

Jean-Pierre Gross*

A propos d'un arrêt de la CJCE du 26 juin 2007 Occasion manquée, défaite ou victoire?

Mots clés : Avocat, activités traditionnelles de l'avocat, accès au droit, secret professionnel, blanchiment, dénonciation, CEDH

Par arrêt rendu le 26 juin 2007 dans l'affaire C-305/05 ayant pour objet une demande de décision préjudicielle introduite par la Cour d'arbitrage devenue Cour constitutionnelle de Belgique, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a dit pour droit:

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

Cet arrêt a déçu. Mais pour le soussigné et ceux pour qui l'avocat n'a pas pour vocation de « vendre des produits juridiques » mais de donner accès au droit comme à la justice, cette déception procède d'une lecture lacunaire et d'une interprétation pessimiste de l'arrêt en question.

Ce qu'il faut regretter, c'est que l'argument principal des recourants était tiré de l'article 6 de la CEDH, qui garantit le droit à un procès équitable, plutôt que de l'article 8 qui, lui, garantit le respect de la vie privée et dont il faut déduire le droit au maintien du secret sur tout ce qui est confié à l'avocat dans l'exercice de son activité traditionnelle de juriconsulte, celle qui donne accès au droit.

Si l'on avait fait valoir à titre principal que l'avocat n'a pas seulement pour vocation de défendre les intérêts de son client dans un contexte lié à une procédure judiciaire mais aussi, voire avant tout, de lui donner accès au droit, peut-être que la Cour d'arbitrage belge aurait formulé sa question préjudicielle différemment et demandé à la CJCE de trancher la question de la compatibilité des obligations d'information et de coopération imposées aux avocats par la directive avec le droit au respect de la vie privée tel qu'il est garanti par l'article 8 de la CEDH.

I. Le contexte

1. La directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 (ci-après: 2^e directive) a étendu le champ d'application de 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. Dès lors, aux termes de l'article 2^{bis} de la directive 91/308,

« Les Etats membres veillent à ce que les obligations prévues par la présente directive soient imposées aux . . .

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. »

Parmi les obligations en question, signalons tout d'abord celle de l'identification, au moment de nouer « des relations d'affaires », des clients ou des personnes pour le compte desquelles ces clients agissent (article 3, paragraphes 1 et 7), celle de l'examen avec une attention particulière de toute transaction considérée comme particulièrement susceptible, de par sa nature, d'être liée au blanchiment de capitaux (article 5) et surtout celle qu'impose l'article 6, paragraphe 1, de *coopérer 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; (souligné par le réd.)*

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

La seule réserve relative à ces dernières obligations figure à l'article 6, paragraphe 3, second alinéa:

* Avocat au Barreau, Lausanne. Président de l'Organisme d'autorégulation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires (OAR FSA/FSN).

«Les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations prévues au paragraphe 1 aux notaires, aux membres des professions juridiques indépendantes . . . pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur 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.»

1.2 La Belgique a transposé la 2^e directive en adoptant une loi du 12 janvier 2004. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone, l'Ordre des barreaux flamands et les Ordres français et néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles ont saisi la Cour d'arbitrage, laquelle statue sur la constitutionnalité des lois, de recours en annulation de certains articles de cette loi. Le Conseil des barreaux de l'Union européenne (CCBE) et l'Ordre des avocats du barreau de Liège sont intervenus à la procédure pour soutenir et appuyer l'argumentation des recourants.

Comme premier moyen, ceux-ci ont fait valoir que l'obligation faite aux avocats d'informer le bâtonnier de l'Ordre et, à travers lui, les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux, de tout fait qui pourrait être l'indice d'un tel blanchiment, est contraire aux principes fondamentaux de l'indépendance de l'avocat – compris comme le devoir de défendre son client dans l'intérêt exclusif de celui-ci et en dehors de toute influence des pouvoirs publics – et du secret professionnel, lesquels constituent le noyau dur des droits de la défense consacrés par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après: CEDH), l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne et l'article 48, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Aussi l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles ont-ils requis la Cour d'arbitrage de poser à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) la question préjudicielle de savoir si l'inclusion de la profession d'avocat dans le champ d'application de la directive 91/308 ne viole pas le droit à un procès équitable tel qu'il est garanti par l'article 6 de la CEDH et donc l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne.

De leur côté, l'Ordre des barreaux flamands et l'Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles ont aussi invoqué l'article 8 de la CEDH et soutenu en plus que l'extension aux avocats du champ d'application de la directive 91/308 touchait à l'essence de la profession d'avocat et au droit fondamental du client à un avocat qui prenne toute initiative uniquement dans son intérêt et qu'elle menait à l'auto-incrimination du client.

1.3 Par arrêt du 13 juillet 2005, la Cour d'arbitrage belge a décidé de poser à la CJCE la question préjudicielle articulée par les recourants.

II. Les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro

1. Dans ses conclusions du 14 décembre 2006, l'avocat général Poiares Maduro a fort opportunément distingué l'activité de l'avocat relevant de l'accès à la justice de celle qui touche à l'accès au droit. S'agissant des prestations en relation avec l'accès à la justice, toutes les parties s'accordent, écrit-il, sur le fait que le secret professionnel doit bénéficier d'une protection renforcée dans le cadre de l'exercice des fonctions de représentation et de défense d'un client. Cela ne souffre pas de contestation (cf. ch. 55).

2. La dispute se concentre donc sur le point de savoir si pareille protection mérite d'être étendue au-delà du cadre strict des nécessités de la représentation et de la défense et jusqu'où il convient de l'étendre (cf. ch. 56). Et l'avocat général d'interpréter la notion d'«évaluation de la situation juridique» du client contenue à l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, de la 2^e directive (cf. ch. 57 à 72).

Tout d'abord, écrit-il, *«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. La possibilité pour tout citoyen de pouvoir disposer d'un conseil indépendant aux fins de prendre connaissance de l'état du droit régissant sa situation particulière est une garantie essentielle de l'Etat de droit. Dans ces conditions, le pacte de confiance que garantit la protection du secret mérite d'être étendu au cadre des relations d'assistance et de conseil juridiques. Pareille extension est conforme, en outre, au développement de la jurisprudence de la Cour.»* (Cf. ch. 60).

Ensuite, *«(f)orce est de reconnaître qu'une distinction entre les activités de nature juridique et les activités «extra-juridiques» des avocats peut être difficile à opérer en pratique. Cependant, il ne . . . semble pas impossible de concevoir un critère clair qui permette de séparer les cas dans lesquels l'avocat, agissant «en tant qu'avocat», jouit de la protection du secret professionnel et les cas dans lesquels cette protection n'a pas lieu d'être appliquée. C'est d'ailleurs à cette seule condition . . . que peut être sauvegardé l'équilibre entre l'exigence de protection de la confiance existant entre l'avocat et son client et l'exigence de protection des intérêts généraux de la société, dans le respect des droits protégés par l'ordre juridique communautaire.»* (Cf. ch. 65).

Enfin *«(q)ue, dans tous les cas où il intervient, l'avocat puisse être amené à entreprendre une évaluation de la situation juridique de son client, cela n'est pas contestable. Cependant, cette évaluation est susceptible de prendre des directions différentes. Une chose est d'exposer le cadre et les implications juridiques de l'opération envisagée, autre chose de conduire une évaluation en vue de choisir la meilleure stratégie dans l'intérêt du client pour réaliser une action ou une transaction économique ou commerciale. Si l'évaluation a simplement pour but d'aider le client*

à organiser ses activités «dans le respect de la loi» et de soumettre ses objectifs aux règles de droit, elle doit être considérée comme une activité de conseil et elle doit être soustraite à toute obligation d'information, quel que soit le contexte dans lequel elle est fournie. En revanche, si l'évaluation a pour but essentiel de réaliser ou de préparer une transaction commerciale ou financière et qu'elle est soumise aux instructions du client en vue de trouver, notamment, la solution économiquement la plus favorable, l'avocat n'agit plus autrement que comme un «agent d'affaires» qui met entièrement ses compétences au service d'une activité non juridique, et il n'y a pas lieu à application du secret professionnel. Dans le premier cas, il est permis de dire que l'avocat agit non seulement dans l'intérêt de son client mais également dans l'intérêt du droit. Dans le second, seul prévaut l'intérêt du client. Dans ce cas, l'avocat n'agit pas en tant qu'avocat indépendant mais se trouve dans une situation identique à celle d'un conseiller financier ou d'un juriste d'entreprise.» (Cf. ch. 70).

3. Face à la difficulté qu'il y a de distinguer entre ces deux types de situations, l'avocat général est d'avis que, «(c)ompte tenu de la nature fondamentale de la protection du secret professionnel de l'avocat, il est juste de présumer que l'avocat agit en sa qualité propre de conseil ou de défenseur (souligné par le réd.). Ce n'est que s'il apparaît qu'il a été employé pour une fonction qui met en cause son indépendance qu'il conviendra de considérer qu'il peut être soumis à l'obligation d'information prévue par la directive. Cette appréciation devra être faite au cas par cas, sous la garantie d'un contrôle juridictionnel.» (Cf. ch. 72).

4. Et l'avocat général de conclure en suggérant à la Cour de répondre de la manière suivante à la question posée par la Cour d'arbitrage:

«Les articles 2^{bis}, point 5, et 6 de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001, sont valides pour autant qu'ils sont interprétés, conformément au dix-septième considérant de ladite directive et dans le respect des droits fondamentaux à la protection du secret professionnel de l'avocat, en ce sens qu'il y a lieu d'exonérer de toute obligation de déclaration les informations obtenues avant, pendant ou après une procédure judiciaire ou lors de la fourniture de conseils juridiques.» (Souligné par le réd.)

III. L'arrêt de la CJCE du 26 juin 2007

1. La Cour n'a pas traité de la distinction entre les activités de l'avocat qui relèvent de l'accès à la justice et celles qui donnent accès au droit. Elle n'a pas non plus contesté l'analyse de l'avocat général ni réfuté son argumentation sur la protection dont devait jouir l'activité relevant du conseil juridique prodigué en dehors de tout contexte procédural ou judiciaire.

Elle explique à cet égard «que, par sa question, la juridiction de renvoi a uniquement considéré comme nécessaire de demander à la Cour un contrôle de validité de cette directive au regard du droit à un procès équitable tel que garanti par les articles 6 de la CEDH et 6, paragraphe 2, UE» (consid. 17) et «qu'il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour» (consid. 18).

2. Entrant dans le vif du sujet, la Cour commence par rappeler que l'article 6, paragraphe 3, second alinéa de la directive 91/308 dispose que «les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations d'information et de coopération des avocats pour ce qui concerne les informations reçues de l'un de leurs clients ou obtenues sur l'un de ceux-ci, 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» (consid. 23).

Elle admet que cette disposition «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» (consid. 27).

Ce nonobstant, elle relève que «(l)'importance d'une telle exonération est soulignée par le dix-septième considérant de la (2^e) directive, lequel énonce qu'il ne serait pas approprié que la directive 91/308 impose l'obligation de communiquer d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux aux... avocats, dans les cas où ils évaluent la situation juridique d'un client ou le représentent dans une procédure judiciaire» (consid. 24). Et la Cour de poser que «le même considérant souligne qu'il résulte d'une telle exonération que la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel (souligné par le réd.), sauf dans les cas où l'avocat soit participe lui-même à des activités de blanchiment de capitaux, soit fournit des conseils juridiques à des fins de blanchiment de capitaux, soit est conscient du fait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques à de telles fins» (consid. 24).

3. Constatant ensuite que les activités énumérées à l'article 2^{bis}, paragraphe 5, se situent en règle générale et en raison de leur nature même «dans un contexte qui n'a pas de lien avec une procédure judiciaire et, partant, en dehors du champ d'application du droit à un procès équitable» (consid. 33), la Cour tire la conclusion et arrête que «les obligations d'information et de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux prévues à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/308 et imposées aux avocats par l'article 2^{bis}, point 5, de cette directive, compte tenu de l'article 6, para-

graphie 3, second alinéa, de celle-ci, (souligné par le réd.) ne violent pas le droit à un procès équitable, tel que garanti par les articles 6 de la CEDH et 6, paragraphe 2, UE».

IV. Conclusion

Ce qui mérite d'être relevé et souligné dans l'arrêt de la CJCE, c'est d'une part l'importance donnée au considérant 17 de la directive 2001/97/CE et, d'autre part, la condition dont dépend la compatibilité de la directive avec l'article 6 CEDH, à savoir l'exo-

nération contenue à l'article 6, paragraphe 3, second alinéa de la directive 91/308.

Loin d'une défaite, il s'agit là d'une victoire pour les avocats au barreau. Gageons qu'à la prochaine occasion, ils feront valoir l'article 8 de la CEDH pour faire reconnaître que leur activité de conseil est couverte par le secret professionnel. Mais pour l'emporter sur ce terrain, il est urgent qu'ils combattent l'idée qu'ils «vendent» des produits ou des services. Qu'ils restent donc fidèles à leur vocation de prestataires de services et de garants aussi bien de l'accès au droit que de l'accès à la justice! ■