

Dalloz jurisprudence

Contrôle d'une directive communautaire et d'une loi de transposition au regard de la Convention européenne des droits de l'homme : devoir de coopération des avocats en matière de blanchiment des capitaux

Conseil d'Etat
Section du contentieux

10 avril 2008
n° 296845, 296907

Citations Dalloz

Codes :

- Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. I. 111-2

Reuves :

- Actualité juridique Droit administratif 2008. p. 1085.
- Recueil Dalloz 2008. p. 1047.
- Recueil Dalloz 2008. p. 1573.
- Recueil Dalloz 2008. p. 2322.
- Revue française de droit administratif 2008. p. 575.
- Revue française de droit administratif 2008. p. 711.
- Revue française de droit administratif 2008. p. 780.
- Revue trimestrielle de droit civil 2008. p. 444.

Encyclopédies :

- Rép. civ., Avocat (responsabilité) , n° 178
- Rép. com., Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme, n° 45
- Rép. communautaire, Primauté du droit de l'Union européenne, n° 39
- Rép. cont. adm., Violation de la règle de droit, n° 223

Sommaire :

a) Est opérant, à l'encontre d'un acte réglementaire précisant les conditions d'application de dispositions d'une loi prise pour assurer la transposition d'une directive communautaire, le moyen tiré de la méconnaissance par la directive communautaire et par la loi de transposition des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

b) Il résulte de l'article 6§2 du traité sur l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que, dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de

l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire. Il appartient en conséquence au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de cette convention, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations. Il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne.

c) Lorsqu'est invoqué devant le juge administratif un moyen tiré de ce qu'une loi transposant une directive serait elle-même incompatible avec un droit fondamental garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et protégé en tant que principe général du droit communautaire, il appartient au juge administratif de s'assurer d'abord que la loi procède à une exacte transposition des dispositions de la directive. Si tel est le cas, le moyen tiré de la méconnaissance de ce droit fondamental par la loi de transposition ne peut être apprécié que selon la procédure de contrôle de la directive précédemment décrite.

a) Il résulte de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) du 26 juin 2007 "Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres" que la directive 91/308/CE du 1er juin 1991 modifiée par la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 ne méconnaît pas les exigences liées au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle exclut du champ des obligations d'information et de coopération les informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles.

b) Alors même que la CJCE, qui n'était saisie que de la question de la validité de la directive 2001/97/CE au regard de l'article 6 de la convention, ne s'est pas prononcée explicitement sur ce point, il résulte de son interprétation de la directive 2001/97/CE dans ce même arrêt, au considérant n° 17, que les informations reçues ou obtenues par un avocat lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client doivent être exclues du champ des obligations d'information et de coopération à l'égard d'autorités publiques, sous les seules réserves des cas où le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment de capitaux et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils aux fins de blanchiment de capitaux. Dans ces conditions et eu égard à l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment de capitaux, le moyen tiré de ce que la directive porterait une atteinte excessive au droit fondamental du secret professionnel protégé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté.

c) Les dispositions de la loi du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques relatives, d'une part, aux modalités d'application de l'obligation de déclaration de soupçon aux personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1 du code monétaire et financier (article L. 562-2-1 nouveau du code monétaire et financier), d'autre part, à la définition du champ d'application des obligations de vigilance définies au chapitre III du titre VI du livre V du code monétaire et financier, ont fait une exacte transposition des dispositions de la directive du 4 décembre 2001 et ne sont, par suite, pas incompatibles avec les droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

d) Les dispositions de l'article R. 562-2 du code monétaire et financier, dans leur rédaction issue du décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 attaqué, prévoyant que les professionnels concernés "sont chargés, à titre individuel, de répondre aux demandes de la cellule TRACFIN et de recevoir les accusés de réception, quelles que soient les modalités de leur exercice professionnel", qui imposent une relation directe entre les intéressés et la cellule TRACFIN dans les cas où ils répondent à cette dernière, alors que les dispositions de l'article L. 562-2-1 prévoient un dispositif de filtre, sont illégaux.

e) L'article R. 563-4 du code monétaire et financier, en se bornant à rappeler les dérogations propres aux procédures juridictionnelles, sans mentionner celles correspondant aux consultations juridiques, a méconnu le champ d'application de l'article L. 562-2-1.

Texte intégral :

Conseil d'Etat Section du contentieux 10 avril 2008 N° 296845, 296907

Vu 1°), sous le n° 296845, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 août et 21 décembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, dont le siège est 22, rue de Londres à Paris (75009), la CONFERENCE DES BATONNIERS DE FRANCE ET D'OUTRE-MER, dont le siège est 12, place Dauphine à Paris (75001), l'ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION, dont le siège est 5, quai de l'Horloge à Paris (75001) et l'ORDRE DES AVOCATS DE PARIS, dont le siège est 11, place Dauphine à Paris (75001) ; le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et autres demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir trois dispositions du décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et modifiant le code monétaire et financier, codifiées aux articles R. 562-2, R. 563-3 et R. 563-4 de ce même code ;

Vu 2°), sous le n° 296907, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 28 août et 28 décembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le CONSEIL DES BARREAUX EUROPEENS, dont le siège est 1-5, avenue de la Joyeuse Entrée à Bruxelles (1040), Belgique ; le CONSEIL DES BARREAUX EUROPEENS demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir deux dispositions du décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et modifiant le code monétaire et financier, codifiées aux articles R. 562-2 et R. 563-4 de ce même code ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat le versement d'une somme de 8 000 ? au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le Traité sur l'Union européenne ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la directive 91/308/CEE du 10 juin 1991 modifiée par la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 ;

Vu le code monétaire et financier ;

Vu l'arrêt du 15 octobre 2002 de la Cour de justice des Communautés européennes, Limburgs Vinyl Maatschappig ;

Vu l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 26 juin 2007, « Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres » ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mlle Aurélie Bretonneau, Auditeur,
- les observations de la SCP Bachellier, Potier de la Varde, avocat du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et autres et de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat du CONSEIL DES BARREAUX EUROPEENS,
- les conclusions de M. Mattias Guyomar, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes présentées, d'une part, sous le n° 296845, par le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, la CONFERENCE DES BATONNIERS DE FRANCE ET D'OUTRE-MER, L'ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION et L'ORDRE DES AVOCATS DE PARIS et, d'autre part, sous le n° 296907, par le CONSEIL DES BARREAUX EUROPEENS, sont dirigées contre le même décret ; qu'il y a lieu de les joindre pour qu'il soit statué par une seule décision ;

Sur l'intervention de la Chambre nationale des avoués près les cours d'appel au soutien de la requête n° 296845 :

Considérant que la Chambre nationale des avoués près les cours d'appel a intérêt à l'annulation du décret attaqué ; qu'ainsi, son intervention est recevable ;

Sur les textes applicables :

Considérant que la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 a modifié la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux afin, notamment, d'étendre les obligations qu'elle édicte en matière d'identification des clients, de conservation des enregistrements et de déclaration des transactions suspectes à certaines activités et professions ; qu'elle a inclus dans son champ d'application les notaires et les membres des professions juridiques indépendantes lorsqu'ils participent à certaines transactions ; qu'à cette fin, elle a introduit dans la directive du 10 juin 1991 un article 2bis, aux termes duquel « les Etats membres veillent à ce que les obligations prévues par la présente directive soient imposées aux établissements suivants : (...) 5° notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes lorsqu'ils participent, a) en assistant leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant : i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ; ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client ; iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles ; iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ; v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires ; b) ou en agissant au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière » ; qu'aux termes de l'article 6 de la directive, dans sa nouvelle rédaction : « 1. Les Etats membres veillent à ce que les établissements et les personnes relevant de la présente directive, ainsi que leurs dirigeants et employés, coopèrent pleinement avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux : a) en informant, de leur propre initiative, ces autorités de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux ; b) en fournissant à ces autorités, à leur demande, toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues par la législation applicable (...) ; 3. (...) Les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations prévues au paragraphe 1 aux notaires, aux membres des professions juridiques indépendantes, aux commissaires aux comptes, aux experts-comptables externes et aux conseillers fiscaux pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure » ; enfin, qu'aux termes du considérant n° 17 de la directive : « (...) 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 » ;

Considérant que la loi du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques, avait notamment pour objet de transposer la directive du 4 décembre 2001 ; que les dispositions contestées du décret du 26 juin 2006 ont pour objet de préciser les conditions dans lesquelles doivent satisfaire aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux les membres des professions que la directive du 4 décembre 2001 et la loi du 11 février 2004 prise pour sa transposition ont incluses dans le champ d'application du dispositif ;

Sur le cadre juridique du litige :

Considérant que les requérants soutiennent que la directive du 4 décembre 2001 et la loi du 11 février 2004 prise pour sa transposition méconnaîtraient les articles 6 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que des principes généraux du droit communautaire ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte tant de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment de son arrêt du 15 octobre 2002, que, dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire ; qu'il appartient en conséquence au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ;

Considérant, en second lieu, que lorsque est invoqué devant le juge administratif un moyen tiré de ce qu'une loi transposant une directive serait elle-même incompatible avec un droit fondamental garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et protégé en tant que principe général du droit communautaire, il appartient au juge administratif de s'assurer d'abord que la loi procède à une exacte transposition des dispositions de la directive ; que si tel est le cas, le moyen tiré de la méconnaissance de ce droit fondamental par la loi de transposition ne peut être apprécié que selon la procédure de contrôle de la directive elle-même décrite ci-dessus ;

Sur les moyens mettant en cause la validité de la directive du 4 décembre 2001 :

Considérant qu'il résulte de l'interprétation de la directive du 4 décembre 2001 qui a été donnée par l'arrêt du 26 juin 2007, « Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres », de la Cour de justice des Communautés européennes, saisie d'une question préjudicielle par la Cour d'arbitrage de Belgique, que les dispositions de son article 6 qui, ainsi qu'il a été dit, permettent, dans certains cas, aux Etats membres de ne pas imposer aux avocats les obligations d'information et de coopération qu'il prévoit, doivent être regardées, à la lumière du considérant n° 17 de la directive, et afin de donner une interprétation du texte compatible avec les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme excluant que de telles obligations puissent, dans les cas ainsi mentionnés, leur être imposées ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qu'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes que la directive, ainsi interprétée, ne méconnaît pas les exigences

liées au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle impose que soient exclues du champ des obligations d'information et de coopération les informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles ;

Considérant, en deuxième lieu, que si la Cour de justice des Communautés européennes, qui n'était saisie que de la question de la validité de la directive au regard de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne s'est pas explicitement prononcée en ce qui concerne les informations reçues ou obtenues par un avocat lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client, il résulte de l'interprétation qu'elle a donnée de la directive que celles-ci doivent également, à la lumière du considérant n° 17, être exclues du champ des obligations d'information et de coopération à l'égard d'autorités publiques, sous les seules réserves des cas où le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment de capitaux et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux ; que dans ces conditions, et eu égard à l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment des capitaux, doit être écarté le moyen tiré de ce que la directive, ainsi interprétée en ce qu'elle concerne les activités d'évaluation par les avocats de la situation juridique de leur client, porterait une atteinte excessive au droit fondamental du secret professionnel protégé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lequel prévoit qu'il peut y avoir ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, notamment lorsqu'une telle mesure est nécessaire à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ;

Considérant enfin que le moyen tiré de ce que la directive laisserait aux Etats membres le soin de déterminer eux-mêmes le niveau de protection à assurer aux informations détenues par les avocats ne peut, compte tenu de l'interprétation qu'il convient de donner à ce texte, qu'être écarté ; que la circonstance que la directive ne définit pas la notion de procédure « judiciaire » ne saurait être regardée comme entraînant une méconnaissance du principe de sécurité juridique, dès lors que la directive a eu recours, comme il lui appartenait de le faire, à une notion susceptible de s'appliquer aux différents systèmes juridiques des Etats membres ; qu'enfin, les requérants ne sauraient utilement invoquer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle est dépourvue, en l'état applicable du droit, de force juridique ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, que les moyens mettant en cause la validité de la directive du 4 décembre 2001 ne peuvent qu'être écartés ;

Sur les moyens relatifs à la loi du 11 février 2004 :

Considérant, en premier lieu, que la loi du 11 février 2004 a introduit dans le code monétaire et financier un article L. 562-2-1 relatif aux modalités d'application de l'obligation de déclaration de soupçon aux personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1, c'est-à-dire aux notaires, huissiers de justice, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises ainsi qu'aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, aux avocats et aux avoués près les cours d'appel ; qu'aux termes de l'article L. 562-2-1, ces personnes sont tenues de procéder à la déclaration de soupçon prévue à l'article L. 562-2 « lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, 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 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 » ; que, toutefois, aux termes du même article, ces personnes ne sont pas tenues de procéder à la 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 » ; qu'enfin, l'article L. 562-2 prévoit que la déclaration de soupçon, par dérogation au régime de droit commun, est communiquée par l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'avocat ou l'avoué près la cour d'appel, selon le cas, 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, à charge pour ces autorités de transmettre à la cellule dite TRACFIN la déclaration qui leur a été remise, sauf si elles considèrent qu'il n'existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux ; qu'en tous ces points, la loi du 11 février 2004 a fait une exacte transposition des dispositions de la directive du 4 décembre 2001 ;

Considérant, en second lieu, que pour définir le champ d'application du chapitre III du titre VI du livre V du code monétaire et financier relatif aux obligations de vigilance, la loi renvoie aux personnes mentionnées à l'article L. 562-1 du même code ; que les dispositions du 12 de cet article font mention des « notaires, huissiers de justice, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises ainsi que des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, des avocats et des avoués près les cours d'appel, dans les conditions prévues à l'article L. 562-2-1 » ; qu'il résulte de la combinaison de l'ensemble des dispositions législatives applicables que les personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1 ne sont soumises aux obligations de vigilance prévues au chapitre III que dans les limites et conditions posées à l'article L. 562-2-1 rappelées ci-dessus, qui réservent les seuls cas où la personne concernée prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie aux fins de blanchiment de capitaux et où la personne qui y procède sait que son client souhaite obtenir des conseils à cette fin ; que, dans ces conditions, la loi a procédé, s'agissant des obligations de vigilance, à une exacte transposition des dispositions de la directive ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les moyens tirés de ce que la loi du 11 février 2004 serait incompatible avec les droits fondamentaux garantis par les stipulations des articles 6 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent qu'être écartés ;

Sur les moyens dirigés contre le décret du 26 juin 2006 :

En ce qui concerne l'article R. 562-2 du code monétaire et financier :

Considérant qu'aux termes du troisième alinéa de l'article R. 562-2 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue du décret attaqué : « Sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 562-2-2, les commissaires aux comptes, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats et les avoués près les cours d'appel et les commissaires-priseurs judiciaires sont chargés, à titre individuel, de répondre aux demandes de la cellule TRACFIN et de recevoir les accusés de réception, quelles que soient les modalités de leur exercice professionnel » ; que, toutefois, il résulte des dispositions de l'article L. 562-1 telles qu'interprétées ci-dessus que les personnes mentionnées au 12 de cet article ne sont soumises aux obligations de déclaration de soupçon et aux autres obligations de vigilance que dans les conditions posées aux huitième et neuvième alinéas de l'article L. 562-2-1, qui prévoient, pour la communication entre les intéressés et la cellule TRACFIN, un dispositif de filtre, selon les cas, du président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat 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 ; qu'il en résulte que les requérants sont fondés à soutenir qu'en imposant une relation directe entre les intéressés et la cellule TRACFIN dans les cas où ils répondent aux demandes de cette dernière, le décret attaqué a méconnu les dispositions de la loi et doit, dans cette mesure, être annulé ;

En ce qui concerne l'article R. 563-3 du code monétaire et financier :

Considérant qu'en vertu de l'article R. 563-3 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue du décret attaqué, il appartient aux organismes financiers et aux personnes mentionnés à l'article L. 562-1 d'adopter des procédures internes destinées à mettre en oeuvre les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, ainsi qu'un dispositif de contrôle interne destiné à assurer le respect des procédures ; que si le deuxième alinéa du même article prévoit que ces procédures « sont définies le cas échéant soit par arrêté du ministre compétent, soit par des règlements professionnels homologués par le ministre compétent, soit par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers », ces dispositions n'ont eu pour objet et ne pouvaient avoir légalement pour effet que de soumettre l'adoption des procédures en cause aux règles définies par les dispositions législatives qui déterminent l'organisation générale de la profession concernée ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'article R. 563-3 donnerait compétence au ministre pour homologuer les procédures internes dont doivent se doter les avocats en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme doit être écarté ;

En ce qui concerne l'article R. 563-4 du code monétaire et financier :

Considérant qu'aux termes de l'article R. 563-4 du code monétaire et financier : « Les personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1 n'appliquent les dispositions du présent chapitre 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 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 de sociétés ; 6° La constitution, la gestion ou la direction de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire » ;

Considérant que les requérants soutiennent qu'en s'abstenant de prévoir une dérogation aux obligations fixées par le chapitre III, pour les personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1, en ce qui concerne les informations qu'elles détiennent ou reçoivent dans le cadre d'une consultation juridique, et sous réserve des seuls cas où la personne concernée prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie aux fins de blanchiment de capitaux et où la personne qui y procède sait que son client souhaite obtenir des conseils à cette fin, l'article R. 563-4, introduit par le III de l'article 2 du décret attaqué, est entaché d'illégalité ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit précédemment, la loi n'a soumis aux obligations de vigilance définies par le chapitre III les personnes visées au 12 de l'article L. 562-1 que dans les limites posées par l'article L. 562-2-1 citées ci-dessus ; qu'en se bornant à rappeler les dérogations propres aux procédures juridictionnelles, sans mentionner celles correspondant aux consultations juridiques, l'article R. 563-4 a méconnu le champ d'application de la loi ; que les requérants sont fondés à en demander, dans cette mesure, l'annulation ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative présentées par le Conseil des barreaux européens :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat le versement au Conseil des barreaux européens d'une somme de 4 000 ? au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Décide :

Article 1er : L'intervention de la Chambre nationale des avoués près les cours d'appel au soutien de la requête n° 296845 est admise.

Article 2 : L'article 1er du décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et modifiant le code monétaire et financier est annulé en tant qu'il introduit, au troisième alinéa de l'article R. 562-2 du code monétaire et financier, des dispositions qui prévoient une relation directe entre les personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1 et la cellule TRACFIN dans les cas où ces personnes répondent aux demandes de cette dernière.

Article 3 : Le III de l'article 2 du décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et modifiant le code monétaire et financier, qui introduit un article R. 563-4 rappelant les obligations imposées par le chapitre III au personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1, est annulé en tant qu'il n'a pas assorti ce rappel des réserves relatives aux informations que ces personnes détiennent ou reçoivent dans le cadre d'une consultation juridique.

Article 4 : L'Etat versera au Conseil des barreaux européens une somme de 4 000 ? au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions des requêtes est rejeté.

Article 6 : La présente décision sera notifiée au CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, à la CONFERENCE DES BATONNIERS DE FRANCE ET D'OUTRE-MER, à l'ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION, à l'ORDRE DES AVOCATS DE PARIS, au CONSEIL DES BARREAUX EUROPEENS, à la Chambre nationale des avoués près les cours d'appel, au Premier ministre, au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et au garde des sceaux, ministre de la justice.

Une copie en sera adressée au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales et au ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative.

Publié au Recueil Lebon

Jurisprudence citée : Rappr. Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique Lorraine et autres, n° 287110, p. 55.

Rappr. Assemblée, 27 mai 2005, Commune d'Yvetot, n° 265494, p. 226 ; Assemblée, 27 mai 2005, Département de l'Essonne, n° 268564, p. 229 ; Cour Const. de Belgique, 23 janvier 2008, n° 10/2008.

CCG1 Conclusions du commissaire du gouvernement

Dans cette affaire, M. Mattias Guyomar a prononcé les conclusions suivantes :

« Dans quelle mesure et selon quelles modalités vous appartient-il de contrôler la conventionnalité d'une directive communautaire et des normes nationales, loi et décret, qui en assurent la transposition ? Telle est la première question que posent les présentes affaires.

La directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 a modifié la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux afin, notamment, d'étendre les obligations qu'elle édicte en matière d'identification des clients, de conservation des enregistrements et de déclaration des transactions suspectes à des activités et professions susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux.

Au terme d'un compromis entre la proposition de la Commission et la position du Parlement, la directive a inclus dans son champ d'application les notaires et les membres des professions juridiques indépendantes lorsqu'ils participent à certaines transactions. A cette fin, elle a introduit dans la directive du 10 juin 1991 un article 2 bis, aux termes duquel « les Etats membres veillent à ce que les obligations prévues la présente directive soient imposées aux

établissements suivants [...] ainsi qu'aux personnes morales ou physiques suivantes, agissant dans l'exercice de leur profession : (...) 5° notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes lorsqu'ils participent, a) en assistant leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant : i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ; ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client ; iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles ; iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ; v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires ; b) ou en agissant au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière ».

Les obligations qui pèsent sur les établissements et personnes visés à l'article 2 bis sont de deux ordres. Il s'agit en premier lieu d'obligations d'identification des clients qui sont prévues à l'article 3 de la directive. Il s'agit en second lieu d'obligations de coopération qui sont définies à l'article 6 de la directive. Aux termes de cet article, dans sa nouvelle rédaction :

« 1. Les Etats membres veillent à ce que les établissements et les personnes relevant de la présente directive, ainsi que leurs dirigeants et employés, coopèrent pleinement avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux :

a) en informant, de leur propre initiative, ces autorités de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux ;

b) en fournissant à ces autorités, à leur demande, toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues la législation applicable ».

L'obligation de coopérer se traduit donc de deux manières : une déclaration spontanée à l'organe chargé de la lutte contre le blanchiment des capitaux et une réponse aux demandes d'informations émanant de cet organe.

La transposition de cette directive a été assurée une modification du code monétaire et financier introduite la loi du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

La loi renvoie, pour son application, à un décret en Conseil d'Etat. Il s'agit du décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux qui a modifié la partie réglementaire du code monétaire et financier.

Vous êtes saisis aujourd'hui de deux requêtes dirigées contre certaines des dispositions de ce décret qui ont pour objet de préciser les conditions dans lesquelles doivent satisfaire aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux les membres des professions que la directive du 4 décembre 2001 et la loi du 11 février 2004 prise pour sa transposition ont incluses dans le champ d'application du dispositif. Ces requêtes émanent, d'une part, du Conseil national des barreaux, de la Conférence des bâtonniers de France et d'outre-mer, de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et de l'Ordre des avocats de Paris et, d'autre part, du Conseil des barreaux européens qui ont tous intérêt à agir. Vous les joindrez pour statuer une seule décision.

La Chambre nationale des avoués près les cours d'appel présente une intervention au soutien de la requête n° 296845. Vous l'admettrez dès lors qu'elle a intérêt à l'annulation du décret attaqué.

Les requérants soulèvent trois séries de moyens qui touchent respectivement à la validité de la directive du 4 décembre 2001, la conventionnalité de la loi du 11 février 2004 et enfin la légalité du décret du 26 juin 2006.

Nous les examinerons successivement.

La première série de moyens pose une question théorique de grande portée. Les requérants soutiennent en effet que la directive méconnaîtrait les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Vous devez donc définir, pour la première fois à notre connaissance (en effet, la question n'est pas tranchée par votre jurisprudence [voyez notamment 13 octobre 2003 *Mutuelle générale des employés et cadres* qui réserve la question un « en tout état de cause »]), les modalités de votre contrôle de conventionnalité d'une directive communautaire.

Nous n'avons aucun doute sur le caractère opérant de ces moyens. Certes, en l'état de votre jurisprudence, il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur le bien-fondé des stipulations d'un engagement international ou sur sa validité au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France (8 juillet 2002, *Commune de Porta*, p. 260). Mais, comme nous avons déjà eu l'occasion de vous le démontrer, un sort spécifique doit être réservé au droit communautaire dérivé.

Lorsque vous avez eu à définir les modalités de votre contrôle de constitutionnalité d'un décret transposant une directive à l'occasion de votre décision *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* (Assemblée, 8 février 2007, p. 55), vous avez tiré toutes les conséquences, d'une part, de la nature de l'acte litigieux ? une directive communautaire ? et, d'autre part, de la nature de la norme de référence dont la méconnaissance était invoquée ? notre constitution nationale.

Vous pourriez être tentés de bâtir aujourd'hui un dispositif analogue qui s'inspirerait de l'arrêt *Bosphorus Hava Yolalri turizm ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande* (Grande chambre, 30 juin 2005, n° 45036/98, RFDA 2006, p. 566, note J. Andriantsimbazovina) lequel la Cour européenne des droits de l'homme, devant laquelle était mise en cause l'Irlande à raison d'une mesure nationale d'application d'un règlement communautaire, a reconnu « une présomption réfragable de conformité [à la convention européenne] au bénéfice de la Communauté ». Une telle solution pourrait se réclamer de l'autonomie ? au moins théorique - des deux ordres juridiques européens et du rôle que doivent remplir les juridictions nationales pour assurer le respect des droits conventionnellement garantis compte tenu du caractère subsidiaire du contrôle de la Cour de Strasbourg. L'absence de compétence de cette dernière pour contrôler directement les actes communautaires dérivés ne fait pas obstacle à ce qu'elle en connaisse indirectement à travers les mesures nationales d'exécution. Dans son arrêt *Cantoni c/ France* du 15 novembre 1996, la Cour a ainsi clairement marqué que la circonstance que la loi française ? modifiant le code de la santé publique - s'inspire presque mot à mot d'une directive communautaire ne la soustrait pas à l'empire de la convention. (§ 30). Les actes nationaux d'exécution du droit communautaire dérivé étant soumis au contrôle de conventionnalité de la Cour européenne, vous pourriez être tentés de régler d'éventuels conflits de normes (par son arrêt *Matthews* du 18 février 1991, la Cour a condamné le Royaume-Uni pour manquement aux obligations découlant de l'article 3 du protocole 1er alors que l'exclusion du droit de suffrage à Gibraltar découlait directement de l'application des règles communautaires) dans le seul cadre conventionnel afin d'éviter toute condamnation de la France.

Ce n'est pas ce que nous vous proposons. Nous croyons en effet que l'examen des moyens tirés de la méconnaissance de la Convention européenne des droits de l'homme une directive doit être aligné sur celui des moyens tirés de la violation du droit communautaire originaire ou des principes généraux du droit communautaire et doit dès lors s'effectuer dans le cadre de la jurisprudence *Foto-Frost* du 22 octobre 1987 qui réserve à la Cour de justice une compétence exclusive pour constater l'invalidité d'un acte communautaire.

Quatre séries de considérations militent fermement en ce sens.

La première série de considérations tient à la nature de l'acte en litige. Il s'agit en effet de porter, la voie de l'exception, une appréciation sur la validité d'une directive communautaire. Il y a donc lieu d'appliquer le dispositif prévu l'article 234 (ex-article 177) du traité instituant la Communauté européenne.

Aux termes de cet article :

« La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

sur l'interprétation du présent traité,

sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté européenne et la BCE,

sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur la question.

Lorsqu'une question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice ».

Les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires. Comme l'expliquait l'avocat général Mancini, dans ses conclusions sur l'affaire *Foto-Frost* : « [...] les actes arrêtés par les institutions doivent être appliqués d'une manière uniforme sur l'ensemble du territoire communautaire. Ce principe répond à un double objectif : assurer la sécurité du droit et [...] garantir la cohésion juridique de la Communauté ».

La deuxième série renvoie à l'office de la Cour de justice. Il est de jurisprudence constante que « la compétence de la Cour pour statuer [...] sur la validité des actes pris par les institutions de la Communauté ne comporte aucune limite quant aux causes sur la base desquelles la validité de ces actes pourrait être contestée » (voir notamment 16 juin 1998 *Racke*). Puisque cette compétence s'étend à l'ensemble des motifs d'invalidité susceptibles d'entacher ces actes, la Cour est tenue d'examiner si leur validité peut être affectée du fait de leur contrariété avec une règle de droit international (12 décembre 1972 *International Fruit Company*).

La troisième série de considérations porte sur la spécificité des normes dont la méconnaissance est invoquée : la convention européenne des droits de l'homme, son article 6 relatif au droit au procès équitable et son article 8 relatif au droit au respect de la vie privée. Le contrôle résiduel que préservait votre jurisprudence *Arcelor* s'agissant du contrôle de constitutionnalité d'un décret de transposition d'une directive, afin de réserver le plein effet de règles constitutionnelles sans équivalent dans l'ordre juridique communautaire, nous semble sans objet s'agissant des droits garantis par la convention européenne des droits de l'homme.

Selon une jurisprudence constante en effet, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect et la Convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet égard, une signification particulière (voir notamment 18 juin 1991 *ERT* ou 22 octobre 2002 *Roquette Frères*). Les principes dégagés de cette jurisprudence ont été réaffirmés dans le préambule de l'Acte Unique européen puis le traité sur l'Union européenne. Aux termes de son article 6 (ex-article F) : « 1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. 2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont

garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire [...] » (15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij*).

Le respect de la Convention européenne s'impose donc à la Communauté au titre des principes généraux du droit communautaire. Incorporée dans la légalité communautaire, la convention est ainsi devenue la source matérielle principale des droits fondamentaux. Ainsi que l'expose l'avocat général Philippe Léger, dans ses conclusions sur l'arrêt *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne* du 30 mai 2006 : « [...] les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. A cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré. Elle estime que la CEDH revêt, à cet égard, « une signification particulière ». Ne sauraient donc être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme ainsi reconnus et garantis. Ces principes ont été repris à l'article 6, paragraphe 2, TUE ». Dans ces conditions, c'est bien à la Cour de justice qu'il appartient d'assurer, en dernier ressort, la conciliation entre les exigences du traité, d'une part et celles de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté, de l'autre (voir notamment 12 juin 2003, *Schmidberger*).

En quatrième et dernier lieu, une telle solution répond au souci d'une bonne administration de la justice en Europe. L'imbrication des ordres juridiques communautaire et conventionnel constitue le nouvel horizon des juridictions européennes (Cour de Luxembourg et Cour de Strasbourg) comme des juridictions nationales. A ceux qui craignent que la multiplication des sources et la pluralité des juges chargés de les appliquer soit un facteur d'insécurité juridique, nous répondons qu'il s'agit là d'un enrichissement de l'Etat de droit (faisant application du principe de l'Etat de droit, la Cour de justice qualifie la Communauté européenne de « communauté de droit ») qui ne craint rien tant que le monopole ? celui d'un système juridique qui confine à la sclérose comme celui d'un juge qui tend vers l'arbitraire. Mais ce système normatif en éclosion implique une solide organisation : à la convergence ou la complémentarité des ordres juridiques doit répondre la coopération entre les juridictions. Rien ne serait pire, dans ce contexte, qu'une instrumentalisation de votre juridiction aux fins d'opposer deux ordres juridiques qu'il faut au contraire s'efforcer de combiner entre eux.

Certes, il ne découle pas nécessairement de l'attraction des droits garantis la convention européenne dans le bloc de légalité communautaire « que l'étendue de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire coïncide avec celle assurée la CEDH » (conclusions de l'avocat général Maduro sur l'arrêt du 26 juin 2007). Mais, nous relevons que les jurisprudences de la Cour de justice comme de la Cour européenne sont clairement engagées dans le sens de la convergence (pour reprendre les termes de Jean-Paul Costa : « les deux Europe des juges obéissent au principe des convergences parallèles », Dalloz 2007, p. 360). Alors même que l'interprétation de la convention la Cour de Strasbourg est dépourvue à son égard de toute valeur contraignante (si la convention européenne constitue une source substantielle de la protection communautaire des droits fondamentaux, elle ne trouve à s'appliquer qu'au travers du droit communautaire qui sert de relais à son application), la Cour de Luxembourg affirme ainsi qu'il lui appartient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne dans son interprétation des droits fondamentaux (voir notamment 29 juin 2006, *SGL Carbon AG* ; la Cour a même fait application de l'arrêt *Matthews* précité de la Cour européenne dans un arrêt *Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni* du 12 septembre 2006). Sa jurisprudence révèle une appropriation croissante du droit de la convention le juge communautaire qui n'hésite pas, parfois, à faire une application directe de la convention sans utiliser le relais des principes généraux (voir exemple 20 mai 2003, *Rechnungshof c/ Österreichischer Rundfunk* et autres).

Pour sa part, avec la jurisprudence *Bosphorus* qui a été dégagée après une interprétation préjudicielle de la Cour de justice qui avait admis la conventionnalité du règlement communautaire litigieux (dans cette affaire, en effet, l'atteinte alléguée à la convention européenne ne relevait pas du pouvoir d'appréciation de l'Etat irlandais mais de son respect des obligations juridiques découlant du droit communautaire ; voyez pour une illustration récente une décision d'irrecevabilité du 10 octobre 2006), la Cour de Strasbourg (qui se réfère parfois directement aux arrêts de la CJCE [voir exemple 12 avril 2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*]) énonce une « présomption de conventionnalité » fondée sur la « figure de

protection équivalente » (ainsi que l'explique le professeur Sudre, dans son commentaire au JCP [28 septembre 2005, 1760]) : « Si l'on considère que l'organisation offre une protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion. [...] » (§ 26). La Cour affirme clairement sa compétence pour contrôler les actes nationaux d'exécution du droit communautaire mis en œuvre en l'absence de tout pouvoir d'appréciation des autorités nationales. Mais, consciente du risque « d'écartèlement des Etats membres de la Communauté et de l'Union européenne entre leurs obligations résultant de la CEDH et leurs obligations communautaires », la Cour « a privilégié une démarche de conciliation des deux systèmes européens de protection des droits fondamentaux à travers le principe de protection équivalente. Ce choix implique une minimisation de son contrôle à travers le critère de l'insuffisance manifeste » (Joël Andriantsimbazovina *in* « La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne », RFDA 2006 p. 566).

A l'écho des jurisprudences s'ajoute une volonté politique clairement affirmée. Ainsi, lors de la 117^e session du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, les 10 et 11 mai 2007, un mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne a été adopté afin d'intensifier leur coopération s'agissant « en particulier [de] la promotion et la protection de la démocratie pluraliste, [du] respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [de] la prééminence du droit » (aux termes de l'article 9 du mémorandum. L'article 10 rappelle que « le Conseil de l'Europe restera la référence en matière de droits de l'homme, de primauté du droit et de démocratie en Europe »).

Dans ce contexte, il nous paraît aussi opportun, en termes de politique jurisprudentielle que nécessaire au regard de la logique des traités d'effectuer le contrôle de conventionnalité des directives dans le cadre défini par la jurisprudence *Foto-Frost*. Les perspectives qu'offre le Traité de Lisbonne (voir sur ce point « Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne », Denys Simon, Europe, n° 2, Février 2008, et notamment les développements sur l'« opting out » britannique et polonais), signé le 13 décembre 2007, la reconnaissance à la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 de la même valeur juridique que les traités (alors même que la charte ne constitue pas encore un instrument juridique contraignant, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'elle n'est pas dépourvue de tout effet en tant que critère d'interprétation des instruments de protection des droits mentionnés à l'article 6, paragraphe 2, UE [par exemple 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*]) et l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme du TUE (précisons toutefois que la décision portant conclusion de l'accord portant adhésion de l'Union à la convention européenne n'entrera en vigueur qu'après son approbation à l'unanimité des Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives) nous confortent en ce sens.

L'article 1^{er} du Traité de Lisbonne remplace l'article 6 du TUE. Le texte suivant :

« 1. L'Union reconnaît 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, laquelle a la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.

2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.

3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Ajoutons que la déclaration 21 annexée à l'acte final de la conférence précise que « la Charte des droits fondamentaux, juridiquement contraignante, confirme les

droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ».

Rappelons en effet que l'article 52 de la Charte prévoit, à son 3 que

« Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

En vérifiant, dans le cadre d'une exception d'invalidité, le respect de la directive des droits issus de la convention européenne mais en renvoyant, en cas de doute sérieux, à la Cour de justice le soin de se prononcer sur son éventuelle invalidité, vous occuperez, s'agissant de l'articulation des normes communautaires et conventionnelles, toute votre place sur la scène des juridictions européennes mais rien que votre place.

Nous relevons, à l'appui de cette solution, que ces modalités de contrôle ont déjà été adoptées par la Cour constitutionnelle belge et la Cour de justice précisément à propos de la directive du 4 décembre 2001.

Des recours avaient été introduits devant la Cour d'arbitrage de Belgique contre la loi du 12 janvier 2004 transposant dans l'ordre juridique belge la directive de 1991 modifiée de 2001. Cette loi était contestée au regard de plusieurs normes de rang supérieur. Faisant application de la jurisprudence *Foto-Frost*, la Cour d'arbitrage a procédé, sur le fondement de l'article 234 du traité, à un renvoi préjudiciel devant la Cour de Luxembourg sur la validité de la directive au regard de l'article 6 de la convention européenne. Et un arrêt de grande chambre du 26 juin 2007, « *Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres* », la Cour de justice a répondu que les obligations d'information et de coopération prévues par la directive ne violaient pas le droit à un procès équitable tel qu'il est garanti par les articles 6 de la CEDH et 6 paragraphe 2 du TUE (dans son arrêt, la Cour rappelle que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont [elle] assure le respect [...] Ainsi, le droit à un procès équitable tel qu'il découle, notamment, de l'article 6 de la CEDH, constitue un droit fondamental que l'Union européenne respecte en tant que principe général en vertu de l'article 6, paragraphe 2, UE » [§29]). La Cour d'arbitrage devenue cour constitutionnelle en a tiré les conséquences dans un arrêt du 23 janvier 2008 sur lequel nous reviendrons ultérieurement.

Si vous nous suivez pour décider qu'il convient d'apprécier la conventionnalité d'une directive dans le cadre de la procédure prévue par l'article 234 TCE et dans les conditions définies par la jurisprudence *Foto-Frost*, vous vous inscrirez sans détour, à la suite de la cour constitutionnelle de Belgique, dans un mouvement de coopération entre les juridictions européennes qui est la condition essentielle, à nos yeux, d'une correcte résolution des éventuels conflits de normes.

Nous vous invitons, dès maintenant, à faire application de cette grille théorique de contrôle pour examiner, ainsi que vous le demandent les requérants, la validité de la directive de 2001 au regard des articles 6 et 8 de la convention européenne.

Comme nous vous l'avons dit, la Cour de justice s'est déjà prononcée, sur renvoi de la cour d'arbitrage de Belgique, sur le respect de la directive de l'article 6 de la CEDH relatif au droit au procès équitable. Sa réponse détermine la vôtre. La Cour considère en effet que les arrêts qu'elle rend en matière préjudicielle s'imposent à toutes les juridictions chargées d'appliquer le droit communautaire, qu'il s'agisse de l'interprétation d'un acte communautaire (27 mars 1963, *Da Costa*) ou d'une appréciation de validité (13 mai 1981, *International Chemical Corporation* (il y est jugé qu'un arrêt de la Cour constatant, après renvoi, l'invalidité d'un acte, bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins

d'une décision qu'il doit rendre ; mais cette constatation ne prive pas les juridictions du pouvoir d'apprécier s'il y a matière à un nouveau renvoi)). Comme l'explique François Sénors, dans ses conclusions sur votre décision *Société De Groot en Slot Allium B. V. et autre* (Assemblée, 11 décembre 2006 ; qui marque l'abandon de votre décision *ONIC* [Section, 26 juillet 1985, p. 233]) : « ces positions de principe constituent un acquis communautaire reconnu l'ensemble des juridictions nationales ». Vous faites ainsi application d'arrêts préjudiciels rendus sur renvois d'autres juridictions (11 décembre 1987, *Danielou*, p. 409 ; 20 janvier 1988, *Aubin*, p. 20 ; 24 septembre 1990, *Boisdet*, p. 250) et, votre décision du 11 décembre 2006 précitée, vous avez clairement affirmé que les interprétations du traité et des actes communautaires, que la Cour est compétente pour donner en vertu du a) et du b) de l'article 234 du traité CE, s'imposent à vous, dans tous les cas.

Qu'a jugé la Cour dans son arrêt du 26 juin 2007 ?

La question portait sur le respect de l'article 6 de la CEDH les atteintes au secret professionnel des avocats que constituent les obligations pesant sur eux en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux.

L'article 6 de la directive de 1991, dans sa rédaction issue de la directive de 2001 prévoit que : « 1. Les Etats membres veillent à ce que les établissements et les personnes relevant de la présente directive, ainsi que leurs dirigeants et employés, coopèrent pleinement avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux : a) en informant, de leur propre initiative, ces autorités de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux ; b) en fournissant à ces autorités, à leur demande, toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues la législation applicable (...) » mais ajoute, à son 3, que « Les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations prévues au paragraphe 1 aux notaires, aux membres des professions juridiques indépendantes, aux commissaires aux comptes, aux experts-comptables externes et aux conseillers fiscaux pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure ». Par ailleurs, le considérant n° 17 de la directive de 2001 précise que : « (...) 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 ».

Il pouvait donc y avoir une apparente contradiction entre l'exonération de plein droit des obligations dont jouissent les avocats soit dans le cas d'une procédure judiciaire soit dans le cas d'une consultation juridique qui ressort du considérant 17 et la simple faculté offerte aux Etats membres, l'article 6 3) de la directive qui fait écho à ce considérant, de prévoir ces deux séries d'exceptions. La Cour le relève en indiquant que cet article « peut se prêter à plusieurs interprétations, de sorte que l'étendue précise des obligations d'information et de coopération pesant sur les avocats n'est pas dépourvue de toute ambiguïté » (§27) avant de rappeler que « lorsqu'un texte du droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner la préférence à celle qui rend la disposition conforme au traité CE plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celui-ci » (§ 28).

Or, « l'avocat ne serait pas en mesure d'assurer sa mission de conseil, de défense et de représentation de son client de manière adéquate et celui-ci serait conséquent privé des droits qui lui sont conférés l'article 6 de la CEDH, si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure » considère la Cour (§ 32) avant de relever que « dès le moment où l'assistance de l'avocat intervenu dans le cadre d'une transaction visée à l'article 2 bis, point

5, de la directive 91/308 est sollicitée pour l'exercice d'une mission de défense ou de représentation en justice ou pour l'obtention de conseils sur la manière d'engager ou d'éviter une procédure judiciaire, ledit avocat est exonéré, en vertu de l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de ladite directive, des obligations énoncées au paragraphe 1 dudit article et, à cet égard, il importe peu que les informations aient été reçues ou obtenues avant, pendant ou après la procédure » et d'en déduire qu'« une telle exonération est de nature à préserver le droit du client à un procès équitable » (§ 34).

La Cour a donc interprété l'article 6 paragraphe 3 à la lumière du considérant 17 et a considéré que l'exception prévue s'agissant des procédures juridictionnelles s'imposait aux Etats membres au titre du respect du secret professionnel des avocats. Comme le relève Chantal Cutajar : « En soumettant la conformité du dispositif à l'article 6 CEDH à la condition que cette faculté soit mise en œuvre, la CJCE confère, de manière remarquable, à cette disposition un caractère obligatoire » (*in* « Les enseignements de l'arrêt de la CJCE du 26 juin 2007 », *La semaine juridique, Entreprise et Affaires*, n° 38, 20 septembre 2007). Cette interprétation est celle qu'invitait à retenir l'avocat général Maduro dans ses conclusions qui estimait que son analyse n'avait « révélé aucun élément de nature à invalider les articles 2 bis point 5 et 6 de la directive 91/308 telle que modifiée la directive 2001/97 pourvu toutefois qu'ils soient interprétés comme excluant toute obligation d'information dans le cadre des activités de représentations » des avocats (§73).

Certains commentaires (notamment « Précisions sur les activités donnant lieu à déclaration de soupçons des avocats », Olivier Cachard, *in* *La semaine juridique*, Edition générale, n° 30, 25 juillet 2007) ont estimé que la validité de la directive avait été reconnue la Cour au moyen d'une réserve d'interprétation. Pour notre part, nous y voyons plutôt une illustration de la technique de l'interprétation conforme. Comme le notent les auteurs de la chronique de droit communautaire à l'AJDA (AJDA 2007 p. 2248, E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert. Voir également en ce sens Denys Simon, « Lutte contre le blanchiment et secret professionnel de avocats » *in* *Europe*, n° 8, août 2007) : la Cour « s'est prêtée à un exercice habituel, consistant à proposer une interprétation du texte communautaire la plus conforme aux objectifs poursuivis le droit communautaire et, conséquent, la plus respectueuse des droits fondamentaux protégés l'ordre juridique communautaire [...] Il ne fait aucun doute que cette interprétation conforme a pu permettre de valider la directive ».

Dès lors qu'il résulte de l'interprétation de la directive du 4 décembre 2001 qui a été donnée la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 26 juin 2007 que les dispositions de son article 6 qui, ainsi qu'il a été dit, permettent aux Etats membres de ne pas imposer aux avocats des obligations d'information et de coopération pour ce qui concerne les informations reçues ou obtenues dans l'exercice d'une mission de défense ou de représentation d'un client doivent être regardées, à la lumière du considérant n° 17 de la directive, et afin de donner une interprétation du texte conforme aux droits fondamentaux, comme excluant de telles obligations, vous écarterez le moyen tiré de ce que la directive méconnaîtrait les exigences liées au droit à un procès équitable. La directive ne porte en effet aucune atteinte au secret professionnel dès lors qu'est en cause une procédure juridictionnelle.

La conventionnalité de la directive est également contestée au regard de l'article 8 de la convention européenne relatif au droit au respect de la vie privée. Comme l'explique l'avocat général Maduro, dans ses conclusions précitées : « la protection du secret professionnel de l'avocat est un principe à deux visages, l'un procédural puisé dans le droit fondamental à un procès équitable, l'autre substantiel tiré du droit fondamental au respect de la vie privée. A son fondement procédural, il est aisé de rattacher les droits de la défense, le droit à une assistance juridique et le droit de ne pas s'auto-incriminer. A son fondement substantiel correspondent « l'exigence 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 » et celle, corrélative, de loyauté de l'avocat envers son client ».

Autant la validité de la directive devait être appréciée au regard de l'article 6 de la CEDH

s'agissant du secret professionnel des avocats dans le cadre de leurs activités juridictionnelles, autant elle doit l'être au regard de l'article 8 s'agissant de leurs activités de consultation juridique. Il découle en effet de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que le secret professionnel des avocats est protégé comme composante essentielle du droit au respect de la vie privée (notamment Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemetz c/ Allemagne*, s'agissant de la perquisition au cabinet d'un avocat ; 25 mars 1998, *Kopp c/ Suisse*, 20 septembre 2000, *Foxley c/ Royaume Uni*, ou 18 juillet 2006, *Chadimova c/ République Tchèque*, s'agissant de la correspondance entre un avocat et son client). La jurisprudence de la Cour de justice est également en ce sens. Par son arrêt *AM et S Europe Limited c/ Commission* du 18 mai 1982, elle juge ainsi que la « confidentialité répond à l'exigence, dont l'importance est reconnue dans l'ensemble des Etats 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 » (§ 18).

Le secret professionnel est bien inhérent à la profession d'avocat quels qu'en soient les modes d'exercice (nous citons encore les conclusions de l'avocat général Maduro : « Représentant et défenseur, tout avocat a également une fonction essentielle d'assistance et de conseil. Par là, il assure non seulement l'accès à la justice mais également l'accès au droit. Or, cette dernière garantie n'est pas moins précieuse que la première dans une société complexe telle que la société européenne »). L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée dispose que : « En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées à 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 ». Votre jurisprudence est clairement engagée en ce sens. Vous avez en effet jugé que l'ensemble des correspondances échangées entre un avocat et son client et notamment les consultations juridiques rédigées par l'avocat à son intention sont couvertes par le secret professionnel (Assemblée 27 mai 2005, *Commune d'Yvetot et Département de l'Essonne*, p. 941). Distinguer selon que l'avocat intervient dans un contexte exclusivement contentieux ou au contraire au titre du seul conseil juridique présenterait en outre un caractère artificiel. Il existe bien souvent, dans la pratique, un continuum entre le temps du conseil et celui de la représentation. Le secret doit couvrir ces deux temps en bloc sauf à fragiliser la nécessaire relation de confiance qui doit exister entre un avocat et son client.

Dans ses conclusions, l'avocat général Machado avait invité la Cour de justice à se prononcer sur la validité de la directive au regard du double fondement du secret professionnel des avocats. Mais la Cour, qui n'était saisie de la question de la validité de la directive qu'au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne s'est pas explicitement prononcée en ce qui concerne les informations reçues ou obtenues par un avocat lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client. Comme l'explique Denys Simon, dans son article précité : « Sur ce point, la Cour désavoue sans ambages son avocat général [en] marquant un attachement dont elle n'a pas toujours fait preuve pour le respect de la compétence du juge de renvoi dans la délimitation des questions posées ».

Le point n'est donc pas tranché par l'arrêt du 26 juin 2007. Et c'est à vous qu'il appartient de vous prononcer, pour la première fois, sur le respect de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la directive.

Il est indéniable que la directive litigieuse, en faisant peser des obligations d'information et de coopération aux avocats lorsqu'ils interviennent en dehors d'un cadre juridictionnel porte une atteinte au secret professionnel. Le respect de l'article 8 de la CEDH

implique cette atteinte soit à la fois justifiée par un but légitime et proportionnée à l'objectif poursuivi. Nous pensons que ces deux conditions sont remplies au terme d'un raisonnement analogue à celui développé par l'avocat général Maduro.

Comme l'affirme Lord Denning, le secret professionnel « n'est pas le privilège de l'avocat mais

de son client » (*in* « The due process of law » 1980 cité dans les conclusions Maduro). Son respect constitue l'une des garanties les plus essentielles de l'Etat de droit.

C'est pourquoi la règle du secret doit s'imposer de manière absolue dans le cadre de procédures juridictionnelles ? rappelons que l'article 6 de la CEDH pose des droits processuels sans autoriser qu'il y soit fait exception. Dans un cadre non juridictionnel en revanche, le secret est susceptible de s'effacer, dans une certaine mesure, devant d'autres impératifs d'intérêt général ? rappelons que l'article 8 de la CEDH prévoit qu'il peut y avoir ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée lorsqu'une telle mesure est nécessaire à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales. Nous considérons que l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment des capitaux, dont les effets peuvent être destructeurs pour les systèmes économiques et financiers, peut légitimement justifier qu'il soit porté atteinte, dans un contexte non juridictionnel, au secret professionnel des avocats (sur ce point, l'avocat général Maduro indiquait : « Vouloir étendre cet objectif aux professionnels du droit ne paraît pas illégitime dès lors qu'il est pris acte de ce que ceux-ci sont susceptibles d'exercer un nombre d'activités très diverses, qui dépassent largement le seul cadre des compétences de conseil et de représentation juridiques. Dans ce contexte surgit le risque que les avocats ne deviennent, à l'instar d'autres professions, des « ouvreurs de portes » permettant aux blanchisseurs d'atteindre leurs objectifs illicites »).

Les atteintes que prévoit la directive litigieuse sont-elles proportionnées au but poursuivi ?

Nous le pensons pour trois séries de raisons.

La première tient aux hypothèses dans lesquelles la directive prévoit que les obligations d'information et de coopération s'appliquent aux avocats : il s'agit, en premier lieu, du cas où ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions d'ordre financier ou immobilier et, en second lieu, du cas où ils agissent au nom et pour le compte de leur client dans toute transaction financière et immobilière. Dans ces hypothèses, l'avocat agit en quelque sorte comme un « agent d'affaires » chargé de dégager, pour son client, la solution économiquement la plus favorable. Comme le relève l'avocat général Maduro, il « se trouve dans une situation identique à celle d'un conseiller financier ou d'un juriste d'entreprise ». Nous en déduisons que n'est pas en cause la substance même de l'activité d'avocat.

La deuxième série de raisons tient à l'exception prévue à l'article 6 3) de la directive qui réserve, s'agissant des transactions précitées, le cas des « informations reçues d'un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ». Nous estimons que cette notion « d'évaluation de la situation juridique du client » doit être comprise à la lumière du considérant 17 de la directive. En découlent deux conséquences. En premier lieu, cette notion recouvre celle de consultation juridique expressément visée au considérant ? c'était la position de l'avocat général Maduro. En second lieu, la directive prévoit une exception à cette exception. Alors même qu'est en cause une activité de consultation juridique, le secret professionnel doit céder dans les trois hypothèses suivantes : « 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 ». Nous n'avons aucune hésitation pour admettre que ces trois exceptions à la dérogation, qui recouvrent des cas de complicité susceptibles de poursuite pénales, sont justifiées.

La dernière série de raisons tient à l'interprétation qui doit être faite de la directive. Dès lors que son considérant n° 17 pose le principe selon lequel doivent être exonérées de toute obligation de déclaration tant les informations obtenues avant, pendant et après une procédure judiciaire que celles obtenues lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client, l'article 6 de la directive doit clairement être regardé comme réservant une protection identique aux avocats qu'il agisse dans le cadre de leurs activités juridictionnelles ou dans celui de l'évaluation de la situation juridique d'un client. En d'autres termes, la directive impose d'exonérer de toute obligation les avocats lors de la fourniture de conseils juridiques. Sur ce point aussi, nous rejoignons les conclusions de l'avocat général Maduro : « je propose

[...] d'interpréter l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de la directive en ce sens qu'elle exonère de toute obligation d'information les avocats exerçant une activité de conseil juridique » (§63).

Dans ces conditions, compte tenu de l'interprétation que nous en faisons, le moyen tiré de ce que la directive porterait, en ce qu'elle concerne les activités d'évaluation des avocats de la situation juridique de leur client, une atteinte excessive au secret professionnel protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté.

Vous pourriez hésiter à nous suivre et préférer poser, sur ce point, une question préjudicielle à la Cour de justice. Comme nous vous l'avons dit, celle-ci ne s'est pas prononcée explicitement sur la validité de la directive de 2001 au regard de l'article 8 de la CEDH.

A première vue, il y aurait matière à renvoi préjudiciel. Deux solides arguments plaident en ce sens. Le premier est lié à l'interprétation de la directive que nous sommes conduits à vous proposer de retenir pour en admettre la conventionnalité. Elle pourrait s'apparenter à une réserve d'interprétation. Or, cette technique, bien connue de vous comme du juge constitutionnel, relève de l'appréciation de validité. Une réserve d'interprétation n'est rien d'autre en effet qu'un constat d'invalidité en creux. Recourir à une telle technique risquerait d'empiéter sur la compétence exclusive de la Cour de justice pour déclarer un acte communautaire invalide. Le second argument est tiré de la nécessité d'assurer une application uniforme du droit communautaire dans tout l'espace de l'Union européenne. On ne peut nier qu'une réserve d'interprétation émanant d'une juridiction nationale et susceptible de ne pas être reprise voire d'être démentie par une autre juridiction d'un Etat membre serait de nature à compromettre l'unité de l'ordre juridique communautaire.

Nous relevons en outre que la Cour de justice a récemment réaffirmé sa jurisprudence *Foto-Frost* en en retenant une acception restrictive (Grande Chambre 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane expéditeur BV*). Contrairement à ce que lui proposait l'avocat général Colomer, la Cour a jugé que l'article 234 du TCE impose à une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de saisir d'une question relative à la validité de dispositions d'un règlement même lorsqu'elle a déjà déclaré invalides des dispositions correspondantes d'un règlement comparable (la cour explique que « l'exigence d'uniformité est particulièrement impérieuse lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause » [§ 21]).

A la réflexion, ces arguments ne nous retiennent pas et nous vous invitons résolument à écarter le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la CEDH sans procéder à un renvoi préjudiciel. Pour vous convaincre du bien-fondé de notre proposition, nous allons développer trois séries de considérations.

La première fait écho à ce que nous vous avons déjà dit à propos de l'arrêt du 26 juin 2007. L'interprétation de la directive de 2001 que nous retenons relève non de la technique de la réserve d'interprétation mais de celle de l'interprétation conforme. Ce faisant, elle ne s'apparente en rien à un constat d'invalidité. Or, il est constant que la Cour de justice reconnaît aux juridictions nationales une marge plus importante en matière d'interprétation qu'en matière d'appréciation de validité. Cela est parfaitement logique au regard de l'exigence de cohésion juridique de l'Union européenne : là où le constat d'invalidité paralyse l'application de l'acte communautaire, son interprétation implique au contraire toujours l'intention de l'appliquer. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Foto-Frost*, l'avocat général Mancini établissait cette distinction. Reconnaisant la possibilité d'une interprétation aberrante ou contraire à celle faite d'autres jugements nationaux, il rétorquait qu'à la différence de la constatation d'invalidité (« Le juge de l'Etat membre qui élargit la portée de son intervention jusqu'à constater l'invalidité d'une disposition communautaire introduit à l'intérieur du système un facteur de désagrégation » écrit-il), le juge qui agit ainsi « n'entrera pas en conflit avec la substance même de la règle que sanctionne l'article 189 du traité (devenu article 249) ». Ecarter un moyen d'invalidité au bénéfice d'une interprétation conforme ne constitue rien d'autre qu'une interprétation. Nous reviendrons sur ce point en évoquant la jurisprudence

CILFIT (6 octobre 1982 aff. 283/81).

Et nous relevons que la Cour elle-même incite les États membres et leurs juridictions à recourir à la technique de l'interprétation conforme [...] : « il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité » (voir, en ce sens, les arrêts 6 novembre 2003, *Lindqvist*, point 87 ; 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, point 28 ou encore 29 janvier 2008, *Promusicae*, point 68 également rendu en Grande Chambre). Vous êtes clairement habilités à recourir à la technique de l'interprétation conforme.

La deuxième série de considérations renvoie aux responsabilités respectives des juridictions des États membres et de la Cour de justice.

L'absence de renvoi préjudiciel que nous préconisons ne signifie aucun réaménagement de ces responsabilités. Elle marque selon nous la volonté que vous devez affirmer d'assumer complètement la responsabilité communautaire qui incombe au juge national.

Nous évoquons à l'instant la jurisprudence *Cilfit* selon laquelle il n'y a pas lieu à renvoi lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. Or, nous nous trouvons bien dans une hypothèse où l'interprétation que nous vous invitons à retenir ne présente, compte tenu de l'arrêt du 26 juin 2007, pas de difficulté sérieuse.

Si nous pensons pouvoir affirmer qu'il ressort clairement de la directive que son article 6 impose d'exonérer les avocats de leurs obligations dans le cadre des consultations juridiques, c'est d'abord ? nous vous l'avons déjà dit ? parce que cette interprétation correspond à celle dégagée l'avocat général Maduro.

C'est ensuite parce que la cohérence du dispositif institué la directive suppose qu'au regard du secret professionnel, les activités des avocats forment un tout indivisible. En précisant que pour qu'un avocat soit exonéré de ses obligations, « il importe peu que les informations aient été reçues ou obtenues, avant, pendant ou après la procédure » juridictionnelle (§ 34), la Cour a, de manière certes cursive mais néanmoins décisive, consacré la continuité entre le conseil juridique et la représentation dans les procédures judiciaires (les auteurs de la chronique de jurisprudence communautaire précitée écrivent que cela semble signifier que « le silence coupable d'un avocat ayant connaissance, dans ses activités non judiciaires, de blanchiment d'argent, sera régularisé, en vertu de l'article 6, l'introduction d'une procédure devant une juridiction »).

Et c'est enfin parce qu'une telle interprétation s'évince nécessairement des motifs de l'arrêt du 26 juin 2007. En interprétant l'article 6 de la directive à la lumière de son considérant 17 s'agissant des procédures juridictionnelles, la Cour vous invite nettement à faire de même s'agissant des consultations juridiques qui sont mentionnées au même article. La Cour relève ainsi que « l'importance de [...] l'exonération est soulignée le 17e considérant de la directive » avant d'ajouter que « le même considérant souligne qu'il résulte d'une telle exonération que la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel » sauf dans les trois cas que nous avons déjà énumérés (§ 24). En retenant notre interprétation, vous vous inscrivez dans la droite ligne du raisonnement tenu la Cour de justice.

Nous sommes conforté, en troisième et dernier lieu, des considérations tenant à la bonne administration de la justice dans l'Union européenne.

La démarche que nous vous invitons à suivre s'inscrit en effet dans le cadre d'une coopération loyale entre les juridictions européennes. Entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice tout d'abord puisque vous n'excéderez pas votre office en vous bornant à constater la validité de la directive litigieuse, dans le droit fil de l'arrêt du 26 juin 2007. Mais cette coopération doit également s'effectuer entre les juridictions nationales. Nous relevons que l'arrêt *Cilfit* précité prévoyait une condition, qui n'a pas été réitérée depuis lors, tenant à ce que la juridiction nationale procédant à l'interprétation d'une norme communautaire soit convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres. Vous devez veiller à l'application uniforme du droit communautaire. Celle-ci peut découler de la chose jugée la Cour de Luxembourg. Mais nous croyons aussi que l'unité de la règle et de son interprétation peut être atteinte grâce au dialogue entre les juridictions nationales. Or, nous relevons que l'interprétation que nous retenons est précisément celle qu'a faite la Cour constitutionnelle belge, dans son arrêt du 23 janvier 2008. Après avoir cité et le 17^e considérant de la directive et les conclusions de l'avocat général, l'arrêt précise en effet que « les informations connues de l'avocat à l'occasion de l'exercice des activités essentielles de sa profession [...] à savoir l'assistance et la défense en justice du client et le conseil juridique, même en dehors de toute procédure judiciaire, demeurent couvertes le secret professionnel et ne peuvent pas être portées à la connaissance des autorités » (B. 9.6). La procédure mise en place à l'article 234 du traité ne saurait suffire à assurer la cohésion de l'ordre juridique communautaire. Celle-ci repose également sur le dialogue des juges et le rapprochement de leur jurisprudence.

La bonne administration de la justice milite enfin en faveur de l'économie de procédure. Dès lors que dans le cadre de la coopération loyale que nous venons de décrire, vous êtes à même d'écarter l'exception d'invalidité de la directive de 2001, il nous paraît opportun de trancher le litige sans tarder, compte tenu du caractère sensible de la question sur laquelle il porte ? et ce, d'autant plus que sont actuellement en préparation les textes de transposition de la directive du 26 octobre 2005 qui abroge la directive de 1991 modifiée mais en reprend pour l'essentiel le dispositif et dont le délai de transposition a expiré le 15 décembre 2007.

Les autres moyens tirés de l'invalidité de la directive ne vous retiendront pas longtemps. Vous écarterez le moyen tiré de ce que la directive laisserait aux Etats membres le soin de déterminer eux-mêmes le niveau de protection à assurer aux informations détenues les avocats, compte tenu de l'interprétation que nous venons d'en donner. La circonstance que la directive ne définit pas la notion de procédure « judiciaire » ne saurait être regardée comme l'entachant de méconnaissance du principe de sécurité juridique. Le législateur doit nécessairement recourir à une notion susceptible de pouvoir s'appliquer aux différents systèmes juridiques des Etats membres à la condition qu'elle ne soit pas ambiguë ? ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui est dépourvue de force juridique, en l'état applicable du droit, ne saurait être utilement invoquée.

Si vous nous suivez, vous écarterez les moyens mettant en cause la validité de la directive du 4 décembre 2001 sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle.

Nous pouvons en venir aux moyens tirés de l'inconventionnalité de la loi du 11 février 2004 dont il est soutenu qu'elle serait incompatible avec les mêmes articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Votre contrôle de conventionnalité de la loi doit s'exercer en tenant compte d'une part qu'il s'agit d'une loi de transposition des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive (il en irait différemment si la directive avait laissé aux Etats membres une marge de manœuvre dont le législateur aurait fait usage) et d'autre part que la validité de celle-ci était également contestée au regard des mêmes normes conventionnelles. Dans une telle hypothèse, il vous appartient de rechercher, en premier lieu, si la directive que cette loi transpose respecte les règles et principes généraux qui s'imposent à elle et dont la méconnaissance est invoquée puis, dans l'affirmative, en second lieu, si la loi procède à une transposition conforme des dispositions de la directive.

Puisque nous venons d'effectuer le premier temps du contrôle, nous pouvons passer directement au second. Précisons à ce stade du raisonnement que, dans notre affaire, pour être conforme à la directive de 1991 modifiée celle de 2001, la loi de 2004 doit la transposer non seulement correctement mais aussi complètement. Eu égard à leur contenu qui touche aux obligations imposées aux avocats et aux limites du secret professionnel, les règles fixées la directive relèvent en effet intégralement du domaine de la loi.

Comme nous l'avons déjà souligné, le secret professionnel constitue l'un des éléments essentiels de l'exercice de la profession d'avocat. Comme l'écrivent Henri Ader et André Damien, dans leur ouvrage sur les « Règles de la profession d'avocat » : « Il permet, la protection de la confidentialité, la confiance nécessaire du client dans son conseil et défenseur [...] le secret professionnel de l'avocat est ainsi à la fois la garantie pour le client, dans quelque situation que ce soit, que son défenseur ne va pas révéler ce qui lui a été confié et la garantie pour l'avocat et son client qu'un tiers, singulièrement l'Etat et les autorités de poursuites, ne va pas puiser dans ce qui a été transmis sous le secret ».

La jurisprudence judiciaire (voir sur le secret l'arrêt de principe du 24 mai 1862 [Cass. Crim.]) a, dans un premier temps, distingué l'exercice des droits de la défense qui était couvert le secret et d'autres activités qui ne l'étaient pas. Cette distinction n'a plus lieu d'être en raison de l'intervention du législateur. L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée déjà cité dispose en effet que : « En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées 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 le secret professionnel ».

La méconnaissance du secret professionnel est pénalement sanctionnée. L'article 226-13 du code pénal prévoit que : « La révélation d'une information à caractère secret une personne qui en est dépositaire soit état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 ? d'amende ». Et l'article 226-14 du même code précise que : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret ». La jurisprudence de la Cour de cassation en tire toutes les conséquences : « l'obligation au secret professionnel [...] sanctionnée l'article 226-13 du code pénal, pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions, s'impose à l'avocat, hormis les cas où la loi en dispose autrement comme un devoir de son état et [...] sous cette réserve, elle est générale et absolue » (1ère civ., 6 avril 2004).

Les autres textes applicables confirme ces exigences. L'article 4 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat dispose ainsi que « l'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ». L'article 2.1 du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat précise ainsi que « l'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

Dès lors que seule la loi peut relever les avocats du respect du secret professionnel, la définition des obligations pesant sur ceux-ci en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux ainsi que des exceptions à ces obligations relève bien du domaine de la loi dans la mesure où cette définition délimite le champ des activités couvertes le secret.

Attachons nous à vérifier que la loi a procédé à la transposition de la directive de 2001 de manière correcte et complète. Cette vérification suppose que nous vous présentions la différence entre l'approche retenue la directive et celle retenue le code monétaire et financier.

La directive de 1991 distingue entre, d'une part, les obligations d'identification des clients et

de conservation des données (article 3) et, d'autre part, des obligations de coopération qui comprennent la déclaration spontanée des transactions suspectes ? article 6.1 a) ? et la réponse à toute demande d'informations ? article 6.1 b). Pour sa part, le code monétaire et financier établit une autre distinction. Le chapitre II du titre VI du livre V est exclusivement consacré à la déclaration de sommes ou d'opérations soupçonnées d'être d'origine illicite. Le chapitre III porte sur les autres obligations de vigilance qui comprennent l'identification des clients, la conservation des données et la réponse aux demandes d'information. Précisons que l'article L. 562-4 du code monétaire et financier prévoit qu'un « service, placé sous l'autorité du ministre chargé de l'économie, reçoit la déclaration prévue à l'article L. 562-2 ». Il s'agit de la cellule TRACFIN.

C'est à la suite d'un amendement gouvernemental que la loi du 11 février 2004 a notamment assuré la transposition de la directive du 4 décembre 2001. Les travaux parlementaires révèlent que le législateur a entendu se conformer strictement à la directive qu'il transposait. Le Garde des Sceaux présentait l'amendement en ces termes : « il nous fallait concilier le secret professionnel avec les obligations qui nous incombent dans le cadre de cet exercice de transposition. Sans priver la directive de tout effet utile, il convenait de tirer profit des souplesses qu'elle offre aux Etats membres afin d'aménager un régime particulier pour les avocats [...] s'agissant d'une part, du champ de la déclaration de soupçon et, d'autre part, des modalités de transmission de cette déclaration » (Assemblée nationale 2e séance du 6 janvier 2004).

S'agissant du chapitre II, la loi du 11 février 2004 a introduit à l'article L. 562-1 qui énumère les établissements et personnes auxquels s'applique la déclaration de soupçon un 12 qui vise les « notaires, huissiers de justice, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises ainsi que [les] avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, [les] avocats et [les] avoués près les cours d'appel. ». S'agissant des modalités d'application de l'obligation de déclaration de soupçon aux personnes visées à ce 12, l'article L. 562-1 renvoie aux « conditions prévues à l'article L. 562-2-1 ». Aux termes de cet article L. 562-2-1, ces personnes sont tenues de procéder à la déclaration de soupçon prévue à l'article L. 562-2 « lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, 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 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 ». Le même article prévoit toutefois, à son deuxième alinéa, que ces personnes ne sont pas tenues de procéder à la 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 ». Précisons enfin que le troisième alinéa de l'article L. 562-2 prévoit que la déclaration de soupçon, dérogation au régime de droit commun, est communiquée à l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'avocat ou l'avoué près la cour d'appel, selon le cas, 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, à charge pour ces autorités de transmettre à la cellule TRACFIN la déclaration qui leur a été remise, sauf si elles considèrent qu'il n'existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux. Ce dernier point est la transposition de la faculté ouverte à l'article 6, 3 de la directive de 1991 modifiée qui prévoit que, s'agissant des notaires et des professions juridiques indépendantes, « les Etats membres peuvent désigner un organe d'autorégulation approprié de la profession concernée comme l'autorité à informer des faits visés au paragraphe 1, point a) [il s'agit de la déclaration de soupçon] et, dans ce cas, prévoient les formes appropriées de coopération entre cet organe et les autorités

responsables de la lutte contre le blanchiment ».

Sur tous ces points, la loi du 11 février 2004 fait donc une exacte transposition des dispositions de la directive du 4 décembre 2001.

S'agissant du chapitre III, la loi du 11 février 2004 s'est bornée à étendre les obligations de vigilance qui y sont prévues aux personnes mentionnées à l'article L. 562-1 du même code sans prévoir explicitement les exceptions et le mécanisme de filtrage introduit au chapitre II. Les requérants soutiennent que c'est dans cette omission que se niche l'inconventionnalité de la loi.

Nous les suivons sur ce point : si la loi de 2004 devait être interprétée comme n'ayant pas étendu aux obligations de vigilance au titre desquelles figure la réponse aux demandes d'information de TRACFIN les garanties prévues la directive de 2001, elle serait doublement inconventionnelle : parce qu'elle ne serait pas conforme à la directive qu'elle transpose et parce que, ce faisant, elle méconnaîtrait les articles 6 et 8 de la CEDH. Mais ce n'est pas la lecture que nous vous invitons à faire de la loi.

Nous pensons en effet que, le jeu d'un double renvoi textuel, les personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1 ne sont soumises aux obligations de vigilance prévues au chapitre III que dans les limites et conditions posées pour l'application du chapitre II.

Pour définir le champ d'application du chapitre III du titre VI du livre V du code monétaire et financier relatif aux obligations de vigilance, la loi renvoie, à chacun des articles en cause, aux personnes mentionnées à l'article L. 562-1 du même code. Or, comme nous venons de le dire, les dispositions du 12 de cet article font mention des « notaires, huissiers de justice, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises ainsi que des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, des avocats et des avoués près les cours d'appel, dans les conditions prévues à l'article L. 562-2-1 ». Et c'est à cet article L. 562-2-1 que figurent la définition limitative des transactions à propos desquelles les avocats sont soumis aux obligations, les exceptions afférentes aux consultations juridiques et procédures juridictionnelles et l'institution du mécanisme d'intermédiationle bâtonnier et le président de l'ordre des avocats aux conseils. Il résulte de la combinaison de l'ensemble de ces dispositions législatives que le législateur a implicitement mais nécessairement entendu étendre les garanties explicitement prévues pour l'application du chapitre II à celle du chapitre III.

Vous pourriez hésiter à retenir une interprétation aussi constructive du silence de la loi qui consiste à admettre que les renvois à l'article L. 562-1 dont l'objet est la définition du champ d'application *ratione personae* du chapitre III ont pour effet, le ricochet vers l'article L. 562-2-1, la définition de son champ d'application *ratione materiae*.

Trois séries de raisons nous permettent de surmonter toute hésitation.

La première tient à votre office qui vous conduit, à chaque fois que cela est possible, à privilégier l'interprétation de la loi qui permet d'assurer le respect de la hiérarchie des normes. Vous êtes rompus à la technique de l'interprétation sous réserve conventionnelle (voyez exemple Section 3 juillet 1998, *Bitouzet*, p. 288). Entre une lecture littérale de la loi qui conduit à constater, de manière imparable, la double méconnaissance de la directive de 2001 et de la Convention européenne des droits de l'homme et une interprétation reposant sur la combinaison de ces dispositions qui permet de la vider de toute inconventionnalité, vous devez retenir la seconde.

La deuxième série de motifs tient à la volonté du législateur. Les travaux parlementaires témoignent du souci de correctement transposer la directive de 2001 (voir notamment le rapport n° 157 de M. Lecerf devant le Sénat). Mais ces travaux révèlent aussi que le Parlement s'est attaché principalement à la définition du régime de la déclaration de soupçon en recherchant une solution équilibrée permettant de renforcer les moyens de lutte contre le blanchiment tout en préservant « le caractère singulier du secret professionnel des avocats »

(Mme Barèges, rapporteure devant l'Assemblée Nationale 2e séance du 6 janvier 2004). La question des obligations de vigilance qui ont été regardées, à juste titre, comme accessoires rapport à la déclaration de soupçon qui constitue le cœur du dispositif, n'a pas été traitée en tant que telle. Dans ces conditions, il est fidèle à l'intention du législateur de faire masse du tout et d'interpréter la loi comme imposant les garanties qu'il s'est attaché à définir pour l'ensemble des obligations.

La troisième série de motifs tient à la logique même du système de lutte contre le blanchiment des capitaux. La seule raison d'être des obligations de vigilance est en effet de mettre à même les personnes qui y sont soumises soit de déclarer les opérations sur lesquelles ils portent un soupçon soit de répondre aux demandes de renseignements de TRACFIN.

Ainsi, les dispositions de l'article L 563-3 du code monétaire et financier règlent le cas où une opération n'éveille pas en elle-même de soupçon. Lorsque se trouvent réunis les trois critères objectifs qu'il définit- le montant de l'opération (supérieur à 150 000 ?), son inhabituelle complexité et son absence de justification économique apparente-, l'organisme ou la personne en cause doit alors mener un examen particulier qui permet de susciter ou d'écarter le soupçon de nature à justifier une déclaration à TRACFIN (voir sur ce point Section, 25 juillet 2007, *Société Dubus*).

Et vous avez expressément, en matière disciplinaire, consacré cette logique d'arrimage des obligations de vigilance à la déclaration de soupçon en jugeant qu'en estimant « que si les vérifications imposées l'article L. 563-3 ne permettent pas d'établir l'origine licite des sommes, l'organisme financier, qui ne peut alors exclure que ces sommes puissent provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles, doit procéder à la déclaration exigée l'article L. 562-2, la Commission bancaire [avait] fait une application exacte des dispositions du code monétaire et financier (31 mars 2004, *Société Nextup SA*, T. p. 594, 596 et 853).

Sans l'interprétation que nous en faisons, la loi serait donc incohérente en plus d'être inconvictionnelle : elle imposerait aux avocats des obligations de vigilance sans restriction mais dans l'hypothèse où celles-ci auraient atteint leur but et éveillé des soupçons, elles ne pourraient déboucher sur une déclaration à TRACFIN que dans les seuls cas prévus au chapitre II. La logique d'ensemble du dispositif ainsi que sa finalité suppose que les obligations de vigilance s'imposent aux avocats dans les mêmes limites et conditions que celles qui sont posées pour la déclaration de soupçon.

Si vous nous suivez, vous admettez, dans ces conditions, que la loi a également procédé, s'agissant des obligations de vigilance, à une exacte transposition des dispositions de la directive et vous en déduirez que les moyens tirés de ce que la loi du 11 février 2004 serait incompatible avec les stipulations des articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent qu'être écartés.

Reste maintenant à examiner les moyens directement articulés contre les dispositions attaquées du décret du 26 juin 2006. Les requérants ne demandent l'annulation que de trois articles du code monétaire et financier qui ont été remplacés ou insérés le décret litigieux.

Commençons l'article R. 563-3 du code monétaire et financier qui ne pose pas de difficulté. Cet article prévoit, dans sa rédaction issue du décret litigieux, qu'il appartient aux organismes financiers et aux personnes mentionnés à l'article L. 562-1 d'adopter « des procédures internes adaptées à leurs activités destinées à mettre en oeuvre les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme [...] ainsi qu'un dispositif de contrôle interne destiné à assurer le respect des procédures ». Le deuxième alinéa du même article prévoit que ces procédures « sont définies le cas échéant soit arrêté du ministre compétent, soit des règlements professionnels homologués le ministre compétent, soit le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ». Il est soutenu que cet article porte une atteinte illégale aux principes qui régissent l'indépendance des avocats et leur libre organisation professionnelle en donnant compétence au ministre de la Justice pour

homologuer les procédures internes dont doivent se doter les avocats en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Vous écarterez ce moyen : les dispositions contestées n'ont eu pour objet et ne pouvaient avoir légalement pour effet que de soumettre l'adoption des procédures en cause aux mêmes règles que celles qui régissent l'organisation générale de la profession concernée. Or, s'agissant de la profession d'avocat, aucune règle ne confie au ministre de la justice un quelconque pouvoir d'homologation.

Venons en à l'article R. 562-2 du code monétaire et financier. Aux termes du troisième alinéa de cet article, dans sa rédaction issue du décret contesté : « Sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 562-2-2, les commissaires aux comptes, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats et les avoués près les cours d'appel et les commissaires-priseurs judiciaires sont chargés, à titre individuel, de répondre aux demandes de la cellule TRACFIN et de recevoir les accusés de réception, quelles que soient les modalités de leur exercice professionnel ».

Il est soutenu que cet article, en tant qu'il contraint les professionnels concernés à répondre individuellement aux demandes de la cellule TRACFIN, méconnaît les dispositions de l'article L. 562-2-1 du code monétaire et financier, qui excluent tout lien direct entre l'avocat déclarant et le service institué à l'article L. 562-4. En défense, le ministre de l'Economie soutient que les dispositions attaquées relatives aux demandes d'information de TRACFIN ne méconnaissent pas l'article L. 562-2-1 qui n'est applicable qu'aux déclarations de soupçons.

Mais cet argument ne résiste pas à l'interprétation que nous venons de faire des dispositions législatives du code monétaire et financier. Dès lors qu'il résulte des dispositions de l'article L. 562-1 telles que nous les avons interprétées que les personnes mentionnées au 12 de cet article ne sont soumises aux obligations de déclaration de soupçon et aux autres obligations de vigilance que dans les conditions posées aux huitième et neuvième alinéas de l'article L. 562-2-1, et qu'il y est prévu, pour la communication entre les intéressés et la cellule TRACFIN, un dispositif de filtre, selon les cas, du président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat 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, les dispositions attaquées méconnaissent la loi en imposant une relation directe entre les intéressés et la cellule TRACFIN dans les cas où ils répondent aux demandes de cette dernière.

Nous voudrions ajouter deux précisions.

Sur ce point, la loi du 11 février 2004 est allée au-delà de ce que prévoit la directive de 2001 qui se borne, comme nous l'avons vu, à envisager une intermédiation pour la déclaration de soupçon. Rien n'y fait obstacle. Bien plus, nous relevons que la directive du 26 octobre 2005 étend, à son article 23, la possibilité de désigner un organisme d'autorégulation aux cas de réponses aux demandes d'information. La loi française a, sur ce point, en quelque sorte anticipé sur l'évolution de la législation communautaire. Ajoutons, même si cela est sans rapport avec notre litige, que l'article 23 de la directive de 2005 a ôté à cet organe tout pouvoir de filtrage en limitant ses prérogatives à une simple transmission des informations.

En second lieu, nous pensons que l'intervention d'un organe d'intermédiation constitue une garantie importante pour la sauvegarde du secret professionnel de l'avocat et que rien ne justifie, de ce point de vue, l'asymétrie prévue des dispositions attaquées. L'intervention du bâtonnier ou du président de l'ordre nous semble requise pour s'assurer qu'il n'est porté atteinte au secret professionnel que dans le strict respect de la loi et cela, qu'il s'agisse d'une déclaration spontanée de soupçons ou d'une réponse à une demande d'informations de TRACFIN. Et nous relevons que, dans son arrêt du 23 janvier 2008, la cour constitutionnelle belge a retenu une interprétation de la loi contestée qui aboutit au même dispositif dans le souci de ne pas « priver d'une partie de son efficacité la garantie que représente l'intervention du bâtonnier » au motif que « le risque d'atteinte injustifiée au secret professionnel [...] n'est [...] pas moindre lors d'échanges d'informations ultérieurs au sujet des faits ou indices de

blanchiment ou de financement du terrorisme que lors du premier contact ». La préservation du lien de confiance entre l'avocat et son client appelle la garantie que constitue l'intervention d'un intermédiaire.

Nous terminerons l'article R. 563-4 du code monétaire et financier. Aux termes de cet article :

« Les personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1 n'appliquent les dispositions du présent chapitre 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 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 de sociétés ;

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

Il est soutenu qu'en s'abstenant de prévoir une dérogation aux obligations fixées le chapitre III, pour les personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1, également en ce qui concerne les informations qu'elles détiennent ou reçoivent dans le cadre d'une consultation juridique (et cela sous réserve des seuls cas où la personne concernée prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie aux fins de blanchiment de capitaux et où la personne qui y procède sait que son client souhaite obtenir des conseils à cette fin), cet article R. 563-4 serait illégal.

Si nous avons constaté, la voie de l'exception, l'inconventionnalité de la loi du 11 février 2004 en tant qu'elle n'a pas assortie des exceptions requises les obligations de vigilance, le pouvoir réglementaire n'aurait pas pu intervenir pour assurer le respect des exigences découlant de la directive de 2001. Comme nous vous l'avons déjà dit, le périmètre des obligations imposées en avocat qui correspond en creux aux cas dans lesquels ils sont tenus de se délier du secret professionnel relève du seul domaine de la loi. Certes, dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révèlent incompatibles avec des règles communautaires, il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application tant que ces dispositions n'ont pas été modifiées mais vous avez jugé que ces autorités ne peuvent toutefois trouver dans une telle incompatibilité un fondement juridique les habilitant à édicter des dispositions de caractère réglementaire qui se substitueraient à ces dispositions législatives (27 juillet 2006, *Association « Avenir de la langue française »*, au Recueil). La nécessité d'assurer le plein effet des exigences communautaires est sans incidence sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Le pouvoir réglementaire n'aurait pas été compétent pour prévoir, à l'article R. 563-4 du code monétaire et financier, l'exception des procédures juridictionnelles mais vous n'auriez pas pu le censurer dès lorsque le décret n'est pas attaqué dans cette mesure.

Mais nous avons retenu une interprétation conventionnelle de la loi selon laquelle, rappelons le, elle n'a soumis aux obligations de vigilance définies le chapitre III les personnes visées au 12 de l'article L. 562-1 que dans les limites posées l'article L.562-2-1.

Nous sommes prêt à admettre que le pouvoir réglementaire a cherché, en adoptant l'article attaqué, à expliciter, pour des raisons de pédagogie et d'accessibilité de la norme, l'implicite de la loi. Vous admettez la légalité d'un décret qui se borne à rappeler les règles légalement applicables dans la mesure où, ce faisant, il n'empiète pas sur le domaine de la loi

(Assemblée, 16 janvier 1981, *Fédération des associations de propriétaires et agriculteurs de l'Île de France et Union nationale de la propriété immobilière*, p. 19). Comme l'expliquait le Commissaire du Gouvernement Alain Bacquet, dans ses conclusions sur cette décision : « [...] un décret n'est pas nécessairement illégal parce qu'il touche une matière réservée au législateur et dont celui-ci a déjà traité. Il ressort de votre jurisprudence que le pouvoir réglementaire, chargé d'assurer l'exécution des lois, peut toujours rappeler un principe général du droit ou une règle législative à condition de se borner à en faire application sans l'étendre ou le restreindre (Assemblée, 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, p. 276) [...] Il peut également interpréter, expliciter ou préciser des règles fixées par le législateur sans en modifier le caractère ou en étendre la portée (Section, 12 mars 1965, *Fédération des chambres syndicales de négociants importateurs de la métallurgie et de la mécanique*, p. 165 ; 19 décembre 1979, *Société de droit anglais Hoverlloyd Limited*, p. 474).

Ce n'est pas ce que fait la disposition attaquée qui se borne à rappeler les dérogations propres aux procédures juridictionnelles, sans mentionner celles correspondant aux consultations juridiques. S'il voulait rappeler la loi, le pouvoir réglementaire devait la recopier complètement. Faute de l'avoir fait, l'article R. 563-4 a méconnu le champ d'application de la loi et, pour ce motif, doit être annulé, dans cette mesure.

Si vous nous suivez, vous prononcerez deux annulations partielles du décret du 26 juin 2006, celle de son article 1^{er} en tant qu'il prévoit, au troisième alinéa de l'article R. 562-2 du code monétaire et financier, une relation directe entre les personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1 et la cellule TRACFIN dans les cas où ces personnes répondent aux demandes de cette dernière et celle du III de son article 2 qui introduit un article R. 563-4 rappelant les obligations imposées au chapitre III aux personnes mentionnées au 12 de l'article L. 562-1 en tant qu'il n'a pas assorti ce rappel des réserves relatives aux informations que ces personnes détiennent ou reçoivent dans le cadre d'une consultation juridique et vous rejetterez le surplus des conclusions des deux requêtes. Vous condamnerez l'Etat qui succombe, dans la présente instance, à verser au Conseil des barreaux européens une somme de 4 000 ? au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Au terme de ces longues conclusions, nous voudrions ajouter deux dernières observations.

S'agissant de l'articulation des normes européennes, l'importance théorique de la décision que vous rendrez doit être soulignée. La pyramide kelsenienne ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques : les droits nationaux, le droit communautaire et celui de la convention européenne. Le pluralisme juridique est une richesse à la condition d'être ordonné (voir sur ce point l'article de Mireille Delmas-Marty : « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », Recueil Dalloz, 2006, p. 951). La responsabilité des juges pour assurer la cohérence entre les réseaux normatifs est de premier ordre. Par votre décision *Arcelor*, vous avez clarifié les relations entre notre ordre constitutionnel et l'ordre juridique communautaire. Les présentes affaires vous offrent l'occasion de compléter cette tentative de mise en ordre. Nous nous sommes efforcé d'y procéder dans le double souci d'assurer, d'une part, la conciliation la plus grande entre les règles communautaires et les exigences conventionnelles et, d'autre part, le niveau le plus élevé de protection des droits fondamentaux. Vous n'êtes pas seuls pour atteindre cet objectif : au dialogue institutionnalisé avec la Cour de Luxembourg s'ajoute celui, spontané mais nécessaire, avec la Cour de Strasbourg et les autres juridictions nationales.

Il n'est pas anodin que cette construction théorique doive être échafaudée à l'occasion d'un litige qui met en cause l'un des droits les plus cruciaux de notre système juridique : le secret professionnel des avocats. Le système de contrôle que nous vous invitons à consacrer conduit à retenir une interprétation conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme de la directive de 2001 et de la loi de transposition de 2004. Elle conduit à deux annulations du décret du 26 juin 2006 en tant qu'il n'a pas garanti le même niveau de protection. Nous ne minorons pas l'importance de la lutte contre le blanchiment des capitaux qui s'avère indispensable pour la sécurité économique et financière des Etats européens. Mais celle-ci ne peut se faire à tout prix. Il est des îlots à préserver au nom d'intérêts plus impérieux encore. S'agissant du secret professionnel, nous citerons, après bien d'autres, Emile

Garçon qui évoque les secrets du médecin, du prêtre et de l'avocat, dans son code pénal annoté : « Il importe à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans conditions ni réserve car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié ». En rappelant aujourd'hui que le secret professionnel des avocats doit, dans certaines hypothèses indiscutables, prévaloir sur tout, vous conforterez l'un des piliers les plus fondamentaux de notre société. L'espace juridique européen que nous partageons est fondé sur des valeurs communes : votre décision aura d'autant plus d'éclat et de portée qu'elle sera fondée sur le respect des droits fondamentaux protégés dans le cadre européen dont nous sommes tous ensemble, juridictions européennes et nationales, les ultimes garants. »

Composition de la juridiction : Mlle Bretonneau., Rapporteur. - M. Guyomar, Commissaire du gouvernement. - M. Stirn, Président. - SCP Bachellier, Potier de la Varde, la SCP Delaporte, Briard, Trichet, Avocats