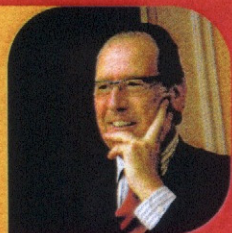


N°3 - 2<sup>e</sup> trimestre 2008

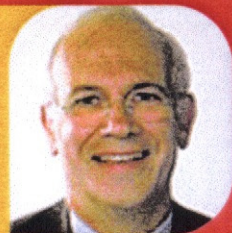
# AVOCAT

Paris



> DOSSIER SPÉCIAL

*Une nouvelle liberté publique,  
le secret de l'avocat ? P. 7*



> DOSSIER SPÉCIAL

*Secret professionnel  
et secret de la confession P. 14*



> ACTUALITÉ

*Le divorce par consentement mutuel  
homologué par un notaire :  
l'insécurité juridique en plus P. 33*



> DOSSIER SPÉCIAL

**Transparence et secret** P. 7

«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 ».

Mattias GUYOMAR, Commissaire du Gouvernement

## Une nouvelle liberté publique, le secret de l'avocat ?

Par un arrêt du 10 avril 2008, le Conseil d'Etat (Req. n°296845) a partiellement annulé le décret (n°2006-736) du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux en retenant que les obligations imposées aux avocats par le dispositif européen de lutte contre le blanchiment n'est pas conforme au respect du secret professionnel imposé à la profession.

Le Conseil d'Etat a jugé que la cellule TRACFIN ne pouvait pas directement demander à l'avocat de lui communiquer des informations et exige, comme pour la déclaration de soupçon, de prévoir un « filtre », en l'espèce le bâtonnier de l'Ordre auprès duquel l'avocat est inscrit (article R562-2-2 CMF). De plus, il a annulé une disposition du décret de 2006 qui compromettrait le respect du secret professionnel dans le cadre d'une consultation juridique (article R563-4 CMF).

Le Conseil a jugé que la directive (n°2001/97/CE) du 4 décembre 2001, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, doit être interprétée comme imposant aux Etats d'exonérer les avocats des obligations de vigilance et de déclaration lorsqu'ils pratiquent le conseil et la consultation juridique ainsi que la défense et la représentation en justice, couvertes au premier chef par le secret professionnel. Toutefois, si l'avocat prend lui-même part à des activités de blanchiment de capitaux, ou si sa consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment, ou encore s'il sait que son client souhaite

obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment, alors les dispositions de la directive s'appliquent.

L'arrêt, certainement historique du Conseil d'Etat, ne visait que l'application de la deuxième directive mais son analyse s'imposera à ceux qui doivent transposer la troisième directive dont plusieurs dispositions sont liberticides.

Il ne s'agit ni d'un débat de politique politicienne ni de corporatisme : ce débat concerne la démocratie française telle qu'elle a été façonnée, vaille que vaille, depuis 1789, c'est-à-dire depuis l'abrogation de l'ordonnance criminelle de Colbert. Ce débat transcende les options politiques.

Les initiateurs intellectuels de la lutte anti-blanchiment n'ont manifestement pas été formés par notre Histoire puisqu'ils n'expriment aucune réticence à l'égard de la déclaration de soupçon. La prévention d'infractions pénales est bien entendu une nécessité. Mais une autre politique que celle ébauchée à Strasbourg, lors de la convention de 1990, avait été proposée sans succès.

Notre législateur et notre gouvernement sont soumis à l'autorité de la Commission Européenne de Bruxelles. Ils auraient dû avoir le courage, soit de risquer l'action en manquement, soit de recourir au principe de subsidiarité. Vont-ils prochainement tourner le dos à l'histoire de France en réintroduisant la déclaration généralisée de soupçon comme le prévoit la troisième directive ?

Comment confondre le secret profes-

sionnel, l'obligation de vigilance et l'obligation de déclarer un soupçon ? Ce sont trois obligations de nature différente. On peut en débattre mais on ne saurait consentir à l'obligation de déclarer un soupçon puisqu'elle heurte de front le secret professionnel.

### L'OBLIGATION DE VIGILANCE

En France, cette obligation est le corollaire de l'indépendance et de la responsabilité de l'avocat.

Les avocats pratiquent implicitement depuis des lustres cette obligation qui garantit leur indépendance vis à vis de leurs clients.

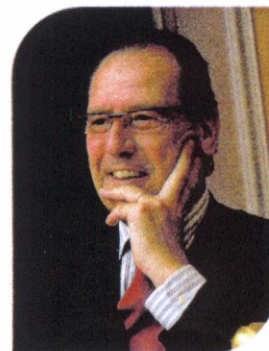
Par ailleurs, lorsque les avocats manient les fonds de tiers par l'intermédiaire des caisses de règlements pécuniaires, il existe un contrôle externe et immédiat des opérations pour prévenir tout risque de blanchiment.

Contrairement aux fonctionnaires publics ou officiers ministériels privés, l'avocat en France a le droit et l'obligation de refuser un client, il a le droit et le devoir de dire NON.

Les avocats de France seront toujours plus vigilants pour préserver leur indépendance et ne pas devenir complices, actifs ou passifs, d'une infraction pénale tout en refusant de tomber dans des procédures bureaucratiques de « surveillance » des clients comme nos tristes Courteline sont en train de nous l'imposer.

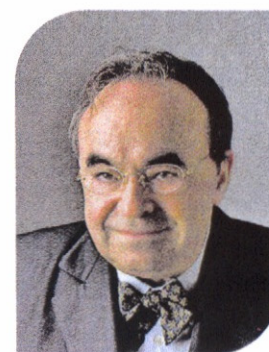
### L'OBLIGATION AU SECRET PROFESSIONNEL

Le secret professionnel a connu bien des vicissitudes au cours de notre Histoire. Les avocats et constituants



**Christian CHARRIÈRE-BOURAZEL**  
Bâtonnier de l'Ordre

D.R.



**Patrick MICHAUD**  
Avocat au Barreau de Paris  
Ancien membre du Conseil de l'Ordre  
Ancien membre du Conseil National  
des Barreaux

D.R.

**« L'arrêt, certainement historique du Conseil d'Etat, ne visait que l'application de la deuxième directive mais son analyse s'imposera à ceux qui doivent transposer la troisième directive dont plusieurs dispositions sont liberticides. »**

**« Le secret professionnel peut se heurter à d'autres impératifs d'ordre public. »**

de 1789 n'ont jamais fait mention du secret professionnel, ni dans le décret du 9 octobre 1789 abrogeant l'ordonnance de Colbert, ni dans le code pénal du 25 septembre 1791, ni dans le « code des délits et des peines » du 24 octobre 1795.

Ce n'est qu'en 1810, avec l'article 378 du code pénal, que le respect du secret a été imposé aux professions de santé et très indirectement aux avocats.

Le secret est devenu par la suite un principe fondamental de notre société.

Grâce au combat des avocats de France, le principe du secret professionnel est inscrit à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971. Celle-ci a été modifiée et améliorée en 1997 pour qu'en toutes matières, dans le domaine du conseil comme dans celui de la défense, le secret professionnel couvre tous les documents, notes, correspondances ou pièces du dossier.

Mais les avocats doivent aussi respecter l'intérêt général et, comme l'a rappelé un ancien président de l'Assemblée nationale, M<sup>e</sup> FORNI, le secret professionnel peut se heurter à d'autres impératifs d'ordre public.

Les avocats doivent en effet admettre que « si le secret professionnel est nécessaire aux sociétés démocratiques, il n'est pas le seul principe qui doit être observé et, comme souvent, il doit se concilier avec d'autres tout aussi importants : notamment l'égalité de tous les justiciables devant la loi et la recherche de la vérité par les magistrats. »

Enfin contrairement à une opinion répandue, le secret judiciaire est, en droit et en fait, partagé avec les pouvoirs publics et notamment avec l'administration fiscale qui a un droit étendu de communication sur l'ensemble des dossiers judiciaires.

Les articles L 82 C, L 101 et R 101-1 du Livre des Procédures fiscales fixent en effet les conditions dans lesquelles les agents des impôts peuvent

avoir connaissance de renseignements et pièces de tout ordre détenus par l'autorité judiciaire et le ministère public et fournis par les avocats.

#### L'OBLIGATION DE DECLARATION D'UN SOUPÇON

L'obligation de délation contraint à dénoncer, non pas une tentative de délit ou de crime, non pas un délit ou un crime, mais un simple soupçon d'infraction, c'est-à-dire le contraire d'un fait établi par une preuve, à l'encontre d'une personne venue en confiance parler à un homme de conscience, un avocat.

A l'origine, dans le cadre de la Convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, l'objectif était de traquer l'argent provenant d'opérations criminelles organisées. Demain l'objectif sera de renseigner les pouvoirs publics sur la commission d'éventuelles infractions susceptibles d'une condamnation à une peine d'emprisonnement supérieure à un an, uniquement sur la foi d'un soupçon.

Notre histoire, celle de la France a déjà connu des textes similaires :

- Décret du 17 septembre 1793 relatif aux gens suspects ;
- La deuxième loi des suspects du 19 février 1848 dite « loi de sûreté générale » ;
- Les « actes » dits lois « économiques » publiés le 7 octobre 1940 et modifiés les 3 et 11 avril 1941 par le régime de Vichy.

Ces textes ont tous été temporaires mais ont laissé des marques profondes dans notre mémoire collective.

L'obligation nouvelle imposée aux avocats ne consiste pas à dénoncer un délit ou une tentative de délit mais de renseigner l'administration française sur l'éventualité d'une infraction qu'aurait pu commettre une personne qui, en toute confiance, est venue le consulter.

L'obligation de délation est une opération active. Elle ne saurait se confondre avec la limitation du secret profession-

nel qui n'impose aucune coopération positive avec l'administration.

Cette obligation fait litière du secret puisqu'elle oblige l'avocat à parler et, de surcroît, sans le dire à son client à peine de commettre un délit.

Les relations entre TRACFIN et l'administration fiscale sont caractérisées par une asymétrie : alors que l'article L. 563-5 du code monétaire et financier permet à TRACFIN de bénéficier des informations détenues par l'administration fiscale, cette dernière ne peut recevoir d'informations du service de lutte contre le blanchiment.

Le ministre de l'économie et des finances a rappelé le 2 avril dernier aux Parlementaires cette asymétrie en leur précisant que la troisième directive anti-blanchiment, en cours de transposition, offre l'opportunité pour l'Etat de faire évoluer cette situation et de progresser dans l'approche transversale de la lutte contre la fraude : elle prévoit en effet que le champ d'application de la déclaration



### Le Restaurant la Rose de France

vous propose

- sa cuisine française traditionnelle
  - la formule du midi avec le plat du jour à 16 €
  - les menus à 26€ et 35€
  - les grandes salades gourmandes
- Contactez nous pour des menus personnalisés, déjeuners d'affaire, organisation d'anniversaires etc.

Réservation: 01 43 54 10 12

Ouvert : 7j / 7 de 10h00 à 23h00

Restaurant La Rose de France,  
24 place Dauphine, 75001 Paris,  
Métro : Pont Neuf



Apéritif offert sur présentation de cette annonce

de soupçon de blanchiment produite auprès de TRACFIN concernera toute infraction sous-jacente punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an et inclura, en conséquence, le délit de fraude fiscale.

Les réflexions en cours visent notamment à déterminer les conditions dans lesquelles la fraude fiscale sera intégrée dans le champ des déclarations de soupçon et l'administration fiscale autorisée à disposer de ces informations.

L'un des enjeux est de parvenir à donner aux opérateurs soumis à l'obligation de signalement des indications précises et opérationnelles sur les faits ou événements susceptibles de permettre de soupçonner une opération de blanchiment de fraude fiscale et donc de justifier une déclaration à TRACFIN.

Cette déclaration devra être faite à une cellule non judiciaire.

Les principes fondamentaux de notre régime démocratique sont atteints. Cette déclaration de soupçon s'apparente aux « accusations secrètes » de l'Ancien Régime que BECCARIA avait fermement critiquées dans les termes suivants :

« Les accusations secrètes sont un abus manifeste, mais consacré dans plusieurs nations. Elles n'y sont nécessaires qu'en conséquence de la faiblesse du gouvernement. Elles rendent les hommes faux et perfides. Celui qui peut soupçonner un délateur dans son concitoyen y voit bientôt un ennemi ; on s'accoutume à masquer les sentiments, et l'habitude que l'on contracte de les cacher aux autres fait bientôt qu'on se les cache à soi-même. »

En 2004, trois sénateurs de la République, M. Pierre FAUCHON, M. Christian COINTAT et M. Robert BADINTER, avaient pris des positions fortes.

Citons l'ancien Garde des sceaux :

« Il ne fait pas de doute qu'un avocat qui donne, en toute connaissance de cause, à son client des conseils aux fins de blanchiment de capitaux, par exemple par des montages financiers, se rend complice de cette infraction. Mais il s'agit ici d'autre chose. Il s'agit de demander à un avocat de dénoncer son client à partir des informations recueillies sur son compte à l'occasion d'une consultation juridique. Or, je rappellerai que le secret professionnel de l'avocat constitue une sauvegarde pour les justiciables. Personnellement, je trouve que cette disposition est détestable. »

Grâce à l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril dernier qui rappelle les principes, on va pouvoir réfléchir à des solutions conformes à l'intérêt général et qui ne malmèneront aucune liberté publique. ■

**« Cette obligation fait litière du secret puisqu'elle oblige l'avocat à parler et, de surcroît, sans le dire à son client à peine de commettre un délit. »**

## Publi-info

### A nos côtés, résolument.

Conjuguer les expertises d'un avocat et d'une banque privée c'est anticiper, mesurer et agir pour réussir.

### La symbiose des approches

Face à la sophistication croissante de l'environnement économique, juridique et fiscal, les avocats sont amenés à répondre aux attentes, parfois complexes, de leurs clients et notamment celles des dirigeants actionnaires d'entreprise. Une banque privée, Banque de Gestion Privée Indosuez (BGPI) est organisée pour accompagner techniquement les professionnels du droit dans une mission commune bâtie sur mesure. Nous n'envisageons notre intervention, à l'initiative d'un avocat, qu'en termes d'accompagnement et de complémentarité, témoigne Pierre-Antoine Quélin du Pôle Entrepreneurs. L'impartialité de nos équipes et leur degré de professionnalisme permettent un diagnostic optimal de la situation de nos clients et des interactions éventuelles entre leurs sphères professionnelle et privée.

Ainsi dernièrement, à Lille, une collaboration avocat et banque privée a permis de résoudre un dossier sensible de cession de titres de société. La contribution de la BGPI portant à la fois sur la protection du conjoint survivant, les besoins complémentaires de revenus et l'utilisation de fonds démembrés, a permis d'identifier les meilleures solutions. La constitution de la société civile patrimoniale, vivement recommandée, fut en outre réalisée conjointement avec l'avocat.

### 100 ans d'expérience et d'exigence

La Banque de Gestion Privée Indosuez, forte de son expertise en gestion de patrimoine se situe au carrefour des interrogations de ses clients et de ses partenaires : pour prolonger ou compléter nos interventions nous pouvons compter sur les compétences du Groupe Crédit Agricole ainsi que sur un réseau d'une centaine de spécialistes externes avec lesquels nous entretenons des liens étroits et librement définis (cabinets de fusion acquisition, audit, investisseurs financiers, conseil en stratégie, immobilier...). Ainsi, les avocats sont certains de trouver le partenaire idéal et rassurant pour leur client comme pour eux-mêmes, confie Richard Tarneaud, expert à la BGPI.

Une histoire de talents et de partenariat qui s'écrit au quotidien... et pour longtemps.