

**L'ARRÊT
DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE
DU 23 JANVIER 2008 ET SON IMPACT
SUR LE RÔLE DE L'AVOCAT
DANS LE CADRE DE LA LUTTE
CONTRE LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX
AINSI QUE LE FINANCEMENT
DU TERRORISME**

PAR

Yves MOINY (1) (2)

*Collaborateur scientifique au sein de l'Institut d'Etudes européennes
de l'Université Libre de Bruxelles
Substitut du procureur du Roi détaché au sein de la Commission européenne*

A. — Introduction

«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 flots à préserver au nom d'intérêts plus impérieux encore (...)» (3).

Le 23 janvier 2008, la Cour constitutionnelle belge a rendu un arrêt fort attendu relativement aux obligations des avocats en matière de prévention contre le blanchiment de capitaux ainsi que le financement du terrorisme. Cet arrêt devait entre autres trancher l'épineuse question de la validité constitutionnelle de la législation belge imposant

(1) L'auteur s'exprime à titre strictement personnel. Ses opinions ne doivent pas être considérées comme exprimant une position officielle de la Commission européenne ou du Ministère belge de la Justice.

(2) L'auteur tient à remercier tout particulièrement le Professeur Jean-Victor Louis de ses précieux commentaires et suggestions.

(3) C.E. fr., 10 avril 2008, n° 296845, 296907, concl. Com. Gouv. Guyomar, cité par Thierry WICKERS, «L'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2008 : un succès ... mais le combat continue!», *Gaz. Pal.*, 2008, n° 111-113, p. 2.

aux avocats l'obligation d'informer et de coopérer avec les autorités publiques dans ce domaine.

Au vu de la complexité de la matière, il est nécessaire, dans un premier chapitre, de rappeler le contexte législatif européen et belge dans lequel l'arrêt en question s'intègre pour ensuite. Dans les deuxième et troisième chapitres, il conviendra de décrire la procédure telle qu'elle s'est déroulée devant la Cour constitutionnelle ainsi que devant la Cour de Justice des Communautés européennes. Le quatrième et dernier chapitre sera quant à lui consacré aux enseignements à retirer plus particulièrement de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle belge.

B. — Le processus législatif au niveau européen et belge

La lutte contre le blanchiment de capitaux a fait l'objet depuis de nombreuses années d'une intense activité normative au plan international ainsi qu'au plan européen. Ce mouvement a notamment conduit la Communauté européenne, le 10 juin 1991, à l'adoption de la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (4). Affirmant le principe de l'interdiction du blanchiment de capitaux au sein de la Communauté, cette directive impose aux Etats membres la mise en place d'un régime visant à obliger les établissements de crédits et les institutions financières à identifier leurs clients, à informer d'initiative les autorités compétentes de toute transaction suspecte, ainsi qu'à coopérer avec elles lorsqu'ils en sont requis, et à prendre toute mesure destinée à prévenir le risque de blanchiment de capitaux.

Soucieux d'actualiser le régime en vigueur dans ce domaine au sein de la Communauté européenne, le Parlement européen et le Conseil ont adopté en 2001 la directive 2001/97/CE modifiant la directive 91/308/CEE (5). Cette dernière limitant son champ d'application aux seuls produits des infractions liées au trafic de stupéfiants, il a en effet été jugé nécessaire d'élargir le spectre des infractions principales ou sous-jacentes à l'infraction de blanchiment de capitaux en incluant les activités des organisations criminelles, la corruption, et la fraude aux intérêts financiers communautaires. Cette extension au plan matériel

(4) *J.O.C.E.*, n° L 166 du 28 juin 1991, p. 77.

(5) Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *J.O.C.E.*, n° L 344 du 28 décembre 2001, p. 76.

s'est en outre accompagnée d'un élargissement des acteurs amenés à devoir prêter leur assistance en matière de prévention du blanchiment de capitaux. Dans cet esprit, les bureaux de change, sociétés de transport de fonds, entreprises d'investissement, mais aussi et surtout les notaires ainsi que les membres des professions juridiques indépendantes dans la mesure où ils participent à des transactions de nature financière ou immobilière, se sont également vus soumis aux dispositions de la directive.

Le 22 octobre 2004, le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (en abrégé «GAFI») publie ses recommandations spéciales sur le financement du terrorisme (6). La recommandation IV énonce l'obligation de déclarer aux autorités compétentes les transactions suspectes liées au terrorisme. C'est notamment en raison de ces nouvelles recommandations qu'il a été décidé de réformer la directive 91/308/CEE et d'adopter, le 26 octobre 2005, au terme d'une procédure législative particulièrement rapide, la directive 2005/60/CE (7). Celle-ci tend principalement à consolider le dispositif mis en place jusqu'alors. En d'autres termes, la directive 2005/60/CE entend préciser, compléter, et renforcer les différents rouages du mécanisme élaboré au plan de la Communauté européenne depuis 1991. C'est pourquoi, elle abroge, pour des raisons de clarté, la directive 91/308/CEE (art. 44).

Parmi les innovations, il convient tout particulièrement de souligner la substantielle extension de son champ d'application *ratione materiae* dès lors que sont désormais inclus, dans les infractions principales ou sous-jacentes, les actes définis par la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme (8). L'on peut en outre évoquer le fait qu'en son article 21.2, la directive 2005/60/CE définit à présent les missions des autorités responsables de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, les cellules de renseignement financier (en abrégé «CRF»), impose, en son article 21.3, aux Etats membres de leur accorder un accès, direct ou indirect, aux informations financières, administratives et judiciaires nécessaires afin de remplir correctement leurs tâches, et confie à la Commission, en son article 38, le soin de favoriser la coordination entre les CRF au sein de la Communauté par le biais notamment de l'échange d'informations.

(6) Voy. www.fatf-gafi.org

(7) Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *J.O.C.E.*, n° L 309 du 25 novembre 2005, p.15.

(8) Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *J.O.C.E.*, n° L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

A côté de cette législation propre au premier pilier, des instruments ont également été adoptés dans le cadre du troisième pilier. Parmi ceux-ci, citons la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (9). L'objet de cette décision-cadre consiste à rapprocher les dispositions de droit et de procédure en matière pénale sur le blanchiment d'argent et ce principalement par le biais d'une harmonisation des mesures de ratification au sein des Etats membres de la Convention du Conseil de l'Europe sur le blanchiment signée à Strasbourg le 8 novembre 1990. De même, il convient encore d'évoquer la décision du Conseil du 17 octobre 2000 relative aux modalités de coopération entre les cellules de renseignement financier des Etats membres en ce qui concerne l'échange d'informations (10). Afin de contribuer à la lutte contre la criminalité organisée, cette décision entend harmoniser les modes de coopération entre les CRF des Etats membres par le biais d'un rapprochement de leur organisation interne ainsi que d'une standardisation des procédures à suivre dans le cadre de l'échange d'informations entre lesdites CRF.

En Belgique, la loi du 12 janvier 2004 modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (11) assure plus particulièrement la transposition de la directive 2001/97/CE. Soulignons l'élargissement du champ d'application *ratione materiae* de la loi qui inclut dès 2004 le financement du terrorisme, le législateur belge ayant à cet égard décidé de mettre en œuvre les Huit Recommandations spéciales sur le financement du terrorisme adoptées par le GAFI au mois d'octobre 2001.

Relevons en outre que l'extension aux avocats du champ d'application *ratione personae* de la loi ne semble avoir suscité aucun débat parlementaire à en juger notamment par le fait que l'article 4 du projet de loi y relatif a été adopté par la Commission des finances et du budget de la Chambre des Représentants sans le moindre commentaire (12). L'honnêteté commande toutefois de rappeler ici le fait que la question du rôle de l'avocat dans le cadre de la lutte contre le blan-

(9) *J.O.C.E.*, n° L 182 du 5 juillet 2001, p. 1.

(10) *J.O.C.E.*, n° L 271 du 24 octobre 2000, p. 4.

(11) *M.B.*, 23 janvier 2004, p. 4352.

(12) Voy. Projet de loi modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires financiers et conseillers en placements, Rapport, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess.ord. 2003-2004, n° 383/003, p. 6.

chiment avait fait l'objet de discussions préalables au sein notamment de la Commission du suivi en matière de criminalité organisée du Sénat (13).

C. — La procédure devant la Cour constitutionnelle belge

Le 23 juillet 2004, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, d'une part, et l'*Ordre van Vlaamse balies* ainsi que l'Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles, d'autre part, saisissent la Cour constitutionnelle de deux recours en annulation contre une série de dispositions de la loi du 12 janvier 2004.

Dans ce contexte, cinq griefs ont été soulevés devant la Cour constitutionnelle : le premier concerne l'atteinte injustifiée aux principes du secret professionnel et de l'indépendance des avocats ainsi que le manque de clarté du champ d'application de la loi; le deuxième porte sur l'absence de définition claire des délits établis par la loi; le troisième est relatif à l'interdiction de porter à la connaissance du client le fait que des informations ont été transmises à la Cellule de traitement des informations financières (en abrégé «CTIF»); le quatrième concerne la possibilité pour les autorités de se faire communiquer toute information complémentaire; et enfin le cinquième moyen porte sur la possibilité pour tout employé ou représentant des avocats de procéder personnellement à la transmission des informations relatives aux transactions suspectes.

Dans le cadre de l'examen du premier grief, les parties requérantes ont défendu la thèse selon laquelle, en son article 1^{er}, 2), la directive 2001/97/CE contrevient au droit à un procès équitable ainsi qu'aux droits de la défense lorsqu'elle étend aux avocats l'obligation de dénoncer toute transaction suspecte à la cellule de renseignement financier. Amenée ainsi à statuer sur la légalité et l'interprétation d'un acte pris par les institutions de la Communauté, la Cour constitutionnelle a tout d'abord décidé de soumettre à la Cour de justice des Communautés européennes la question de la validité de cette disposition législative européenne au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (en abrégé «CEDH»), ainsi que de l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne (en abrégé «TUE»).

(13) La criminalité organisée en Belgique, Rapport, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n° 425/2, pp. 194-208.

Tout en soulignant le fait que les obligations d'information et de coopération imposées aux avocats peuvent être sujettes à plusieurs formes d'interprétation, situation non dépourvue d'une certaine ambiguïté, selon ses propres termes, la Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 26 juin 2007, dit néanmoins pour droit que : «*Les obligations d'information et de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux (...) imposées aux avocats (...) ne violent pas le droit à un procès équitables tel qu'il est garanti par les articles 6 de la CEDH et 6, paragraphe 2, UE.*» (14). Dans un souci de clarté, cet arrêt fera l'objet d'un examen un peu plus approfondi dans le cadre du chapitre suivant.

Forte de l'imprimatur ainsi donné à la directive 2001/97/EC par la Cour de Luxembourg, la Cour constitutionnelle entreprend ensuite de donner une portée sans équivoque aux obligations d'information et de coopération imposées aux avocats. Le secret professionnel de l'avocat est, aux yeux de la Cour constitutionnelle, un «*principe général qui participe du respect des droits fondamentaux (...) les règles dérogeant à ce secret ne peuvent être que de stricte interprétation (...)*» (15). Se référant plus particulièrement au considérant n° 17 de la directive 2001/97/CE, ainsi qu'à l'exception prévue en son article 1^{er}, 5) (16), la Cour constitutionnelle considère 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 par le secret professionnel, et ne peuvent pas être portées à la connaissance des autorités*» (17). Seules les informations recueillies en-dehors de la mission spécifique de défense, de représentation en justice, et de conseil juridique, dans les matières énumérées par la loi, peuvent être soumises à l'obligation de communication aux autorités publiques. La Cour constitutionnelle a pu à nouveau insister sur cette interprétation dans le cadre de l'arrêt qu'elle a rendu ce 10 juillet 2008 (18).

(14) Cour de Justice, arrêt du 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles c. Conseil des ministres*.

(15) Voy. para. B.7.10. de l'arrêt du 23 janvier 2008.

(16) Voy. article 14bis, §3, al.2, de la loi du 11 janvier 1993 tel qu'inséré par l'article 25, 3°, de la loi du 12 janvier 2004.

(17) Voy. para B.9.6. de l'arrêt du 23 janvier 2008.

(18) Cour constitutionnelle, arrêt du 10 juillet 2008, aff. n° 4279, 4327 et 4336, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles c. Conseil des ministres*.

Au sujet du deuxième grief relatif à l'*obscuri libelli* de l'article 5 de la loi du 12 janvier 2004, article étendant la liste des infractions sous-jacentes, la Cour constitutionnelle constate qu'en tant que telle cette disposition n'érige aucun comportement en infraction et ne crée aucune peine. Tout au plus la Cour a-t-elle jugé nécessaire de rappeler le fait que les termes auxquels le législateur s'est référé sont ceux du langage courant, «*termes suffisamment explicites pour permettre à des professionnels du droit de déterminer que l'origine des fonds qu'ils soupçonnent faire l'objet de blanchiment est illicite au sens de la loi*» (19).

S'agissant du troisième grief émis à l'encontre de l'article 31 de la loi attaquée qui fait interdiction d'informer un client, ou toute personne tierce, du fait que des renseignements la/le concernant ont été transmis à la CTIF, la Cour interprète cette interdiction à l'aune de la volonté du législateur d'assurer l'efficacité du dispositif préventif mis en place et considère ainsi que «*compte tenu du champ d'application limité de l'obligation de transmission des informations aux autorités qui s'impose aux avocats, (...), la mesure attaquée n'est pas disproportionnée*» (20).

Concernant le quatrième grief adressé à l'encontre de l'article 27 de la loi du 12 janvier 2004 qui permet aux agents de la CTIF de se faire communiquer toute information complémentaire directement auprès de l'avocat sans plus à devoir passer par le bâtonnier, la Cour constitutionnelle a cru ici nécessaire de préciser le caractère essentiel de la garantie que représente l'intervention du bâtonnier au cours de la transmission de l'information initiale ou complémentaire entre l'avocat et la CTIF. Le bâtonnier s'est vu dès lors consacré par la Cour constitutionnelle dans son rôle d'intermédiaire incontournable entre les avocats et la CTIF (21).

Enfin, quant au cinquième grief porté à l'égard de l'article 30, 2°, de la loi attaquée autorisant tout employé ou représentant des avocats à procéder personnellement à la transmission d'informations à la CTIF chaque fois que la procédure normale n'a pas été suivie, la Cour constitutionnelle, en des termes extrêmement clairs, a purement et simplement annulé cette disposition au motif que cette disposition porte atteinte au secret professionnel de l'avocat. Relevons le fait que la Cour n'a pas ici jugé bon de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg alors même pourtant que cette obligation découle de l'article 1^{ier}, 5) de la directive 2001/97/CE.

(19) Voy. para B.12.4 de l'arrêt du 23 janvier 2008.

(20) Voy. para. B.13.5. et ss. de l'arrêt du 23 janvier 2008.

(21) Voy. para B.14.4. de l'arrêt du 23 janvier 2008.

D. — L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 26 juin 2007

Comme déjà évoqué dans le chapitre précédent, le 13 juillet 2005, la Cour constitutionnelle belge soumet à la Cour de Justice la question de savoir dans quelle mesure l'obligation d'informer les autorités publiques imposée par la directive 2001/97/CE aux membres de professions juridiques indépendantes viole ou non le droit à un procès équitable tel que garanti par les articles 6 de la CEDH ainsi que 6, paragraphe 2, du TUE.

Dans ses conclusions du 14 décembre 2006, l'avocat général Poiares Maduro conclut à la légalité des dispositions de la directive 2001/97/CE mises en cause pour autant qu'elles soient interprétées «*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*» (22).

Le 26 juin 2007, la Cour de Luxembourg valide purement et simplement les obligations d'information et de coopération avec les autorités publiques imposées aux avocats au regard des articles 6 de la CEDH et 6, paragraphe 2, du TUE. Relevons d'emblée le fait que la Cour de Luxembourg a expressément exclu la possibilité d'étendre son analyse à la question de la conformité de la directive par rapport au droit au respect de la vie privée tel que prévu à l'article 8 de la CEDH. La Cour constitutionnelle belge n'ayant en effet pas expressément visé cette disposition dans sa question préjudicielle, la Cour de Justice n'a pas voulu remettre en cause la pertinence de cette formulation et ce au motif que la procédure préjudicielle est fondée sur «*une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour*» (23).

Cette option prise par la Cour de Luxembourg mérite un mot de commentaire. L'avocat général Poiares Maduro, dans ses conclusions, avait pourtant laissé entrevoir la possibilité pour la Cour de préciser le contenu d'une question préjudicielle à l'aune notamment de la motivation de l'ordonnance de renvoi (24). Or, l'ordonnance de renvoi évoque l'article 8 de la CEDH parmi les dispositions dont la violation a été alléguée par les parties requérantes. Pour une raison qu'il paraît

(22) Concl. Av. gén. M.M. POIARES MADURO, 14 décembre 2006, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles c. Conseil des ministres*.

(23) Voy. para. 18 et 19 de l'arrêt du 26 juin 2007.

(24) Concl. Av. gén. M.M. POIARES MADURO, *op. cit.*, para. 32.

difficile de comprendre, la Cour n'a toutefois pas souhaité profiter de l'espace qui lui était ainsi ouvert pour étendre son analyse à la question de la conformité de la directive par rapport au droit au respect de la vie privée.

Déterminée à ne pas sortir de ce strict cadre d'analyse, la Cour de Luxembourg se réfère à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet du droit à un procès équitable. Constatant que le droit d'accès à un avocat est un des éléments faisant partie du droit à un procès équitable, la Cour de Luxembourg considère que c'est avant tout du lien avec une procédure judiciaire que dépend le fait pour l'avocat d'être ou non soumis aux obligations imposées par la directive mise en cause. En d'autres mots, dès l'instant où l'intervention d'un avocat ne présente aucun rapport avec une procédure judiciaire, que celle-ci soit en préparation, en cours, ou même clôturée, ce dernier se trouve alors en-dehors du champ d'application du droit à un procès équitable et tombe par conséquent sous le coup des obligations de la directive.

En outre, la Cour semble considérer que la consultation juridique doit être liée à une procédure judiciaire afin que les informations transmises dans ce contexte puissent être soustraites aux obligations imposées par la directive incriminée. Ce faisant, la Cour paraît donner une portée particulièrement étroite au principe du secret professionnel de l'avocat. Dans ses conclusions, l'avocat général Poiares Maduro s'est quant à lui montré plus souple dès lors qu'il s'est explicitement rallié à l'opinion selon laquelle ce principe couvre également la fourniture de conseils juridiques et ce pour autant que ce service a pour objectif «*d'aider le client à organiser ses activités 'dans le respect de la loi'*» (25). A nouveau, il est difficile de comprendre la raison pour laquelle la Cour n'a pas suivi le chemin ainsi tracé.

E. — Les enseignements tirés de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 23 janvier 2008

Avant toute chose, il convient de remarquer la relative facilité avec laquelle la Cour constitutionnelle se lance dans l'examen de la constitutionnalité de la loi belge transposant la directive 2001/97/CE. En ce domaine, l'approche belge se différencie de celle retenue, par exemple, en France. En effet, le Conseil constitutionnel français s'illustre en la matière par une plus grande réserve.

(25) Concl. Av. gén. M.M. POIARES MADURO, *op. cit.*, para. 62 et 70.

Ainsi, prenant appui sur l'article 88-1 de la Constitution française, le Conseil constitutionnel considère que : «*la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle*» (26). Dans le cadre du contrôle exercé à l'encontre de la loi de transposition en droit interne, il s'assurera tout d'abord du fait pour la directive communautaire en cause de ne pas aller à l'encontre d'«*une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*» (27). Ce faisant, non seulement le Conseil constitutionnel français laisse ouverte la possibilité de ne pas transposer une directive contraire à «*l'identité constitutionnelle de la France*» mais, en outre, il se réserve le droit d'exercer un contrôle préalable du respect de cette identité par la directive en cause (28).

Une fois cette première étape franchie, le Conseil constitutionnel ne poursuivra sa mission de contrôle de la loi de transposition que pour autant que la directive ne comporte pas de dispositions inconditionnelles et précises, situation amenant le législateur national à disposer d'une marge d'appréciation plus ou moins large afin d'adopter les mesures de transposition (29). Ce n'est qu'au terme de ce double examen préalable que le Conseil constitutionnel français acceptera de procéder au contrôle d'une loi de transposition. La Cour constitutionnelle belge ne paraît pas s'embarrasser des mêmes préoccupations et entame d'emblée sa mission de contrôle, sans passer par aucun préalable. Cette différence d'approche mérite une analyse plus approfondie qui dépasse toutefois le cadre de ces lignes.

Cela étant, et pour en revenir aux points tranchés par la Cour constitutionnelle, c'est tout particulièrement celui relatif à la portée de l'obligation imposée aux avocats d'informer et de coopérer avec les autorités publiques (art. 14*bis* de la loi belge) qui sera commenté dans les lignes qui vont suivre. En effet, depuis son apparition sur la scène européenne, cette obligation a spécialement suscité l'émoi au sein de l'avocature européenne (30). Dans le cadre du dispositif de prévention

(26) Joël RIDEAU, «Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes», 5^e éd., L.G.D.J., Paris, 2007, p. 1131.

(27) Conseil constitutionnel français, décision du 27 juillet 2006, aff n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, para 19. A ce sujet, voy. Xavier MAGNON, «La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence IVG», *D. (D.S.)*, 2006, n° 42/7271, pp. 2878-2882.

(28) Xavier MAGNON, *op. cit.*, p. 2879.

(29) Joël RIDEAU, *op. cit.*, p. 1133.

(30) Voy. notamment : Patricia SHAUGHNESSY, «The new EU money-laundering directive : lawyers as gate-keepers and whistle-blowers», *Law and Policy in International Business*, 2002, n° 1, pp. 25-44; Georges-Albert DAL et Jo STEVENS, «Les

du blanchiment de capitaux, c'est elle qui, de la manière la plus visible, est apparue comme plus menaçante pour le principe du secret professionnel des avocats en raison plus particulièrement de la difficulté de déterminer avec certitude la portée de l'exception relative à son application. En d'autres termes, la question s'est posée de savoir quelle interprétation donner à la possibilité pour les Etats membres de ne pas imposer une obligation d'information et de coopération aux avocats lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client ou dans le cadre de leur mission de représentation d'un client dans une procédure judiciaire? Cette exemption couvre-t-elle également les informations reçues par un avocat dans le cadre d'une consultation juridique en-dehors de toute procédure juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle?

A cette interrogation, la Cour Constitutionnelle belge a donné une réponse extrêmement large, réponse qui, par rapport à une question similaire, a par ailleurs inspiré le Conseil d'Etat français (31). La Cour constitutionnelle belge recourt à un mécanisme d'interprétation à deux niveaux de l'exemption telle qu'établie par l'article 14*bis*, §3, alinéa 2, de la loi belge. Au niveau formel, cette disposition doit, selon la Cour, être interprétée en ce sens qu'elle couvre les informations recueillies par l'avocat tant dans un cadre (pré-)contentieux que dans un cadre étranger à toute forme de contentieux pour autant toutefois que l'avocat intervienne alors en tant qu'homme de loi. Au niveau matériel, l'exemption bénéficie également aux informations collectées par l'avocat même lorsqu'il intervient en tant qu'homme de loi en matière de transactions commerciales et/ou immobilières (art. 2*ter* de la loi belge). Ce faisant, la Cour constitutionnelle restreint le champ d'application de l'obligation d'information et de coopération des avocats à la seule hypothèse où, dans les matières strictement énumérées à l'article 2*ter* de la loi, ceux-ci agissent en tant que ce que l'avocat général Poiars Maduro a appelé «agent d'affaires» mettant ses compétences au service d'une activité non juridique (32).

avocats et la prévention du blanchiment de capitaux : une dangereuse dérive», *J.T.*, 2004, pp. 485-497; Bernard VATIER, «L'inclusion des avocats dans les règles européennes 'antiblanchiment'», *J.T.D.E.*, 2007, pp. 72-76; Georges-Albert DAL et Jo STEVENS, «La Cour constitutionnelle et la prévention du blanchiment de capitaux : le rappel à l'ordre à propos de l'arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008», *J.T.*, 2008, pp. 501-512.

(31) Voy. C.E. fr., 10 avril 2008, aff. n° 296845 et 296907, *Conseil national des barreaux et autres, Conseil des barreaux européens, Gaz. Pal.*, 2008, n° 102-103, pp. 3-9.

(32) Concl. Av. gén. M.M. POIARES MADURO, *op. cit.*, para. 70.

La question de la base légale vraisemblablement privilégiée par la Cour constitutionnelle afin d'étayer cette interprétation mérite d'être ici évoquée. Il semble que ce soit avant tout sur le seul article 6, intitulé «Droit à un procès équitable», de la Convention européenne des droits de l'homme que la Cour constitutionnelle s'est essentiellement reposée. Ainsi a-t-elle non seulement visé cette unique disposition lorsqu'elle a sollicité la Cour de Justice de Luxembourg afin d'examiner la validité de la directive 2001/97/CE mais elle a, en outre, défini la règle du secret professionnel des avocats en tant qu'«élément fondamental des droits de la défense» (33). Or, s'agissant de la violation alléguée du principe du secret professionnel des avocats par l'obligation d'information et de coopération avec les autorités publiques, la Cour a été saisie de recours invoquant tant l'article 6 CEDH que l'article 8 CEDH, intitulé «Droit au respect de la vie privée et familiale» compte tenu du fait que l'article 6 garantit la défense et la représentation en justice, l'article 8 concernant quant à lui les missions de conseil (34).

L'enjeu de cette interrogation n'est pas mince. De l'ancrage que la Cour constitutionnelle entend donner au principe du secret professionnel de l'avocat dépend l'étendue de sa protection vis-à-vis des atteintes qui peuvent lui être portées par les autorités publiques. Pour mémoire, l'article 6 CEDH a essentiellement pour but «*d'assurer et de faire respecter les garanties d'une bonne justice*» (35) en prévoyant notamment en son §3, *littera c*, le droit d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. L'article 8 CEDH a quant à lui une portée différente dès lors qu'il vise principalement à protéger la sphère privée de l'individu face aux intrusions de la puissance publique. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la correspondance échangée entre un client et son avocat jouit en principe d'un statut privilégié en vertu de l'article 8 et ce quel qu'en soit l'objet. La Cour européenne des droits de l'homme est en effet attachée à l'idée selon laquelle «*il y va clairement de l'intérêt public qu'une personne désireuse de consulter un homme de loi puisse le faire dans des conditions propices à une pleine et libre discussion*» (36).

(33) Voy. para B.7.1 de l'arrêt du 23 janvier 2008.

(34) C.E. fr., 10 avril 2008, communiqué de presse, in *Gaz. Pal., op. cit.*, p. 2.

(35) Bertrand FAVREAU, «Aux sources du procès équitable», *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 18 et s.

(36) CEDH, arrêt du 25 mars 1992, aff. 13590/88, *Campbell c. Royaume-Uni*, para. 48.

L'avocat général Poiaras Maduro, dans ses conclusions du 14 décembre 2006, s'est montré attentif à cette dimension de la problématique. Il considère notamment que «*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*» (37). Reste cependant qu'au terme du raisonnement consacré à cette question, l'avocat général Poiaras Maduro semble ne prendre en considération que le seul article 6 CEDH. De manière relativement inattendue, il conclut en effet ce point en présentant les principes d'indépendance de l'avocat, de droits de la défense ou de droit au silence comme étant les seuls à pouvoir être mis en cause par la directive incriminée. Qu'est-il advenu du droit au respect de la vie privée? Plus rien ne semble en être dit.

De son côté, la Cour constitutionnelle belge ne paraît pas davantage avoir pris position par rapport à l'article 8 CEDH. Cela peut paraître étonnant au regard de l'ampleur qu'elle entend donner, dans son interprétation, à l'exemption de l'obligation d'information et de coopération. Cette possible réticence de la Cour constitutionnelle se comprend d'autant plus mal qu'avec succès, le lien intrinsèque entre ces deux dimensions du principe du secret professionnel des avocats a été défendu outre-Atlantique. Ainsi, la Cour Suprême du Canada, dans une affaire Lavallee, Rackel & Heintz, a-t-elle considéré que : «*Le secret professionnel de l'avocat constitue une règle de preuve, un droit civil important ainsi qu'un principe de justice fondamentale en droit canadien. (...) Les communications confidentielles avec un avocat constituent un exercice important du droit à la vie privée et elles sont essentielles pour l'administration de la justice dans un système contradictoire (...)*» (38). Dans cette affaire, la Cour Suprême du Canada a annulé l'article 488.1 du Code criminel canadien réglant la procédure permettant de décider si le secret professionnel de l'avocat s'applique aux documents saisis dans un bureau d'avocat en vertu d'un mandat au motif notamment que cet article ne permettait pas à l'avocat d'aviser au préalable son client du fait qu'un document le concernant était sur le point d'être saisi et ce afin de permettre à ce client d'invoquer le privilège lié au secret professionnel.

A suivre cette jurisprudence canadienne, la Cour constitutionnelle belge n'aurait de la sorte pas pu *a priori* valider aussi rapidement qu'elle l'a fait l'article 31 de la loi belge interdisant à l'avocat et au

(37) Concl. Av. gén. M.M. POIARAS MADURO, *op. cit.*, para. 44.

(38) Cour Suprême Canada, 12 septembre 2002, *Sa Majesté la Reine c. Lavallee, Rackel & Heintz, avocats, et Andrew Brent Polo*, 2002 CSC 61, para. 46 et s.

bâtonnier d'informer un client de la transmission d'informations le concernant à la CTIF. Sans doute trop soucieuse de ne pas mettre en péril l'efficacité de l'ensemble du dispositif de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, la Cour a selon toute vraisemblance préféré éviter de donner au secret professionnel de l'avocat un espace dépassant les frontières du seul environnement (pré-)juridictionnel et étendu à l'ensemble de la sphère privée de tout individu. En d'autres termes, l'arrêt du 23 janvier 2008 peut raisonnablement laisser penser qu'aux yeux de la Cour constitutionnelle belge, le secret professionnel de l'avocat n'est pas, contrairement à ce que considère la Cour Suprême du Canada, un privilège relevant de la sphère privée dont le client est le seul détenteur, et l'avocat le gardien, mais bien uniquement une garantie procédurale faisant partie des droits de la défense de l'individu. Il paraît y aller là d'une radicale inversion des priorités entre les deux conceptions retenues par ces deux juridictions suprêmes.

La question de la base légale de l'interprétation retenue par la Cour constitutionnelle belge n'est pas la seule à devoir être soulevée. Une autre interrogation se pose également au sujet de l'administration de la preuve du caractère de l'intervention de l'avocat dans les matières énumérées à l'article 2^{ter} de la loi belge. La Cour requiert le respect de l'obligation d'information et de coopération avec les autorités publiques lorsque l'avocat «*exerce une activité (...) en dehors de sa mission spécifique de défense et de représentation en justice et de celle de conseil juridique*». Faut-il dans ce contexte présumer que l'avocat intervient dans ces matières en tant que conseiller juridique ou, au contraire, faut-il présumer que son activité relève de celle d'un «agent d'affaires»? L'enjeu de cette question n'est pas mince compte tenu entre autres des très lourdes amendes administratives auxquelles l'avocat peut être condamné s'il est reconnu avoir manqué aux obligations imposées par la loi.

De prime abord, la Cour constitutionnelle ne semble avoir apporté aucun concret élément de réponse à ce sujet. Une piste de réflexion peut néanmoins être trouvée dans le cadre des conclusions de l'avocat général Poiaras Maduro. En effet, évoquant le critère de distinction de l'activité protégée par le secret professionnel, ce haut magistrat considère ainsi que : «*Compte 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. 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» (39). En d'autres mots, il existerait une présomption selon laquelle l'avocat est avant tout réputé agir en tant que conseil ou défenseur, à charge pour la partie poursuivante de démontrer l'existence de circonstances laissant penser qu'en l'espèce, il a agi en une autre qualité et a, le cas échéant, contrevenu au respect des obligations imposées par la loi. Le critère auquel il conviendrait d'avoir recours dans le cadre de ce fort délicat examen consisterait quant à lui dans le fait pour l'avocat d'avoir assumé un rôle mettant en cause son indépendance.

Ce mode d'administration de la preuve basé sur une présomption qu'il appartiendrait à la partie poursuivante de retourner n'est pas sans danger au niveau de son application pratique. Dans ce cas de figure, il s'agirait en effet pour la poursuite de déterminer *in concreto* dans quelle mesure l'avocat mis en cause pour le fait de n'avoir pas informé et/ou coopéré avec les autorités publiques a, par son action, mis en danger l'indépendance de la fonction pour laquelle il a été mandaté. L'on voit ici toute la difficulté qu'un tel exercice représente en raison notamment de son caractère éminemment subjectif.

Un dernier mot de commentaire au sujet de l'interprétation retenue par la Cour constitutionnelle se doit d'être fait au sujet de la proportionnalité des obligations mises en cause. La Cour a en effet considéré que, pour autant que ces obligations soient interprétées comme elle l'a énoncé, elles ne causent pas une atteinte disproportionnée au principe du secret professionnel de l'avocat (40). Le lecteur de l'arrêt ne peut s'empêcher d'éprouver une certaine perplexité face à la brièveté du raisonnement suivi par la Cour pour arriver à cette conclusion. Est-il en effet si certain que les obligations ici querellées offrent toutes les garanties de proportionnalité une fois interprétées selon le vœu de la Cour? Rien n'est moins sûr. L'extension du champ d'application de la législation anti blanchiment au financement du terrorisme n'est à cet égard pas sans conséquence. Ce mouvement d'élargissement d'un dispositif mis en place à l'origine pour prévenir le seul risque de blanchiment de capitaux pourrait accroître le danger de transformation en profondeur de la relation de confiance existant entre l'avocat et son client.

Ainsi, à la faveur de l'évolution législative intervenue ces dernières années, l'avocat est désormais tenu, dans un certain nombre de situations, de mener un processus de recherche non seulement par rapport à l'origine des fonds dont il est saisi mais également par rapport à leur

(39) Concl. Av. gén. M.M. POIARES MADURO, *op. cit.*, para. 72.

(40) Voy. para B.10 de l'arrêt du 23 janvier 2008.

destination potentielle. Or, évoquant plus particulièrement la problématique des listes de personnes et organisations suspectées d'être liées à des actions terroristes à l'égard desquelles il est fait interdiction de gérer des fonds, il a notamment été écrit que : «*ces systèmes de détection engendrent quotidiennement de nombreuses alertes, très rarement sont celles qui ont débouché sur l'identification d'un véritable terroriste. L'investissement en matériel et en temps est gigantesque par rapport aux résultats obtenus (...)*» (41). Ce constat posé par un intervenant du secteur bancaire permet d'éprouver certains doutes lorsqu'il est alors question pour l'avocat d'agir en tant qu'agent de prévention du financement du terrorisme. Autrement dit, il est permis de sérieusement s'interroger au sujet de l'efficacité réelle d'un tel mécanisme une fois appliqué à l'avocature et, ce, entre autres en raison des moyens auxquels l'avocat peut raisonnablement avoir recours afin de s'acquitter des obligations imposées par la loi.

Au-delà de ces considérations, il n'est à nouveau pas inutile de revenir un très bref instant sur la jurisprudence canadienne déjà évoquée dans ces lignes. En effet, la Cour Suprême du Canada a pour sa part développé, par rapport au principe du secret professionnel de l'avocat, le concept d'«*atteinte minimale*» afin de mesurer le caractère raisonnable ou non des atteintes portées par l'Etat (42). Ce faisant, cette juridiction examine la constitutionnalité d'une loi non plus en procédant à une mise en balance des intérêts en cause mais bien en centrant toute son attention sur l'impact qu'une loi peut avoir par rapport au secret professionnel de l'avocat. En d'autres mots, la Cour Suprême du Canada paraît inverser l'ordre des priorités en plaçant réellement ce principe au cœur de son analyse sans plus le considérer comme une pièce faisant partie d'un ensemble plus large dont il convient de s'assurer du bon équilibre général. Assurément cette approche mérite-t-elle une analyse plus approfondie, analyse qui dépasse cependant le cadre de ce commentaire. Contentons-nous à ce stade de l'évoquer dans le secret espoir de relancer la réflexion au sujet de la proportionnalité des obligations d'information et de coopération avec les autorités publiques imposées aux avocats.

(41) Christian BERDEN, «Les règles européennes 'antiblanchiment' et le monde bancaire», *J.T.D.E.*, 2007, pp. 76-80.

(42) Cour Suprême du Canada, *op. cit.*, para. 37.

F. — Conclusion

L'arrêt du 23 janvier 2008 a marqué une étape très importante dans le cadre du débat relatif au rôle de l'avocat dans le domaine de la lutte contre le blanchiment de capitaux ainsi que le financement du terrorisme. L'arrêt vient notamment rappeler une série de principes essentiels pour la sauvegarde du droit à un procès équitable. Cet arrêt a toutefois peut-être manqué d'une certaine audace.

En effet, à l'inverse du droit à un procès équitable, le droit à la vie privée ne semble quant à lui pas avoir retenu le même intérêt sur le chemin que la juridiction constitutionnelle a suivi pour aboutir à l'interprétation qu'elle a donnée aux nouvelles obligations imposées aux avocats par la loi du 12 janvier 2004. On peut le regretter compte tenu de la place non négligeable que ce droit occupe dans le cadre des relations entre un avocat et son client. Il eût été d'autant plus judicieux de proclamer l'importance du droit à la vie privée dans ce domaine que ce droit est trop souvent malmené, entre autres au motif que la lutte contre le financement du terrorisme nécessite, pour être efficace, d'étendre sans cesse le champ des acteurs du secteur privé amenés à devoir y prêter leur concours.

En ne paraissant ainsi pas retenir ce double ancrage propre au secret professionnel de l'avocat, la Cour constitutionnelle a sans doute privé son arrêt d'un impact pour le futur plus grand encore que celui qu'il connaît aujourd'hui.

26 septembre 2008