt est d'une grande importance. D'abord, parce qu'il tranche de façon claire des questions de principe, dont certaines étaient largement ouvertes au débat, et met ainsi fin en partie aux incertitudes du

droit positif. Également, parce que le Conseil d'État, à travers cet arrêt, rappelle l'impérieuse nécessité d'une harmonisation des solutions sur le plan européen. Comme dans bien d'autres domaines, l'un des risques qu'entraînent des divergences de modèles entre les États membres est de fausser la concurrence entre professionnels d'un même secteur. À cet égard, la décision du Conseil d'État aura une portée qui devrait dépasser les frontières nationales. Comme la décision belge, elle pourrait constituer un précédent jurisprudentiel européen. Surtout, cet arrêt est susceptible d'avoir un impact sur la transposition de la troisième directive anti-blanchiment.

## 2. La transposition de la troisième directive anti-blanchiment après l'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 2008

La troisième directive anti-blanchiment reprend le dispositif mis en place par la directive du 4 décembre 2001 quant au champ d'application des obligations de vigilance imposées aux professions juridiques (40).

Compte tenu de la décision du Conseil d'État du 10 avril 2008, on doit souligner que sur ce point, la troisième directive est conforme aux articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. S'agissant de sa transposition en droit interne, les solutions dégagées par le Conseil d'État, qui reposent sur une interprétation des textes fondée sur la protection des droits fondamentaux, conduiront à soumettre les professions juridiques aux obligations d'information et de coopération édictées par la directive dans un cadre protecteur du secret professionnel qu'elles détiennent.

*Maxence DELORME*  
Magistrat

[38] Cf. note n° 29.

[39] On ajoutera que le Conseil d'État a annulé l'article R. 562-2-2 du Code monétaire et financier, issu du décret du 26 juin 2006, qui oblige les avocats à répondre directement aux demandes d'information de Tracfin, sans prévoir, comme dans le cas de la déclaration de soupçon, le filtre selon le cas du président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, du bâtonnier de l'Ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou du président de la compagnie dont relève l'avoué. Telles qu'interprétées par le Conseil d'État, les dispositions législatives du Code monétaire et financier imposaient de prévoir un tel filtre non seulement pour la déclaration de soupçon, mais aussi pour la réponse aux demandes d'information.

[40] Cf. considérant n° 19 et article 23, § 2 de la directive.