LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

(notes à l'attention des étudiants du Centre de Formation professionnelle)

par Patrick HENRY,
avocat,
ancien président d'AVOCATS.BE

30 septembre 2017¹

¹ Ces notes sont mises à jour chaque année. Je tente d'y introduire l'enseignement des décisions les plus récentes. Il paraît utile de signaler, en exergue, les principales contributions doctrinales publiées au cours des dernières années, notamment P. HENRY, « Glasnost : la seconde mort d'Antigone », in *L'avocat et la transparence*, Bruylant, 2006, pp. 9-41 (l'introduction au cours qui vous a été prodigué le 10 octobre s'inspire beaucoup de cette contribution) ; J. CRUYPLANTS, « Secret de la défense et défense du secret », in *Déontologie : évolutions récentes et applications pratiques*, Ed. du jeune barreau de Liège, 2006, pp. 7-48 ; J. CRUYPLANTS, « Le secret de la défense entre peau de chagrin et Fort Chabrol », in *Déontologie : les nouvelles règles du jeu*, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2006, pp. 9-58 ; G.A. DAL (éd), *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010 ; plusieurs des contributions à l'ouvrage collectif *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian*, particulièrement F. KRENC, « Les perquisitions et saisies chez l'avocat au crible de la convention européenne des droits de l'homme » (pp. 283-306) ; plusieurs des contributions du *Liber amicorum Jo Stevens*, particulièrement J. VERBIST et B. VANLERBERGHE, « Het zwingrecht van de advocaat in tuchtzaken », p. 651 ; J.P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.T.*, 2012, p. 327 ; *Professional secrecy of lawyers in Europe*, Cambridge university press, spéc. les deux contributions de D. VAN GERVEN, « Professional secrecy in Europe », pp. 1-23, et « Belgium », pp. 51-72 ; V. NIORE, *Perquisitions chez l'avocat*, Lamy, 2014 ; J.P. BUYLE, « Accès à l'avocat, secret professionnel et confidentialité : droits européens en construction et menaces persistantes », Colloque de la D.B.F., 2 octobre 2015 ; J. STEVENS, *Advocatuur – Regels & deontologie*, Kluwer, 2015, spéc. Pp. 843-944 ; J.P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1027.

I. INTRODUCTION

1.1 Notre monde change. La société change. Nos clients changent. Le droit évolue sans cesse. Même la Justice, cette vieille dame digne, est réformée.

Il est manifestement indispensable que notre profession s'adapte. Nos pratiques aussi doivent changer.

Il est d'autant plus urgent que nous réfléchissions sur ce qui fait notre spécificité. Si certaines des règles qui nous gouvernent sont obsolètes, d'autres font partie de notre essence. Y renoncer serait renoncer à ce que nous sommes. L'avocature cesserait d'être un ministère. Nous ne serions plus que des professionnels comme les autres. Il n'y aurait dès lors plus aucune raison de prétendre que notre profession, comme quelques autres, ne peut pas être seulement régie par les lois de la sacro-sainte libre concurrence.

L'avocat a-t-il une âme ? Telle était la question que le barreau de Liège, avec quelques prestigieuses collaborations extérieures, se posa, il y a près de trente ans. Je continue à penser que la réponse à cette question est affirmative.

Le secret professionnel fait certainement partie de cette âme. Comme l'écrivait à l'époque le bâtonnier Mario STASI, il est le "noyau dur de la profession"². Dans nos systèmes juridiques d'inspiration romaine³, il est, comme l'indépendance, cette autre vertu cardinale, le propre de notre profession, ce sur quoi nous ne pouvons transiger.

1.2 Le secret professionnel se situe au confluent de valeurs conflictuelles : la vérité d'une part, les droits de la défense d'autre part.

Il a paru indispensable au législateur *sensu lato* (je veux dire par là l'ensemble des rapports de force, jeux d'influences et mouvements de pression qui aboutissent à l'élaboration de normes puis d'un système juridique) que l'individu puisse, quand il est confronté au pouvoir (qu'il s'agisse du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire et même, *in fine*, de la loi elle-même), c'est-à-dire à la société, se défendre le plus efficacement en se confiant sans détour à celui qui sait, connaît le droit, l'avocat, qui pourra l'aider à faire entendre sa vérité, sa subjectivité, face à l'approche nécessairement objective de ceux qui ont pour but et mission d'organiser la société. Il en va de la cohésion sociale. C'est ce qui rend la Justice (cette appellation étant plus prise dans son sens déontologique que dans son sens ontologique) un peu moins injuste, et en tout cas acceptable par le plus grand nombre.

² Voyez *L'avocat à la recherche de son âme*, actes du colloque organisé par l'Ordre et la Conférence libre du jeune barreau de Liège, Ed. du jeune barreau de Liège, 1989. Adde E. JAKHIAN, « Loyauté, confidentialité et secret », in *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, p. 163. A. NYSENS écrivait déjà que « le secret professionnel dont dispose l'avocat est le support, l'âme de la liberté de défense » (*Introduction à la vie du barreau*, 2003, 5^e édition, par A. BRAUN, p. 47).

³ La place réservée au secret professionnel varie de façon notable suivant les systèmes juridiques. C'est que le secret professionnel ne constitue pas un droit, mais une technique, un procédé, un moyen pour assurer la protection des droits des citoyens. Il est dès lors logique que la place qui lui est réservée dépende d'un complexe d'autres normes qui définissent les règles de procédure dans un système juridique. C'est d'ailleurs cette diversité qui explique que la protection du secret professionnel ne soit pas expressément inscrite dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Voyez, sur cette question, P. LAMBERT, « La protection des confidences du client à son avocat, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, p. 75. Pour un regard sur la situation dans les systèmes anglais et américain, voyez G.A. DAL, « Les fondements déontologiques du secret professionnel », in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, p. 102 ; *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, actes du colloque organisé à Anvers les 17 et 18 octobre 2002, Larcier, 2003 ; G.A. DAL (éd), *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, spéc. P. MARTENS, « Secret professionnel : divergences et convergences des droits continentaux et anglo-saxons », pp. 11-16 ; *Professional secrecy of lawyers in Europe*, Cambridge, 2013, avec un panorama des principales règles en matière de secret professionnel dans 30 Etats européens.

Comme le dit le bâtonnier Dominique de la GARANDERIE, « *Ne nous y trompons pas : le véritable enjeu du secret, c'est le droit au Droit* »⁴.

"*Il en va de la démocratie*", écrit encore le bâtonnier Christian RAOULT. "*Bien plus que les divergences sur l'ordre social ou économique, c'est le secret professionnel et le respect de l'individu qu'il implique, qui marquent la véritable fracture entre les états démocratiques et les états de type marxiste ou totalitaire*»⁵. Sur un fond d'attaques contre la profession contenue dans un *Rapport relatif à la protection des magistrats*, qui dénonce de prétendus abus par certains de nos confrères des droits de la défense et y voit une des causes de l'insécurité dont se plaignent aujourd'hui les magistrats français, le bâtonnier de Paris, Frédéric SICARD vient encore de rappeler que le droit de bénéficier d'un avocat libre, indépendant et tenu au secret professionnel était un des fondements de notre civilisation⁶.

Dans nos régimes, ajoute le bâtonnier Pascal VANDERVEEREN, "*la valeur que la défense représente est supérieure à celle de la répression* »⁷. Mieux vaut cent coupables en liberté, qu'un innocent en prison.

Et Chaïm PERELMAN précise que ce qui caractérise chaque société n'est pas tant les valeurs qu'elle défend, qui sont communes à la plupart d'entre elles, mais la façon dont elle les hiérarchise⁸. Chaque société prétend défendre la liberté individuelle, la vie privée, la sécurité, la justice, l'égalité. Le tout est de voir comment elle organise cette défense, quelles valeurs elle subordonne aux autres.

Comme le fait valoir Maxime GLANSDORFF, il n'est d'ailleurs guère possible d'établir une hiérarchie des valeurs qui s'appliquerait toujours et en tous lieux, voire simplement, dans un Etat donné, en toutes circonstances. Cette hiérarchie « *n'est jamais qu'une hypothèse, plus ou moins née de l'imagination ou suggérée par l'expérience personnelle, mais toujours exposée à être infirmée par des expériences nouvelles* »⁹. Cette échelle est donc toujours en (re)construction.

1.3 Du point de vue historique¹⁰, la notion de secret professionnel remonte au serment d'Hippocrate¹¹. Quant aux principes qui gouvernent le secret professionnel de l'avocat, ils apparaissent

⁴ Discours prononcé lors de la séance solennelle de rentrée de la Conférence du stage et du barreau de Paris, le 19 novembre 1999. V. REMACLE (*De l'obligation au secret professionnel*, Lyon, 1900, cité par P. LAMBERT, *ibidem*, p. 82) écrivait déjà que sans la confiance totale que le client peut, en raison de l'existence de l'obligation au secret, accorder à son avocat, les communications entre eux seraient mêlées de réticences et de mensonges. Il n'y aurait alors plus qu'un simulacre de défense, préparant un simulacre de Justice. C'est ainsi, encore, que David T. MORGAN rappelle que toute atteinte au secret professionnel risque surtout de détourner les justiciables des cabinets d'avocats et d'ainsi porter atteinte à des droits fondamentaux, tels l'accès à la justice ou les droits de la défense. Toute érosion du secret professionnel risque de réduire le rôle de l'avocat à celui d'un simple informateur de la police... (D. T. MORGAN, « The threat to the professional secrecy of lawyers in Europe », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p. 172).

⁵ C. RAOULT, « Le secret professionnel... encore ! », *Gaz. Pal.*, 28 février 2003, p. 9.

⁶ F. SICARD et A. de la FERTE-SENECTERE, « Le droit fondamental pour tous de bénéficier d'un avocat libre, indépendant et tenu au secret professionnel », *Gaz. Pal.*, 2016, n°30, p. 11.

⁷ P. VANDERVEEREN, « Le secret professionnel : réflexions et comparaisons », rapport à la Conférence régionale des bâtonniers, octobre 1997, reproduit dans la *Lettre des avocats du barreau de Bruxelles*, 1998, p. 43 ; voyez aussi P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruylant, 2005, p. 211 ; L. HUYBRECHTS, « Gebruik and misbruik van het beroepsgeheim, inzonderheid door revisoren, accountants en advocaten », *R.D.C.B.*, 1995, p. 677.

⁸ C. PERELMAN, « L'usage et l'abus de notions confuses », in *Etudes de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 3, cité par P. LAMBERT, « La protection des confidences du client à l'avocat... », *op. cit.*, p. 77. Voyez aussi J. VERHAEGEN, « Notions floues et droit pénal », *J.T.*, 1981, p. 389.

⁹ M. GLANSDORFF, *Les déterminants de la théorie générale de la valeur*, cité par P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 30 ; voyez aussi, M. van de KERCHOVE, « Fondements axiologiques du secret professionnel et de ses limites », in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, p. 12.

¹⁰ Pour plus de détails, voyez P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 7 et suivantes.

dans le Digeste : *advocatus in causa in qua est causa, propter praesumptam affectionem, testimonium ferre non potest.*

Après une certaine éclipse au moyen âge, il réapparaît dans une ordonnance de Charles VII (1453), dans un édit de Louis XI (1477), puis dans une ordonnance de Charles VIII (1493).

Il sera consacré par l'article 378 du Code pénal de 1810, puis par l'article 458 du Code pénal de 1867 :

“Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice {ou devant une commission d'enquête parlementaire}¹² et celui où la loi les oblige à faire connaître ses secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et d'une amende de 100 à 500 euros” ¹³(le texte de l'article 378 du Code pénal de 1810 était à peu près identique, si ce n'est qu'il ne reprenait pas l'exception du témoignage en justice, ni bien sûr celle du témoignage devant les commissions d'enquête parlementaire).

La loi Pot-pourri V, publiée le 6 juillet 2017 et entrée en vigueur le 3 août 2017, vient de modifier ce texte, sans l'altérer profondément. Il est aujourd'hui libellé comme suit :

*“Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi, **le décret ou l'ordonnance** les oblige **ou les autorise** à faire connaître ses secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement **d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement**”*. La sanction de la violation du secret a donc été aggravée.

Traditionnellement, la profession d'avocat est la première à être englobée dans l'expression *“toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie”*.

La loi du 20 novembre 2000 relative à la protection des mineurs a inséré dans le Code pénal un article 458*bis* qui comporte une importante exception à l'obligation au secret. Sa portée, ainsi que celles de la loi du 6 juillet 2017 qui introduit des articles 458*ter* et *quater*, est brièvement examinée ci-après (chap. 5.5).

1.4. Le secret professionnel est aujourd'hui consacré par différents instruments internationaux¹⁴ et, notamment, par le Code de déontologie des avocats de la Communauté européenne du 28 octobre 1988, remis à jour le 19 mai 2006, en les termes suivants :

¹¹ « *Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice, ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas* » (traduction libre).

¹² Ces mots ont été insérés dans le texte de l'article 458 du Code pénal par la loi du 30 juin 1996.

¹³ Pour un commentaire des aspects pénaux de la matière, voyez D. KIGANAHE, « La protection pénale du secret professionnel » et A. MASSET, « Les sanctions de la violation du secret professionnel », in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, pp 19 et 65.

¹⁴ S'il n'est pas nommément mention dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, chacun – et tout d'abord la Cour européenne elle-même – s'accorde à reconnaître qu'il trouve son fondement dans le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention (voyez P. LAMBERT, « La protection des confidences du client à son avocat, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, p. 75 ; D. SPIELMAN, « Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in G.A. DAL (ed), *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, pp. 28-44 ; J.P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.T.*, 2012, p. 327). Le Conseil de l'Europe a rappelé l'importance du secret professionnel à plusieurs reprises : la recommandation 1012 (1985) de l'Assemblée parlementaire, sur le considérant que « *la protection du secret professionnel est élément essentiel du droit au respect de la vie privée* » recommande à tous les Etats membres de veiller à ce que le secret professionnel soit préservé, en précisant que « *Les exceptions à cette obligation doivent être prévues par la loi ou ordonnées par un tribunal régulier, et doivent être en accord avec l'article 8.2 de la Convention* » ; la recommandation R21 (2000) du Comité des ministres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat énonce également que « *Toutes les mesures nécessaires devraient être prises pour veiller au respect du secret professionnel des relations entre avocats et clients. Des exceptions à ce principe*

« 2.3.1. Il est de la nature même de la mission d'un avocat qu'il soit dépositaire des secrets de son client et destinataire de communications confidentielles. Sans la garantie de la confiance, il ne peut y avoir de confiance. Le secret professionnel est donc reconnu comme droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat.

L'obligation de l'avocat relative au secret professionnel sert les intérêts de l'administration de la justice comme ceux du client. Elle doit par conséquent bénéficier d'une protection spéciale de l'Etat.

« 2.3.2. L'avocat doit respecter le secret de toute information confidentielle dont il a connaissance dans le cadre de son activité professionnelle.

« 2.3.3. Cette obligation au secret n'est pas limitée dans le temps.

« 2.3.4. L'avocat fait respecter le secret professionnel par les membres de son personnel et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle»¹⁵.

1.5. Dans un arrêt du 18 juin 1974¹⁶, la Cour d'appel de Bruxelles définit la raison d'être du secret professionnel en ces termes : elle réside *« dans la nécessité de donner à ceux qui exercent cette profession, les garanties nécessaires de crédibilité, ceci dans l'intérêt général, pour que tous ceux qui s'adressent à lui en confiance puissent avoir la certitude que les secrets qu'ils confient à leurs conseils ne courent pas le risque d'être dévoilés à des tiers »*¹⁷.

Selon Jean-Pierre BUYLE et Dirk VAN GERVEN¹⁸, le secret professionnel aurait ainsi un quadruple fondement :

devraient être permises seulement si elles sont compatibles avec l'état de droit ». C'est également sur la base de l'article 8 de la Convention que l'avocat général POÍARES-MADURO a fondé le secret professionnel dans les conclusions qu'il a rendu dans le cadre de la question préjudicielle que lui avait posée la Cour d'arbitrage de Belgique dans le cadre du contentieux du blanchiment de capitaux (voyez ci-après, chap. 5.20). Mais le secret professionnel de l'avocat fait aussi partie des garanties indispensables à l'exercice d'un procès équitable et il trouve donc aussi son fondement dans l'article 6 de la Convention (voyez ci-après, § 1.5).

¹⁵ Pour un commentaire de cette disposition, voyez G.A. DAL, « The C.C.B.E. rules on professional secrecy », in *Professional secrecy of lawyers in Europe*, 2013, pp. 24-28.

¹⁶ *Pas.* 1975, II, p. 42 ; *J.T.* 1976, p. 11 ; voyez déjà Gand (ch. mises acc.), 5 janvier 1971, *R.W.*, 1970-1971, col. 1714 ; cette formulation a été reprise par le tribunal correctionnel de Bruxelles dans son jugement du 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 617 ; *adde* Cass, 23 juin 1958, *J.T.* 1958, p. 598 ; 30 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, 253.

¹⁷ « *Le secret des avocats n'est pas seulement une obligation légale... le secret des avocats n'est pas fait pour les avocats. Il leur est imposé comme l'une des plus exigeantes obligations éthiques de leur profession. Mais ce devoir devient droit face à ceux qui voudraient en profiter pour surprendre les confidences. Un monde où l'on ne pourrait plus partager ses secrets sans craindre qu'ils se transforment en informations serait un monde où l'individu serait privé de liberté* », écrit H. LECLERC (cité par M. BENICHOU et F. TEITGEN, « Le rôle des Ordres dans la lutte contre le blanchiment et la sauvegarde du secret professionnel », *Gaz. Pal.*, 21 et 24 avril 2000, p. 2). E. GUIGOU déclare également qu'elle attache « *la plus haute importance à la conciliation entre les impératifs attachés à la recherche de la vérité et le nécessaire respect du secret professionnel, d'autant plus essentiel qu'il est non pas un quelconque privilège corporatiste mais d'abord la protection des personnes qui ont confié leurs intérêts à leur avocat* » (cité par D. de la GARANDERIE, « Transparence explosive », *Bulletin du Bâtonnier*, Paris, 13 avril 1999, p. 83). Le C.C.B.E. a adopté, ce 15 septembre 2017, une *déclaration sur le secret professionnel*, qui rappelle ces principes essentiels, à une heure où le secret professionnel est de plus en plus contesté :

http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_Postion Papers/FR_DEON_20170915 Statement-on-professional-secrecy_LPP.pdf

¹⁸ J.P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.T.*, 2012, p. 327 ; D. VAN GERVEN, « Professional secrecy in Europe », in *Professional secrecy of lawyers in Europe*, 2013, pp. 1-23.

- Il fait partie du droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'il permet l'accès de tout justiciable à un avocat ;
- Il est également garanti par l'article 8 de la Convention qui consacre le droit au respect de la vie privé et, notamment, des correspondances ;
- Il a un fondement contractuel qui trouve sa source dans l'accord entre l'avocat et son client et les usages ;
- Il s'agit, enfin, d'une obligation déontologique, consacrée par les différentes normes qui viennent d'être citées.

Le caractère absolu du secret professionnel de l'avocat a été longtemps proclamé.

De plus en plus de voix défendent aujourd'hui une conception relative du secret. Elles admettent que le secret puisse, dans certaines hypothèses, s'effacer devant d'autres valeurs, telle la préservation de la vie humaine¹⁹. C'est la théorie dite du « conflit des valeurs ». Cette seconde conception semble s'imposer aujourd'hui²⁰, même si les avocats restent fermement attachés à la théorie du secret absolu²¹. Nous en discuterons ultérieurement à propos de cas pratiques.

¹⁹ Au Canada, il est constant que le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu et qu'il peut céder devant d'autres impératifs. Un arrêt récent de la Cour suprême du Canada nous en donne une bonne illustration. Il est admis au Canada que le droit au secret professionnel peut s'effacer devant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. En l'occurrence, un prévenu sollicitait la production des correspondances échangées entre un de ses accusateurs et l'avocat de ce dernier. Selon lui, la chronologie particulière des révélations de cet accusateur, qui avait d'abord consulté un avocat, avant de déposer plainte, puis d'engager une procédure civile, jointe à des variations dans ses dépositions, affectait la crédibilité des accusations et il était important de prendre connaissance des premiers échanges entre l'accusateur et son conseil.

La Cour rejette la requête. Elle rappelle qu'en principe, le secret ne doit céder que s'il y a un « *risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée* ». Dans une première étape, il appartient donc au juge de déterminer si c'est bien l'innocence du prévenu qui est en jeu, à l'exclusion de considérations relatives à l'application de circonstances atténuantes ou à l'appréciation de l'ampleur des faits et si les éléments dont on demande la production sont susceptibles d'éclairer le tribunal sur ce point. Dans une seconde étape, le juge examine les pièces du dossier et n'ordonne la production de pièces que si, et dans la mesure où, elles sont de nature à exercer une influence sur la déclaration de culpabilité. Dans le cas qui lui était soumis, la Cour considère que les pièces dont la production était souhaitée ne pouvaient susciter de doute quant à la culpabilité même (arrêt *McClure*, 2001 CSC 14, commenté par L. BEAUDOIN, *Journal du barreau du Québec*, 15 avril 2001, p. 7 ; voyez aussi les commentaires que J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS consacrent à cet arrêt (« Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat – client », *J.T.*, 2005, p. 576, note 118)).

La Cour suprême du Canada a affiné sa jurisprudence dans un arrêt *Benson / Brown*, du 28 mars 2002 : « *Si le secret professionnel de l'avocat occupe une place centrale dans l'administration de la justice, il n'est pas absolu et peut devoir céder le pas dans de rares circonstances, notamment pour permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière contre une accusation criminelle. Tel ne peut être le cas que pour autant, tout d'abord, que les renseignements que l'accusé cherche à obtenir par la divulgation du secret protégé ne puissent être obtenus par d'autres moyens licites et, ensuite, que cet accusé soit incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Si tel est le cas, la divulgation ne pourra porter que sur les éléments du dossier nécessaire pour susciter ce doute raisonnable et, avant d'être effectivement versé aux débats, les éléments recueillis devront être soumis à l'accusé qui est libre de décider s'il souhaite, en définitive, en faire usage* » (*J.L.M.B.*, 2007, p. 574 et obs. Y. HANNEQUART).

²⁰ Voyez P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 27 ; J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat – client », *J.T.*, 2005, p. 565. La conception relative du secret a été clairement affirmée par la Cour d'arbitrage, à deux reprises, au cours des dernières années, d'abord par son arrêt du 3 mai 2000 (*J.L.M.B.*, 2000, p. 868, voyez ci-après, 5. 18), ensuite par son arrêt du 24 mars 2004 (*J.L.M.B.*, 2004, p. 1080, voyez ci-après 5.12). Voyez aussi Cass. 19 janvier 2001, *J.T.*, 2002, p. 9 ; Cass., 7 mars 2002, *R.G.D.C.*, 2002, p. 54. Adde P. VAN NESTE, « Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden ? », *R.W.*, 1977-1978, 1281 ; L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 41 ; P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeur », *J.T.*, 2001, p. 620 ; G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p. 9. Voyez également Anvers, 18 septembre 2000, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 290, qui se fonde explicitement sur le conflit entre secret professionnel et le principe des droits de la défense pour exiger la production de protocoles de prises de sang, qu'un centre de transfusion sanguine refusait de produire, alors que sa responsabilité était mise en cause pour faute commise au moment de cette prise de sang. La Cour note que le patient avait renoncé expressément au secret professionnel et qu'en prétendant taire les noms des personnes qui ont pris part à la prise de sang, le centre de transfusion détourne le secret de la nécessité sociale en laquelle il trouve son fondement.

Au rang des arrêts importants qui adoptent une conception relative du secret, il faut citer l'arrêt *Plon* de la Cour européenne de droits de l'homme du 18 mai 2004. Cet arrêt met fin à l'affaire *Gubler*, ce médecin français qui, alors qu'il avait soigné François Mitterand, avait, peu après sa mort, publié un ouvrage intitulé *Le grand secret*, dans lequel il

2. QUI EST TENU AU SECRET PROFESSIONNEL ?

2.1 L'avocat est tenu au secret professionnel pour toutes les confidences qu'il a reçues en sa qualité d'avocat²².

révélaient plusieurs informations relatives à la santé de son illustre client, évidemment couvertes par le secret médical. Le tribunal de grande instance de Paris, d'abord en référés, puis au fond, avait interdit la publication de cet ouvrage et ordonné son retrait de la vente. Analysant le litige en termes de conflit entre deux valeurs contradictoires, la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, la Cour valide d'abord la décision de référé, qui pouvait passer pour « nécessaire dans une situation démocratique », vu la proximité du décès et l'intensité de l'atteinte portée au souvenir du défunt et le chagrin de ses proches. Mais, envisageant ensuite la décision de fond, prise plus de neuf mois après le décès, la Cour considère que, tenant compte de ce délai et du fait que, même interdit, l'ouvrage avait eu une large diffusion (40.000 exemplaires vendus le jour de la sortie, avant l'ordonnance de référé, plus une diffusion illicite sur internet), la mesure n'apparaît plus proportionnée aux objectifs poursuivis. Il est vrai que la Cour énonce « *Il ne s'agit certes pas pour la Cour de considérer que les exigences du débat historique peuvent délier un médecin du secret médical, qui, en droit français, est général et absolu... Mais, à partir du moment où celui-ci a été enfreint, ..., le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression... A ce moment là, les informations qu'il (le livre) contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité* ».

Dans un autre arrêt important (Z./Finlande, 25 février 1997), la Cour européenne avait déjà admis de façon très explicite le caractère relatif du secret médical. Elle avait considéré que « *la protection de la confidentialité des données médicales, qui est dans l'intérêt du patient comme de la collectivité dans son ensemble, peut parfois s'effacer devant la nécessité d'enquêter sur des infractions pénales, d'en poursuivre les auteurs et de protéger la publicité des procédures judiciaires, lorsqu'il est prouvé que ces derniers intérêts revêtent une importance encore plus grande* », admettant qu'un médecin soit contraint de témoigner sur l'état de santé de son patient, pour permettre d'établir que l'auteur d'un viol était conscient de sa séropositivité, ce qui permettait de qualifier les faits qui lui étaient reprochés de tentative de meurtre. La Cour n'avait cependant admis cette exception que dans la mesure où elle était entourée de garanties sérieuses (notamment le fait que le contenu des informations ainsi recueillies devait rester secret pendant un terme suffisant pour assurer la protection de la réputation du malade, dix ans n'étant pas suffisant à cet égard).

²¹ Témoignent de cet attachement des avocats à la théorie du secret absolu les motions votées lors du Congrès du 24 mars 2001 de la Conférence des barreaux francophones et germanophone (« *Sans préjudice des droits propres du justiciable, l'avocat est tenu de manière absolue au secret professionnel. Il ne peut y être porté atteinte qu'en cas de circonstances exceptionnellement graves, en présence desquelles aucune autre solution ne semble envisageable, comme par exemple la mise en cause immédiate et directe de la sécurité publique ou le danger imminent de mort ou de blessures graves...* ») et par le Syndicat des avocats de France (« *Le secret professionnel de l'avocat comme celui du médecin ou du ministre d'un culte a un caractère absolu. Son détenteur ne peut en être relevé, même par l'auteur de la révélation...* », *La lettre du Syndicat des avocats de France*, mars 2000, p. 21). En faveur du caractère absolu du secret, voyez encore deux décisions récentes émanant de juges de fond : Corr. Bruxelles, 20 février 1998, *J.T.*, 1998, p. 361, *Jour. Proc.*, 6 mars 1998, p. 11, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 65 ; Trav. Nivelles, 25 novembre 1998, *J.T.T.*, 1999, p. 204. Le récent *Règlement intérieur unifié (R.I.N.) des barreaux de France*, comme avant lui le *Règlement intérieur harmonisé (R.I.H.)* et le *Règlement intérieur du barreau de Paris*, affirme aussi que « *Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps* » (article 2.1 – La loi du 31 décembre 1971, organique de la profession d'avocat portait déjà quasiment les mêmes lots). Le décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie des avocats est moins net. Il énonce : « *Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* » (article 4). Tout dernièrement encore, Maître Xavier Chiloux reste fidèle à cette conception (<http://www.xavierchiloux.fr/2016/06/general-absolu-et-illimite-dans-le-temps-dans-le-temps.html>).

²² La situation de l'avocat est, à cet égard, particulière. Les autres professions tenues au secret professionnel ne le sont pas nécessairement pour toutes les informations confidentielles recueillies dans le cadre de leur profession, mais uniquement pour celles qui leur ont été confiées sous le sceau de la confiance. Ainsi, deux décisions récentes ont estimé que le secret professionnel du médecin ne faisait pas obstacle à ce que celui-ci communique au Parquet des informations relatives à l'état de santé de la victime d'une infraction, dans le cadre des poursuites exercées contre l'auteur de cette infraction (Anvers, ch. mises acc., 6 mars 2003, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 309 ; Corr. Ypres, 16 février 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 310). Ainsi, encore, un récent jugement du tribunal de grande instance de Caen a estimé que le secret des ministres du culte s'étendait aux seules informations reçues sous le sceau de la confession, mais non à toute information recueillie soit à la suite d'une plainte, soit par des investigations personnelles. Un évêque n'est donc pas tenu au secret – et donc, le cas échéant, pas exonéré de son obligation de dénonciation – à propos des informations qui lui ont été communiquées et de celles qu'il a recueillies au cours d'un enquête menée au sujet des activités pédophiles d'un prêtre de son diocèse, sauf dans la stricte mesure où certaines de ces informations auraient été révélées dans le cadre d'entretiens qui peuvent être assimilés à des confessions (TGI Caen, 4 septembre 2001 *Gaz. Pal.*, 7 et 8 novembre 2001, p. 47, note A. DAMIEN ; ce jugement a aussi fait l'objet de commentaires de L.

Il n'y est donc pas tenu pour ce qu'il a pu apprendre - même si ses informations sont secrètes par nature - **en tant que personne privée**.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles²³ nous donne l'occasion d'illustrer cette distinction. Un avocat, au sortir du parloir d'une prison, dénonce le fait qu'un de ses confrères, qui occupait un parloir voisin, soit occupé à y remettre de la drogue à un détenu. La Cour rappellera tout d'abord que « *l'avocat est tenu au secret professionnel sur tout ce qu'il a appris par l'exercice de sa profession, en ce compris les informations de nature confidentielle qui concernent non ses clients, mais des tiers. Par contre, lorsqu'il reçoit pareilles informations en une autre qualité, il n'est pas tenu au secret* ». Elle considérera cependant ensuite que rien n'établissait que l'information divulguée par l'avocat avait été reçue par lui dans l'exercice de sa profession.

Cette solution me semble discutable. Le prévenu avançant à l'appui de sa défense un élément de justification non dépourvu de vraisemblance (selon lui, les poursuites avaient été engagées à la suite d'une violation du secret professionnel), il incombait indiscutablement à la partie poursuivante d'en rapporter la preuve contraire.

Or, plusieurs hypothèses pouvaient expliquer la connaissance de l'avocat dénonciateur. L'information avait pu lui être transmise par son client, soit qu'il se soit réjoui de pouvoir ainsi s'approvisionner, soit qu'il entende, par l'intermédiaire de son avocat, procéder à une dénonciation plus ou moins anonyme. L'avocat aurait pu surprendre le manège de son confrère en passant dans le couloir qui mène aux parloirs réservés aux avocats. Il aurait aussi pu apprendre l'information de « propos de salons ».

La solution à apporter au problème ne devait-elle pas varier en fonction de ces circonstances ?

La révélation d'une confidence du client constituait certainement une violation du secret. La transmission d'une dénonciation sûrement pas, même si l'on peut se demander si ce genre de transmission fait bien partie du rôle d'un avocat. La révélation de propos de salons sera souvent la révélation de la violation par un autre avocat de sa propre obligation au secret²⁴. Elle ne le serait pas, cependant, si c'était l'avocat dénoncé lui-même qui s'était imprudemment vanté de l'infraction qu'il commettait car commettre une infraction ne peut constituer l'exercice de la profession d'avocat, la commission d'une infraction par l'avocat n'étant jamais couverte par le secret professionnel. Quant à la découverte du manège en passant dans un couloir réservé aux avocats (mais aussi aux gardiens ou visiteurs de prisons !), elle est peut-être plus discutable. Peut-on véritablement considérer que l'information n'a alors été recueillie qu'en qualité d'avocat ? Cela ne me paraît pas certain²⁵.

LETURMY, *Droit pénal*, 2001, chronique 46 ; O. ECHAPPE, *Dall.*, 2001, p. 2606 ; Y. MAYAUD, *Dall.*, 2001, chron., p. 3454. Voyez également sur cette question Cass. fr., 17 décembre 2002, *Gaz. Pal.*, 23 mai 2003, p. 12, avec conclusions du Ministère public et note A. DAMIEN et O. ECHAPPE]. Sur le secret de la confession, voyez aussi P. DE POORTER, « Secret professionnel et secret de la confession », *J.T.*, 2002, p. 201.

²³ Bruxelles, 23 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 222 et obs. P. HENRY.

²⁴ Dans ce sens, L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 34.

²⁵ Voyez aussi Cass., 16 décembre 1992, *Rev. Dr. Santé*, 1996-1997, p. 25, à propos d'un médecin et d'un pharmacien qui avaient été contactés par un drogué qui essayait d'obtenir d'eux la délivrance de produits psychotropes. La Cour de cassation de France a aussi considéré que les menaces de mort portées par une avocate, fille d'un trafiquant d'œuvres d'art, contre une de ses consœurs qui exerçait des poursuites contre celui-ci, n'étaient pas couvertes par le secret professionnel (Cass. Fr., 2 mars 2010, n° 09-88453). C'est l'application d'un principe général : on n'est plus avocat lorsque l'on commet un délit. J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS citent un autre exemple : un jeune avocat avait été victime d'une agression ; arrivant au B.A.J., il y reconnaît ses agresseurs ; le Conseil de l'Ordre a estimé qu'il ne pouvait obtenir de l'avocat désigné l'identité de ses agresseurs ; c'est dans l'exercice de sa profession qu'il avait pu reconnaître ses agresseurs, alors qu'il n'avait pénétré dans la salle d'attente du B.A.J. qu'en sa qualité d'avocat (« Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat – client », *J.T.*, 2005, p. 565).

2.2 En principe, l'avocat n'est pas non plus tenu au secret pour les informations qu'il a reçues en qualité non d'avocat, mais de **mandataire**²⁶, de **curateur de faillite**²⁷, de **liquidateur**, de **médiateur de dettes ou de tuteur**, par exemple²⁸.

Inversement, lorsqu'un avocat communique avec un de ces mandataires, il ne peut partager avec eux ses secrets. Le Conseil de discipline des barreaux francophones du ressort de la Cour d'appel de Bruxelles a ainsi refusé de sanctionner un avocat qui n'avait pas révélé au curateur de la faillite d'une société que sa cliente, qui avait acheté, quelques jours avant la faillite, un immeuble appartenant à la société faillie, l'avait immédiatement revendu à un tiers pour un prix supérieur. Pareille révélation aurait, en effet constitué une violation du secret professionnel²⁹.

En France, une intense polémique continue à secouer doctrine et jurisprudence : l'avocat ne bénéficie-t-il du droit au secret professionnel que lorsqu'il agit en tant que **défenseur** (au "judiciaire") et non lorsqu'il agit en tant que conseil ou **consultant** (au "juridique")³⁰ ? La loi du 7 avril 1997 a tranché la question en des termes très nets : "*En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par 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, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier, sont couvertes par le secret professionnel*"³¹. Les

²⁶ Voyez Cass. 13 juin 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1079 (l'avocat avait représenté son client à une vente publique) ; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 215-216 ; J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Kluwer, 1997, p. 613.

²⁷ C'est ce qui justifie qu'un avocat n'ait pas à révéler au curateur de faillite avec lequel il correspond des éléments couverts par le secret professionnel (Cons. Disc. Barr. Francoph. Brux, 21 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1039.

²⁸ Ph. HALLET, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique", in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, p. 76 ; R. RASIR et P. HENRY, *La procédure de première instance dans le Code judiciaire*, Larcier, 1978, p. 132 ; E. REUMONT, *Permanences et devoirs de la profession de l'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1947, n° 720, p. 123 ; L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 36. Ces exceptions sont actuellement au cœur d'une polémique intense autour de l'obligation, à laquelle la Commission souhaite soumettre les avocats lobbyistes, de s'inscrire dans un registre (voyez ci-après, n° 5.12). On notera aussi que l'absence d'obligation au secret dans ces hypothèses n'implique pas une autorisation de parler sans retenue. Subsiste, à tout le moins, un devoir de discrétion, dont l'intensité varie d'ailleurs en fonction des différentes hypothèses,

²⁹ Conseil de discipline des barreaux francophones du ressort de la Cour d'appel de Bruxelles, 21 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1039.

³⁰ voyez Cass. fr., chambre criminelle, 30 septembre 1991, *J.T.*, 1993, p. 4, avec obs. P. LAMBERT ; *Gaz. Pal.*, 16-18 février 1992, p. 6 et obs. J.P. DOUCET ; obs. COUTURON, sous la même décision, *Gaz. Pal.* 17-18 avril 1992, p. 16 ; *Dall.*, 1992, 323 et obs. C. GAVALDA ; *J.C.P.*, 1992-II, 21858 et obs. R. MARTIN ; *R.S.C.*, 1992, 76 et 1993, 332 et obs. G. LEVASSEUR ; comp. Cass. fr., 7 mars 1994, *J.C.P.*, 1994, II, 22251 et obs. R. MARTIN ; Cass. fr., 7 novembre 1994, *Gaz. Pal.*, 12-13 avril 1995, p. 16 ; D. BOCCARA, "Legal privilege et jus diabolicum : des fondements supposés pour menacer le secret de l'avocat", *Gaz. Pal.*, 7-8 février 1997, p. 13 ; Cass. fr., 6 février 1997, *Gaz. Pal.*, 16-18 mars 1997, p. 4 et obs. A. DAMIEN.

³¹ pour un commentaire, voyez M. STASI, « Le secret professionnel de l'avocat en France... Etat des lieux », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p. 115 ; J.M. VARAUT et L. RUET, "Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires", *Gaz. Pal.*, 10-12 août 1997, p. 2 ; pour quelques précisions sur les exceptions, voyez E. ALEXANDER, "La correspondance de l'avocat", *Gaz. Pal.*, 10-11 juillet 1997, p. 15 ; *adde* Cass. fr., 30 juin 1999, *Gaz. Pal.*, 19-21 septembre 1999, p. 44 et obs. A. DAMIEN ; B. CAHEN, « Le secret professionnel et la lutte contre la corruption », *Gaz. Pal.*, 13-15 février 2000, p. 2. La loi du 7 avril 1997 a modifié la loi du 31 décembre 1991 qui consacrait déjà les mêmes principes mais en termes moins nets et avait suscité une jurisprudence qui restait assez défavorable au secret professionnel, par exemple Cass. 12 mars 1992, *Dall.*, 1993, Somm. 207 et obs. PRADEL ; Cass. 20 janvier 1993, *Bull. crim.*, n°29.

Les difficultés que ce texte a engendrées en ce qu'il faisait porter le secret sur toute correspondance échangée entre avocats, en ce compris les correspondances officielles, ne sont pas examinées dans cette contribution. Voyez sur ce point, Cass. fr., 4 février 2003, *J.C.P.*, 2003, II, 10035 et les obs. de C. RAOULT, *Gaz. Pal.*, 15 avril 2003, p. 8, et B. VAN DE MOORTELE, « Confidentialité et secret professionnel : pour en finir avec la confusion », *Gaz. Pal.*, 4 mai 2003, p. 6 ; D. PIWICA, « Ce que l'on ne peut dire, faut-il le taire ? », *Gaz. Pal.*, 29 octobre 2003, p. 39. La loi du 11 février 2004 et le nouveau R.I.U. restaureront probablement le calme, à défaut de la cohérence. Ils excluent du champ du secret les correspondances entre avocats à condition qu'elles portent la mention « officielle ». Il reste qu'il eut été plus conforme aux principes de constater que la règle de la confidentialité des correspondances échangées entre avocats ne repose

chambres criminelles de la Cour de cassation de France continuent cependant à appliquer cette loi de façon très restrictive. Elles persistent à considérer que le secret professionnel ne couvre les correspondances échangées entre l'avocat et son client que lorsque celles-ci ont trait à l'exercice des droits de défense³².

Cette conception a reçu un certain écho en Belgique. Jean du JARDIN considère ainsi que si le secret professionnel « *connaît de plus en plus d'extension* » (sic), il ne crée pas pour autant d'immunité pénale « *dès lors qu'il n'est pas absolu, et que la manifestation de la vérité a ses exigences aussi respectables que les droits de la défense* » en prenant appui sur l'arrêt de la Cour de cassation de France du 30 juin 1999, ci-avant cité : « *Le juge d'instruction peut s'opposer à la restitution de documents saisis dans le cabinet d'un avocat et couverts par le secret professionnel, dès lors que leur maintien est nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'il ne porte pas atteinte aux droits de la défense* »³³.

Cette thèse paraît cependant difficilement compatible avec l'enseignement des cours européennes. Déjà par son arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992³⁴, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré qu'une perquisition menée au cabinet d'un avocat dans le cadre de poursuites exercées à charge d'un tiers constitue une ingérence qui n'est pas nécessaire dans une société démocratique à partir du moment où elle empiète sur le secret professionnel. La Cour de justice des Communautés européennes est tout aussi nette dans son arrêt *A.M. and S. Europe limited c. Commission* du 18 mai 1982³⁵. Elle rappelle fermement que la correspondance échangée entre un avocat indépendant³⁶

pas sur le secret professionnel. Voyez, au sujet de la loi nouvelle, B. VAN DE MOORTELE, « Secret professionnel et correspondances entre avocats : la logique de l'absurde », *Gaz. Pal.*, 2 mars 2004, p. 2 ; S. CAILLE, « Le nouvel article 3.2. du Règlement Intérieur Unifié : le rétablissement de la lettre « officielle » entre avocats », *Gaz. Pal.*, 7 juillet 2004, p. 19.

³² Cass. fr. 30 juin 1999, *Dall.*, 1999, 458 et obs. J. PRADEL. Pour une synthèse et une tentative de justification de la jurisprudence de la Cour de cassation française, voyez J. PRADEL, « Le secret professionnel de l'avocat devant la justice pénale. Le point sur l'état actuel du droit français », *Ann. Dr. Louvain*, 2000, p. 167. En sens inverse, voyez, par exemple, F. NOUËL et Y. MARTINET, « Le secret professionnel de l'avocat face aux perquisitions et saisies », *Ann. Seine*, 8 novembre 1999, p. 11 ; M. STASI, *loc. cit.* Un récent arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation de France est plus favorable aux avocats. Il réforme une ordonnance du premier président de la Cour d'appel de Rouen qui avait validé une saisie pratiquée entre les mains d'un avocat de correspondances que celui-ci avait échangées avec son client, au motif que ces correspondances n'étaient pas liées « à des activités de défense mais de gestion relatives à la domiciliation des installations de la société au Luxembourg et au paiement des honoraires du commissaire aux comptes » (Cass. Fr., 3 mai 2012, n°11-140008). Les arrêts prononcés par la Cour de cassation dans l'affaire des écoutes téléphoniques Sarkozy – Herzog retiennent à nouveau cette conception restrictive : Cass. Fr., 22 mars 2016, et obs. J.P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1027.

³³ J. du JARDIN, « De quelques aspects de l'évolution récente du droit de la preuve en matière pénale », *Ann. Dr. Louvain*, 2000, p. 145.

³⁴ C.E.D.H., 16 décembre 1992, *J.T.*, 1994, p. 65 et obs. E. JAKHIAN et P. LAMBERT, « Les perquisitions dans les cabinets d'avocats » ; *R.T.D.H.*, 1993, p. 466 et obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX, « Perquisition au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile ».

³⁵ C.J.C.E., 18 mai 1982, *Cah. Dr. Eur.*, 1987, p. 381 et obs. L. GOFFIN, « De la confidentialité des communications entre l'avocat et son client » ; *J.T.*, 1983, p. 41 et obs. P. LAMBERT « Le caractère confidentiel de la correspondance échangée entre l'avocat et son client ».

³⁶ La question si des juristes d'entreprises ou avocats d'entreprise (comme on en connaît dans certains pays de l'Union européenne, par exemple en Espagne) peuvent bénéficier des mêmes prérogatives a fait l'objet d'une saga judiciaire qui a donné lieu à plusieurs arrêts du Tribunal de première instance et de la Cour de justice des Communautés européennes : l'affaire AKZO : T.P.I.C.E. (réf.), 30 janvier 2003, T-125/03R et T-253/03R, et C.J.C.E. (réf.), 27 septembre 2004, C-7/04P. Elle a finalement été tranchée par un arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et al./Commission*, (*J.T.D.E.*, 2007 (sommaire), 2007, p. 250 et obs. D. VANDERMEERSCH et D. GERARD, « Arrêt Akzo - Le Tribunal de première instance C.E. refuse d'étendre aux juristes d'entreprise - la protection du secret professionnel » ; *R.D.C.*, 2008, p. 106 ; *R.D.J.P.*, 2008, p. 3), confirmé par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 septembre 2010 (*J.L.M.B.*, 2010, p. 1400 ; pour un premier commentaire, voyez Y. REPIQUET, « Après l'arrêt AKZO NOBEL », *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2010, p. 16), qui consacre le secret professionnel de l'avocat mais refuse d'en étendre le bénéfice aux juristes et avocats d'entreprise. L'arrêt de la C.J.U.E. du 6 septembre 2012, *PUKE / Pologne*, confirme cette tendance, en déclarant irrecevable un recours introduit par un avocat d'entreprise, au motif de son défaut d'indépendance. Signalons encore un arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni du 23 janvier 2013, qui refuse d'étendre le secret professionnel des avocats aux comptables et autres professionnels actifs dans le domaine du conseil juridique (http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0215_Judgment.pdf). En Belgique, certains avis émis par les juristes d'entreprise, dans des conditions précises, sont cependant couverts

inscrit au barreau et son client est couverte par le secret professionnel et soustraite au pouvoir de vérification de la Commission³⁷.

La matière du secret professionnel étant intimement liée à l'organisation des différents systèmes judiciaires et, notamment, à l'organisation de la profession d'avocat, on sera attentif au fait qu'elle est régie de façons parfois assez différentes dans les différents états de l'Union européenne³⁸.

Les principes consacrés par la récente directive européenne sur le blanchiment de capitaux, qui est brièvement commentée ci-après (voyez chapitre 5.20), me paraissent déforcer considérablement la position de la Cour de cassation de France (et de Monsieur du JARDIN). A partir du moment où le Conseil et le Parlement de l'Union européenne admettent que le secret professionnel s'oppose à ce que les avocats révèlent, même dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux provenant des trafics de drogue, d'armes ou d'êtres humains, les informations qu'ils ont reçues « *lors de l'évaluation de la situation juridique de leur client, ... y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure...* », il me semble que c'est tout le champ de la mission classique de l'avocat qui est ainsi reconnu comme soumis au secret professionnel. Toutes les confidences qu'il reçoit, tant dans sa mission de défenseur que dans celle de conseil, échappent à l'obligation de dénonciation. Ce n'est que lorsqu'il participe à une opération en tant que rédacteur d'acte qu'il y reste tenu, parce que, dans ce domaine, les règles particulières qui s'appliquent font exception à l'obligation au secret professionnel.

Au-delà, se pose la question de savoir si le secret couvre également les informations confidentielles que l'avocat reçoit en dehors du champ de ses attributions traditionnelles (défense et conseil). L'extension du périmètre de la profession rend cette question de plus en plus prégnante. Elle est examinée plus loin (5.12).

2.3 Il faut insister sur le fait que commettre une infraction ne peut jamais constituer, pour un avocat, l'exercice de sa profession. Le secret professionnel ne couvre donc pas les informations qu'un avocat a reçues dans le cadre de sa participation à la commission d'une infraction³⁹.

Cela signifie-t-il que l'avocat auquel un client demande un acte de participation ou de complicité à la commission d'une infraction ne pourrait se prévaloir du secret professionnel et qu'il serait, le cas échéant, tenu de le dénoncer ?

Il faut, pour répondre à cette question, opérer deux distinctions.

par la confidentialité : voyez Bruxelles, 5 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1136, et obs. J.P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « La confidentialité des avis des juristes d'entreprise doit prévaloir sur l'ingérence des autorités de la concurrence belge ».

³⁷ A propos d'une espèce assez étonnante, voyez P. HENRY et M. TRONCOSO-FERRER, « Le secret professionnel face aux autorités de la concurrence : à propos de la décision *Perindopril (Servier)* de la Commission européenne », *La Tribune*, 2011/1, pp. 28-30 : la Commission admet la saisie d'une correspondance échangée entre avocats que le conseil d'une partie avait adressée à celle-ci, en l'annexant purement et simplement à sa propre correspondance. L'espèce est très particulière et aucun recours n'a été exercé contre cette décision. Il paraît difficile d'en tirer des enseignements. Sur cette question, envisagée de façon plus générale, voyez M. PERRIER, « Les saisies de documents dans les enquêtes concurrence et la Convention européenne des droits de l'homme : vers une évolution des pratiques françaises ? », *L'Observateur de Bruxelles*, 2015, n°101, p. 34.

³⁸ P. LAMBERT, « La protection des confidences du client à son avocat, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Liber amicorum Jozef VAN DEN HEUVEL*, p. 75 ; *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, Larcier, 2003, *Professional secrecy of lawyers in Europe*, Cambridge, 2013, avec 30 rapports nationaux émanant des pays de l'U.E., de la Suisse, de la Norvège et de l'Islande.

³⁹ G.A. DAL et J. STEVENS, « Les avocats et la prévention du blanchiment de capitaux : une dangereuse dérive », *J.T.*, 2004, p. 488 ; Cass., 9 juin 1976, *Pas.*, I, 1070 ; Corr. Gand, 9 juin 1992, *T.G.R.*, 1993, p. 147. Pour un cas d'application récent, voyez l'arrêt de la Chambre des Lords du 11 mars 2009, *McE* (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldjudgmt/jd090311/mce-1.htm>), qui valide des écoutes pratiquées lors de l'entretien d'un avocat avec ses clients et qui confirmaient que celui-ci, conformément aux soupçons qui pesaient sur lui, étaient l'un des membres du réseau (IRA) qui avait fomenté des attentats. Voyez aussi J.P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1027, à propos des écoutes SARKOZY - HERZOG.

Tout d'abord, si le « client » ne s'adresse à l'avocat que dans le seul dessein d'obtenir cette participation ou cette complicité, le secret professionnel ne s'applique pas. Il n'y a pas de confiance reçue en qualité d'avocat. L'avocat consulté a le devoir de refuser et d'éconduire le délinquant qui s'est adressé à lui⁴⁰.

Il pourrait même être tenu de le dénoncer si les conditions d'application de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 12 janvier 2004, sont réunies⁴¹.

La solution me semble devoir être différente si c'est dans le cours de l'accomplissement de sa mission de conseil et de défenseur que l'avocat se rend compte que les avis qu'il donne pourraient être utilisés dans la perspective de la commission d'une infraction. Dans ce cas, l'avocat doit évidemment cesser immédiatement d'apporter son concours à son client et tenter de convaincre celui-ci de renoncer à son projet. Le cas échéant, il devra se déporter. Mais, sauf l'hypothèse exceptionnelle de l'état de nécessité, il ne pourra alors dénoncer son client puisqu'il devrait alors révéler les confidences qu'il a reçues dans le cadre de l'exercice de sa mission de défense et de conseil⁴².

2.4 Extension. La théorie du **secret partagé** (ou secret collectif) permet à l'avocat de partager les secrets qu'il a reçus avec ses collaborateurs, associés, stagiaires (qui ont aussi la qualité d'avocat) et secrétaires, dans la mesure où le partage du secret est nécessaire à l'exercice de leur mission^{43/44}.

2.5 Une prudence toute particulière s'impose lorsque **l'avocat collabore**, pour la défense d'un client, **avec des titulaires d'autres professions** qui ne sont pas tenus au secret professionnel ou qui sont tenus au secret professionnel d'une manière différente⁴⁵ : notaires⁴⁶, comptables⁴⁷, audits⁴⁸,

⁴⁰ Voyez une sentence du Conseil de discipline d'appel de Bruxelles du 25 mai 1975, *Pas.*, II, 66 ; dans le même sens, Bruxelles, 7 novembre 1991, *R.D.P.*, 1992, p. 446. A titre d'autre exemple, je mentionnerai que m'a ainsi été rapporté le cas d'un jeune avocat invité à aller rencontrer à la prison un détenu qui avait pour seul but, non de lui confier la défense de ses intérêts mais, au contraire, de lui demander de lui apporter une arme en échange d'une importante somme d'argent.

⁴¹ Voyez *infra*, chap. 5.20. P. HENRY, « La balance, c'est le bâtonnier ! », in *Le livre blanc de l'argent noir, 20 ans de lutte contre le blanchiment et le terrorisme*, CTIF, 2013, pp. 146-152 ; G.A. DAL et J. STEVENS, « Les avocats et la prévention du blanchiment de capitaux : une dangereuse dérive », *J.T.*, 2004, p. 493 ; J. SPREUTELS et DE MÛELENAERE, « *La cellule de traitement des informations financières et la prévention du blanchiment de capitaux en Belgique*, Bruylant, 2003, p. 11.

⁴² G.A. DAL et J. STEVENS, « Les avocats et la prévention du blanchiment de capitaux : une dangereuse dérive », *J.T.*, 2004, p. 494.

⁴³ Cass., 20 février 1905, *Pas.*, I, 141 ; E. REUMONT, "De la confiance", *J.T.*, 1966, p. 238. Pour une étude récente sur le secret partagé en matière médicale, voyez T. BALTHAZAR, « Het gedeelde beroepsgeheim is geen uitgesmeerd beroepsgeheim », *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 136.

⁴⁴ En principe, un avocat n'est donc pas autorisé à communiquer à ses associés ou collaborateurs des éléments confidentiels, à titre de documentation. Si cette règle ne doit pas les empêcher de s'échanger des consultations, des recherches ou des conclusions qu'ils ont rédigés, dans un but pratique évident, ils ne pourront faire usage des éléments de fait qu'ils auraient recueillis à l'occasion de pareil échange. Cette règle, sur laquelle je reviens ci-après (chap. 3.3), valable de tous temps, prend évidemment une acuité particulière du fait de la taille grandissante des associations d'avocats et de la mise sur le marché de programmes de recherche documentaire de plus en plus performants.

⁴⁵ D'une façon générale, sur les contours du secret professionnel tel qu'il s'applique aux autres professions avec lesquelles les avocats sont fréquemment appelés à collaborer, voyez P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruylant, 2005, p. 165 et suivantes. Dans le même sens, D. PIAU, « L'inter-professionnalité est morte, vive la pluri-professionnalité, et salut à toi ! », *Gaz. Pal.*, 2016, n°14, p. 11, spéc. p. 13.

⁴⁶ Sur le secret professionnel du notaire, voyez P. LAMBERT et J.F. TAYMANS, *Le secret professionnel du notaire*, in *Rép. not.*, tome XI, livre X ; J.F. TAYMANS, « Notaire », in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, p. 175.

réviseurs⁴⁹, conseillers fiscaux et, surtout, les juristes d'entreprise, même si la loi du 1^{er} mars 2000 accorde à certaines de leurs consultations le bénéfice d'une confidentialité dont la portée précise reste discutée⁵⁰. Il en va ainsi, a fortiori, à l'égard de professions non juridiques qui bénéficient, dans une certaine mesure, de la garantie du secret ou de la confidentialité : journalistes⁵¹, professionnels de la santé⁵², psychologues et travailleurs sociaux⁵³, banquiers⁵⁴, assureurs⁵⁵, agents immobiliers⁵⁶, etc. Le règlement d'AVOCATS.BE

⁴⁷ La Cour d'arbitrage a consacré la spécificité du secret professionnel de l'avocat par son arrêt du 27 mars 1996 qui rejette un recours de l'Institut des experts-comptables qui demandait l'annulation de l'article 90 du Code d'instruction criminelle relatif à la protection contre les écoutes téléphoniques en ce qu'il ne conférait pas aux experts-comptables une protection similaire à celle accordée aux avocats. La Cour s'appuie sur ces spécificités pour considérer qu'il n'était pas disproportionné, compte tenu de ces spécificités, de réserver un sort différent aux deux professions.

⁴⁸ Quant au secret professionnel des experts-comptables, agissant en qualité d'audit, voyez un arrêt de principe de la Cour de cassation de France, qui admet que les travaux préparatoires qui ont conduit à l'élaboration d'un rapport d'audit sont couverts par le secret (Cass. Fr., 8 février et 8 mars 2005, *Gaz. Pal.*, 25 mars 2005, p. 12 avec les conclusions du Ministère public). La Cour suprême du Royaume-Uni, par un arrêt de principe du 23 janvier 2013, refuse, quant à elle, d'étendre le secret professionnel des avocats aux comptables et autres professionnels actifs dans le domaine du conseil juridique (<http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC.2010.0215.Judgment.pdf>).

⁴⁹ Voyez sur cette question, M. FRANCHIMONT, *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, Etudes et documents du Centre belge de Normalisation de la Comptabilité et du révisorat, 1986 ; T. DUPONT, J.-Ph. LEBEAU et D. MATRAY, « Secret professionnel, déontologie et antiblanchiment », in *Tribunaux, barreaux et révisorat d'entreprises : actualité de leur collaboration et actualités en droit des affaires*, Maklu, 2012, pp. 213 sqs.

⁵⁰ Voyez sur cette question, les rapports contradictoires (leurs titres parlant d'eux-mêmes) de J.P. BUYLE et I. DURANT, « La confidentialité des avis des juristes d'entreprise » et de B. NYSSSEN, « Le secret professionnel du juriste d'entreprise » in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, pp. 187 et 225. *Adde* Bruxelles, 5 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1136, et obs. J.P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « La confidentialité des avis des juristes d'entreprise doit prévaloir sur l'ingérence des autorités de la concurrence belge » ; cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation le 22 janvier 2015 (*Pas.*, 2015, I, 172 et concl. D. VANDERMEERSCH ; voyez les observations de J. STEVENS, « Geen beroepsgeheim maar Legal Professional Privilege voor bedrijfsjuristen : the final curtain ? », *R.W.*, 2016-2017, p. 883). Voyez aussi A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 785. Le débat semble provisoirement clos. Le projet de loi programme de décembre 2006 comprenait un texte consacrant définitivement le secret professionnel du juriste d'entreprise. Sur intervention du collège des procureurs généraux et des Ordres communautaires, il a été retiré. L'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 17 septembre 2007, AKZO, (*J.T.D.E.*, 2007 (sommaire), 2007, p. 250 et obs. D. VANDERMEERSCH et D. GERARD, « Arrêt Akzo - Le Tribunal de première instance C.E. refuse d'étendre aux juristes d'entreprise - la protection du secret professionnel » ; *R.D.C.*, 2008, p. 106 ; *R.D.J.P.*, 2008, p.3), confirmé par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 septembre 2010 (*J.L.M.B.*, 2010, p. 1400; pour un premier commentaire, voyez Y. REPIQUET, « Après l'arrêt AKZO NOBEL », *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2010, p. 16) renforce cette solution : la protection du secret professionnel s'attache aux échanges entre le client et son avocat mais non aux notes élaborées par un juriste d'entreprise, sauf dans la stricte mesure où elles ont été préparées pour être transmises à un avocat indépendant. L'arrêt de la C.J.U.E. du 6 septembre 2012, *PUKE / Pologne*, confirme cette tendance, en déclarant irrecevable un recours introduit par un avocat d'entreprise, au motif de son défaut d'indépendance.

⁵¹ Voyez F. JONGEN, « Les journalistes et le secret professionnel ou quel(s) secret(s) pour les médias », in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, p. 139. *Adde* C.E.D.H., 15 juillet 2003, *Ernst / Belgique*, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1524.

⁵² J. STEVENS, « Het beroepsgeheim van de advocaat en dat van de geneesheer », *Rev. Dr. Santé*, 2003-2003, p. 2. Voyez, parmi les plus récentes contributions sur le secret médical, M.N. VERHAEGEN et J. HERVEG, « Professionnels de la santé » in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, p. 109 ; P. LUCAS, « Le secret professionnel du médecin vis-à-vis de l'assurance privée », *Rev. dr. ULB*, 2000-1, p. 65 ; Ch. HENNAU et G. BOURDOUX, « Le secret médical et la nécessité de l'information et de l'instruction judiciaire pénale » in *Droit et médecine*, Form. Perm. CUP, vol. X, 1996, p. 108 ; Y.H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck, 2001, p. 148 ; H. NIJS, *La médecine et le droit*, Kluwer, 1995, p. 363 ; F. BLOCKX, « Het medisch beroepsgeheim. Overzicht van rechtspraak (1985-2002) », *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 2.

⁵³ Voyez, par exemple, L. NOUWYNCK et P. RANS, « Secret professionnel, protection de la vie privée et communication d'informations entre acteurs de la protection de la jeunesse », in *Actualités en droit de la jeunesse*, Formation permanente CUP, vol. 81, p. 195.

⁵⁴ Parmi les plus récentes contributions sur le sujet, voyez F. SWEERTS, « Le secret bancaire », in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, p. 167 ; P. MALHERBE, « Le secret bancaire en Belgique et en Europe », *R.P.G.F.*, 1996, p. 351 ; J.P. BUYLE, « Le secret professionnel du banquier à l'égard de l'assureur », *Rev. dr. ULB*, 2000, p. 110 ; J.P. BOURS, « Le secret bancaire fiscal en Belgique – Un état des lieux », *J.T.*, 2012, p. 205.

relatif à la collaboration de l'avocat avec des personnes extérieures à la profession⁵⁷ réaffirme ces principes en imposant à l'avocat de veiller « à ce que la personne extérieure à la profession avec qui il collabore ne puisse faire croire au public qu'elle bénéficie du secret professionnel des avocats » (article 4.40, §4 du Code de déontologie)⁵⁸.

Les mêmes consignes de prudence doivent être communiquées aux **avocats qui font partie d'associations internationales**. Comme cela a déjà été signalé, le régime du secret professionnel varie d'Etat à Etat, en ce compris au sein de l'Union européenne. Ce qui est couvert par le secret ici pourrait dès lors ne pas l'être là. Comment résoudre le conflit qui naît alors entre l'obligation au secret et le *ius fraternitatis* qui doit régner entre associés et qui permet à tout associé de prendre connaissance des dossiers traités par tout autre associé⁵⁹ ? Certains ont élaboré, pour résoudre ce dilemme, la théorie dite du *chinese wall*, selon laquelle une séparation devrait alors être organisée au sein de l'association entre ceux qui sont tenus au secret et ceux qui ne le sont pas. Cette théorie a cependant été rejetée par la jurisprudence américaine⁶⁰, qui estime que, tant du point de vue objectif que du point de vue subjectif, elle ne permet pas d'aboutir à une protection suffisante des valeurs dont le secret est garant. Quoi qu'il en soit, le Code de déontologie de la C.C.B.E. impose, en son article 3.2.2., à l'avocat dont le secret professionnel ou l'indépendance risquent d'être mis en cause de se déporter purement et simplement de la cause qui lui a été confiée^{61/62}.

2.6 On considère généralement comme une conséquence du secret professionnel l'interdiction pour un avocat d'accepter une **cause dans laquelle il a été témoin** et dans laquelle il pourrait, ainsi, être appelé à témoigner.

⁵⁵ Voyez H. COUSY, « L'assurance et le secret professionnel », *Rev. dr. ULB*, 2000, p. 21.

⁵⁶ Voyez L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, Larcier, 2004, p. 59 sqs. Selon la loi-cadre du 1^{er} mars 1976 et l'arrêté royal du 6 septembre 1993 organisant la profession d'agent immobilier, l'agent immobilier est également soumis au « secret professionnel ». Il ne fait cependant guère de doute que l'on ne se trouve ici qu'en présence d'un devoir de discrétion qui échappe au champ de l'article 458 du Code pénal.

⁵⁷ 26 juin 2003, *La Tribune*, n°12, septembre 2003, p. 15.

⁵⁸ Jean-Pierre BUYLE et Dirk VAN GERVEN développent une thèse originale, que je ne puis approuver. Selon eux, le secret serait attaché à la mission de défense, ce qui justifierait que tout professionnel qui participe à cette mission y soit tenu d'une façon identique et pourrait donc la partager. Ils déduisent ce principe de la directive blanchiment qui fait exception à l'obligation de dénonciation pour tout conseil – et pas seulement les avocats – qui assiste ou représente un justiciable dans une procédure judiciaire ou à l'occasion d'une telle procédure (J.P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.T.*, 2012, p. 327). Mais n'oubliez-ils pas que seuls les avocats sont qualifiés pour ce type de défense ?

⁵⁹ Voyez G. VAN HECKE, « Deux problèmes pratiques de l'exercice en groupe de la profession d'avocat », in *Jura vigilantibus*, 1994, p. 426.

⁶⁰ G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p. 24.

⁶¹ Voyez aussi l'article 7 du décret français du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie des avocats qui, réglant la matière des conflits d'intérêts prévoit qu'un avocat ne peut accepter une cause, notamment, « lorsque le secret professionnel risque d'être violé » et ajoute que ces dispositions sont applicables à tous les avocats membres d'un groupement d'exercice et aux « avocats qui exercent leur profession en mettant en commun des moyens, dès lors qu'il existe un risque de violation du secret professionnel ».

⁶² Le C.C.B.E. a ainsi adopté le 24 juin 2010 une recommandation sur la question de l'*outsourcing* de prestations juridiques. Certains cabinets anglais et américains sous-traitent des consultations juridiques à des juristes (qui n'ont d'ailleurs pas nécessairement la qualité d'avocat) étrangers (le plus souvent des Indiens). Cette pratique pourrait poser de graves problèmes à divers égards, notamment en matière de préservation des conflits d'intérêts mais aussi de secret professionnel. La recommandation se limite à rappeler aux avocats qui ont recours à ce type d'aide extérieure qu'ils doivent s'assurer à cette occasion du respect de l'ensemble de leurs obligations déontologiques et professionnelles.

Voici quelques exemples d'application de cette règle⁶³.

Un avocat est consulté en urgence par l'un de ses clients. Celui-ci vient d'être insulté en public par un des délégués syndicaux de son entreprise. Il lui demande s'il peut, sur cette base, le licencier pour motif grave. Dans le procès qui s'ensuit, le délégué invoque pour sa défense que les injures ont été proférées après le licenciement et non avant celui-ci. L'avocat est alors invité à témoigner par son client sur cet élément de fait qui apparaît déterminant : son client l'a-t-il bien appelé avant de procéder au licenciement ? Le conseil de l'Ordre estimera qu'il n'appartient pas à un avocat, dans de pareilles circonstances, de porter un témoignage en justice. Les échanges entre un avocat et son client sont couverts par le secret professionnel⁶⁴.

De même, le conseil de l'Ordre de Bruxelles estimera qu'il n'appartient pas à un avocat, invité par son client qui désire garder l'anonymat à adresser un témoignage confidentiel à l'un de ses confrères, de se muer ainsi en messenger ou en porte-voix⁶⁵.

Le bâtonnier de Bruxelles a également dû intervenir dans une espèce où une personne, soupçonnée de meurtre, invoquait, à titre d'alibi, sa présence, à l'heure du crime, dans un cabinet d'avocat en compagnie de son comptable. Considérant que la présence dudit client pouvait être attestée par les autres personnes présentes à cette réunion, qui n'était pas couverte pas la confidentialité, le bâtonnier a réservé sa réponse, estimant que le témoignage de l'avocat concerné ne semblait pas indispensable à la preuve du fait contesté⁶⁶.

Enfin, en ma qualité de bâtonnier, j'ai eu à deux reprises à rappeler à des avocats qu'il ne leur appartenait pas de témoigner en justice de confidences que l'un de leurs clients leur aurait faites, en leur qualité d'avocat, au sujet de faits qui, soit leur étaient reprochés, soit étaient reprochés à de tiers.

3. L'OBJET DU SECRET PROFESSIONNEL : LES CONFIDENCES

Qu'est-ce qu'un secret ? Qu'est-ce qu'une confiance ? Pourquoi tenons-nous à la protection du secret ? A quelle valeur essentielle se rattache notre souci de préserver nos secrets ? Ces questions qui touchent presque plus à la philosophie qu'au droit ont été remarquablement traitées dans deux communications récentes par Michel van de KERCHOVE et Paul MARTENS⁶⁷. En vous y renvoyant, nous nous contentons de développements plus prosaïques.

3.1 Le secret professionnel ne porte - c'est une tautologie, mais il est parfois bon de le rappeler car certains voudraient lui donner un objet beaucoup plus large - que sur les informations **de**

⁶³ J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, citent deux autres exemples où le barreau de Bruxelles a adopté une position plus nuancée (« Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 576).

⁶⁴ *Cahiers de déontologie du barreau de Liège*, n°1, octobre 1997, p. 1. Mais *quid* si le client, pour rapporter la preuve qui lui incombe, souhaitait produire un courriel qu'il a adressé à son avocat dans les mêmes circonstances ? La solution pourrait, me semble-t-il, être différente, puisqu'il ne s'agit plus alors de faire témoigner l'avocat mais de produire une lettre qui lui a été adressée. Voyez *infra*, n° 5.9.

⁶⁵ *Tableau*, 21 mai 1997, n° 9, p. 3 ; voyez encore un avis du 2 février 1999, *Lettre du barreau*, 1998-1999, n°3, p. 134.

⁶⁶ *Forum* du barreau de Bruxelles, 2007, n°122, p. 5.

⁶⁷ M. van de KERCHOVE, « Fondements axiologiques du secret professionnel et de ses limites », et P. MARTENS, « La société a-t-elle envie de secret ? », in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, pp. 1 et 271. Voyez aussi J.D. BREDIN, « Transparence et secret : les attentes de la personne humaine », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 2003, p. 27 ; J. LACOUTURE, *Eloge du secret*, Bruxelles, Labor, 2005 ; P. HENRY, « Glasnost : la seconde mort d'Antigone », in *L'avocat et la transparence*, Bruylant, 2006, pp. 9-44.

nature confidentielle : pour quelques cas d'application, voyez Cass., 11 février 1946⁶⁸ (un avocat est condamné pour avoir répercuté aux parents de sa cliente, des faits de caractère scandaleux qui lui étaient imputés par la partie adverse et qu'il tenait donc de celle-ci), Liège 25 juin 1959⁶⁹, et, en matière de secret médical, Cass. 23 mai 1958⁷⁰, Cass. 16 décembre 1992⁷¹, Conseil d'Etat, 22 juillet 1997⁷² (cas du médecin expert), Conseil d'Etat, 26 janvier 2000⁷³ (Le résumé psychiatrique minimum que l'arrêté royal du 25 février 1996 impose aux institutions psychiatriques de communiquer au Ministère de la Santé publique, viole les dispositions protégeant le secret professionnel, quoiqu'il n'exige que la communication de fiches anonymes, parce que les renseignements fournis permettent, par recoupements des informations, d'identifier les patients concernés), Liège, 25 novembre 2008 (des médecins avaient réagi à une conférence de presse effectuée par les parents d'un enfant victime d'un accident médical, en rectifiant un certain nombre d'affirmations qu'ils estimaient erronées. La Cour considère, en tenant compte du fait que leur réaction a été équilibrée et modérée, que dans la mesure où ils évoquaient des faits connus du public - du fait de leur divulgation par les parents - les médecins n'ont pas révélé des faits protégés par le secret professionnel)⁷⁴, Cass., 3 septembre 2014 (« *Le médecin urgentiste qui, après un accident de la circulation, arrive sur les lieux et révèle l'intoxication alcoolique du conducteur à la police ne viole pas le secret professionnel s'il n'a pas procédé à un examen médical du conducteur et que celui-ci ne lui a pas communiqué des informations confidentielles ou confié un secret. Il s'agit de constatations accessibles à tous* »)⁷⁵.

Cléo LECLERCQ cite également, à titre d'exemples d'informations qui ne sont pas couvertes par le secret parce qu'elles ne sont pas de nature confidentielle : les renseignements ouvertement sollicités et obtenus pour le client ; les reconnaissances et réponses reçues de la partie adverse⁷⁶, par exemple dans le cadre de demande fondée sur les textes qui organisent la transparence de l'administration. Il me semble qu'on pourrait y ajouter les éléments révélés par un avocat et/ou son client dans le cadre d'une conférence de presse ou, tout simplement, d'une action judiciaire, comme, par exemple, son nom ou son adresse (voyez ci-après, n° 5.12).

En 2009, la Cour de cassation a tranché une espèce qui touche à cette problématique de la confidentialité des informations reçues. Elle décide que « *lorsque la mesure de mise sur écoute touche exclusivement le téléphone portable d'un prévenu et qu'il ressort de la retranscription de la communication passée entre lui et un cabinet d'avocats que l'entretien a eu lieu avec un préposé, que sa teneur est étrangère aux faits dont il était soupçonné être l'auteur et qu'aucune confiance en relation avec ces faits n'a été livrée à cette occasion, le juge peut légalement décider que le fait de prendre connaissance du nom sous lequel le prévenu se présentait grâce à cette retranscription de la conversation tenue avec le secrétariat d'un cabinet d'avocats afin de prendre un rendez-vous pour son frère, ne constitue pas une violation du secret professionnel* »⁷⁷. Cette décision me laisse un peu perplexe : la circonstance que la communication ait été reçue par une secrétaire me paraît peu relevante, car elle est elle-même tenue au secret (§ 2.4) ; le secret peut porter sur le nom du client, quand celui-ci a intérêt à le tenir confidentiel (§ 5.12) ; le fait que l'on contacte un cabinet d'avocat pour compte d'un tiers ne prive pas nécessairement la communication de sa confidentialité puisque le secret porte sur tout ce que l'avocat apprend du fait de l'exercice de sa profession, même si l'information ne provient pas d'un client. Il n'empêche que, dans ce cas, dont on ne

⁶⁸ *Pas.*, I, 66.

⁶⁹ *Pas.*, II, 108 ; *J.T.*, p. 45.

⁷⁰ *Pas.*, I, 1180 ; *J.T.*, p. 597 ; *R.D.P.*, 1957 - 1958, p. 1020.

⁷¹ *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 25.

⁷² n° 67.451, *A.P.M.*, 1997, p. 124

⁷³ *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 285, et obs. S. CALLENS « Minimale psychiatische gegevens en privacybescherming ».

⁷⁴ Liège, 8^e ch., 25 novembre 2008, *Rev. Dr. Santé*, 2010-2011, p. 276.

⁷⁵ Cass., 3 septembre 2014, *Rev. Dr. Santé*, 2015-2016, p. 231 et obs. A. DIERICKX, « Hoe geheim moet een geheim zijn om beschermd te worden door artikel 458 Sw. ? ».

⁷⁶ C. LECLERCQ, *Devoirs et prérogatives de l'avocat*, Bruylant, 1999, p. 155. Voyez aussi D. KIGANAHE, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁷ Cass., 14 octobre 2009, *Pas.*, 2010, I, 2268.

connaît malheureusement pas les détails, c'est parce que la Cour a estimé que l'information n'était pas confidentielle, qu'elle a considéré qu'elle n'était pas couverte par le secret.

Il importe cependant peu que les informations de nature confidentielle aient été portées à sa connaissance par son client ou par des tiers, comme l'avocat de la partie adverse ou celle-ci même, voire par une personne consultée dans le cadre de l'exercice de son ministère (un expert, un notaire, etc.). De même, il importe peu que le secret protège son client ou un tiers. Le secret couvre toutes les informations de nature confidentielle qu'il a reçues dans le cadre de l'exercice de sa profession⁷⁸.

On ajoutera encore qu'une information peut rester (ou redevenir) confidentielle quoiqu'elle ait déjà reçu certaines formes de publicité⁷⁹. Ainsi, il n'appartient pas à un avocat de révéler les condamnations dont son client a fait l'objet, même si elles ont été prononcées en audience publique et ont fait l'objet d'une certaine couverture médiatique. Il en va de même des renseignements qu'il reçoit, même à titre officiel, dans le cadre du traitement d'un dossier⁸⁰.

En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le fait qu'une information ait reçu, même de façon infractionnelle, une large publicité, pouvait lui faire perdre son caractère confidentiel, en tout cas suffisamment pour que le secret doive céder le pas au principe de la liberté de la presse⁸¹.

3.2 Quelle est l'**incidence de l'autorisation de parler**, en révélant le secret, **donnée par le client** à l'avocat ? Cette question est des plus disputées, spécialement dans d'autres domaines (la matière du secret médical, en particulier).

Le secret ne doit pas être détourné de ses fins. Il ne peut donc être invoqué par l'avocat contre les intérêts de son client.

Une prudence particulière s'impose en raison de la considération suivante : si l'avocat parle chaque fois que son client l'y invite, on induira nécessairement une tendance chez les adversaires à exiger du client qu'il délie l'avocat de son secret⁸².

⁷⁸ K. WAUTERS, *L'autorité publique et l'avocat : conflit ou convergence* d'intérêt, actes du colloque du Jeune barreau de Bruxelles, 2010 ; Voyez aussi L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 34, qui distinguent selon que les informations ont été transmises à l'avocat par son client ou à propos de son client (elles seraient alors confidentielles par nature) ou par un tiers à propos d'un tiers (elles ne seraient alors couvertes par le secret que si elles ont été communiquées à titre de confidences, destinées à rester secrètes). J'hésite à être aussi systématique. Les informations transmises par le client ou à propos du client ne sont couvertes par le secret que si elles sont de nature confidentielle. Le droit canadien est, sur ce point, plus laxiste. Les juges y vérifient si l'information donnée par le client de l'avocat l'a bien été sous le sceau de la confiance, avec l'assurance qu'elle ne serait pas divulguée. L'obligation au secret n'y existe qu'à partir de ce moment (I. BALASSOUPRAMANIANE, « Le secret professionnel », *Le journal du barreau*, Québec, 15 février 2000, p. 16).

⁷⁹ Confirmer une simple rumeur, en transformant ainsi en certitude un fait qui restait controversé, peut constituer une violation du secret professionnel (Corr. Courtaix, 6 novembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 634. La question touche au droit à l'oubli, récemment consacré par la Cour de justice de l'Union européenne : arrêt du 13 mai 2014, *Google Spain*, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1183 et obs. J.F. HENROTTE et A. CASSART, « Arrêt Google Spain : la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli ».

⁸⁰ J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 566.

⁸¹ Cour eur. D. H., 18 mai 2004, *Plon*. Il s'agit du litige entraîné par la publication de l'ouvrage *Le grand secret*, par lequel le docteur Gubler, médecin de François Mitterrand révélait la maladie qui l'avait emporté et nombre de ses détails. Après que la condamnation en référé avait été justifiée sur le pied de l'article 8 de la Convention, la condamnation au fond ne fut pas admise : « Il ne s'agit certes pas pour la Cour de considérer que les exigences du débat historique peuvent délier un médecin du **secret médical**, qui, en droit français, **est général et absolu**... Mais, à partir du moment où celui-ci a été enfreint, ..., le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression... À ce moment-là, les informations qu'il (le livre) contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité ».

⁸² L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 43.

C'est donc, à chaque fois, en son âme et conscience qu'il appartiendra à l'avocat d'apprécier si, invité à témoigner en justice d'éléments couverts par le secret professionnel, comment il lui appartient de répondre à cette invitation⁸³.

3.3 Un des corollaires qui découlent de ces principes est la règle suivant laquelle, en principe, **un avocat ne peut utiliser dans un dossier une information confidentielle qu'il a reçue à l'occasion de la défense d'un autre client**.

Même s'il paraît difficile, sur cette question, de formuler une règle générale⁸⁴, on peut cependant avancer les éléments de solution qui suivent.

Rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'un avocat – ou un de ses associés ou collaborateurs – utilise, au bénéfice d'un client, le produit d'une recherche qu'il a déjà effectuée pour un autre. Il peut, de même, faire usage, dans ce cadre, de conclusions ou de consultations qu'il a déjà émises, mais il ne pourra, à cette occasion, divulguer aucun des éléments de fait propres à la première espèce. De même, s'il peut utiliser, et donc produire, au profit d'un nouveau client un jugement qu'il a obtenu au profit d'un client précédent, il devra veiller à occulter les éléments qui permettraient d'identifier les parties à la première espèce.

Mais, en règle, il ne peut utiliser dans un dossier une pièce ou une information qu'il a reçue dans un dossier qu'il traite pour un autre client. Cependant, cette règle n'est pas nécessairement absolue. Rien n'empêche deux clients d'un même avocat d'entrer en contact et de s'échanger les informations qu'ils détiennent (l'exemple type de cette situation est celui des deux conjoints trompés qui se communiquent le constat d'adultère qui établit l'infidélité de leurs époux respectifs). On ne voit donc pas pourquoi on devrait interdire cet échange d'information au seul motif que les deux clients ont fait choix d'un même avocat.

Mais peut-on admettre que ce soit l'avocat qui prenne l'initiative de la mise en contact des clients ? Cela me paraît difficile, sauf cas exceptionnel, à trancher au cas par cas par le bâtonnier, en fonction des données concrètes de l'espèce, mais toujours avec la plus extrême prudence.

La commission de déontologie du barreau de Liège n'a pas voulu trancher ces questions de façon générale, estimant que la solution dépendait essentiellement des données concrètes de chaque espèce. Mais il faut en tout cas poser comme règles que (1) l'accord du client qui détient l'information de base est toujours requis, (2) ce transfert ne paraît pas pouvoir être opéré lorsque les informations ont été reçues directement de la partie adverse, (3) l'autorisation du bâtonnier doit être sollicitée pour effectuer pareil transfert, celui-ci appréciant selon les circonstances de l'espèce⁸⁵, en s'inspirant, notamment, du principe de loyauté⁸⁶. On se peut également se référer utilement, sur ces questions, aux exemples cités par Marc WAGEMANS, dans son recueil⁸⁷.

⁸³ J.P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.T.*, 2012, p. 327.

⁸⁴ Voici comment la question est réglée à Bruxelles : « En règle, la communication par un avocat à un client d'informations qu'il détient dans le cadre d'un dossier qu'il gère pour un autre client, ne peut se faire en vertu du secret professionnel. Dans des cas d'espèce soumis au chef de l'Ordre, celui-ci peut estimer que l'administration d'une bonne justice justifie l'autorisation donnée à l'avocat, avec l'accord d'un de ses clients, de communiquer une information à un autre de ses clients. L'accord du client ne permet pas, à lui seul, de donner ces informations » (M. WAGEMANS, *Recueil des règles professionnelles du barreau de Bruxelles*, 2004, n° 215).

⁸⁵ Comp. M. WAGEMANS, *Recueil des règles professionnelles*, 2005, n° 215. *Contra*, mais à tort selon moi (et J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, *op.cit.*, p. 566, note 5), L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. U.L.B.*, 2000, p. 34.

⁸⁶ Jean CRUYPLANTS et Marc WAGEMANS rapportent une espèce qui illustre bien cette nécessaire application du principe de loyauté, dans un cas où les principes se posaient de façon un peu différente. Le Conseil de l'Ordre de Bruxelles a refusé la production en justice d'un dossier disciplinaire médical qu'un gendre avait remis quelques années plus tôt à son beau-père pour solliciter de lui des conseils pour assurer sa défense et que celui-ci souhaitait utiliser dans le cadre d'un litige qui les opposait (« Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 578).

Dans le même ordre d'idées, on admettra qu'un avocat qui, par sa présence à une audience à huis-clos apprend des informations susceptibles d'être utiles à la défense d'un de ses clients, ne pourra en faire usage. La solution peut être différente s'il s'agit d'une audience publique, même si la publicité organisée par la Constitution n'a pour but de permettre au public de prendre connaissance de toutes les données d'une affaire. Mais, par exemple, il me semble que rien n'interdit à un avocat, qui apprend fortuitement à une audience que le débiteur d'un de ses clients bénéficie d'une créance contre un tiers, d'utiliser cette information pour pratiquer saisie-arrêt entre les mains de ce tiers. En revanche, il n'appartient évidemment pas à l'avocat de ce débiteur de répondre à une interpellation du conseil du créancier qui lui demanderait qui est le tiers (ou la compagnie d'assurances de ce tiers) qui vient ainsi d'être condamné, pour lui permettre de pratiquer plus facilement cette saisie.

Jean CRUYPLANTS et Marc WAGEMANS sont plus réservés sur cette question. Ils admettent qu'un avocat fasse usage des informations qu'il a recueillies lors d'une audience publique s'il a été spécialement mandaté par son client pour y assister en vue de recueillir des renseignements, mais se demandent si, en dehors de ce cas, et spécialement dans les matières pénales ou familiales, un avocat peut ainsi être autorisé à faire usage des informations qu'il apprend au hasard de sa fréquentation de Palais⁸⁸.

3.4 L'article 458 du Code pénal réserve expressément le **témoignage en justice**⁸⁹. Le principe se résume par la formule suivante. **L'avocat est obligé au silence sauf en justice. Il a droit au silence même en justice.**

En justice, l'avocat est donc délié de son obligation au secret professionnel, il parle selon sa conscience, mais ne peut de toute façon utiliser le secret que pour servir son client, pas pour servir un tiers (pour protéger un confrère par exemple).

L'article 458 du Code pénal excepte cependant du droit au secret les cas où la loi oblige le détenteur du secret « à le faire connaître ». A priori, cette disposition ne concerne pas les avocats, mais uniquement les titulaires de professions médicales (obligation de signaler certaines maladies contagieuses ou de dénoncer les signes de maltraitements subies par des enfants). Le tribunal civil de Charleroi semble cependant s'être fondé sur cette exception pour autoriser l'avocat d'une personne inapte à déposer une requête en vue de la désignation d'un administrateur provisoire⁹⁰. Ce fondement me semble critiquable. Il m'eût semblé plus logique de se fonder sur l'état de nécessité ou sur la théorie du conflit des valeurs.

Les Ordres peuvent-ils réglementer le droit au silence et ainsi imposer aux avocats une obligation de se taire, même en justice ? La question est extrêmement discutée (en témoignent deux sentences contradictoires du Conseil de l'Ordre des avocats de Bruxelles des 19 février 1902 et 4 juillet 1933). On renverra sur ce point aux fines observations d'Yvon HANNEQUART⁹¹. Selon lui, les Ordres ne pourraient certainement pas imposer une obligation de se taire là où la loi prévoit la faculté de parler mais il est légitime qu'ils imposent à leurs membres une prudence toute particulière dans tous les cas où l'état de nécessité ne leur commande pas de parler (voyez ci-après, n 5.5.)⁹².

⁸⁷ M. WAGEMANS, *Recueil des règles professionnelles du barreau de Bruxelles*, 2004, n° 215.

⁸⁸ J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 567. Voyez aussi M. WAGEMANS, *Recueil des règles professionnelles*, 2005, n° 215-2.

⁸⁹ Voyez sur cette question, D. KIGANAHE, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁰ Civ. Charleroi, 27 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 579.

⁹¹ obs. sous Cass. 13 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165 et suivantes, spécialement p. 1173 ; voyez aussi P. LEGROS, « Les conséquences disciplinaires de la révélation du secret par l'avocat appelé à témoigner en justice », in *Mélanges offerts à Robert LEGROS*, U.L.B., 1985, p. 351 ; L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 45.

⁹² J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS sont moins formels. Ils estiment que la déontologie peut contraindre un professionnel à exercer l'option que la loi lui ouvre dans un sens déterminé (« Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 572). Si par « déontologie », ils entendent la conscience qu'en a

Certains prétendent, au contraire, que l'avocat abuserait de son droit au silence s'il refusait, sans raison valable, de révéler des faits couverts par le secret professionnel, alors qu'il y va de l'intérêt majeur de son client et que celui-ci l'invite expressément à parler⁹³.

3.5 Au-delà du secret professionnel (c'est-à-dire au-delà du domaine de la confiance nécessaire), l'obligation au secret cesse. L'avocat n'en est pas pour autant autorisé à révéler tout ce qu'il a appris à l'occasion de l'exercice de son ministère. Il reste tenu d'une **obligation déontologique de discrétion et de délicatesse**⁹⁴.

4. PORTÉE ET MANIEMENT DU SECRET PROFESSIONNEL

Récemment⁹⁵, Philippe HALLET a mis à nouveau en évidence le caractère paradoxal du secret professionnel. C'est en effet sur la base des confidences qu'il reçoit dans le secret de son cabinet que l'avocat élabore la ligne de défense de son client. C'est sur la base de ces éléments qu'il rédigera ses conclusions et élaborera ses plaidoiries. L'avocat joue ainsi, en quelque sorte, un rôle de filtre : « *il n'est astreint au secret professionnel que pour ce qu'il décide de conserver par devers lui ... parmi tout ce que lui a confié son client* »⁹⁶.

L'avocat est donc en droit d'utiliser les informations confidentielles qu'il reçoit de son client, tout en étant attentif à n'agir qu'en accord avec celui-ci. Il n'en demeure pas moins qu'en dehors de cet usage des informations confidentielles qu'il a reçues, l'avocat reste totalement tenu au secret⁹⁷.

Ces considérations mettent bien en évidence le caractère subjectif de la notion de confiance. C'est parce que le client, éclairé et conseillé par son avocat, décide de conserver une information confidentielle que celle-ci est couverte par le secret.

l'avocat, je partage leur opinion. Si, au contraire, ils entendent les autorités ordinales, je pense qu'ils expriment alors une opinion qui viole les rapports entre déontologie et droit étatique, les autorités tenant leurs pouvoirs de la loi et n'ayant pas la possibilité d'adopter des dispositions qui y seraient contraires (voyez sur cette question, P. HENRY, « La déontologie contre le droit ? », in *Cahiers de déontologie*, Barreaux de Liège et Verviers, 2004, p. 7). L'affaire FORTIS a démontré que certains bâtonniers ne partageaient pas ma conception...

⁹³ L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 47 ; comp. P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 70-74.

⁹⁴ A. BRAUN et F. MOREAU, *La profession d'avocat*, Bruxelles, Bruylant, p. 142, n° 525. Pour deux exemples récents de ces principes, voyez Conseil de discipline des barreaux francophones du ressort de la Cour d'appel de Bruxelles, 7 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 228 (condamnation d'un avocat qui avait incité un de ses clients policier à violer son propre secret professionnel pour lui procurer des renseignements provenant d'une base de données) et Conseil de discipline des barreaux francophones du ressort de la Cour d'appel de Bruxelles, 12 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1379 (condamnation d'un avocat qui avait communiqué à un de ses clients ses codes d'accès à l'extranet d'AVOCATS.BE pour lui permettre d'avoir directement accès au Registre national).

⁹⁵ "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique", in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, p. 75.

⁹⁶ Chr. RAOULT, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁷ Voyez également sur cette question, A. DAMIEN, *Le secret nécessaire*, p. 46 et 47 ; E. GARCON, *Code pénal annoté*, par ROUSSELET, PATIN et ANCEL, Paris, Sirey, 1952, n°224, p. 552 ; L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. U.L.B.*, 2000, p. 36 ; J. STEVENS, *op. cit.*, p. 612 ; R. RASIR et P. HENRY, *La procédure de première instance dans le Code judiciaire*, Larcier, 1978, p. 132 ; J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 567. L'avocat agira avec prudence. Il engagerait sa responsabilité s'il se croyait trop rapidement délié du secret professionnel : Cass., 4 avril 1974, *Pas.*, I, 81.

Une récente affaire, qui a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, vient de mettre en évidence un autre aspect de cette question.

Une avocate française, Maître Mor, avait été invitée par des journalistes à commenter des déclarations de la partie adverse au sujet d'un rapport d'expertise déposé dans le cadre d'une instruction pénale, dès lors couvert par le secret de l'instruction. Il était manifeste que la presse était déjà en possession de ce rapport, qui avait été commenté (et déformé ?) par la partie adverse. Elle fut poursuivie et condamnée, à une peine symbolique, par les juridictions françaises pour violation du secret professionnel. Saisie de son recours, la Cour de Strasbourg condamne la France.

« *La défense de ses clients pouvait se poursuivre avec une intervention dans la presse dans les circonstances de l'espèce, dès lors que l'affaire suscitait l'intérêt des médias et du public* », énonce la Cour. C'est ainsi reconnaître que le périmètre de la mission de défense de l'avocat excède les Palais de justice et qu'il est justifié, en dehors du prétoire comme au-dedans à y exercer sa mission, au besoin en révélant certains des secrets qui lui sont confiés⁹⁸.

5. EXCEPTIONS ET DIFFICULTÉS PARTICULIÈRES

5.1 LES PROCÉDURES DISCIPLINAIRES

Jusqu'il y a peu, il était admis que, devant les juridictions disciplinaires, **le droit au silence n'existait pas**, ce qui impliquait que celui qui comparait devant ces juridictions ne pouvait invoquer le secret professionnel⁹⁹. Le principe avait été consacré par des arrêts de la Cour de cassation des 3 juin 1976 et 12 mai 1977¹⁰⁰.

Il était cependant clair que l'on ne pouvait révéler à la juridiction disciplinaire que ce qui était strictement nécessaire à l'apparition de la vérité et à la réponse aux questions posées.

Cette exception à l'obligation au secret professionnel n'était pas sans contrepartie : les autorités disciplinaires sont elles-mêmes garantes du secret professionnel et y sont tenues¹⁰¹. Ainsi, le Procureur général qui, à l'occasion d'une audience disciplinaire, apprendrait qu'une infraction a été commise par la révélation d'un élément qui était couvert par le secret professionnel, ne pourrait s'en

⁹⁸ Cour Eur. D.H., 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 64 et obs. P. et J. HENRY, « Secret professionnel, liberté d'expression et périmètre de la profession ». Voyez aussi Cour Eur. D.H., 23 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 969. Pour un commentaire plus global de ces principes, voyez J.P. BUYLE et P. HENRY, « Dans le prétoire, sur les marches du prétoire, hors du prétoire : la liberté d'expression de l'avocat », *R.C.J.B.*, 2017, p. 5.

⁹⁹ LOUVEAUX, *Ordres et instituts professionnels, R.P.D.B.*, Complément, t. VI, n° 99 ; LAMBERT, *op. cit.*, p. 69 et suivantes ; Ph. HALLET, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, p. 77.

¹⁰⁰ Cass, 3 juin 1976, *J.T.*, 1976, p. 644, *Pas.*, I, 1070 et les concl. du procureur général DELANGE ; Cass., 12 mai 1977, *J. T.*, 1977, p. 708, *Pas.*, 1977, I, 708, et les concl. du procureur général DELANGE ; *adde* Cass. 15 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 47 ; voyez déjà Conseil de discipline d'appel, Bruxelles, 26 août 1976, *J.T.*, 1977, p. 100 et note L. GOFFIN ; voyez aussi Cass., 2 novembre 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 924. Sur ce point, J. van COMPERNOLLE, *L'évolution de la fonction de juger dans les Ordres professionnels*, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1983, p. 407 ; J. du JARDIN, « Le contrôle de légalité exercé par la cour de cassation sur la justice disciplinaire au sein des Ordres professionnels », *J.T.*, 2000, p. 625.

¹⁰¹ Cass. 3 juin 1976, *J.T.*, 1976, p. 644, *Pas.*, I, 1070, avec les conclusions du Procureur général DELANGE ; Cass., 29 mai 1986, n° 609 ; Cass., 18 février 1994, n° 82 ; Cass., 19 décembre 1994, n° 560. Les parties à une instance disciplinaire sont-elles, elles aussi, tenues par ce secret ? Le Conseil national de l'Ordre des médecins vient de se prononcer sur cette question, en y répondant par la négative. Il a considéré que les pièces de la procédure disciplinaire, si elles n'étaient pas couvertes par le secret médical, pouvaient être librement utilisées par le médecin poursuivi et a dès lors estimé que celui-ci n'avait pas commis de faute en joignant à une plainte pour calomnie la plainte que son patient avait adressée au Conseil de l'Ordre (avis du 25 février 2002, *Rev. Dr. Santé*, 2003-2004, p. 53). Cette solution n'est pourtant pas évidente. A l'heure actuelle, alors que la partie plaignante n'a pas accès à la procédure disciplinaire, elle pose un sérieux problème d'égalité des armes.

emparer dans le cadre de poursuites pénales, estimait-on. De même, on admettait que si le prévenu était amené, dans le cadre de l'instruction de l'affaire à l'audience, révéler un secret, le huis clos devait être ordonné.

Cette conception traditionnelle vient d'être renversée.

Une sentence du Conseil de l'Ordre des médecins de la province de Liège l'avait déjà estimée contraire à la présomption d'innocence¹⁰². A sa suite, les partisans des deux thèses s'étaient affrontés. Certains, fidèles à la conception traditionnelle, faisaient observer que l'exercice de l'action disciplinaire deviendrait impossible si l'on abolissait le devoir de sincérité des professionnels vis-à-vis de leurs Ordres¹⁰³. D'autres qu'il ne peut y avoir de demi-mesure ou, plutôt, de demi-transparence. Le droit au silence existe ou non. Ou la procédure disciplinaire reste complètement secrète et le devoir de sincérité peut garder une justification ; ou elle s'ouvre quelque peu, et il faut alors reconnaître au prévenu les garanties habituellement accordées à tout qui doit se défendre contre une accusation portée contre lui¹⁰⁴.

C'est cette seconde thèse qui vient d'être consacrée par la Cour de cassation, dans un « glorieux revirement de jurisprudence »¹⁰⁵.

Au-delà, on admet que les correspondances échangées entre un avocat et son bâtonnier pour tout ce qui touche à l'exercice de la profession, sont couvertes par le secret professionnel¹⁰⁶.

5.2 TÉMOIGNAGE EN JUSTICE ET PRODUCTION DE DOCUMENTS

Les articles 80, 157, 158, 189 et 355 du Code d'instruction criminelle, pour la matière pénale, et 926 du Code judiciaire, pour la matière civile, contiennent le principe : en justice, tant civile que pénale, le témoignage est obligatoire sauf les exceptions prévues par la loi. L'article 928 du Code judiciaire précise que le respect du secret professionnel compte au rang de ces motifs légitimes. Il n'a pas d'équivalent en matière pénale, mais la solution y est traditionnelle. Cependant le secret professionnel n'est considéré que comme un motif qui autorise le détenteur du secret à se taire, sans l'y obliger. Il peut parler, mais il n'y est pas contraint. Il apprécie en conscience.

¹⁰² Conseil de l'Ordre des médecins de la province de Liège, 27 avril 2000, *Jour. Proc.*, 2002, n° 434, p. 26 et obs. J.M. DERMAGNE.

¹⁰³ Voyez, notamment, P. LEGROS, « Le secret professionnel et l'obligation de loyauté envers les autorités disciplinaires : essai sur l'autonomie de l'obligation déontologique », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 967 ; J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 568 ; P. LAMBERT, *Le secret professionnel, op. cit.*, p. 86-91.

¹⁰⁴ Voyez, outre la note précitée de Jean-Marie DERMAGNE, S. BOONEN-MOREAU, « Le droit disciplinaire de l'Ordre des médecins vétérinaires », in *Le droit disciplinaire des Ordres professionnels*, Larcier, Formation permanente CUP, 2004, vol. 74, p. 151-153. L. GOFFIN défendait déjà cette thèse en 1977 (*J.T.*, 1977, p. 100) et en 1984 (« L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire ? », *Ann. Dr. Louvain*, 1984, p. 365).

¹⁰⁵ Cass., 25 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 340 et obs. J. VERBIST et B. VANLERBERGHE, « Le droit de l'avocat de se taire en matière disciplinaire enfin reconnu par la Cour de cassation ». Voyez déjà J. VERBIST et B. VANLERBERGHE, « Het zwijgrecht van de advocaat in tuchtzaken », *Liber amicorum Jo Stevens*, 2011, p. 651. Marc WAGEMANS fait la synthèse de ces questions dans une remarquable étude, « Le droit de l'avocat de se taire en matière disciplinaire : la messe est-elle dite ? », in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruylant, 2013, pp. 767-786.

¹⁰⁶ J.P. BUYLE, « Les communications entre l'avocat et le bâtonnier sont couvertes par le secret professionnel », in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruylant, 2013, pp. 537-548. Ce principe a été ébréché par un arrêt de la Cour de cassation de France qui me paraît peu transposable dans notre droit et, d'ailleurs, très critiquable : Cass. Fr., 22 septembre 2011, *Gaz. Pal.*, 23-25 octobre 2011, D.2778 et note F.X. MATTEOLI. La Cour de cassation est revenue à une solution plus orthodoxe dans le cadre de l'affaire des écoutes de Maître Herzog, le conseil de Nicolas Sarkozy, et, notamment, des conversations qu'il avait eues avec son bâtonnier, Maître P.O. Sur (voyez *infra*, 5.9, et notamment J.P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1027).

C'est ici que la polémique sur le caractère absolu ou relatif du secret professionnel prend toute son importance. L'avocat, invité à parler par son client, peut-il, malgré tout, se retrancher derrière son droit au silence, au nom de sa vision personnelle des devoirs de sa profession ? Les Ordres peuvent-ils, à cet égard lui donner des directives ? N'est-il pas opportun de se taire le plus souvent possible, pour éviter qu'un futur silence soit nécessairement interprété en défaveur d'un autre client ? L'avocat qui se tait, causant ainsi un préjudice à son client, qui sera peut-être dans l'impossibilité, en raison de ce silence, de rapporter la preuve qui lui incombe, se rend-il coupable d'un abus de droit, qui pourrait engager sa responsabilité professionnelle ?

On voit le caractère délicat de ces interrogations. A partir du moment où le caractère absolu du secret s'efface au profit de la règle du conflit des valeurs, tout devient nécessairement question de conscience personnelle et d'appréciation. On ne peut donc que conseiller la plus grande prudence à cet égard.

Il est en tout cas certain qu'il appartient au juge d'apprécier si, d'après les éléments de preuve recueillis, le silence gardé par un témoin appelé à déposer en justice n'est pas détourné de son but et est bien justifié par le caractère secret des faits à propos desquels il est invoqué¹⁰⁷. Le tribunal peut ainsi demander au témoin d'expliquer les circonstances dans lesquelles le secret est venu à sa connaissance afin qu'il puisse vérifier si les conditions de droit et de fait requises pour se retrancher derrière le secret professionnel sont réunies. Notamment, le juge vérifiera si les informations sur lesquelles porte l'interrogatoire sont bien de nature confidentielle. Il vérifiera également si les informations reçues sont en relation avec l'activité professionnelle de l'avocat, puisque le secret ne couvre que les informations reçues dans le cadre de cette activité.

Il paraît opportun de rappeler que ce n'est que lorsqu'il est appelé à témoigner « en justice », c'est à dire devant un juge, qu'il s'agisse du juge du fond ou d'un juge d'instruction, que l'avocat est ainsi autorisé à révéler des secrets. L'exception ne s'applique pas lorsque l'avocat est entendu par des policiers dans le cadre d'une enquête pénale. Telle est d'ailleurs la raison principale pour laquelle d'aucuns souhaitent que, lorsqu'ils doivent être entendus dans le cadre d'une enquête pénale au sujet de faits qui ont trait à l'exercice de leur profession, les avocats le soient nécessairement par un magistrat (un substitut du Procureur du Roi dans le cadre d'une information, un juge d'instruction dans le cadre d'une instruction) et non par des policiers. Tel est – ou, en tout cas, était – d'ailleurs l'usage. Le barreau de Bruxelles considère ainsi qu'il est du devoir de l'avocat qu'un policier se proposerait d'entendre, de lui rappeler cet usage, qui trouve d'ailleurs son fondement dans une lettre du Procureur général¹⁰⁸.

Comme cela a été précisé ci-dessus, le fait qu'un avocat soit ainsi interrogé par un magistrat ne l'oblige nullement à révéler les confidences qui lui ont été confiées. Au contraire, il se fera guider par sa conscience, et principalement par la volonté de et l'intérêt de son client.

Les mêmes principes sont applicables, *mutatis mutandis*, en matière de production de documents¹⁰⁹. S'y pose en plus la question de savoir si un bâtonnier, faisant usage de son pouvoir d'injonction, pourrait interdire à un avocat la production d'une correspondance en violation du secret professionnel. La Commission européenne des droits de l'homme l'a admis dans une affaire *Spandre*, ci-

¹⁰⁷ jurisprudence constante de la Cour de cassation : voyez, par exemple, Cass. 30 octobre 1978, *J. T.*, 1979, p. 369 ; voyez également R. LEGROS, « Considérations sur le secret médical », *R.D.P.C.*, 1957-1958, p. 868.

¹⁰⁸ Voyez M. WAGEMANS, *Recueil des règles professionnelles*, éd. 2002, n°432, p. 385. Le règle est générale et vaut pour toutes les professions astreintes au secret professionnel (L. NOUWYNCK et P. RANS, « Secret professionnel, protection de la vie privée et communication d'informations entre acteurs de la protection de la jeunesse », in *Actualités en droit de la jeunesse*, Formation permanente CUP, vol. 81, p. 209). Pour un cas d'application, voyez Liège (ch. Mises acc.), 10 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1419. Des auditions de notaires et avocat effectuées en violation du secret professionnel sont écartées des poursuites, sans cependant que ce retrait entraîne la nullité des poursuites car il ne s'agissait pas de pièces indispensables à l'établissement de la vérité.

¹⁰⁹ art. 870, 871 et 877 du Code judiciaire. Pour plus de détails, voyez J.P. BUYLE, « La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité », *R.D.C.*, 2013, p. 1078 ; P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 78 à 85 ; R. RASIR et P. HENRY, *La procédure de première instance dans le Code judiciaire*, Larcier, 1978, p. 130 à 139.

avant citée¹¹⁰. Cette solution paraît conforme aux principes généraux et aux contours du pouvoir d'injonction du bâtonnier, tels qu'ils sont définis par l'article 473 du Code judiciaire¹¹¹.

5.3 SAISIE-ARRET EN MAINS D'UN AVOCAT

L'avocat entre les mains duquel une saisie-arrêt est pratiquée peut-il se retrancher derrière le secret professionnel pour lui refuser tout effet ? La question a également fait couler beaucoup d'encre¹¹².

Elle est aujourd'hui régie par le Code de déontologie d'AVOCATS.BE¹¹³. A la réception d'un acte de saisie-arrêt ou de contrainte, l'avocat saisi prend, le cas échéant (c'est-à-dire en cas de doute), l'avis de son bâtonnier et apprécie si la détention des sommes et effets est ou non couverte par le secret professionnel.

Dans l'affirmative, l'avocat invoque le secret professionnel dans sa **déclaration de tiers saisi**.

Il ne peut cependant se dessaisir des sommes ou effets qui font l'objet de la saisie ou de la contrainte, si ce n'est après la mainlevée de celle-ci.

Le nouveau règlement ajoute une obligation complémentaire, qui n'était pas contenue dans le règlement antérieur de l'Ordre national. L'avocat qui détient des sommes pour compte de son client et est avisé qu'un créancier d'un tiers a pratiqué saisie-arrêt en mains de ce client, doit inviter celui-ci à inclure ces sommes dans sa déclaration de tiers saisi et transmettre ces sommes, à défaut d'accord entre les parties, à qui justice dira. Dans l'hypothèse où le client refuserait de se plier à cette injonction, il me semble indispensable que l'avocat se déporte de la défense de ce client et lui renvoie les fonds en attirant son attention sur la responsabilité qu'il encourrait en ne remplissant pas correctement sa déclaration de tiers saisi.

5.4 DÉFENSE DANS LE CADRE D'UNE ACTION INTENTÉE PAR LE CLIENT

Lorsque sa responsabilité est mise en cause¹¹⁴, l'avocat peut se défendre contre son client en utilisant des informations confidentielles dans la **mesure nécessaire à sa défense**^{115/116}. Il en est

¹¹⁰ Comm. Eur. D. H., 30 août 1993, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-25436>. Pour une autre hypothèse, qui n'a donné lieu qu'à une décision d'irrecevabilité pour défaut d'épuisement des voies de recours internes, voyez P. HENRY et M. MERSCH, « Changez / Verander ! La confidentialité des correspondances entre avocats : un privilège important mais mal compris et, dès lors, mal réglementé », in *Liber amicorum Jo Stevens*, Bruges, Die Keure, 2011, pp. 337-352.

¹¹¹ Voyez G.A. DAL, « Du pouvoir d'injonction général du bâtonnier (ou les mesures conservatoires de l'article 473 du Code judiciaire) », in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruylant, 2013, pp. 549-558.

¹¹² Voyez Civ. Liège (saisies), 6 mai 1981, avec obs. G. de LEVAL et R. RASIR, *J.L.*, 1981, p. 381; Civ. Brux. (saisies), 14 février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 423 ; A.-M. STRANART, "La saisie-arrêt en mains d'un avocat", *J.T.*, 1985, p. 693 ; P. LAMBERT, *Le secret professionnel, op. cit.*, p. 221.

¹¹³ Règlement d'AVOCATS.BE du 15 mars 2004, *La Tribune*, n° 16, juin 2004, p. 10 : articles 4.65 à 4.67 du Code de déontologie. Voyez aussi le règlement antérieur de l'Ordre national des avocats, *Bull. des avocats de Liège*, juin 1992, p. 26 et *Tradition*, p. ON 26.

¹¹⁴ Inversement, un avocat sera évidemment sanctionné s'il révèle des informations confidentielles concernant un des clients ou anciens clients que dans le but de lui porter préjudice. Pour un cas d'application, voyez Conseil de discipline des barreaux francophones du ressort de la Cour d'appel de Bruxelles, 12 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1379.

¹¹⁵ Voyez P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 132 et suivantes ; L. GOFFIN, "L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire ?", *Annales de Louvain*, 1984, p. 355 et suivantes, spéc. p. 373 ; P. DEPUYDT, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice*, Gand, Story Scientia, 1984, p. 159 ; pour un cas d'espèce, voyez Civ. Termonde, 4 novembre 1999, inédit, frappé d'appel, cité par L. DE CAEVEL et P.

de même en cas de contestation de ses honoraires¹¹⁷. Dans ces deux cas, la solution se justifie par le fait que les informations confidentielles ne sortiront pas de la relation avocat-client. En matière de contestation d'honoraires, le Code judiciaire prévoit d'ailleurs que l'affaire peut être traitée en chambre du conseil quand les nécessités de la protection d'un secret l'exigera (article 59, § 3, modifié par la loi du 19 novembre 1992). Ces principes ne peuvent cependant justifier que l'avocat utilise des informations confidentielles reçues de son client pour déposer plainte contre celui-ci¹¹⁸.

Pareillement, l'avocat qui fournit des renseignements à l'**assureur de sa responsabilité professionnelle** ne viole pas le secret professionnel pour autant qu'il ne révèle que ce qui est strictement nécessaire à la défense de ses intérêts¹¹⁹.

En cas de doute, le bâtonnier sera consulté¹²⁰.

Inversement, le secret professionnel ne peut être invoqué par un avocat pour se soustraire aux poursuites que voudraient engager contre lui ses anciens clients ou leurs héritiers¹²¹.

Plus délicate est la question lorsque des poursuites sont engagées contre un avocat, non par son client, mais par un tiers, qui lui reproche le comportement qu'il a adopté à l'occasion d'un litige¹²². Comment l'avocat peut-il alors se défendre, sinon en invoquant des éléments tirés de la relation confidentielle qu'il avait avec son propre client ? Sur ce point, Jean CRUYPLANTS et Marc WAGEMANS estiment qu'à défaut pour l'avocat de pouvoir produire ces éléments, le contentieux serait « *privé de toute substance* »¹²³. Je ne suis pas sûr de la pertinence de l'argument. Supposons qu'il soit reproché à un avocat

DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 39 ; *adde* Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, 670 ; Bruxelles, 26 octobre 1960, *J.T.*, 1961, p. 316 ; Bruxelles, 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, 850 ; Mons, 14 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1423 ; Corr. Bruxelles, 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 617 et obs. P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeur » : « *Il paraît logique de permettre à un avocat poursuivi devant le tribunal correctionnel de pouvoir se défendre en faisant état des confidences d'un client sans qu'une sanction pénale soit prononcée à son égard, ce qui se justifie par la primauté de la norme internationale garantissant le droit à un procès équitable. L'avocat doit cependant veiller à ne dévoiler des confidences que dans les limites strictement nécessaires à sa défense* ». Voyez aussi l'article 4 du décret français du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie des avocats : « *Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ».

¹¹⁶ Voyez également J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 569. Ceux-ci rapportent également une décision du Conseil de l'Ordre de Bruxelles qui a autorisé le collaborateur d'un avocat à témoigner dans le cadre d'une plainte déposée contre son patron par un de ses clients, dans la stricte mesure où son témoignage portait sur les éléments strictement nécessaires à rencontrer l'inculpation dont celui-ci faisait l'objet.

¹¹⁷ P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, *op. cit.*, p. 133.

¹¹⁸ Cass., 18 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 509, commenté ci-après (5.5). Dans le même sens, Cons. Disc. Barr. Francoph. Brux., 12 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1379.

¹¹⁹ L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 59 et suivantes. Pour un cas d'application (l'avocat est condamné pour avoir révélé, dans le cadre d'un litige qui l'opposait à un de ses anciens clients, des informations confidentielles sans rapport avec les nécessités de sa défense), voyez Paris, 1^{er} juillet 1999, *Gaz. Pal.*, 8-9 novembre 2000, p. 13. Voyez aussi ci-après, chapitre 5.17.

¹²⁰ Conseil de l'Ordre de Bruxelles, 25 avril 1972, *Informations professionnelles*, 1972, p. 27.

¹²¹ Voyez, en matière de secret médical, Civ. Bruxelles, 23 avril 1999, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 353 ; quant au secret de l'avocat, voyez, notamment, G.L. BALLON, « Over het zeer absoluut karakter van het beroepsgeheim van de advokaat », note sous Corr. Bruxelles, 19 février 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 69.

¹²² Pour rare qu'elle soit, cette situation n'est pourtant pas exceptionnelle. Voyez deux cas d'application : Liège, 24 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 338 et obs. J.P. BUYLE « Loyauté et responsabilité de l'avocat à l'égard des tiers » ; Mons, 16 novembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 305 et obs. J.P. BUYLE « Les devoirs de loyauté et de probité de l'avocat à l'égard de la partie adverse ».

¹²³ J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 569.

d'avoir introduit une action téméraire qui a causé un préjudice au défendeur et que ce défendeur choisisse d'agir en responsabilité, non contre le demandeur, mais contre l'avocat lui-même, va-t-on autoriser cet avocat à se défendre en produisant la lettre d'avertissement qu'il a adressée à son propre client (forçant peut-être, par la même, ce dernier à répliquer en produisant les éléments confidentiels qu'il avait communiqués à son avocat, pour expliquer sa propre position, etc.) ? Si oui, on donnera, dans certains cas, un moyen simple à une partie de se ménager des preuves contre son adversaire, en contournant les règles du secret. J'opinerais plutôt pour une solution casuistique, en laissant le bâtonnier, au cas par cas, décider de ce qui peut être produit et ce qui ne le peut.

5.5 L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

“Le secret professionnel n'est pas absolu. Il peut céder devant des valeurs supérieures, telle la préservation de la vie d'autrui”, énonce la Cour de cassation à propos du cas d'un médecin qui avait révélé aux forces de l'ordre l'endroit de la retraite de dangereux malfrats, en cavale, qui avaient déjà attenté à la sécurité physique de plusieurs particuliers et étaient susceptibles de réitérer pareils actes dans un avenir immédiat¹²⁴.

Il est intéressant de noter que la Cour de cassation, dans l'hypothèse susdite, a préféré acquitter le prévenu en faisant référence à la notion d'état de nécessité, plutôt qu'en acceptant une exception ou une atténuation de la règle du secret professionnel. Celle-ci reste donc pleinement affirmée et ne cède que devant des circonstances exceptionnelles, constitutives d'état de nécessité. Comme l'observe exactement Yvon HANNEQUART, *“l'état de nécessité justifie objectivement la transgression d'une obligation, tandis que l'affirmation de la relativité du secret tendrait plutôt à dégager nombres d'hypothèses où il n'existerait aucune obligation de se taire”*¹²⁵.

A propos d'une espèce comparable, la Cour suprême du Canada dégagera trois critères permettant de déterminer quand l'intérêt public est à ce point impérieux qu'il s'impose de déroger au secret professionnel : d'abord, il faut qu'une personne ou un groupe de personnes identifiables soit clairement exposées à un danger ; ensuite, il faut que ce danger soit d'une intensité considérable : des blessures graves ou la mort ; enfin, ce danger doit être imminent¹²⁶.

¹²⁴ Cass. 13 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165 et obs. Y. HANNEQUART, *R.C.J.B.*, 1989, p. 588 et obs. A. DE NAUW ; voyez également Corr. Charleroi, 25 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1167, Mons (ch. mises acc.), 22 novembre 1996, *R.D.P.*, 1997, p. 575 et Cass., 4 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 487 : il s'agissait d'un médecin qui s'était vu confier le cas d'un maniaque sexuel, animé par des pulsions irrépressibles à l'égard un enfant d'une douzaine d'années ; le malade avait refusé de poursuivre le traitement, avait quitté l'établissement où il séjournait et était rentré dans son milieu ; après plusieurs tentatives amiables, le médecin l'avait finalement dénoncé aux autorités. A. DAMIEN cite également le cas d'un avocat qui, se rendant compte à la réception d'un jugement retirant à son client le droit de garde sur son fils, que ce client risquait fort d'attenter aux jours de son enfant, décida d'alerter les forces de l'ordre, lesquelles purent, grâce à une intervention rapide, sauver l'enfant qui venait d'absorber un liquide empoisonné (*op. cit.*, p. 123). J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS donnent quelques autres exemples de décisions prises par des bâtonniers dans des circonstances analogues (« Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 576). Par exemple, le bâtonnier de Bruxelles a admis qu'un avocat, qui avait obtenu la régularisation de la situation d'une cliente étrangère en raison de la maladie grave et contagieuse qui l'affectait, en avertisse le fiancé de cette cliente, auquel celle-ci ne l'avait pas révélé (*Forum du barreau de Bruxelles*, 2007, n°122, p. 5). Pour un commentaire récent de ces principes, voyez D. KIGANAHE, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁵ *op. cit.*, p. 1170 ; voyez également les commentaires d'A. DAMIEN à propos de la même décision, *op. cit.*, p. 121.

¹²⁶ Affaire *James Jones vs John Smith and Southam Inc.*, 25 mars 1998, commentée par S. ROUSSEL et P. LANDRY, « La divulgation du secret professionnel », *J.T.*, 1999, p. 696. Voyez aussi J. LANDRY, « Le secret professionnel au Canada », *Juriste international* (bulletin de l'UIA), 2008, p. 25. La motion votée par la C.B.F.G. le 24 mars 2001 insiste également sur ces critères pour définir le champ de l'état de nécessité qui justifierait une violation du secret professionnel (voyez ci-avant, note 16). Dans un registre différent, la Cour de cassation confirme ces principes en affirmant que « la seule circonstance qu'un juge fasse connaître publiquement son désaccord à un jugement par le refus de le signer implique une violation du secret professionnel, qui ne peut être justifiée par l'état de nécessité, à défaut de la possibilité d'un mal grave et imminent tant pour autrui que pour le juge, lorsqu'il est constaté que la décision à intervenir ne pouvait être entachée d'un vice de quelque nature qu'il soit » (Cass., 24 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 281).

C'est en nom d'un raisonnement du même type, même s'il n'est pas exprimé de façon aussi systématique, que la Cour d'appel de Mons considérera, à juste titre, que l'état de nécessité ne peut être invoqué pour permettre à un légataire universel de se ménager, du vivant de son testateur, une preuve de l'état de santé mentale de celui-ci, en violation du secret médical. Cet intérêt « *n'est manifestement pas de nature à devoir l'emporter sur la valeur protégée par l'article 458 du Code pénal relativement au secret médical* »¹²⁷. De même, le tribunal de première instance d'Anvers considère que la nécessité de protéger la bonne réputation d'un hôpital n'est pas un impératif supérieur qui autorise son directeur à révéler des faits couverts par le secret professionnel dans un communiqué destiné à informer la presse au sujet d'un accident thérapeutique survenu dans ses murs¹²⁸.

Tout récemment encore, le tribunal correctionnel de Liège écarte la dénonciation qu'un médecin avait portée contre un de ses confrères, l'accusant de fournir de l'E.P.O. à des sportifs. Cette dénonciation ne peut être considérée, *in casu*, comme effectuée dans le but de prévenir la survenance d'un mal grave et imminent puisqu'elle fut transmise à l'autorité plusieurs mois après que le praticien en ait eu connaissance, à l'occasion de poursuites très médiatisées contre différents sportifs professionnels. Les poursuites, qui n'avaient pu être initiées qu'à la suite de cette violation du secret professionnel sont dès lors annulées¹²⁹.

C'est également au nom de cette balance des intérêts que la Cour de cassation confirme un arrêt de la chambre des mises en accusation de Bruxelles qui avait considéré que l'état de nécessité ne pouvait être retenu comme cause de justification de la violation du secret professionnel par un avocat qui a déposé une plainte contre son ancienne cliente, en y faisant état d'une procédure dans laquelle il avait été son avocat et en mentionnant des rapports psychiatriques établis dans le cadre de ladite procédure¹³⁰.

La théorie de l'état de nécessité a reçu une application législative particulière dans la matière de la protection de la jeunesse.

La loi du 20 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs¹³¹ a inséré dans le Code pénal un article 458*bis*, ainsi rédigé :

« Toute personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets et a de ce fait connaissance d'une infraction prévue aux articles 371/1 à 377, 377quater, 379, 380, 383bis, §§ 1^{er} et 2, 392 à 394, 396 à 405ter, 409, 423, 425, 426 et 433quinquies¹³², qui a été commise sur un mineur ou sur une personne qui est vulnérable en raison de son âge, d'un état de grossesse, [de la violence entre partenaires,]¹³³ d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale peut, sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422bis, en informer le procureur du Roi, soit lorsqu'il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale du mineur ou de la personne vulnérable visée, et qu'elle n'est pas en

¹²⁷ Mons, 9 avril 2001, *J.T.*, 2002, p. 409. En revanche, la même Cour, par un arrêt plus récent (13 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 519), admet la production, à l'appui d'une demande tendant à l'annulation d'un testament pour insanité d'esprit du testateur, d'un certificat médical régulièrement délivré en vue de la désignation d'un administrateur provisoire à ce testateur. La jurisprudence *Antigone* vient renforcer cette tendance (*infra* 5.9).

¹²⁸ Civ. Anvers, 7 avril 2000, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 126. Voyez aussi les autres décisions prononcées dans la même affaire qui, sur ce point, confirment le jugement : Anvers, 14 juin 2001, Cass., 2 octobre 2002, Gand, 28 novembre 2003, civ. Anvers, 22 octobre 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 128, 131, 133, 136, et obs. T. BALTHAZAR, « Het gedeeld beroepsgeheim is geen uitgesmeerd beroepsgeheim ». Comp. Liège, 8^e ch., 25 novembre 2008, *Rev. Dr. Santé*, 2010-2011, p. 276.

¹²⁹ Correct. Liège, 3 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1434. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Liège le 25 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1184.

¹³⁰ Cass., 18 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 509.

¹³¹ *Moniteur belge* du 17 mars 2001.

¹³² La liste des articles visés a été considérablement élargie par les lois des 1^{er} février 2016 et 31 mai 2016.

¹³³ Les termes entre crochets ont été ajoutés par une loi du 23 février 2012, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2013.

mesure, seule ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité, soit lorsqu'il y a des indices d'un danger sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables visées soient victimes des infractions prévues aux articles précités et qu'elle n'est pas en mesure, seule ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité »^{134/135}.

On retrouvait dans cet article, dans sa première version, les quatre éléments de la définition de l'état de nécessité : certitude, gravité, imminence, irrésistibilité. Notons néanmoins que le législateur avait clairement inclus, au rang des périls qui justifient l'exception à l'obligation au secret, les dangers pour l'intégrité tant physique que mentale du mineur, ce qui semble quand même étendre quelque peu le champ de l'exception.

Mais la nouvelle version du texte interroge. Elle autorise (invite ?) la dénonciation même lorsque la personne normalement tenue au secret n'a pas elle-même « examiné la victime ou recueilli ses confidences », condition qui, dans le texte ancien, faisait qu'il concernait essentiellement le personnel soignant et les travailleurs sociaux. Il en résulte que, sous l'empire de la loi nouvelle, tout qui recueille une confiance, voire une rumeur, faisant état de maltraitance à l'égard d'une personne vulnérable, serait désormais autorisé à la dénoncer.

On soulignera néanmoins que l'exception introduite ne concerne que l'obligation au secret, et non le droit au secret. Les professionnels qui auront ainsi connaissance de sévices concernant une personne vulnérable pourront parler mais ils n'en seront pas obligés. Il leur appartiendra d'apprécier en conscience la façon dont ils doivent agir^{136/137}.

Avec Gilles GENICOT, on ne peut que « croire, avec confiance, que les professionnels visés auront à cœur de peser très soigneusement les tenants et les aboutissants des situations difficiles auxquelles ils se voient confrontés, et veilleront à ne pas s'engouffrer dans la brèche ouverte par le législateur en faveur de la dénonciation de « faits » non constatés et simplement supposés. Il faut donc s'en remettre à

¹³⁴ Le texte de cet article a été modifié à deux reprises, d'abord par une loi du 28 novembre 2011, qui est entrée en vigueur le 30 janvier 2012, puis par la loi du 23 février 2012, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2013. Les termes en gras ont été ajoutés par ces réformes qui ont également supprimé la condition que le dénonciateur « ait examiné la victime ou recueilli les confidences de celle-ci ».

Sur ces modifications, voyez E. BARTHELEMI, C. MEERSSEMAN et J.F. SERVAIS, *Confidentialité et secret professionnel : enjeux pour une société démocratique*, Yapaka, 2011 ; L. NOUWYNCK, « La position des différents intervenants psychomédico-sociaux face au secret professionnel dans le travail avec les justiciables », http://www.yapaka.be/sites/yapaka.be/files/2012-secret_prof-1_nouwynck.pdf.

¹³⁵ La France a introduit une disposition comparable dans son droit positif. La loi du 2 janvier 2004 relative à la protection de l'enfance modifie l'article 226-14 du code pénal et emporte plusieurs exceptions au secret médical. Contrairement au texte belge, le texte français ne semble pas ériger l'imminence et la gravité du péril en conditions de l'exception. Il repose sur des éléments objectifs : maltraitance, sévices ou privations, dangerosité. Voyez, pour un premier commentaire, L. DELPRAT, « La loi du 2 janvier 2004 relative à la protection de l'enfance et le secret médical », *Gaz.Pal.*, 3 mars 2004, p. 11. Le texte antérieur, qui datait du 22 juillet 1992, emportait déjà des dérogations similaires.

¹³⁶ Voyez, au sujet de cette nouveauté législative, outre les références citées deux notes plus haut, L. NOUWYNCK et P. RANS, « Secret professionnel, protection de la vie privée et communication d'informations entre acteurs de la protection de la jeunesse », in *Actualités en droit de la jeunesse*, Formation permanente CUP, vol. 81, p. 219 et suivantes. Voyez aussi P. LAMBERT, « Nouvel article 458bis du Code pénal », *La Tribune*, 2001/2, p. 16. Celui-ci constate que cette loi ne modifie guère les principes applicables en la matière puisqu'elle ne fait que consacrer, à propos d'une hypothèse précise, les conséquences d'une jurisprudence bien établie. Voyez également M. HIRSCH et N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », in *Le secret professionnel*, AJN et la Charte, 2002, p. 231 ; S. BERBUTO et C. PEVEE, « La loi du 28 novembre 2000 » *J.D.J.*, 2001, n° 204, p. 14 ; I. WATTIER, « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », *J.T.*, 2001, p. 444. Ces auteurs sont assez critiques quant à la pertinence de cette loi, dont ils dénoncent les effets pervers. Elle n'assure pas une plus grande protection aux mineurs, mais elle pourrait entraîner une plus grande réticence de leurs parents à les conduire chez des professionnels de la santé pour les faire soigner des conséquences des violences qu'ils ont subies. Ne mettent-ils pas en évidence, par ces considérations, le fondement même du secret professionnel ? Y toucher c'est toujours remettre en cause des équilibres particulièrement délicats entre droit à la santé ou droits de la défense, d'une part, vérité et transparence, d'autre part.

¹³⁷ Sur le secret professionnel des enseignants et des travailleurs sociaux de façon plus générale, voyez également C. VILLEE, « Secret professionnel à l'école », *J.D.J.*, 2007, n°265, p. 18.

leur conscience, à leur expérience et à leur jugement, si l'on souhaite éviter les délations fondées sur du sable et des impressions insuffisamment étayées »¹³⁸.

Pourrait-on aller encore plus loin et, dans certaines circonstances, estimer que ces professionnels, ont, par exemple en présence de menaces graves et imminentes, une véritable obligation de dénonciation, qui pourrait être sanctionnée par une responsabilité civile ou pénale (non assistance à personne en danger) ? Cela paraîtrait difficile puisque cela impliquerait une exception au droit au secret, alors qu'on n'en connaît pas d'exemple dans notre droit positif¹³⁹, en tout cas pour les avocats. Je ne pourrais concevoir pareille évolution que dans des hypothèses vraiment exceptionnelles¹⁴⁰. Il faudrait qu'il soit établi que la connaissance du péril était à ce point certaine, son ampleur à ce point grave et son occurrence à ce point imminente que tout professionnel placé dans les mêmes circonstances aurait, en conscience, pris la décision de dénoncer. Il faut cependant reconnaître que le nouveau texte, en ce qu'il comprend explicitement la réserve de l'application de l'article 422*bis* du Code pénal, qui incrimine la non-assistance à personne en danger incite à un renforcement de cette obligation¹⁴¹.

Quoi qu'il en soit de ces difficultés d'interprétation, la cause est cependant réglée pour les avocats. Tout d'abord, par son arrêt 127/2013 du 26 septembre 2013¹⁴², la Cour constitutionnelle a en effet annulé la loi du 30 novembre 2011 « *mais uniquement en ce qu'il s'applique à l'avocat dépositaire de confidences de son client, auteur de l'infraction qui a été commise au sens de (l'article 458*bis*), lorsque ces informations sont susceptibles d'incriminer ce client* ». Ensuite, l'article 458*quater* du Code, introduit par la loi du 6 juillet 2017, dispose que « *Les articles 458 *bis* et 458*ter* ne sont pas applicables aux avocats en ce qui concerne la communication d'informations confidentielles de son client lorsque ces informations sont susceptibles d'exposer son client à des poursuites pénales* » (l'article 458*ter* est celui qui organise des concertations organisée par le Procureur du Roi ou sur son autorisation dans le cadre de la prévention du terrorisme ou d'autres infractions criminelles graves).

Un drame survenu dans le sud de la France il y a quelques années, illustre bien les difficultés dont nous parlons. Un client confie à son avocat qu'il ne peut supporter l'idée du divorce avec son épouse et qu'il est à ce point désespéré qu'il se propose de l'abattre lors de leur dernière entrevue chez le notaire, pour la signature de l'acte liquidatif. Estimant la menace sérieuse, l'avocat en avertit son confrère, conseil de l'épouse volage. Celle-ci ne se présente pas au rendez-vous mais y envoie son gendre. Au cours de l'entrevue, ce dernier sort une arme et abat le mari, dont il apparaîtra par la suite qu'il n'était pas armé... Que cette horrible mésaventure donne à réfléchir et qu'elle enseigne en tout cas que, quand un secret doit être révélé, il ne doit pas l'être à n'importe qui, ni n'importe comment.

¹³⁸ G. GENICOT, « Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuel du droit médical et biomédical », in *Nouveaux dialogues en droit médical*, Formation permanente CUP, 2012, vol. 136, pp. 7-62, spéc. 38-48 ; voyez aussi E. LANGENAKEN, « Portée et conséquences de la réécriture de l'article 458*bis* du Code pénal sur le secret professionnel », in *Rev. Fac. Droit Liège*, 2013, pp. 65 sqs et N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret médical en pleine tempête », *Rev. Droit de la santé*, 2013-2014, pp.284-287.

¹³⁹ Si ce n'est les récentes dispositions préventives de blanchiment de capitaux, examinées ci-après, n° 5.20.

¹⁴⁰ C'est aussi l'opinion de L. NOUWYNCK et P. RANS, « Secret professionnel, protection de la vie privée et communication d'informations entre acteurs de la protection de la jeunesse », in *Actualités en droit de la jeunesse*, Formation permanente CUP, vol. 81, p. 222. Voyez, pour un cas d'application exemplaire, Cass. Fr., 8 octobre 1997, *Gaz. Pal.*, 1998, rec., p. 19, et obs. J. BONNEAU, *Gaz. Pal.*, 28 avril 1998, p. 4 : un médecin psychiatre et un éducateur sont condamnés pour non-assistance à personne en danger pour n'avoir pas dénoncé, en se retranchant derrière le secret professionnel, les sévices subis par un mineur, qu'ils avaient constatés. Il n'est pas sûr que la nouvelle rédaction de l'article 226-14 du Code pénal permettrait encore pareille condamnation (L. DELPRAT, *loc. cit.*).

¹⁴¹ Telle est en tout cas l'opinion d'Evelyne LANGENAKEN, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁴² Cour constitutionnelle, 26 septembre 2013, *La Tribune d'AVOCATS.BE*, du 10 octobre 2013, n° 39 et obs. P. HENRY « La Cour constitutionnelle rappelle à nouveau le caractère fondamental du secret professionnel des avocats » ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 2025 et obs. G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « L'avocat, le confident, la victime, l'article 458*bis* du Code pénal et la Cour constitutionnelle ».

5.6 PERQUISITIONS ET VISITES DOMICILIAIRES AU CABINET D'UN AVOCAT¹⁴³

Le cabinet de l'avocat n'est pas inviolable.

Dans les différents barreaux, des procédures ont été adoptées, de commun accord entre les autorités ordinales et les autorités judiciaires, pour aboutir à une conciliation entre les exigences du secret professionnel et les exigences de la recherche de la vérité. Le juge d'instruction qui souhaite perquisitionner au cabinet d'un avocat est accompagné du bâtonnier ou de son délégué. L'avocat qui recevrait une visite hors de ces conditions a le droit et le devoir de rappeler la règle et d'appeler sur le champ le bâtonnier.

Dans le ressort de la Cour d'appel de Liège, il était admis jusqu'il y a peu que le délégué du bâtonnier examine **préalablement** les pièces dont le juge d'instruction se proposait de prendre connaissance, retire du dossier les pièces qui contiennent ou font référence aux confidences reçues par l'avocat (correspondances confidentielles...) et remette les autres au juge d'instruction¹⁴⁴.

Dans d'autres barreaux, les pratiques ne sont pas toujours aussi favorables. Il est fréquent que le Juge d'instruction souhaite visionner les pièces en même temps que le délégué du bâtonnier et discute avec lui la question de savoir si les pièces sont couvertes par le secret professionnel¹⁴⁵.

Un arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège a cependant tempéré sérieusement cet enseignement. La Cour y affirme que « *La présence d'un représentant qualifié de la profession exercée par la personne chez qui a lieu la visite domiciliaire peut certes paraître souhaitable mais ne relève que d'un usage non expressément consacré par la loi et dont la méconnaissance ne constitue, en soi, ni irrégularité, ni cause de nullité. Le juge d'instruction est la seule autorité compétente pour apprécier les éléments utiles à la manifestation de la vérité et identifier les pièces qui, le cas échéant, se rapportent au secret professionnel* ». Dans le commentaire qu'il consacre à cette décision, S. D'ORAZIO fait cependant observer que cette position semble contraire aux enseignements des arrêts *Niemietz*¹⁴⁶ et *Erdem*¹⁴⁷ de la Cour européenne des droits de l'homme, qui affirment que la nécessité de protection du secret professionnel impose que ce ne puisse être le juge saisi des poursuites qui apprécie lui-même, dès lors après en avoir pris connaissance, si les pièces qu'il se propose de saisir sont couvertes par le secret¹⁴⁸.

¹⁴³ Voyez sur cette question Vincent NIORE, *Perquisitions chez l'avocat*, Lamy, 2014.

¹⁴⁴ Voyez circulaire du parquet général C.6/87D767 Cir.-L.G. du 5 mai 1987, reproduite dans *Cahiers de déontologie*, Barreau de Liège, n°5, mai 2001.

¹⁴⁵ Tel est le cas, notamment, au barreau de Bruxelles. Voyez, sur ce point, S. D'ORAZIO, « Cabinet d'avocat... « Asyle sacré » ou banque d'information », *Jour. Proc.*, 2004, n° 479, p. 22.

La situation est, généralement moins favorable dans les autres Etats européens : voyez P. VANDERVEEREN, *op. cit.*, p. 44 et 45. La Cour européenne des droits de l'homme ne sanctionne les perquisitions dans les cabinets d'avocat que si elles empiètent "sur le secret professionnel à un degré disproportionné" (16 décembre 1992, *Rev. Trim. Dr. Hom.*, 1993, p. 467 et obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX ; voyez aussi ci-après, chap. 5.11). En France, la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime vient de modifier les principes en cette matière. Elle institue un nouveau magistrat, le juge des libertés et de la détention, communément appelé « juge du secret », qui, parmi ses compétences, a celle de déterminer si un document est ou non couvert par le secret professionnel et s'il peut, dès lors, être versé au dossier répressif. Le droit allemand connaît une institution similaire.

¹⁴⁶ 16 décembre 1992, *J.T.*, 1994, p. 66 ; *R.T.D.H.*, 1993, p. 467.

¹⁴⁷ 5 juillet 2001 : voyez ci-après, chap. 5.11.

¹⁴⁸ Liège (ch. mis. acc.), 26 février 2004, *Jour. Proc.*, 2004, n° 479, p. 19 et obs. S. D'ORAZIO, « Cabinet d'avocat ... « Asyle sacré » ou banque d'information ». Dans le même sens, P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeur », *J.T.*, 2001, p. 61. Voyez aussi l'arrêt *Tamosius* de la Cour européenne des droits de l'homme (19 septembre 2002), qui valide la perquisition effectuée dans un bureau d'avocat parce qu'elle a été effectuée en présence d'un « conseiller indépendant » (qui n'était en tout cas pas un délégué du bâtonnier), chargé d'éclairer le juge d'instruction sur la question si les pièces qu'il se proposait de saisir étaient couvertes par le secret. L'arrêt *Turcon*, du 30 janvier 2007, porte sur une espèce comparable si ce n'est que la saisie critiquée par le requérant avait été effectuée après que la saisie des pièces litigieuses avait été autorisée par le représentant du bâtonnier.

Elle me paraît d'ailleurs difficilement conciliable avec les principes, pourtant déjà moins favorables à la protection du secret, qui viennent d'être mis en œuvre en matière d'écoutes téléphoniques, que nous examinerons au paragraphe suivant¹⁴⁹.

On se réjouira donc de constater que la chambre du conseil du tribunal correctionnel de Bruxelles se soit clairement démarquée de cette position par une ordonnance du 10 juin 2004. Se voyant dénoncer par le conseil d'un des prévenus que le dossier qui allait lui être soumis contenait des correspondances échangées entre le prévenu et son avocat, couvertes par le secret professionnel, la chambre du conseil décide de surseoir à statuer sur le règlement de la procédure aussi longtemps que les pièces couvertes par le secret professionnel figure dans le dossier. La chambre du conseil consacre l'usage ci-avant rappelé en précisant « *qu'il est évidemment préférable qu'elle n'ait pas à statuer sur des pièces qu'un tri effectué par le magistrat instructeur en présence d'un représentant de Monsieur le bâtonnier pourrait soustraire au débat judiciaire* »¹⁵⁰. La Cour de cassation a, d'ailleurs, confirmé ce principe par un arrêt du 24 mai 2007¹⁵¹.

La Cour européenne des droits de l'homme vient, à plusieurs reprises, d'être plus nette encore en affirmant, dans son arrêt *André*, que : « *La saisie, dans le cabinet d'un avocat, de notes manuscrites, ou de documents portant des mentions manuscrites, par cet avocat viole l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que, même si elle a été effectuée en présence du bâtonnier ou de son délégué, elle a été réalisée malgré la protestation de celui-ci, hors de la présence du juge d'instruction, sur la base d'une autorisation de visite domiciliaire rédigée en des termes très larges, et alors qu'aucun soupçon de participation à la commission d'une infraction ne pesait sur cet avocat, l'administration se contentant, par cette saisie à spectre large, d'essayer d'obtenir la preuve d'éléments qu'elle ne parvenait pas à établir* »¹⁵². Il me semble que cet arrêt devrait clore tout débat sur ce sujet...¹⁵³.

Ces principes sont réaffirmés dans les arrêts *Heino* du 15 février 2011¹⁵⁴, *Robathin* du 3 juillet 2012¹⁵⁵, *Golovan* du 5 juillet 2012¹⁵⁶ et *Yuditskaya* du 12 février 2015¹⁵⁷. La saisie de documents

¹⁴⁹ Cet arrêt vient d'être confirmé par la Cour de cassation (9 juin 2004, R.G. 04/424), mais il est difficile d'y voir un arrêt de principe, dans la mesure où la Cour note que le requérant « n'allègue pas que les perquisitions auraient eu lieu (à son cabinet) et à son domicile privé en dehors de la présence d'un juge d'instruction et d'un représentant du bâtonnier, mais invoque leur irrégularité à raison du fait que certaines pièces saisies étaient couvertes par le secret professionnel », ce dont il n'y a pas à juger pour l'instant, l'appréciation du juge d'instruction étant provisoire et susceptible de contrôle par les juridictions d'instruction et de jugement.

¹⁵⁰ Corr. Bruxelles (ch. cons.), 10 juin 2004, *Jour. Proc.*, 2004, n°489, p. 28 et obs. J.M. DERMAGNE.

¹⁵¹ Cass., 24 mai 2007, inédit, RG 050431N.

¹⁵² C.E.D.H., 24 juillet 2008, *J.T.*, 2008, p.550, *J.L.M.B.*, 2009, p. 864 et obs. A. JACOBS et P. HENRY, « Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données ! ». Voyez déjà C.E.D.H., 20 juin 2000, *Foxley*, qui sanctionne une absence de mesures concrètes permettant d'assurer la préservation du secret professionnel.

¹⁵³ Voyez sur ces questions, D. VAN GERVEN, « Comment assurer le secret professionnel lors de la perquisition d'un cabinet d'avocat », in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruylant, 2013, pp. 753-766, F. KRENC, « Les perquisitions et saisies chez l'avocat au crible de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian*, Bruylant, 2011, pp. 283-306 et A. JACOBS, "Les perquisitions dans les cabinets d'avocats – les usages à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in *Het strafrecht bedreven. Liber amicorum Alain De Nauw*, Bruylant, 2011, p. 421.

¹⁵⁴ Cour Eur. D. H., 15 février 2011 : perquisition sans mandat dans le cabinet de l'avocat de l'épouse de la personne poursuivie sans possibilité de recours effectif a posteriori.

¹⁵⁵ Cour Eur. D.H., 3 juillet 2012 : saisie générale de documents dans le cabinet d'un avocat soupçonné d'infractions, sans qu'une ordonnance précise la nécessité d'une mesure aussi générale.

¹⁵⁶ Cour Eur. D.H., 5 juillet 2012 : saisie de documents au cabinet de l'avocat d'un prévenu, sans autorisation préalable d'un juge.

¹⁵⁷ Cour Eur. D.H., 12 février 2015 : saisie de l'ensemble des ordinateurs d'un cabinet d'avocat dont l'un des associés faisait l'objet de soupçons d'infractions pénales. La Cour stigmatise le pouvoir discrétionnaire et illimité accordé aux

dans le cadre d'une perquisition n'est possible que si elle est prévisible (prévue par un texte de loi), nécessaire (existence d'un besoin social impérieux) et proportionnelle au but poursuivi, ce qui implique une attention particulière quand il s'agit de déroger à une règle aussi importante que la protection du secret professionnel.

Dans son arrêt *Wieser et Bicos*, du 16 octobre 2007, elle affirme les mêmes principes, en les appliquant également aux saisies portant sur des données électroniques. Le contrôle préalable du représentant du bâtonnier doit aussi porter sur ces données¹⁵⁸. La saisie de données électroniques pose en effet des problèmes pratiques particuliers, vu la difficulté d'identifier immédiatement, dans un disque dur ou dans une messagerie, les éléments qui sont couverts par le secret. Relevons que la Cour de cassation de France, par cinq arrêts du 24 avril 2013, a confirmé que la saisie de correspondances électroniques échangées entre un avocat et son client, en même temps que l'ensemble de la messagerie de ce client, violait le secret professionnel dès le moment de la saisie (mais sans invalider la saisie des documents non couverts par le secret)¹⁵⁹. Un tout récent arrêt *Servulo* du 3 septembre 2015 réaffirme les mêmes principes mais en fait une application critiquable¹⁶⁰.

Dans son arrêt *Da Silveira*, du 21 janvier 2010, la Cour de Strasbourg réaffirme à nouveau les mêmes principes dans le cas d'une saisie pratiquée dans le cabinet d'un avocat portugais, exerçant en libre prestation de services en France¹⁶¹.

L'arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova*¹⁶² confirme la nécessité d'un strict encadrement de pareilles mesure de perquisition, à l'intervention d'un organe indépendant : pour qu'une procédure tendant à la levée du secret professionnel portant sur les extraits de comptes bancaires d'un avocat soupçonné de fraude fiscale respecte les garanties qui doivent assurer un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et les exigences du droit de cet avocat au respect de sa vie privée, « l'intervention d'un organisme indépendant était en l'espèce nécessaire étant donné que les informations réclamées étaient couvertes par le secret professionnel ». L'arrêt *Sommer* du 27 avril 2017¹⁶³ considère aussi que l'inspection du compte bancaire d'un avocat est disproportionnée, compte tenu des éléments suivants : les conditions peu strictes fixées par le droit interne pour autoriser l'inspection, qui permettaient l'adoption d'une telle mesure dès l'existence de soupçons de perpétration d'une infraction pénale ; l'ampleur des demandes de renseignements formées par le parquet, qui n'étaient limitées que dans le temps et englobaient toutes les informations concernant le compte et les transactions bancaires de l'avocat ; la publication et l'archivage consécutifs de ces informations à caractère personnel ; et le défaut de garanties procédurales adéquates permettant de compenser ces carences.

Dans tous les cas, il appartient, d'abord à la chambre des mises en accusation, juge naturel de l'instruction, puis, le cas échéant, au **juge du fond** d'apprécier si, après une perquisition au cabinet d'un avocat, même exécutée en présence du bâtonnier ou de son délégué, ne figureraient pas néanmoins parmi les éléments de l'instruction des documents couverts par le secret professionnel. Dans

enquêteurs et la présence de deux témoins, sans qualification juridique et, donc, incapables d'identifier les documents couverts par le secret.

¹⁵⁸ Voyez à ce sujet D. SPIELMANN, «Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, p. 29.

¹⁵⁹ Cass. Fr., 24 avril 2013, 5 arrêts, *Gaz. Pal.*, 2 juin 2013, p. 10 et obs. D. PIAU, « Allô, le secret professionnel... mais allô quoi ! ». Sur la situation actuelle en France, voyez l'étude détaillée de V. NIORE, *Perquisitions chez l'avocat*, Lamy, 2014.

¹⁶⁰ C.E.D.H., 3 septembre 2015, *Servulo & associados*, arrêt de chambre non encore définitif. Voyez à son sujet V. NIORE, « Perquisitions chez les avocats : la CEDH consacre le rôle du JLD », *Gaz. Pal.*, 11 septembre 2015, p. 5.

¹⁶¹ Sur ces arrêts, voyez F. KRENC, « Les perquisitions et saisies chez l'avocat au crible de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian*, Bruylant, 2011, pp. 283-306.

¹⁶² C.E.D.H., 1er décembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1012. Voyez déjà C.E.D.H., 16 septembre 1978, *Klass* ; C.E.D.H., 25 mars 1998, *Kopp* (dans cette affaire, c'était à un simple postier qu'avait été confié le soin de déterminer quels courriers destinés à un avocat devaient être saisis) et C.E.D.H., 19 septembre 2002, *Tamosius*.

¹⁶³ À paraître *J.L.M.B.*, 2017, n° 40 ou 41.

l'affirmative, il les rejettera des débats¹⁶⁴. La Cour d'appel de Bruxelles vient ainsi de rappeler que « *c'est au magistrat instructeur qu'il appartient seul de décider, sous le contrôle de la chambre des mises en accusation, et, le cas échéant, des juridictions de jugement, quelles sont les pièces qui sont couvertes par le secret professionnel et qui ne peuvent, dès lors, être maintenues saisies comme pièces à conviction. La seule circonstance que le délégué du bâtonnier a estimé que des documents n'étaient pas revêtus de la confidentialité s'attachant au secret professionnel de l'avocat n'autorise pas le magistrat instructeur à considérer cette question comme étant définitivement réglée* »¹⁶⁵. Cet enseignement est confirmé par la Cour de cassation, par deux arrêts des 2 novembre 2011 et 24 avril 2012¹⁶⁶.

Le propriétaire de la correspondance saisie irrégulièrement pourrait aussi introduire la contestation par le biais du référé pénal organisé par l'article 61 *quater* du Code d'instruction criminelle, y introduit par la loi du 12 mars 1998 (dite « loi Franchimont »)¹⁶⁷.

Il est en tout cas certain que le cabinet de l'avocat n'est pas un sanctuaire. Parmi les choses ou lettres qui pourront toujours y être saisies figure indiscutablement le **corps du délit**¹⁶⁸. Trois récentes décisions viennent de le rappeler¹⁶⁹. On y ajoutera l'arrêt *Smirnov*, prononcé le 7 juin 2007 par la Cour Européenne des droits de l'homme (qui condamne la saisie au motif que le libellé extrêmement général du mandat donnait toute latitude à la police pour déterminer ce qui pouvait être saisi)¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Bruxelles, 21 juin 1978, *J.T.*, 1979, p. 29 ; pour un autre cas d'application, voyez Corr. Bruxelles, 20 février 1998, *Jour. Proc.*, 1998, n°344, p.11 avec les obs. de P. LAMBERT et Y. HANNEQUART.

¹⁶⁵ Bruxelles, 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735.

¹⁶⁶ Cass., 2 novembre 2011, *Rev. Dr. Pén.*, 2012, p. 208 ; Cass., 24 avril 2012 : « *Ni l'article 458 du Code pénal, ni l'article 8 C.E.D.H. n'interdisent la saisie et l'utilisation par un juge d'instruction de pièces qui concernent les activités suspectes de l'avocat et qui perdent ainsi le caractère confidentiel qu'elles pourraient, le cas échéant, revêtir ; la présence du bâtonnier ou d'un membre du Conseil de l'Ordre qu'il a désigné, lors d'une perquisition dans le cabinet d'un avocat, constitue un usage constant afin de veiller à ce que l'instruction et l'éventuelle saisie ne concernent pas des pièces soumises au secret professionnel ; il prendra connaissance des pièces que le juge d'instruction souhaite examiner ou saisir et donnera son avis sur ce qui relève ou non du secret professionnel, mais le juge d'instruction n'est pas lié par le point de vue du bâtonnier et décide en dernière instance si un document est saisi ou non* ».

¹⁶⁷ Voyez A. SADZOT, « Les droits des citoyens, des victimes et des inculpés », *La loi du 12 mars 1998 réformant la procédure pénale*, CUP-ULg, 1998, p. 306.

¹⁶⁸ A. DAMIEN, *op. cit.*, p. 65 ; P. VANDERVEEREN, *loc. cit.* ; *adde* T.G.I. Paris, 7 juillet 2000, *Gaz. Pal.*, 29 août 2000, p. 18 et obs. A. DAMIEN : « *Attendu cependant que les atteintes au secret professionnel, lequel constitue une norme européenne, ne sauraient être entendues que de façon restrictive, ce qui n'autorise la saisie des consultations et correspondances échangées entre un avocat et son client que si celles-ci révèlent de façon intrinsèque la commission par l'avocat d'une infraction en qualité d'auteur principal ou de complice* ». Cette décision constitue la première application de l'article 44 de la loi du 15 juin 2000 relative aux perquisitions dans les cabinets d'avocats qui consacre donc, en France, les principes qui viennent d'être exposés. Un arrêt récent de la Cour de cassation française confirme encore la solution. La saisie d'une consultation adressée par un avocat à son client est validée par le fait qu'elle est considérée comme un acte de complicité dans la commission d'une fraude (Cass. Fr., 18 juin 2003, *Gaz. Pal.*, 25 février 2004, p. 22 et obs. J.G.M. ; dans le même sens, Cass. (fr.), 1^{er} mars 2006, cité par X., « Le secret professionnel de l'avocat en France », in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, p. 121). Voyez aussi T.G.I. Paris, 2 octobre 2000, *Gaz. Pal.*, 13-14 octobre 2000, p. 7 et obs. A. IWEINS, « Perquisitions dans les cabinets d'avocat : le « juge du secret » existe », *id.*, p. 2. Sur le juge du secret, voyez encore la polémique entre J. PRADEL (« Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *Dall.*, 2000, n°26) et F. TEITGEN (« Non, le droit n'est pas gênant », *Gaz. Pal.*, 27-28 sept. 2000, p. 2). Voyez encore, sur la loi du 15 juin 2000, M. STASI, « Le secret professionnel de l'avocat en France... Etat des lieux », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p.121.

¹⁶⁹ Corr. Bruxelles, 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 617 ; Liège (ch. mis. acc.), 26 février 2004, *Jour. Proc.*, 2004, n° 479, p. 19 et obs. S. D'ORAZIO, « Cabinet d'avocat ... « Asyle sacré » ou banque d'information » ; à propos d'un médecin, Cass., 24 mai 2007, inédit, RG 050431N.

¹⁷⁰ Le requérant, Mikhaïl Smirnov, avocat, alléguait que l'on avait perquisitionné son appartement et saisi de nombreux documents ainsi que l'unité centrale de son ordinateur, afin d'accéder aux fichiers concernant ses clients et de recueillir des preuves à charge contre eux. Ses clients étaient soupçonnés de participation au crime organisé.

Sur la base de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), de l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété) et de l'article 13 (droit à un recours effectif) combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour constate que la procédure adéquate a été suivie lors de la perquisition de l'appartement du requérant et que cette mesure

Signalons encore une intéressante décision de la Cour suprême du Canada qui précise que le versement d'honoraires, par un client à son avocat, est, en principe, également couvert par le secret. Ce n'est que dans la mesure où pareil versement révélerait la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, ou où il tomberait sous le coup des dispositions qui préviennent le blanchiment de capitaux (*infra*, chap. 5. 20), que les comptes de l'avocat pourraient être saisis¹⁷¹.

Les mêmes règles s'appliquent, *mutatis mutandis*, en matière de **visites domiciliaires par l'administration du fisc**. Celle-ci à accès aux locaux professionnels pour y constater l'importance et la nature de l'activité professionnelle exercée (article 319 du Code des impôts sur le revenu). L'article 334 du même code précise que lorsque la personne visitée se prévaut du secret professionnel, l'administration fiscale doit solliciter l'intervention de l'autorité disciplinaire compétente à l'effet d'apprécier si, et éventuellement dans quelle mesure, la demande de renseignements ou de production de livres et documents se concilie avec le respect du secret professionnel. Il n'est pas contesté qu'un avis négatif de l'autorité disciplinaire met fin aux investigations (voyez ci-après, 5.12).

Quant aux **saisies pratiquées par l'Autorité de la Concurrence**, en application des articles IV.79 et suivants du Code de droit économique, la situation est aujourd'hui peu claire. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 10 décembre 2014 (2014-179) n'a guère dissipé l'insécurité qui résulte du texte. On suivra avec intérêt les développements législatifs de la matière. À ce jour, il pourrait résulter des textes que lorsque la saisie d'une pièce par l'Autorité de la Concurrence est contestée pour violation du secret professionnel, le débat sur la validité de la saisie n'a lieu que lorsque, et si, elle entend faire usage des pièces contestées, ce qui ne peut être considéré comme satisfaisant. L'arrêt *Vinci construction et GTM génie civil et Service* de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷², qui condamne la saisie par la Direction générale (française) de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de documents sans lien avec l'enquête menée ou couverts par la confidentialité car la procédure à l'époque organisée par le Code de commerce français ne permettait pas un contrôle juridictionnel effectif de la régularité et du bien-fondé de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant la saisie, fait peser un sérieux doute sur la légalité de la solution qui se déduit du Code de droit économique dans sa rédaction actuelle.

5.7 ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES, OBSERVATION AVEC MOYENS TECHNIQUES, INFILTRATION, CONTROLE VISUEL DISCRET, ECOUTES DIRECTES...

Depuis la loi dite « Franchimont » (12 mars 1998), l'article 90*octies* du Code d'instruction criminelle¹⁷³ dispose que les moyens de communication¹⁷⁴ d'un avocat ne peuvent être mis

poursuivait les buts légitimes consistant à défendre les intérêts liés à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales et à la protection des droits et libertés d'autrui. Toutefois, observant que le requérant lui-même n'était soupçonné d'aucune infraction pénale, la Cour estime que la perquisition a été menée sans fondement suffisant et pertinent et en l'absence de garanties contre l'atteinte au secret professionnel, car le libellé excessivement général du mandat donnait toute latitude à la police pour déterminer ce qui était à saisir. Dès lors, la Cour dit, à l'unanimité, que cette ingérence n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » et qu'il y a eu violation de l'article 8.

Voyez, dans le même sens, l'arrêt *Roemen et Schmit* du 25 février 2003. Pour plus de commentaires sur ces arrêts, D. SPIELMANN, «Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, p. 35.

¹⁷¹ Cour suprême du Canada, 14 novembre 2003, *Maranda*, <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/rec/html/2003csc067.wpd.html>, cité dans *Le journal du barreau du Québec*, 15 janvier 2004, vol. 36, n°1, p.9.

¹⁷² Cour Eur. D. H., 2 avril 2015 : c'est à nouveau le caractère « massif et indifférencié » de la saisie, au regard de la valeur protégée par le secret professionnel qui a été stigmatisé. On relèvera que la saisie portait aussi sur des messageries d'employés non avocats (secret partagé). Voyez M. PERRIER, « Les saisies de documents dans les enquêtes concurrence et la Convention européenne des droits de l'homme : vers une évolution des pratiques françaises ? », *l'Observateur de Bruxelles*, 2015, n°101, p. 34

¹⁷³ Par son arrêt *Kopp c/ Suisse* du 25 mars 1998 (*Jour. Proc.*, 1998, n° 347, p. 22), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la mise sous écoutes d'une ligne téléphonique était une atteinte grave au respect de la vie privée et des correspondances, qui ne pouvait être admise que si elle se fondait sur une loi précise, exposant comment, à quelles conditions et par qui pareille écoute pouvait être ordonnée. Elle a estimé que confier pareille responsabilité à

sous **écoutes** que dans deux situations précises : soit l'avocat est lui-même soupçonné d'avoir commis une infraction visée à l'article 90ter (voyez dans cet article la liste de ces infractions) ou d'y avoir participé¹⁷⁵ ; soit des faits précis laissent présumer que des tiers, soupçonnés d'avoir commis une des infractions énumérées par l'article 90ter utilisent ses locaux, sa résidence ou ses moyens de communication¹⁷⁶. La décision qui autorise la mise sous écoutes doit, évidemment, indiquer de façon précise les soupçons qui la justifient¹⁷⁷.

Dans ce cas, à peine de nullité, le bâtonnier doit être préalablement averti et le juge d'instruction doit l'informer des éléments qu'il estime relever du secret professionnel, qu'il ne peut consigner dans ses procès-verbaux¹⁷⁸.

Les procès-verbaux qui, en méconnaissance de l'article 90sexies, contiendraient le relevé de contacts et conversations téléphoniques couverts par le secret professionnel, devraient être annulés et retirés du dossier pénal¹⁷⁹.

Une affaire emblématique a confirmé l'interdiction absolue de la mise sous écoutes systématiques d'un cabinet d'avocat. Le cabinet néerlandais Prakken d'Oliveira, spécialisé dans la défense de causes pénales importantes avait été mis sous écoutes, pendant plusieurs années, par le Parquet. Soutenu par le C.C.B.E., il a obtenu, en référé puis en degré d'appel une condamnation de l'Etat néerlandais à cesser ces pratiques. Au passage, la Cour pose que les écoutes téléphoniques des avocats, qu'elles soient directes ou indirectes ne sont licites que si elles font l'objet d'un encadrement strict, au moins comparable aux garanties qui assurent la protection des sources des journalistes. Au Pays-Bas, cette protection est assurée par un organe indépendant composé de magistrats et d'avocats chevronnés, qui dispose, notamment, du pouvoir d'annuler des ordres d'interception¹⁸⁰.

Comme on le voit, ces garanties, qui, pourtant, sont plus larges que celles dont bénéficient les avocats français¹⁸¹, sont moins importantes que celles qui entourent traditionnellement les

un simple fonctionnaire du service juridique des PTT n'était pas conforme aux principes garantis par la convention. Il me semble ne pas faire de doute que la loi belge est conforme aux enseignements de cet arrêt.

Par son arrêt *Chadimova* du 18 avril 2006, la Cour a même dégagé une obligation positive d'assurer la destruction des pièces contenant les enregistrements téléphoniques effectués en violation du secret professionnel, en dehors des limites précisées ci-dessus.

¹⁷⁴ Le courrier électronique fait partie des « moyens de communication » (art. 90ter) et est donc visé par ces dispositions. Il n'est donc pas visé par les dispositions spécifiques qui protègent le courrier (*infra*, § 5.9)

¹⁷⁵ L'arrêt de la Chambre des Lords du 11 mars 2009, *McE*, ci-avant cité (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldjudgmt/jd090311/mce-1.htm>) fait application d'un principe identique en validant le *regulation of investigatory act* (2000) qui autorise donc la mise d'avocats sous écoute lorsque des présomptions sérieuses permettent de soupçonner qu'ils se livrent à des activités terroristes.

¹⁷⁶ Cette disposition a fait l'objet d'un recours en annulation, rejeté par la Cour d'arbitrage : 27 mars 1996, *Rec. arr. Cour arbitrage*, 1996, p. 317. Pour un cas d'application, voyez Liège (ch. mis. acc.), 26 février 2004, *Jour. Proc.*, 2004, n° 479, p. 19 et obs. S. D'ORAZIO, « Cabinet d'avocat ... « Asyle sacré » ou banque d'information ».

¹⁷⁷ Voyez, sur ce point, les commentaires de Vincent NIORE, « L'heureuse obligation faite au magistrat de motiver sérieusement sa décision de perquisitionner l'avocat », au sujet de Cass. Fr., 9 février 2016, *Gaz. Pal.*, 1^{er} mars 2016, p. 33.

¹⁷⁸ Voyez J.P. BUYLE, « Les écoutes téléphoniques des avocats doivent être mieux encadrées », in *Justement*, octobre 2014, <http://www.legalworld.be/legalworld/jean-pierre-buyle-carte-blanche-ecoutes-telephoniques-avocats-justement.html?LangType=2060>.

¹⁷⁹ Bruxelles (ch. mises acc.), 31 mai 1999, *R.D.J.P.*, 2000, p. 46.

¹⁸⁰ La Haye, 27 octobre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p 1033.

¹⁸¹ P. VANDERVEEREN, *op. cit.*, p. 47. On relèvera cependant une intéressante décision du tribunal de grande instance de Paris, qui constate l'irrégularité de la mise sur écoute d'un cabinet d'avocat, décide qu'elle constitue une déficience du service public de la justice au sens de la nouvelle loi sur la responsabilité des pouvoirs publics et condamne l'Etat

perquisitions dans un cabinet d'avocat puisque, dans ce cas, le juge d'instruction aura connaissance des éléments secrets avant de les rejeter et sera d'ailleurs le premier juge de leur caractère confidentiel¹⁸².

Plus délicate encore est la question des écoutes téléphoniques ordonnées à charge, non d'avocats, mais de leurs clients et au cours desquelles des conversations entre ceux-ci et leur avocat sont interceptées. Les pratiques des parquets sont à cet égard assez diverses et ces écoutes ne sont pas toujours écartées des dossiers répressifs même lorsqu'elles ont permis d'enregistrer des conversations couvertes par le secret.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître de pareille hypothèse dans un arrêt *Pruteanu* du 3 février 2015¹⁸³. Comme en matière de perquisitions, la Cour a constaté une violation des principes déduits de l'article 8 de la Convention : les faits que le mandat n'ait pas précisé que les conversations échangées par les prévenus avec leur avocat devaient être écartées et que l'avocat n'ait pas eu l'occasion d'intervenir en nom propre pour faire valoir son droit au secret ne peuvent permettre de considérer que cette saisie était nécessaire dans une société démocratique, à partir du moment où aucun soupçon ne pesait sur cet avocat lui-même.

Les arrêts rendus par la Cour de cassation de France dans l'affaire des écoutes du président Sarkozy ont mis en lumière cette problématique des écoutes téléphoniques indirectes. Soupçonné de graves infractions financières et, aussi de trafic d'influence, Maître Nicolas Sarkozy (il est aussi avocat) avait été mis sous écoutes, régulièrement (le bâtonnier de Paris en avait d'ailleurs été averti). Au cours de ces écoutes, des conversations qu'il avait eues avec son conseil, Maître Herzog ont été interceptées. La Cour de cassation a validé ces écoutes en estimant que « *Aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à la captation, à l'enregistrement et à la transcription des propos d'un avocat intervenant sur la ligne téléphonique d'un tiers régulièrement placé sous écoute, dès lors que, en premier lieu, cet avocat n'assume pas la défense de la personne placée sous surveillance, qui n'est ni mise en examen ou témoin assisté, ni même n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause et, en second lieu, ses propos, seraient-ils échangés avec un client habituel, dont le contenu est étranger à tout exercice des droits de la défense dans ladite procédure ou dans toute autre, révèlent des indices de sa participation à des faits susceptibles de qualification pénale* »¹⁸⁴. Si la deuxième partie de ce résumé n'est pas contestable (le secret professionnel s'efface en présence de graves soupçons de commission d'infraction par l'avocat dont les communications ont été surprises¹⁸⁵), la première paraît, en revanche inadmissible, car le secret couvre l'ensemble de l'activité de l'avocat, tant la défense que le conseil, ainsi que la Cour européenne la répète à de nombreuses reprises, même en matière de blanchiment de capitaux (*infra*, n° 5.20).

Un de ces arrêts porte aussi sur une question incidente essentielle : *quid* lorsqu'à l'occasion d'une écoute, même régulièrement ordonnée, un entretien entre un avocat et son bâtonnier est intercepté ? La Cour est, sur ce point, très ferme : « *Attendu qu'il se déduit de ces textes que, même si elle est*

français à verser des indemnités à l'avocat qui en avait été l'objet (T.G.I. Paris, 11 juillet 2001, *Gaz. Pal.*, 9-11 sept. 2001, p. 34 et obs. S. PETIT).

¹⁸² H. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, "La loi belge du 30 juin 1994", *R.D.P.C.*, 1995, p. 301. Voyez aussi J.P. BUYLE, « Les écoutes téléphoniques des avocats doivent être mieux encadrées », *Justement*, octobre 2014, p. 1.

¹⁸³ Cour Eur. D.H., 3 février 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 461. Telle était déjà la solution qui avait été adoptée par la Cour de cassation de France par un arrêt du 8 novembre 2000 (*Gaz. Pal.*, 24-28 août 2001, p. 25 et obs. Y. MONNET). Le Cour écarte tous les PV d'enregistrement, en ce compris l'un d'entre eux qui comprenait la dictée par l'avocat à son client d'une succession de chiffres et de lettres qui semblaient constituer un code, si bien que la chambre des accusations en avait relevé le caractère « *éminemment suspect* ». La Cour, considérant que, comme il ne résulte pas des motifs de l'arrêt de la chambre des mises en accusation « *que la communication était de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction* », sa retranscription doit être écartée des débats.

¹⁸⁴ Cass. Fr., 22 mars 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1019 et obs. J.P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1027. Voyez aussi un commentaire plus incisif : C. INGRAIN, R. LORRAIN et L. SAENKO, « Le secret professionnel de l'avocat balayé par les écoutes téléphoniques », *Gaz. Pal.*, 2016, n°14, p. 19.

¹⁸⁵ La Cour européenne des droits de l'homme le répète à nouveau dans une affaire toute récente : C.E.D.H., 16 juin 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1252. Pour un commentaire de cet arrêt voyez D. PIAU, « Ecoutes incidentes, un avocat averti en vaut deux », *Gaz.Pal.*, 2016, n° 31, p. 13.

surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation téléphonique, dans laquelle un avocat placé sous écoute réfère de sa mise en cause dans une procédure pénale à son bâtonnier, ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure, à moins qu'elle ne révèle un indice de participation personnelle de ce dernier à une infraction pénale »¹⁸⁶.

A partir des mêmes principes, la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherches et quelques autres méthodes d'enquête autorise le juge d'instruction à ordonner diverses mesures d'enquêtes susceptibles de porter directement atteinte au secret professionnel de l'avocat (ou du médecin). Il s'agit de :

- **l'observation avec moyens techniques**, afin d'avoir une vue dans les locaux ou résidence d'un avocat (ou d'un médecin), prévue par les articles 47*sexies* et 56*bis*, alinéa 3 et 4 du Code d'instruction criminelle,
- **l'infiltration**, qui consiste à introduire un fonctionnaire de police, sous une identité fictive, dans un cabinet d'avocat afin qu'il y entretienne une relation durable avec cet avocat, en vue d'y rassembler des preuves de la commission d'une infraction, prévue par les articles 47*octies* et 56*bis*, alinéa 3 et 4 du Code d'instruction criminelle,
- le **contrôle visuel discret**, qui consiste pour les enquêteurs à pénétrer dans la résidence ou le cabinet d'un avocat (ou d'un médecin), à son insu, en vue d'y inspecter les lieux, de réunir des preuves ou d'installer des moyens techniques dans le cadre d'une observation, prévu les articles 89*ter* et 56*bis*, alinéa 3 et 4 du Code d'instruction criminelle,
- **l'écoute directe**, qui consiste à s'introduire dans la résidence ou le cabinet d'un avocat (ou d'un médecin) pour y poser des micros en vue d'y enregistrer des conversations ou des communications, prévue par l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle¹⁸⁷.

Les garanties prévues sont, à chaque fois, du même ordre : seul un juge d'instruction a le pouvoir d'ordonner pareille mesure ; l'avocat (ou le médecin) est lui-même soupçonné d'avoir commis une infraction prévue à l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle ou une infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* du Code pénal ou des faits précis permettent de présumer que des tiers soupçonnés d'une de ces infractions utilisent la résidence ou le cabinet d'un avocat (ou d'un médecin) pour les commettre ; le président de l'Ordre communautaire¹⁸⁸ (ou le représentant de l'Ordre provincial des médecins. Cette loi vise aussi les méthodes particulières de recherche mises en œuvre à l'égard des journalistes et, dans ce dernier cas, c'est le président de l'Association des journalistes professionnels qui doit être averti) doit être préalablement averti¹⁸⁹.

Malheureusement, sauf pour les écoutes directes et les écoutes téléphoniques, les textes ne prévoient pas le sort qu'il y a lieu de réserver aux informations couvertes par le secret professionnel qui seraient ainsi surprises. Pour les deux types d'écoutes, il est prévu que les enregistrements, transcriptions et traductions des conversations ouvertes par le secret seront déposés, sous pli scellé, au greffe correctionnel (article 90*ter*). Il serait logique d'adopter une solution identique dans les trois autres cas. On ne voit pas comment toute autre solution pourrait être considérée comme compatible avec l'article 458 du Code pénal et les principes fondamentaux de notre ordre juridique.

¹⁸⁶ Cass. Fr., 22 mars 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1019. Outre nos observations citées ci-dessus, voyez O. DUFOUR, « Le secret de l'avocat victime des vapeurs toxiques du bismuth », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2016, p.6 ; D. PIAU, « Le bâtonnier, protecteur et confident nécessaire de ses confrères, là est la victoire, et elle est belle ! », *Dalloz actualité*, 6 avril 2016 ; C. INGRAIN, R. LORRAIN, L. SAENKO, « Le secret professionnel de l'avocat balayé par les écoutes téléphoniques », *Gaz. Pal.*, 12 avril 2016, p. 19. Dans le même sens, T.G.I. Paris, prés., 9 octobre 2014, *Gaz. Pal.*, 29 mars 2015, p. 7. Sur cette question en général, voyez J.P. BUYLE, « Les communications entre l'avocat et le bâtonnier sont couvertes par le secret professionnel », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruylant, 2014, p.537.

¹⁸⁷ Un arrêt proprement sidérant de la Cour de cassation de France semble admettre que des enregistrements clandestins de conversations entre un avocat et son client, effectués par un tiers, ne soient pas nécessairement écartés des débats : Cass. fr., 31 mars 2012, n° 11-85464, *Bettencourt*. On mettra cet arrêt en relation avec notre jurisprudence *Antigone* : voyez *infra*, 5.9.

¹⁸⁸ C'est donc cette fois le président d'AVOCATS.BE ou de l'O.V.B. qui doit être averti, et non le bâtonnier.

¹⁸⁹ Pour plus de détails sur ces questions, voyez A. JACOBS, « Les méthodes particulières de recherche – Aperçu de la loi du 6 janvier 2003 », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Formation permanente CUP, vol. 67, décembre 2003, p. 85.

On notera que par arrêt du 21 décembre 2004, la Cour d'arbitrage a partiellement annulé la loi du 6 janvier 2003, notamment en ce qu'elle prévoyait que le recours aux méthodes particulières de recherche n'était pas entouré de garanties de procédure suffisantes (contrôle par un juge indépendant et impartial)¹⁹⁰.

5.8 CENTRES DE CONSULTATIONS JURIDIQUES

Les consultations données par des avocats dans des centres de consultations juridiques, soit dans des entreprises privées, soit dans des **centres d'accueil** ou autres "Infor" doivent l'être dans un bureau réservé à cet usage, de manière à préserver le secret professionnel¹⁹¹.

5.9 LA CONFIDENTIALITÉ DES CORRESPONDANCES ÉCHANGÉES ENTRE L'AVOCAT ET SON CLIENT

Tous les secrets contenus dans les correspondances échangées entre client et avocat sont, bien sûr, couverts par le secret professionnel. Ce caractère perdure après le **décès** du client.

Cela implique tout d'abord une série de devoirs pour l'avocat. Il lui appartient de sécuriser les échanges qu'il a avec son client. Cela appelle des précautions en matière de stockage des dossiers (on ne peut admettre, par exemple, que des classeurs ou des armoires contenant des dossiers soient rangés dans des endroits accessibles aux clients, comme la salle d'attente), en matière d'archivage (même remarque, mutatis mutandis) ou de destruction des archives, de formation des secrétaires (qui doivent être averties qu'elles participent au secret pour toutes les informations confidentielles qu'elles apprennent par leur fonction) et, bien sûr, de sécurisation des correspondances électroniques et des données électroniques (ce qui explique les obligations mises à charge des avocats par le Code de déontologie d'AVOCATS.BE du 19 mai 2008 relatif à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication, notamment en matière de sécurisation des correspondances électroniques : articles 4.9 à 4.13 du Code de déontologie¹⁹²), ainsi que des communications téléphoniques¹⁹³. Les incroyables progrès de la technique et les révélations d'Edward Snowden sur les pratiques de surveillance gouvernementale de masse ne peuvent que nous rendre particulièrement attentifs au respect de ces exigences^{194/195}.

Mais ces règles ont aussi pour fin une protection des intérêts des clients et de l'avocat lui-même.

¹⁹⁰ C.A., 21 décembre 2004, arrêt 202/2004.

¹⁹¹ Code de déontologie, article 126.2.B.d.

¹⁹² Voyez à cet égard « Les bonnes pratiques en matière informatique », *La Tribune d'AVOCATS.BE*, n°100, du 6 octobre 2016,

¹⁹³ Relevons à cet égard que certains opérateurs de communications offrent des garanties de confidentialité bien insuffisantes pour que des avocats y recourent. Tel est, par exemple, le cas de *Skype* (<https://www.amnesty.be/newsletter/les-conversations-sur-skype-doivent-rester-privées>). D'autres opérateurs sont plus respectueux de la confidentialité, comme *WhatsApp*.

¹⁹⁴ Sur ce point, voyez P. HENRY, « Il faut sauver le soldat Harpocrate », *Emile & Ferdinand*, décembre 2013, pp. 3-5.

¹⁹⁵ L'U.J.A. de Paris organisait, sur ces questions, un colloque pratique le 10 novembre 2015 : *Secret professionnel en danger : bunkerisons nos cabinets ! Comment chiffrer et crypter nos données confidentielles, en assurer la sûreté et la confidentialité à l'ère de la surveillance gouvernementale (et non-gouvernementale...) de masse ?* Voyez aussi les *Conseils du C.C.B.E. pour le renforcement de la sécurité informatique des avocats contre la surveillance illégale* : http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/IT_LAW/ITL_Guides_recommandations/FR_ITL_201_60520_CCBE_Guidance_on_Improving_the_IT_Security_of_Lawyers_Against_Unlawful_Surveillance.pdf. Voyez sur ce sujet S. CUOMO, « La protection des données des avocats : présentation des recommandations du CCBE ... », *L'Observateur de Bruxelles*, janvier 2017, p. 26. Dans le même sens, S. LATASTE, « La responsabilité professionnelle de l'avocat et la conservation des données », *Gaz. Pal.*, 2017/32, p. 46.

Un arrêt de la Cour de cassation appelle, à cet égard, une attention particulière. Le Cour y décide que "*Le secret professionnel qui lie l'avocat a pour objet les confidences et les secrets de son client. L'article 458 du Code pénal ne s'oppose pas à ce que le client, protégé par ledit article, produise, pour assurer sa défense en justice, le courrier échangé avec son conseil*"¹⁹⁶.

Telle que la Cour l'exprime, cette affirmation me paraît beaucoup trop tranchée. Si l'on peut admettre que le secret professionnel ne puisse servir de paravent à des fraudes et, notamment, qu'il ne puisse être invoqué par un avocat pour se soustraire à des poursuites exercées contre lui, il me paraît dangereux de poser en principe que le client serait toujours libre de produire n'importe quel fragment de la correspondance qu'il a échangée avec son avocat pour tenter de se disculper d'une accusation portée contre lui et, éventuellement, de reporter l'accusation sur son conseil.

Celui-ci, comme le faisait d'ailleurs observer Roger RASIR dans le commentaire qu'il consacrait à cet arrêt, pourrait alors, pour répondre à ces accusations, produire l'ensemble de la correspondance. Que resterait-il du secret ?

C'est à raison que la Cour de cassation de France, dans un arrêt du 6 avril 2004¹⁹⁷, décide dès lors que « *l'obligation au secret professionnel, établie 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, de sorte que l'avocat ne peut en être délié par son client* ».

Jean CRUYPLANTS et Marc WAGEMANS expriment une opinion plus nuancée dans leur dernière étude consacrée au secret professionnel. S'ils considèrent, comme Roger RASIR, que l'on ne peut autoriser le client à choisir, au gré de ses intérêts, de produire ou de ne pas produire les correspondances que son avocat lui a adressées, ils admettent qu'à titre exceptionnel, le client puisse opter pour cette production, lorsqu'elle seule serait de nature à le disculper¹⁹⁸. Tout est donc question d'espèce et de proportionnalité¹⁹⁹. Cette solution, quoique délicate à l'usage, est séduisante.

Elle est également défendue par Yvon HANNEQUART dans un commentaire qu'il consacre à deux arrêts de la Cour suprême du Canada²⁰⁰. Selon cet enseignement, le secret professionnel ne devrait céder que pour autant que (1) les renseignements que l'accusé cherche à obtenir par le secret protégé ne puissent être obtenus par d'autres moyens licites et que (2) cet accusé soit incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. SI tel est le cas, (3) la divulgation ne pourra porter que sur les éléments du dossier nécessaire pour susciter ce doute raisonnable et, (4) avant d'être versés au débats, les éléments recueillis devront être soumis à l'accusé qui est libre de décider s'il souhaite, en définitive, en faire usage.

¹⁹⁶ Cass. 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 5 et obs. critiques de R. RASIR « Une défaite pour le secret professionnel » ; *R.W.*, 1998-1999, 817 et obs. A. VANDEPLAS, « Over het beroepsgeheim van de advocaat » ; voyez aussi les commentaires d'Y. HANNEQUART, dans le *Jour. Proc.*, 1998, n° 344, p. 15 et 16. *Adde* Gand, 16 décembre 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 270 : « *Sans préjudice des règles déontologiques régissant les rapports entre avocats, l'article 458 du Code pénal n'empêche pas le client – personne protégée par le secret professionnel contenu dans cette disposition légale – de rendre publique la correspondance échangée avec son propre avocat lorsqu'il l'estime être dans son intérêt* » ; civ. Charleroi, 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 111 et obs. P. HENRY, « Les consultations des avocats sont-elles, par nature, confidentielles ? », confirmé par Mons, 16 février 2004, *J.T.*, 2005, p. 582. Le tribunal de première instance de Bruxelles précise que l'on ne pourrait admettre la production par un client d'une lettre qui lui a été adressée par son avocat que pour autant que cette production soit indispensable pour contrecarrer une demande de la partie adverse : civ. Bruxelles, 9 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 692.

¹⁹⁷ Cass. fr., 6 avril 2004, *Gaz. Pal.*, 30 mai 2004, p. 6.

¹⁹⁸ J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 578.

¹⁹⁹ C'est la solution adoptée par les juridictions canadiennes. Voyez l'arrêt *McClure*, ci-avant cité, note 19.

²⁰⁰ Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, *Brown*, et 2 mars 2001, *McClure*. Voyez à ce sujet, Y. HANNEQUART, « Lettre à Jacques Henry », in *J.L.M.B.*, 2007, p. 572.

La chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles s'est manifestement inscrite dans cette perspective en décidant, par un arrêt du 26 janvier 2011, que « *le secret professionnel de l'avocat, règle d'ordre public, couvre les correspondances échangées entre un avocat et son client. Toutefois, cette règle ne s'oppose pas nécessairement à ce que le client, qu'il soit prévenu ou partie civile, produise pour assurer sa défense en justice le courrier échangé avec son conseil, pour autant que cette production soit indispensable au respect de ses droits de défense. Il ne peut cependant en aller ainsi lorsque les correspondances produites contiennent des propositions confidentielles en vue du règlement amiable du litige, dès lors que le client a été clairement averti du caractère confidentiel des négociations et avait mandaté son conseil pour qu'il y participe* »²⁰¹.

Comment concilier ces principes avec la jurisprudence **Antigone** de la Cour de cassation ?

On sait que, par son arrêt du 14 octobre 2003, la Cour de cassation a affirmé que « *la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement, ni indirectement, soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable* »²⁰².

Elle a ensuite étendu cette jurisprudence à la matière civile²⁰³.

Et cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 24 octobre 2013, insérant un nouvel article 32 dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale²⁰⁴.

Selon ces nouveaux principes, la preuve illicite ne sera écartée des débats que si, soit l'irrégularité porte atteinte à sa crédibilité, soit la violation porte atteinte au droit à un procès équitable, soit l'appréciation des intérêts en cause justifie une telle sanction²⁰⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a avalisé cette jurisprudence par son arrêt *Lee Davis / Belgique* du 28 juillet 2009²⁰⁶. La loi du 24 octobre 2013 l'a consacrée²⁰⁷.

Par son arrêt du 30 avril 2014, vivement critiqué, la Cour de cassation semble d'ailleurs avoir ajouté un quatrième critère permettant de sauver la production d'une preuve irrégulièrement reconnue : il faudrait encore que son écartement soit conforme à « l'idéal de justice »²⁰⁸.

La Cour d'appel de Bruxelles a jugé qu'il en était ainsi dans le cas qu'elle a tranché le 26 janvier 2011. La Cour de cassation avait également jugé que le secret professionnel faisait obstacle à

²⁰¹ Bruxelles, ch. mises acc., 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 428 et obs. P. HENRY, « Le conflit entre le secret professionnel et les droits de la défense ».

²⁰² Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1607, concl. DE SWAEF, *rev. dr. pén.*, 2004, p. 617, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405 et obs. F. KUTY « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement » ; voyez aussi Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, 2226.

²⁰³ Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 584 et obs. R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... ».

²⁰⁴ *Doc. Parl.*, Chambre, 2012-2013, n°53-0041/2.

²⁰⁵ Voyez, pour une étude d'ensemble sur cette question, B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour « Antigoon » », *J.T.*, 2012, p. 165.

²⁰⁶ Voyez aussi arrêt *Kalniéniené / Belgique* du 31 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 477.

²⁰⁷ Pour une analyse détaillée de la jurisprudence Antigone et de ses suites, voyez A. MASSET, « Le régime des nullités en procédure pénale », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale* Formation permanente CUP, vol. 148, p. 98.

²⁰⁸ Cass., 30 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1364 et obs. M.-A. BEERNAERT, « Antigone, le prince et " l'idéal de justice " ».

l'usage d'une lettre irrégulièrement recueillie dans un arrêt, il est vrai de peu antérieur, du 27 janvier 2000²⁰⁹.

Le secret professionnel de l'avocat, au contraire de celui d'autres professions, trouve son fondement non seulement dans l'article 8 de la Convention des droits de l'homme (respect de la vie privée) mais aussi dans son article 6 (droit à un procès équitable). La jurisprudence *Antigone* ne devrait donc pas permettre d'accueillir une preuve obtenue en violation du secret professionnel²¹⁰.

Mais jurera-t-on qu'elle considérera toujours que la production d'une correspondance adressée par un avocat à son client viole le droit à un procès équitable ? Cela n'est pas certain, en tout cas si les avocats ne prennent pas la précaution de rappeler le caractère confidentiel de leurs consultations²¹¹.

Au-delà, je suis d'avis que, contrairement à la règle inscrite dans la loi française du 7 avril 1997²¹², toute correspondance échangée entre un avocat et son client n'est pas toujours couverte par le secret.

Un avocat peut parfaitement adresser à son client une **consultation destinée à être rendue publique**. Par nature, celle-ci sera officielle et pourra être produite. Rien n'interdit évidemment à l'avocat de signer cette consultation et je ne vois pas que le fait que cette consultation soit dactylographiée sur du papier à lettres d'avocat plutôt que sur un papier sans en-tête (ce qui est considéré par certains comme étant préférable) y changerait quoi que ce soit²¹³.

De même, pourquoi un client ne pourrait-il adresser à un tiers copie de la correspondance qu'il adresse (ou a adressée) à son avocat ? Ce faisant, fait-il autre chose que reconnaître que les éléments contenus dans cette correspondance ne sont pas confidentiels ? A partir de ce moment, je

²⁰⁹ Cass., 27 janvier 2000, *Pas.*, 2000, 224 et *J.L.M.B.*, 2000, p. 1195 et note F. APS.

²¹⁰ Ce raisonnement n'est donc pas transposable pour les preuves recueillies en violation du secret d'autres professionnels. Pour une illustration, voyez Liège, 17 septembre 2014, inédit : la Cour, en s'appuyant explicitement sur la loi du 24 octobre 2013, admet la production d'un certificat médical *post mortem*, établi en violation patente du secret professionnel, dans le cadre d'un litige successoral où la capacité du testateur était contestée.

²¹¹ C'est ce que décide la Cour de cassation de France dans son arrêt « horribilissima », selon l'expression de B. de BELVAL et J. VILLACEQUE, du 31 mars 2012, ci-avant cité, *Gaz. Pal.*, 24-26 juin 2012, p. 18. Elle admet la licéité de la production par un employé d'un enregistrement d'une conversation entre son employeur et son avocat.

²¹² Voyez ci-avant, chapitre 2, § 2.

²¹³ La cour d'appel de Besançon est allée nettement plus loin par son arrêt du 24 novembre 1982 (*J.T.*, 1983, p. 447 et obs. P. LAMBERT, « Un client peut-il produire en justice une lettre de son avocat ? »), en autorisant un client à produire une lettre de son ancien conseil lui communiquant une proposition transactionnelle formulée par le conseil de son adversaire. Elle se fonde sur le fait que l'avocat n'avait pas mentionné le caractère confidentiel de sa correspondance. Cette solution soulève deux questions. D'une part, l'avocat qui avait omis d'indiquer que sa correspondance était confidentielle n'a-t-il pas engagé sa responsabilité, vis-à-vis de son confrère et du client de ce dernier ? D'autre part, n'eût-il pas fallu considérer que la lettre produite était objectivement couverte par le secret et devait dès lors être écartée des débats ? Telle est la solution professée par J. STEVENS (*op. cit.*, p. 615) et adoptée par la cour d'appel de Versailles dans une autre espèce (Versailles, 28 avril 1982, *J.T.*, 1982, p. 45).

Sous l'empire de la loi du 7 avril 1997, la question serait nécessairement résolue différemment puisque la loi française considère dorénavant que toute correspondance entre avocats ou toute correspondance échangée entre un avocat et son client est couverte par le secret. La Cour de cassation française vient d'adopter une interprétation tout à fait stricte de cette règle : voyez sur ce point, Cass. fr., 4 février 2003, *J.C.P.*, 2003, II, 10035 et les obs. de C. RAOULT, *Gaz. Pal.*, 15 avril 2003, p. 8, et B. VAN DE MOORTELE, « Confidentialité et secret professionnel : pour en finir avec la confusion », *Gaz. Pal.*, 4 mai 2003, p. 6 ; D. PIWICA, « Ce que l'on ne peut dire, faut-il le taire ? », *Gaz. Pal.*, 29 octobre 2003, p. 39. En ce qui concerne les correspondances entre avocats, la loi du 11 février 2004 est venue remettre un peu d'ordre en précisant qu'elles n'étaient confidentielles que si leur caractère officiel n'avait pas été expressément indiqué. Pour un cas d'application un peu étonnant, voyez Y. AVRIL, « Précisions sur le secret professionnel de l'avocat », *Gaz. Pal.*, 14 février 2010, p. 18, à propos d'un arrêt de la Cour de cassation de France du 14 janvier 2010 : il s'agissait de la production par un expert-comptable, qui avait assisté un client dans une transaction commerciale, conjointement avec un avocat, d'une lettre de ce dernier définissant l'honoraire de résultat auquel ils auraient tous deux droit en cas de succès ; la Cour autorise cette production (la lettre portait la mention de son officialité) en se fondant sur le caractère triangulaire de la correspondance (adressée par l'avocat tant au client qu'à l'expert-comptable).

vois mal comment on pourrait considérer que pareil document est couvert par le secret²¹⁴. Dans le cas ici envisagé, l'avocat et son client sont, dès l'origine, d'accord sur le caractère non confidentiel des informations contenues dans la correspondance. Tout autre est la situation lorsqu'il s'agit, le cas échéant sous des pressions émanant de tiers, de reconnaître qu'une information qui, à l'origine, était confidentielle ne le serait plus et pourrait dès lors faire l'objet d'une publicité.

Quoi qu'il en soit, le fait que l'on autoriserait ainsi un client à produire une correspondance qu'il a adressée à son avocat ne pourrait en tout cas entraîner qu'un **tiers** puisse exiger la production de pareil document ou, *a fortiori*, de la réponse qu'il a reçue²¹⁵.

De même, les **notes d'entretien**, prises tant par le client que par son avocat, sont couvertes par le secret et ni le ministère public, ni les tiers ne peuvent les saisir ou en demander la production²¹⁶. Dans son arrêt précité du 25 juin 2001²¹⁷, la Cour d'appel de Bruxelles s'est exprimée de façon tout à fait claire sur ce point : le secret s'étend aux lettres adressées par l'avocat à son client, par le client à son avocat²¹⁸, par l'avocat à ses confrères et correspondants avocats pour la défense de ses clients, mais uniquement en ce que ces correspondances relatent des confidences et secrets du client, ainsi qu'aux annexes confidentielles, relatives à la défense des intérêts du client et qui ne peuvent être dissociées de la correspondance elle-même ; ainsi, les projets de lettres, propositions confidentielles ou projets d'actes de procédure joints à une correspondance confidentielle sont également couverts par le secret, au contraire de pièces officielles en relation avec l'objet de l'infraction reprochée au client, tels que des actes de procédure déjà signifiés ou notifiés ou de lettres adressées à l'avocat, en tant que mandataire de son client, par l'administration fiscale, ou telles que des pièces officielles comme des instructions données par le client à un organisme bancaire²¹⁹.

²¹⁴ Telle est la solution adoptée par le tribunal de première instance de Charleroi, puis par la Cour d'appel de Mons, dans l'espèce précitée : civ. Charleroi, 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 111 et obs. P. HENRY, « Les consultations des avocats sont-elles, par nature, confidentielles ? » ; Mons, 16 février 2004, *J.T.*, 2005, p. 582 et obs. J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 565 et suivantes, spéc. p. 578. L'hypothèse était la suivante. Dans le cours d'une procédure, un avocat conseille à son client de déposer plainte contre un de ses confrères, qui a formulé, dans un acte de procédure, de graves accusations contre lui. Le client suit ce conseil mais est débouté. Le confrère qui faisait l'objet de la plainte introduit, à son tour une demande de dommages et intérêts contre son confrère et il souhaite produire la lettre adressée par son confrère au plaignant. A partir d'une analyse des faits de la cause, les juridictions saisies du litige arriveront à la conclusion que l'avocat qui avait conseillé la plainte, avait, dès l'abord, entendu donner à son courrier un caractère public et elles en admettront donc la production.

²¹⁵ Corr. Bruxelles, 20 février 1998, *J.T.*, 1998, p. 361.

²¹⁶ Notons cependant une jurisprudence dissonante, bien critiquable, de la Cour de cassation de France. Par un arrêt du 16 octobre 2012 (*Gaz. Pal.*, 12/11/2012), elle admet la saisie par un policier d'un billet remis, dans la salle d'accueil du Tribunal, au sortir d'une audience pénale, par un avocat à son client Selon elle, « *les billets échangés entre un avocat et son client dans la salle d'accueil d'un tribunal, circulant à découvert, ne répondent pas à la notion de correspondance protégée, au sens de l'article 432-9 du Code pénal* ».

²¹⁷ Bruxelles, 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735.

²¹⁸ Voyez, sur ce point, Cass., 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 526.

²¹⁹ Les juridictions européennes ont été saisies d'une espèce particulièrement intéressante de ce point de vue. La commission a saisi un certain nombre de pièces à charge d'une société néerlandaise AKZO, dans le cadre d'une procédure ayant trait à la régularité de ses pratiques concurrentielles. Parmi les documents saisis figurent des notes prises en vue de soumettre certaines questions aux avocats de la firme, des notes prises à l'occasion d'entretiens avec ces avocats, ainsi que des courriels échangés entre la direction et un conseiller juridique interne inscrit au barreau. Les pièces contestées ont été placées sous enveloppe fermée. Par une ordonnance du 30 janvier 2003 (T-125/03R et T-253/03R, inédit à ce jour), le président du tribunal de première instance des communautés européennes a considéré que les premiers documents devaient rester provisoirement scellés jusqu'à ce que l'affaire soit jugée au fond, tandis que les courriels pouvaient être utilisés, la Commission s'étant engagée à n'en donner aucune communication à des tiers. Le président de la Cour de justice a réformé cette ordonnance par une ordonnance du 27 septembre 2004 (C-7/04P), en estimant que l'engagement de la Commission de ne pas divulguer les documents à des tiers assuraient une protection suffisante de la société, dans la mesure où il appartiendrait à la juridiction de fond d'apprécier si les documents étaient couverts par le secret et, dans l'affirmative, de les écarter, si bien qu'il n'y avait pas de risque de préjudice et, partant, pas l'urgence qui justifie la compétence de la juridiction des référés. La Cour de justice de l'Union européenne a mis un terme définitif à cette saga par son arrêt du 14 septembre 2010 (*J.L.M.B.*, 2010, p. 1400; pour un premier commentaire, voyez Y. REPIQUET, « Après l'arrêt AKZO NOBEL », *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2010, p. 16).

Une des conséquences de ces principes est que l'avocat qui, à la suite d'une erreur, recevrait une **correspondance couverte par le secret qui ne lui était pas destinée** ne pourrait en faire usage et devrait la restituer à son expéditeur maladroit²²⁰. De même, la lettre qu'un client destine à son avocat mais envoie, par erreur, à la partie adverse est couverte par le secret professionnel et ne peut être utilisée en justice²²¹.

La confrontation entre ces principes et les nouvelles règles relatives à la **transparence administrative** suscite de nouvelles questions. On sait qu'en vertu des divers décrets et lois sur l'accès à l'information en matière administrative²²², les citoyens ont maintenant le droit de prendre connaissance et copie des actes et documents administratifs. Peuvent-ils, par ce biais, obtenir communication des consultations que les avocats de l'administration lui ont adressées ? De même, l'administration peut-elle verser pareilles consultations dans les dossiers administratifs qu'elle communique sans requérir au préalable l'accord de l'avocat qui les lui a délivrées ?

Mon opinion a toujours été que les consultations adressées par ses avocats à l'administration sont couvertes par le secret professionnel, ce qui les fait, de droit, échapper à l'obligation de transparence. Tout comme la production de ces documents ne pourrait être requise en justice, sur le pied des articles 872 ou 877 du Code judiciaire, elle ne peut l'être sur la base des lois applicables en matière d'accès à l'information en matière administrative. Le secret professionnel est d'ordre public. Il est considéré comme un principe général de droit. A défaut d'une dérogation expresse contenue dans un texte de nature légale, il ne peut s'effacer. Il me semble difficile d'admettre que les différents textes qui ont consacré la transparence administrative y aient implicitement dérogé (et si certains voulaient leur donner cette portée, il me semble qu'il serait indispensable d'interroger la Cour constitutionnelle quant à la conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution de pareille interprétation)²²³. A la suite du Conseil d'Etat de France, qui avait déjà consacré cette solution par deux arrêts du 27 mars 2005, notre Conseil d'Etat l'a également adoptée dans un arrêt du 28 janvier 2009²²⁴.

²²⁰ La solution est constante. Voyez E. JAKHIAN, « Loyauté, confidentialité et secret », in *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, p. 168 et 169, avec référence à la résolution du Barreau de Bruxelles, « Confidentialité – loyauté » (lettre du Barreau de Bruxelles, décembre 1992, p. 37) ; J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p.568 ; la Commission européenne des droits de l'homme a d'ailleurs rejeté le recours introduit auprès d'elle par un avocat bruxellois qui contestait une décision de son bâtonnier lui interdisant de faire usage d'une correspondance échangée entre son adversaire et son conseil, que ce dernier avait enliassée par erreur avec le dossier qu'il lui communiquait (Comm. Eur. D. H., 31 août 1993, *Spandre*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-25436>).

²²¹ Conseil de l'Ordre français des avocats de Bruxelles, 19 novembre 1996, *Tableau*, 1997, n° 9, p. 3

²²² Voyez article 32 de la Constitution, loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration fédérale, décret du 22 décembre 1994 de la Communauté française, décret du 30 mars 1995 de la Région wallonne, décret du 16 octobre 1995 de la Communauté germanophone, Tous ces décrets et lois instituent une Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) chargées de statuer sur les recours introduits par les citoyens contre les refus de communication de documents administratifs qui leur seraient opposés par les administrations concernées. Les décisions de ces CADA sont susceptibles de recours au Conseil d'Etat. Voyez pour plus de détails, P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, 2002, Première partie, Chapitre 2, Section I, § 4 « La transparence administrative ».

²²³ En ce sens, Conseil de l'Ordre français des avocats de Bruxelles, *Lettre du Bâtonnier*, 22 février 2000, p. 253. Un ancien arrêt du Conseil d'Etat, antérieur au mouvement de la transparence administrative, décide également que le secret professionnel fait obstacle à ce qu'une consultation adressée à une administration par son avocat soit versée au dossier administratif (arrêt n° 8.645 du 8 juin 1961, *Delhauteur*, *J.T.*, 1962, p. 171, avec avis conforme de Ch. HUBERLAND). Voyez, pour plus de détails sur cette question, P. HENRY, « Les consultations des avocats sont-elles, par nature, confidentielles ? », *J.L.M.B.*, 2002, p. 115.

²²⁴ Plusieurs Commissions d'accès aux documents administratifs, tribunaux administratifs et, même, la Cour administrative de Paris, avaient décidé que les principes de transparence administrative imposaient que, ou les consultations adressées par les avocats aux administrations soient purement et simplement soumises à publicité, ou, en tout cas, elles soient soumises au juge administratif, qui devrait déterminer si elles sont couvertes par le secret. Le Conseil d'Etat de France a condamné cette solution par deux arrêts du 27 mai 2005 (*Gaz. Pal.*, 10 juin 2005, p. 5). La prééminence du secret professionnel sur les exigences de la transparence administrative est donc clairement affirmée. Notre Conseil d'Etat suit cette solution dans un arrêt *Commune de Lochristi*, du 28 janvier 2009. Voyez M. JOASSART, « Le secret en droit administratif », in *Le secret*, Anthemis, 2017, p. 15, n°21.

Plus délicate encore est la question de la confrontation entre le secret professionnel et **le droit qu'ont les conseillers communaux de prendre connaissance de tout acte, toute pièce concernant l'administration de leur commune**. Une circulaire du 19 janvier 1990 du ministre de l'intérieur et de la fonction publique²²⁵ énonce en effet que « *le droit de regard s'étend à tous les documents d'intérêt communal se trouvant à l'administration communale. Ceci signifie que, de même, les études, les documents, la correspondance qui font état de données de fait, d'avis de tiers ou de l'état d'avancement d'un dossier, peuvent être consultés par les conseillers communaux* ».

Peut-on adopter, quant à cette question, la même solution que celle que vient de consacrer le Conseil d'Etat en matière de transparence administrative ?

Concédonc que la question n'est pas tout à fait identique. Les conseillers communaux bénéficient de ce droit d'accès pour exercer leur mission de gardien de l'intérêt communal et celle-ci serait mise en péril s'ils ne pouvaient prendre connaissance de l'ensemble des éléments sur lesquels le bourgmestre ou le collègue ont assis leurs décisions.

Peut-être faut-il admettre, dès lors, que, sauf exceptions (conflit d'intérêts, informations touchant à la vie privée ou aux droits de défense, par exemple), le conseiller communal ait accès à ces informations, mais sous la précision que cet accès ne fait pas perdre à ces consultations leur caractère secret et qu'il sont donc tenus de le respecter (ce qui pourrait être utilement rappelé à l'attention des conseillers par un règlement portant sur ce droit d'accès des conseillers communaux, à adopter par le Conseil communal lui-même sur la base de l'article L1122-10 CDLD).

Reste que, comme je l'indiquais ci-dessus, on ne voit pas pourquoi une administration ne pourrait pas officiellement consulter un avocat pour obtenir de lui, tout aussi officiellement, un avis sur une question qu'elle se pose ou un acte qu'elle se propose d'adopter. Elle pourrait d'ailleurs légalement décider, pour motiver son acte, de se référer à ladite consultation, ce qui l'obligerait, en vertu des principes qui régissent la motivation des actes administratifs individuels, à l'y annexer²²⁶.

La plus grande prudence sera donc conseillée aux avocats concernés. Qu'ils s'assurent, en adressant leurs conseils à leurs clientes personnes publiques, au besoin par une mention expresse sur leur correspondance, que celle-ci est bien confidentielle, de façon à ce que leur consentement quant à une éventuelle production ne puisse être ni présumé, ni supposé. Qu'ils vérifient au préalable quelle est la destination qui sera donnée à leur lettre. Qu'ils soient aussi conscients que la pratique de la double consultation (une consultation assurée destinée à être produite et une consultation plus réservée, confidentielle, qui fait état de certains doutes quant aux solutions exposées dans la première) paraît difficilement compatible avec l'obligation de transparence qui pèse sur l'administration, pour autant d'ailleurs qu'elle puisse être considérée comme compatible avec l'obligation de loyauté qui incombe à l'avocat.

5.10 DÉFENSE SOCIALE ET DROIT DES JEUNES

L'article 16 de la loi du 1er juillet 1964 sur la défense sociale, l'article 55 de la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse et l'article 11 du décret sur l'aide à la jeunesse²²⁷ prévoient que

²²⁵ Moniteur belge du 25 janvier 1990, p. 1052.

²²⁶ Le Conseil d'Etat a ainsi considéré qu'il était légitime, pour un collègue des bourgmestre et échevins amené à répondre, dans le cadre d'une action disciplinaire, aux conclusions prises par l'avocat du prévenu, de solliciter une consultation d'un avocat et de motiver sa sentence par une référence à la consultation ainsi obtenue (arrêt n° 78.374 du 27 janvier 1999, *Hourman-Doyen*).

²²⁷ Cet article a fait l'objet d'un recours à la Cour d'arbitrage, introduit par une association de défense des jeunes qui estimait que cette disposition était discriminatoire en ce qu'elle réservait la connaissance de certains éléments du dossier aux seuls avocats, à l'exclusion des parties elles-mêmes et des services d'aide à la jeunesse. Le recours a été rejeté par l'arrêt n°21/2000 du 23 février 2000, *J.D.J.*, juin 2000, n° 196, p. 35. La Cour a confirmé cette jurisprudence par ses arrêts n° 45/2002 du 20 février 2002 et 153/2004 du 15 septembre 2004, rendus sur des questions préjudicielles posées, d'une part, par des victimes qui s'étaient constituées parties civiles à l'égard de parents d'enfants

certaines parties des dossiers ne sont mises à la disposition des avocats que **sans qu'elles puissent être communiquées ni à leur client, ni à la partie civile.**

Il est interdit à l'avocat de se dessaisir de ces documents, même à l'égard de son client. Il apprécie, sous sa responsabilité, dans quelle mesure il peut révéler à son client la teneur des documents qui lui ont été remis.

On sera attentif à ce que la règle n'est pas la même dans tous les barreaux. A Bruxelles, par exemple, on considérait que si l'avocat estimait nécessaire, pour combattre certains éléments du dossier, de les révéler à son client, il devait, au préalable, solliciter une audience du président de la Commission de défense sociale (Loi de défense sociale) ou du bâtonnier (Loi sur la protection de la jeunesse) pour solliciter leur autorisation. Cette solution me semble contraire à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1974²²⁸ rendu en matière de protection de la jeunesse, mais applicable, à mon sens, par identité de motifs, en matière de défense sociale.

Dans un autre ordre d'idées, l'avocat qui, en recevant son client, se rend compte que celui-ci n'est plus maître de ses actes, pourrait-il se considérer comme une « personne intéressée » au sens de l'article 5 de la loi sur la protection de la personne des malades mentaux et adresser au juge de paix une requête de mise en observation ? La question ne semble pas avoir été étudiée, mais elle a été dernièrement posée au bâtonnier de Liège. La notion de personne intéressée est entendue de façon très large par nos juridictions. Elle comprend notamment les travailleurs sociaux. C'est donc bien en termes de secret professionnel qu'elle doit être posée. J'aurais personnellement tendance à appliquer à cette situation les principes dégagés dans le chapitre consacré à l'état de nécessité (5.5). Ce n'est que s'il estime que l'état de son client est à ce point dégradé qu'il fait courir à lui-même ou à des tiers un péril grave, certain et imminent que l'avocat pourra agir²²⁹.

5.11 INTERCEPTION ET SAISIE DU COURRIER - CORRESPONDANCE ET CONTACTS AVEC LES DÉTENUÉS

1. Nous avons vu (*supra*, 5.9) que les correspondances échangées entre un avocat et son client étaient, en principe, couvertes par le secret professionnel.

Comme toutes autres correspondances, elles sont également garanties par les articles 29 de la Constitution et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui organisent le secret des lettres²³⁰. Ces dispositions n'offrent cependant pas au courrier une protection absolue, puisque celui-ci peut être intercepté et saisi et dans les conditions prévues par l'article 46^{ter} du Code d'instruction criminelle²³¹.

Cependant, l'article 88^{sexies}, §1^{er}, alinéa 3, du même Code prévoit des garanties spécifiques pour l'ouverture du courrier échangé entre un avocat et son client : il ne peut l'être que par un juge d'instruction (c'est la règle générale) et seulement si l'avocat est lui-même soupçonné d'avoir commis

faisant l'objet de mesures protectionnelles, d'autre part, par des parents d'enfants faisant l'objet de pareilles mesures, qui, chacun se plaignaient de n'avoir pas accès à ces éléments.

²²⁸ *Pas.*, 1974, I, 657.

²²⁹ Il me semble n'y avoir pas de raison de tenir un raisonnement différent lorsque c'est en sa qualité d'administrateur provisoire des biens d'une personne inapte que l'avocat agit, puisque l'administrateur provisoire est également tenu au secret professionnel et que son mandat judiciaire ne porte que sur la gestion des biens.

²³⁰ Le secret des lettres couvre, évidemment, non seulement les correspondances distribuées par le service postal, mais également celles qui sont distribuées par des sociétés privées ou simplement acheminées par leur émetteur. En revanche, il ne couvre pas les courriers électroniques qui sont assimilés à des moyens de communication télématiques et visés par des dispositions spécifiques (*supra*, § 5. 7). Pour plus de détails sur ces questions, voyez A. JACOBS, « Les méthodes particulières de recherche – Aperçu de la loi du 6 janvier 2003 », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Formation permanente CUP, vol. 67, décembre 2003, p. 122.

²³¹ A. JACOBS, *loc. cit.*

une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus, et après avertissement donné au bâtonnier.

Si, après ouverture, le juge estime ne pas devoir maintenir la saisie, ce qui doit, notamment, être le cas s'il découvre que les courriers sont couverts par le secret professionnel, mais non s'ils renferment la preuve de la commission par l'avocat de l'infraction qui justifie la saisie, le courrier est restitué à l'opérateur postal pour qu'il en assure la remise à son destinataire.

2. La correspondance échangée entre l'avocat et son client détenu est également couverte par le secret professionnel. Pour assurer sa conservation, l'avocat écrira ses nom, adresse et qualité sur l'enveloppe qui contient le courrier destiné à son client.

L'avocat ne peut évidemment abuser de cette faculté et en profiter pour adresser à son client des correspondances qui seraient étrangères aux nécessités de sa défense.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu, sur ce sujet un très important arrêt, qui tempère le caractère absolu de cette garantie. Un sieur ERDEM, de nationalité turque, soupçonné d'appartenance à une organisation terroriste et détenu, avait vu la correspondance qu'il échangeait avec son avocat interceptée et ouverte. Il dénonçait une violation de l'article 8 de la convention, qui garantit le secret de la correspondance. La Cour rappelle tout d'abord que « *la confidentialité de la correspondance entre un détenu et son défenseur constitue un droit fondamental pour un individu et touche directement les droits de la défense* ». Une dérogation à cette garantie ne peut être autorisée que « *dans des cas exceptionnels et doit s'entourer de garanties adéquates et suffisantes* ».

La Cour considère cependant qu'il n'y a pas en l'espèce, violation de la convention. Elle relève tout d'abord qu'un certain nombre de garanties entourent l'exception au principe de l'inviolabilité des correspondances. D'une part, les lettres interceptées sont remises à un magistrat indépendant, tenu au secret professionnel, qui ne peut avoir aucun rôle dans l'instruction elle-même et qui a pour seule mission d'examiner si les correspondances contiennent des éléments qui démontrent que le détenu tente de poursuivre son activité ou d'assurer la pérennité de son organisation. D'autre part, la Cour relève que le contrôle est limité puisque seules les correspondances sont ouvertes, le détenu conservant la possibilité de s'entretenir librement avec son avocat.

La Cour rappelle ensuite « *qu'une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels est inhérente au système de la convention* ». Elle conclut que l'ingérence dénoncée n'était pas « *disproportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis* »²³².

La Cour a précisé sa jurisprudence dans un arrêt *Eylem Kaya / Turquie* du 13 décembre 2016. Elle y décide que « *Les autorités pénitentiaires ne peuvent ouvrir une lettre échangée entre un détenu et son avocat que si elles ont des motifs plausibles de penser qu'il y figure un élément illicite non révélé par les moyens normaux de détection, mais elles ne peuvent toutefois pas la lire. Il y a lieu de fournir des garanties appropriées pour empêcher la lecture de ce type de lettres, qui consistent par exemple en l'ouverture de l'enveloppe en présence du détenu. La lecture d'une lettre d'un détenu à destination ou en provenance d'un avocat ne peut être autorisée que dans des cas exceptionnels, si les autorités ont lieu de croire à un abus de privilège en ce que le contenu de la lettre menace la sécurité de l'établissement ou d'autrui ou revêt un caractère délictueux d'une autre manière. En tout état de cause, les dérogations au principe de confidentialité de la correspondance d'un détenu avec son défenseur doivent s'entourer de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Tel n'est pas le cas lorsque la correspondance est ouverte par l'administration pénitentiaire elle-même, de façon systématique* »²³³.

²³² arrêt *Erdem* du 5 juillet 2001. En revanche, la Cour a, à plusieurs reprises, condamné des Etats qui interceptaient les correspondances échangées entre détenus et avocats sans démontrer que ces restrictions à la liberté de s'entretenir librement avec son conseil étaient justifiées par la nécessité de la répression des infractions, proportionnées au but poursuivi et assorties de garanties procédurales strictes, passant nécessairement par l'intervention d'un magistrat : voyez, notamment, arrêts *Golder / Royaume-Uni* du 21 février 1975, *Klass et autres / R.F.A.* du 6 septembre 1978, *Campbell et Fell / Royaume-Uni* du 28 juin 1984, *Schoenenberger et Durmaz / Suisse* du 20 juin 1988, *Fox, Campbell et Hartley / Royaume-Uni* du 30 août 1990, *S. / Suisse* du 28 novembre 1991, *Campbell / Royaume-Uni* du 25 mars 1992, *A.B. / Pays-Bas* du 29 janvier 2002. Adde arrêt *Foxley/Royaume-Uni* du 20 juin 2000, qui condamne le Royaume-Uni à la suite de l'interception du courrier qu'un avocat adressait à son client failli, par le syndic de la faillite (curateur).

²³³ Arrêt *Eylem Kaya / Turquie*, 13 décembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 152.

3. En revanche, la Cour a affirmé à plusieurs reprises le **droit du détenu à s'entretenir avec son avocat** « hors de portée d'ouïe d'un tiers », qui ne pouvait être réduit par des justifications telles que la gravité des infractions commises ou le risque que l'avocat coordonne la défense de son client avec celles d'autres prévenus, ce qui est son droit le plus strict²³⁴.

5.12 DOMICILE DU CLIENT – CASIER JUDICIAIRE – LISTE DE CLIENTS

Le **domicile** d'un client peut, dans certaines hypothèses, être une information de nature confidentielle²³⁵. Dans ces hypothèses, il ne peut être révélé à des tiers, et notamment pas à l'avocat auquel on succéderait, même si celui-ci sollicite ce renseignement dans le cadre d'une récupération d'honoraires.

De même, l'existence et le contenu d'un **casier judiciaire** sont également couverts par le secret professionnel.

Le conseil de l'Ordre de Liège a eu l'occasion de le confirmer récemment à propos de l'espèce suivante, qui met également en évidence certaines des difficultés liées à la coexistence de mandats « protection juridique » et « responsabilité civile »²³⁶. A l'occasion d'un accident de roulage, le tribunal de police condamne un assuré et lui refuse le bénéfice du sursis « en raison d'antécédents ». L'assureur s'étonne de cette motivation et envisage une action récursoire pour réticence dolosive. Il demande à l'avocat, qui assumait la défense commune de l'assureur (mandat « responsabilité civile ») et de l'assuré (mandat « protection juridique »), de lever une copie du casier et de la lui communiquer.

Le conseil de l'Ordre considérera que, si l'on ne peut évidemment reprocher à l'avocat d'avoir transmis le jugement à l'assureur, on ne peut l'autoriser à aller au-delà. Il ne peut accepter la mission de rassembler des éléments complémentaires qui servent les intérêts d'un de ses clients contre l'autre. Il y va du strict respect du secret professionnel dû par l'avocat à son client assuré²³⁷.

Au-delà, le **fait même de la consultation** peut être couvert par le secret. Ainsi, classiquement, on considérerait qu'un avocat n'était pas autorisé à révéler qu'il avait été consulté par telle ou telle personne, même (et surtout) à fin publicitaire. Il faut bien admettre, aujourd'hui, que ce principe n'est plus guère respecté : les annuaires professionnels (comme le *Legal 500*) et les sites des grands cabinets d'avocats reproduisent souvent les noms des principaux clients qui leur font confiance. Il est vrai qu'il est difficile, pour ce type de clientèle, de considérer que le fait de la consultation de tel ou tel cabinet est une information de nature confidentielle. Il nous semble dès lors qu'il convient d'être plus prudent. Le nom du client peut être une information couverte par le secret. Il ne l'est pas nécessairement. Mais, en tout cas, l'accord du client doit toujours être certain sur la révélation – même à fin publicitaire – du fait de sa consultation.

La Cour d'arbitrage a fait application de ce principe en annulant les dispositions (article 8, 2°) de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce qu'elles portaient que les déclarations de conflits d'intérêts, que les curateurs désignés doivent adresser au

²³⁴ arrêts *S. / Suisse* du 28 novembre 1991, *Brennan / Royaume-Uni* du 16 octobre 2001 ou *Ocalan / Turquie* du 12 mars 2003. Voyez sur ce point D. SPIELMANN, «Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, p. 41. Un deuxième arrêt *Ocalan* du 18 mars 2014 paraît néanmoins moins strict.

²³⁵ G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p. 11.

²³⁶ Sur l'ensemble de la problématique posée par le cumul des mandats « protection juridique » et « responsabilité civile », voyez ci-après, n° 5.17. *Adde* L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 55 ; M. WAGEMANS, *Recueil de règles professionnelles : barreau de Bruxelles*, 1999, p. 345, n° 468.

²³⁷ Conseil de l'Ordre de Liège, 8 février 2000, *Cahiers de déontologie*, Liège, n°4, avril 2000, p. 2

président du tribunal de commerce pour permettre à celui-ci de s'assurer de leur indépendance, seraient versées au dossier de la procédure, ce qui aurait pour effet qu'elles soient rendues publiques, en violation du secret professionnel²³⁸.

On ne pourrait ainsi admettre qu'un avocat diffuse, sous quelque prétexte que ce soit, la liste de ses clients, en tout cas sans l'accord exprès de ceux-ci²³⁹. C'est dans cet ordre d'idées que les avocats français se sont émus, à juste titre, d'une disposition qui prévoyait que le parquet encodait dans des banques de données une série d'informations relatives aux prévenus qui comparaissent devant les juridictions correctionnelles. Même si l'on ne peut parler, à cet égard, de violation du secret professionnel (puisque'il ne s'agit, dans ce cas, que de l'enregistrement de données que le parquet détient), ils y voient une dangereuse atteinte à la vie privée²⁴⁰. Une préoccupation du même type a conduit AVOCATS.BE à introduire un recours en annulation contre la loi du 30 juillet 2013 qui supprime l'exonération de la T.V.A. sur les honoraires d'avocat, en ce que cette loi ne prévoit pas de dispense de l'obligation d'adresser au SPF Finances un listing reprenant les clients auxquels des états d'honoraires ont été adressés, ce qui permet au SPF d'opérer des croisements dans le cadre des contrôles qu'il effectue, en violation de données couvertes par le secret²⁴¹.

Ce principe entre actuellement en contradiction avec le principe de transparence de **l'attribution des marchés publics**. Il est de plus en plus souhaité que les désignations d'avocats par des autorités publiques ou administratives fassent l'objet d'une réelle mise en concurrence, surtout lorsqu'il s'agit de marchés de consultance ou de contrats d'abonnement portant sur l'ensemble d'un contentieux (la mission de défense d'une autorité politique reposant, quant à elle, sur des relations de confiance qui se prêtent certainement moins à ce type de mise en concurrence et qui pourraient justifier qu'on y fasse exception). Dans ce cadre, il est généralement demandé aux soumissionnaires de produire des références, c'est-à-dire, le plus souvent, des indications relatives aux missions analogues qu'ils ont déjà assumées. Peut-on l'admettre ? Cela ne pose guère de problème si la référence a trait à une mission précédemment exercée pour le compte de la même autorité. Mais s'il s'agit d'une mission confiée par une autre autorité ou une personne privée (morale ou physique), pareille révélation semble constituer une entorse aux principes ci-avant exposés. Il est évidemment difficile de considérer que le fait d'avoir remporté un marché *public* constitue une information *confidentielle*^{242/243}. De même, la révélation du nom d'un client (pour lequel on a plaidé, mis en demeure, cité, conclu et plaidé) ne peut être considérée comme constituant la révélation

²³⁸ C.A., 24 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1080. L'arrêt valide le principe de la déclaration de contrariété d'intérêts et ne porte donc que sur la question de sa publicité. Il porte donc une exception au secret professionnel, en ce que la déclaration est portée à la connaissance du président du tribunal. Cette exception est justifiée par la théorie du secret relatif. La théorie du conflit des valeurs justifie qu'il soit fait exception au secret pour permettre au président de s'assurer de l'impartialité du curateur, mais non pour permettre aux tiers de le vérifier eux-mêmes.

²³⁹ En ce sens, M. BENICHO, « Quel secret pour les acteurs judiciaires ? », *Gaz. Pal.*, 18 février 2003, p. 70.

²⁴⁰ Arrêté du 18 juin 1999 portant création d'un traitement automatisé d'informations à caractère personnel relatif à la gestion du suivi des affaires pénales par le Parquet général des cours d'appel. Voyez sur ce sujet, R.-V. CATALAYUD, « L'arrêté du 18 juin 1999 et le secret professionnel des avocats », *Gaz. Pal.*, 7-8 janvier 2000, p. 13.

²⁴¹ Ce recours est pendant devant la Cour constitutionnelle. C'est dans son cadre que la C.J.U.E. vient de répondre à une question préjudicielle que la Cour constitutionnelle lui avait posée sur le principe même de l'exonération (Cour constitutionnelle, 13 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1896 ; C.J.U.E., 28 juillet 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1264).

²⁴² Le secret professionnel s'oppose ainsi à ce qu'un avocat produise, à l'appui de sa soumission pour un marché public de services juridiques, les consultations qu'il a adressées, dans la même matière, à ses clients. Cependant, rien ne s'oppose à ce qu'il produise de pareilles consultations pour autant qu'il en ait occulté les éléments nominatifs ou confidentiels susceptibles de permettre l'identification du client auquel elles étaient destinées. Le tribunal administratif de Lyon a censuré l'autorité publique qui avait entendu interdire à des soumissionnaires avocats de présenter d'autres références que leurs publications et curriculum vitae (Trib. Adm. Lyon, 28 octobre 2004, *Gaz. Pal.*, 14 novembre 2004, p. 22 et obs. J.J. ISRAËL).

²⁴³ Le bâtonnier Vincent THIRY défendait une position plus restrictive : « Les marchés publics de services juridiques : nouvelle concurrence et déontologie », in *C.D.P.K.*, 2010, p. 108. Dans le même sens, G. COLLET, « Passation des marchés publics de services juridiques et déontologie de l'avocat », *A.J.D.A.*, 2009, p. 746. En revanche, Jean BOURTEMBOURG défend une thèse proche de la miennne, allant même jusqu'à admettre la production de références privées, soit de l'accord du client, soit quand le fait de l'intervention de l'avocat pour ce client est notoire (« Sélection qualitative, secret professionnel et références », *Publicum*, 2010/11, p.5).

d'une confiance, particulièrement si elle s'effectue de l'accord de ce client. Le nouveau règlement d'AVOCATS.BE sur les appels d'offres et marchés publics de services juridiques (25 mars 2013, articles 5.36 à 5.39 du Code de déontologie) s'inspire largement de ces principes. Il autorise l'avocat qui participe à pareil appel d'offres ou marché public à révéler le nom des clients pour lesquels il intervient ou est intervenu dans la matière concernée, ainsi qu'à fournir des informations en rapport avec l'objet du marché dans les dossiers qu'il traite ou a traités. Il est évidemment précisé qu'en aucun cas les informations communiquées ne peuvent avoir trait à la vie privée, qu'elles doivent se limiter aux éléments objectifs strictement nécessaires et qu'elles doivent s'autoriser de l'accord préalable et certain (ce qui n'exclut pas nécessairement qu'il soit tacite) des clients et tiers éventuellement concernés.

Plus délicate encore est la question de l'adhésion au **Registre facultatif des représentants d'intérêts** que la Commission et le Parlement de l'Union européenne entendent imposer aux lobbyistes et, donc, aussi aux avocats lobbyistes. Il s'agit de les obliger de déclarer les noms des clients dont ils représentent les intérêts et qui leur assurent une part significative de leur chiffre d'affaires (afin, bien sûr, de vérifier leur degré d'indépendance). Cette question pose frontalement celle de la compatibilité de certains de nos principes avec l'élargissement du périmètre de notre profession²⁴⁴. L'assemblée générale d'AVOCATS.BE a considéré le 17 janvier 2011 que le nom du client dont on représente les intérêts dans le cadre d'un lobbying n'est pas une information confidentielle. La question de la communication du chiffre d'affaires était plus délicate. Mais, à partir du moment où la Commission décide que le lobbying (activité dont on peut admettre qu'elle puisse être exercée par les avocats même si elle ne fait pas partie du cœur de leur mission) n'est une activité licite que dans ces conditions de transparence, il n'y a pas d'obstacle à ce que les avocats se soumettent à cette obligation. C'est en ce sens que les barreaux belges ont donc pris position.

La même question se pose lorsqu'un avocat accepte des **missions spécifiques**, telles celles de conseiller en *compliance*, de délégué à la protection des données personnelles (*data controller*)²⁴⁵, d'agent sportif ou d'agent d'artiste, de syndic d'immeuble ou de récepteur de messages lancés par des lanceurs d'alerte. Pour autant que ces missions soient compatibles avec la profession d'avocat, ce qui doit à chaque fois être vérifié *in casu*, les règles relatives au secret ne s'y applique pas nécessairement toujours de la même façon, ni vis-à-vis de toutes les données recueillies. Dans certains cas, la mission n'est que le prolongement d'une mission d'avocat, et les principes relatifs au secret professionnel devraient donc s'y appliquer. Dans d'autres, il s'agit de missions spécifiques, qui peuvent se révéler inconciliables avec le secret, voire, d'ailleurs, avec une mission de conseil.

A un niveau moins élevé, on précisera qu'il appartient aux avocats de refuser de **communiquer à l'administration fiscale une copie des rapports qu'ils adressent au Bureau d'aide juridique** en vue d'obtenir les points nécessaires à leur rémunération. Cette communication, qui permettrait à cette administration d'avoir connaissance de données confidentielles n'est nullement justifiée par l'objet de sa demande : vérifier la période couverte par les prestations auxquelles correspond la rémunération déclarée. Il suffit, par rapport à ces exigences de communiquer une copie « anonymisée » des désignations (en n'y laissant plus apparaître que le n° de la désignation).

De même, en réponse à une **demande, émanant du fisc**, de production de notes de téléphone ou de souches de restaurant, on ne pourra admettre que la transmission de relevés sur lesquels tous éléments permettant d'identifier les clients auront été effacés²⁴⁶.

Cette conception traditionnelle a été ébranlée par un jugement du tribunal de première instance de Bruges²⁴⁷. Un couple d'avocats refusait de communiquer au fisc les éléments qui auraient permis à celui-ci de vérifier les montants des honoraires que leur avaient versés leurs clients :

²⁴⁴ Le séminaire de déontologie organisé par le barreau de Lyon le 19 septembre 2009 y était consacré. J.P. BUYLE et J.B. LENAERTS abordent cette question dans leur analyse « Le monopole de l'avocat : privilège anachronique ou impérative nécessité ? », in *Les monopoles professionnels*, Anthemis, 2010, p. 78.

²⁴⁵ Le barreau de Bruxelles vient d'adopter un règlement sur l'exercice de la mission de délégué à la protection des données personnelles par ses avocats (juin 2017).

²⁴⁶ *Forum* du barreau de Bruxelles, 2007, n° 122, p. 4.

²⁴⁷ Civ. Bruges, 27 avril 2009, *Le courrier fiscal*, 2009, p. 539

compte honoraires, compte tiers, fiches comptables par dossier, noms et adresses des clients. Malgré l'appui que leur avait accordé leur bâtonnier, les avocats avaient été déboutés. Le tribunal estimait que considérer que ces éléments sont couverts par le secret reviendrait à faire bénéficier les avocats « d'un laissez-passer pour manipuler des transactions financières avec leurs clients sans aucune possibilité de contrôle ». On y retrouvait l'idée que si le secret ne peut être le paravent de fraudes, il ne peut y être fait exception que dans la stricte mesure nécessaire au juste établissement de l'impôt. La Cour d'appel de Gand apportera néanmoins une solution plus orthodoxe à ce conflit en décidant que l'avocat est tenu de produire les documents et livres visés aux articles 315 et suivants du C.I.R. 1992 mais moyennant la suppression des données personnelles des clients, comme l'avait suggéré le bâtonnier²⁴⁸. La Cour de cassation a confirmé cette solution par un arrêt du 19 octobre 2012²⁴⁹.

Ces principes entrent donc en collision frontale avec les nouvelles obligations qui assujettissent les avocats à la T.V.A. Outre l'obligation de communiquer à l'administration un listing nominatif des factures qu'ils adressent à leurs clients assujettis, AVOCATS.BE et les autres associations qui ont introduit devant la Cour constitutionnelle un recours en annulation contre la loi du 30 juillet 2013, qui supprime l'exemption de la T.V.A. sur les prestations d'avocats, dénoncent aussi le fait que le Code de la T.V.A. ne comprend pas de disposition identique à l'article 334 du Code des impôts sur le revenu qui confère au bâtonnier le droit d'arbitrer souverainement les conflits survenant entre un avocat et l'inspection de la T.V.A. quant à l'application du secret professionnel et à l'impossibilité pour l'avocat de produire une pièce qui révélerait une donnée protégée par le secret. Par son arrêt du 13 novembre 2014, la Cour constitutionnelle n'a pas tranché la question, posant, au préalable, plusieurs questions préjudicielles à la C.J.U.E. sur la validité même de la loi et sa compatibilité avec les instruments fondamentaux du droit européen²⁵⁰. Après l'arrêt de la C.J.U.E. du 8 juillet 2016, qui répondait à ces questions préjudicielles, la Cour a cependant estimé, par son arrêt du 23 février 2017²⁵¹, que les atteintes au secret professionnel dénoncées ne trouvaient pas leur origine dans la décision attaquée, si bien qu'elle ne pouvait en connaître. La question reste donc ouverte.

Des négociations sont aujourd'hui ouvertes entre les Ordres et le Ministère des Affaires économiques qui permettraient de dégager une solution ménageant dans les intérêts légitimes du fisc que les exigences du secret professionnel. Elle devrait s'inspirer du régime prévalant en matière d'impôts sur le revenu, mais en ouvrant un droit de recours auprès du Conseil de discipline d'appel.

5.13 DEMANDE DE RENSEIGNEMENTS ÉMANANT D'UN EXPERT COMPTABLE

Il est fréquent que les experts-comptables ou réviseurs d'entreprise sollicitent des avocats des renseignements relatifs aux litiges que ceux-ci diligents pour compte de leurs clients communs.

Ces informations peuvent être communiquées par les avocats à ces experts-comptables et réviseurs d'entreprise.

On rappellera cependant que ceux-ci ne sont pas tenus aux règles du secret professionnel ou, en tout cas, pas tenus au secret professionnel dans les mêmes conditions que les avocats.

²⁴⁸ Gand, 15 juin 2010, *R.A.B.G.*, 2010, p. 1244, *T.G.R.*, 2012, p. 65, *Fiscologue*, n° 1237, 11 février 2011, p. 7. Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, voyez S. SCARNA et Fr. HERBECQ, « L'avocat et son secret professionnel face à l'administration fiscale et face à ses obligations déclaratives en matière de blanchiment : comment « bien faire » ? », in *Le droit fiscal en 2017*, Formation permanente CUP, 2017, vol. 1972, p. 169.

²⁴⁹ Cass., 19 octobre 2012, F.11.0063.N.

²⁵⁰ Cour constitutionnelle, 13 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1896. La C.J.U.E. a répondu à la question préjudicielle par son arrêt du 28 juillet 2016 (*J.L.M.B.*, 2016, p. 1264) mais sans aborder cette question, qui ne lui était pas posée. La Cour suprême du Canada a prononcé deux jugements le 3 juin 2016 sur des problématiques comparables. Elles donnent raison aux thèses développées par les barreaux (jugements *Chambre des notaires du Québec* et *Thompson* ; voyez M. BEAUDOIN, « Une victoire importante pour le barreau », *Le Journal du barreau du Québec*, juillet/août 2016, p. 8).

²⁵¹ *J.L.M.B.*, 2017, p. 496.

Une très grande prudence est dès lors recommandée²⁵². L'avocat doit s'assurer que, compte-tenu des obligations qui pèsent sur le professionnel avec lequel il correspond, les informations confidentielles qu'il lui communique ne pourront être révélées.

Dans une lettre adressée aux membres de son barreau, le bâtonnier de Bruxelles les a d'ailleurs invités, avant de répondre favorablement à ces demandes, de vérifier auprès de leurs clients si la demande avait bien reçu leur accord²⁵³. Cela ne pose pas de difficultés lorsque la demande de renseignement émane du client lui-même mais doit faire l'objet d'une vérification lorsque la demande est transmise par le réviseur.

5.14 POURPARLERS

“Le secret professionnel est absolu. Il couvre non seulement tout ce qui s'est dit dans le cabinet de l'avocat, la correspondance échangée entre l'avocat et son client et celle échangée entre les avocats des différentes parties en présence ainsi que les pourparlers et les négociations entre conseils. Il est donc rappelé que non seulement le contenu de ces négociations, mais aussi le fait même de leur existence, sont couverts par le secret professionnel. Il est donc interdit d'y faire allusion dans notamment une assignation, une requête ou des conclusions” (Conseil de l'Ordre de Liège - 1975-1976).

Je ne puis partager la rigueur de cette interprétation. Selon moi, sauf si les parties ont décidé que l'existence même des pourparlers était également confidentielle, il doit être permis aux avocats de révéler que des pourparlers ont lieu ou ont eu lieu, en se gardant cependant bien de préciser quel en fut le contenu et quelles sont les raisons pour lesquelles la négociation a échoué. Il serait d'ailleurs déloyal de nier l'existence de pourparlers ou de spéculer sur leur caractère secret pour, par exemple, tenter d'en tirer un avantage procédural. Ainsi, l'avocat qui conclurait à la tardiveté d'une action (par exemple en référés), en prétendant interdire à son adversaire de justifier le délai qu'il a mis à introduire l'action par l'existence des pourparlers, se verrait certainement imposer par le bâtonnier soit de renoncer à l'argument, soit, si cela était nécessaire, d'avouer cette existence. Il ne pourrait en être autrement que si les parties étaient expressément convenues que l'existence même des pourparlers serait confidentielle²⁵⁴.

5.15 TRANSMISSION D'UN DOSSIER RÉPRESSIF ET SECRET DE L'INSTRUCTION

La loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information a assez largement modifié les principes applicables en matière d'accès aux dossiers répressifs.

Désormais, l'inculpé non détenu et la partie civile ont le droit de demander au juge d'instruction de consulter la partie du dossier répressif concernant les faits ayant conduit à l'inculpation ou à la constitution de partie civile (articles 61bis et 61ter, §1er, du Code d'instruction criminelle).

Ils ne peuvent cependant faire usage des renseignements ainsi obtenus que dans l'intérêt de leur défense, à la condition de respecter la présomption d'innocence et les droits de la défense

²⁵² Voyez tout particulièrement les conseils prodigués par T. DUPONT, J.-Ph. LEBEAU et D. MATRAY, « Secret professionnel, déontologie et antiblanchiment », in *Tribunaux, barreaux et révisorat d'entreprises : actualité de leur collaboration et actualités en droit des affaires*, Maklu, 2012, pp. 229 sqs.

²⁵³ Lettre du bâtonnier de Bruxelles, octobre 1977, p. 44

²⁵⁴ Voyez, dans ce sens, en matière de médiation, Comm. Bruxelles (référés), 5 février 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 559 : « Lorsqu'une convention prévoit qu'en cas de conflit, les parties pourront recourir à la médiation et que tant les communications échangées dans ce cadre que l'existence même de la médiation seront couvertes par la confidentialité, le juge des référés est compétent pour ordonner, sous peine d'astreinte, à la partie qui introduit une procédure d'arbitrage en faisant mention de l'existence de la médiation, de retirer cette mention de son acte introductif ».

des tiers, la vie privée et la dignité de la personne, sans préjudice du droit de demander l'exécution d'un acte d'instruction complémentaire (article 61ter, §4, alinéa 2 du même code).

Un article 460ter a été inséré dans le Code pénal, qui érige en infraction l'**usage abusif du droit de consultation du dossier répressif**²⁵⁵.

Ces articles doivent aujourd'hui être combinés avec les règles qui, jusqu'ici, présidaient à la communication des copies de dossier répressif.

L'article 59 du *Codex* de Liège, Verviers, Marche et Eupen, remanié il y a quelques années²⁵⁶, définit les principes qui doivent être respectés dans les différents cas de figure qui peuvent se présenter.

Il distingue deux hypothèses :

- *soit la délivrance d'une copie du dossier est soumise à autorisation du parquet*

Dans ce cas, l'avocat ne peut se dessaisir de cette copie en faveur de son client ou d'un tiers que s'il y a expressément été autorisé par le parquet et il ne peut faire usage des éléments du dossier à d'autres fins que celles qui ont été exposées dans sa lettre de demande au parquet.

Il garde cependant le droit d'informer son client des éléments contenus dans le dossier mais il le fait sous sa responsabilité, dans les limites des règles déontologiques et dans le respect de l'article 61ter, §4, du Code d'instruction criminelle.

- *soit la délivrance d'une copie du dossier n'est pas soumise à autorisation* (tel est le cas d'un prévenu ou d'une partie civile constituée ou, après jugement, de toute partie qui souhaite apprécier l'opportunité d'un recours)

Dans ce cas, l'avocat peut confier à son client ou, éventuellement, à son conseil technique, la copie d'un dossier répressif, en leur faisant les recommandations de prudence et de délicatesse adéquates, et après avoir attiré leur attention sur le contenu de l'article 460ter du Code pénal.

Trois récentes décisions illustrent la pertinence de ces conseils de vigilance.

Par jugement du 15 septembre 1998²⁵⁷, le tribunal correctionnel de Liège a reconnu la culpabilité d'un avocat qui avait transmis à la presse, dans le cadre de la défense de son client, certains extraits d'un dossier répressif. Le tribunal a constaté que, certes, l'avocat avait agi pour défendre la réputation de son client qui était mise à mal par certaines déclarations des parties adverses et du parquet, mais que ces circonstances ne pouvaient justifier la violation du secret professionnel dont il s'était rendu coupable en transmettant des copies extraites du dossier de l'instruction qui ne lui avait été communiquées qu'en sa qualité de conseil d'une des parties²⁵⁸.

Par arrêt du 20 octobre 1993²⁵⁹, la Cour de cassation de France rappelle qu'un avocat ne peut produire dans un litige un document extrait d'un dossier répressif, qui lui a été communiqué "*pour*

²⁵⁵ Voyez sur ces textes, A. JACOBS, "Le secret de l'information et de l'instruction", in *La loi du 12 mars 1998 réformant la procédure pénale*, CUP-ULg, p. 233 et suivantes.

²⁵⁶ Voyez *Informations brèves de l'Ordre*, Liège, novembre 1998.

²⁵⁷ Corr. Liège, 15 septembre 1998, *Jour. Proc.*, 1998, n° 355, p. 28. Dans le même sens, Gand, 30 novembre 2011, *Pas.*, 1963, II, 127 (dans ce cas, la circonstance que le client avait consenti à la divulgation n'a, logiquement, pas été considérée comme un élément de justification pertinent).

²⁵⁸ On notera que le tribunal reconnaissait, dans le même jugement, que l'avocat aurait pu diffuser des communications ou notes rédigées de sa main, faisant état des informations recueillies à l'occasion de la consultation du dossier. C'est donc bien la communication des copies du dossier qui était constitutive d'infraction.

²⁵⁹ *Gaz. Pal.*, 1994, S.31.

son usage exclusif et sans pouvoir en établir de reproduction", à l'occasion d'une autre procédure, fût-ce en sa qualité de conseil du même client. Dans ce cas aussi, l'avocat est sanctionné (cette fois, au disciplinaire).

Ces enseignements doivent être tempérés par les arrêts que vient de prononcer la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires Mor et Morice. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 2008 avait validé la condamnation d'une avocate qui, pour répliquer à des affirmations – d'ailleurs largement mensongères – de la partie adverse au sujet du contenu d'un rapport d'expertise judiciaire sollicité dans le cadre d'une affaire pénale, avait elle-même révélé des éléments contenus dans ce rapport. La Cour de Strasbourg constate que la révélation était nécessaire à la défense des intérêts de ses clients et, dès lors, qu'elle est justifiée au regard des articles 8 et 10 de la Convention²⁶⁰.

Enfin, d'une façon générale, on rappellera également les principes de prudence qui découlent du règlement d'AVOCATS.BE du 17 mai 2004 relatifs aux relations des avocats avec les médias (articles 7.4 à 7.14 du Code de déontologie). Dans les affaires pénales, un avocat ne peut communiquer aux médias copie des écrits et actes de procédure que pour autant que (1) ceux-ci aient été préalablement communiqués et déposés, s'il y a lieu, (2) les débats soient publics, (3) les autres parties et le ministère public soient prévenus de cette communication, au plus tard au moment où elle a lieu et (4) la loi ne s'y oppose pas²⁶¹.

5.16 RELATIONS AVEC LES COMPAGNIES D'ASSURANCES

Dans une belle étude, Luc DE CAEVEL et Paul DEPUYDT examinent l'incidence du secret professionnel sur les relations entre l'avocat, ses clients et les compagnies d'assurances²⁶².

Lorsque l'avocat intervient dans le cadre d'une assurance **protection juridique**, la procédure d'objectivité prévue par l'article 93 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre implique que l'avocat adresse à la compagnie une consultation sur les chances qu'une action judiciaire présenterait²⁶³. Cet avis est évidemment couvert par le secret professionnel et la partie adverse ne pourrait en exiger la production.

Les compagnies d'assurance protection juridique souhaitent fréquemment être tenues informées de l'évolution de la procédure. Le conseil de l'Ordre français de Bruxelles estime que l'avocat peut « *informer l'assureur en protection juridique de l'évolution du procès, en veillant à ne rien divulguer qui serait couvert par le secret professionnel ou la confiance* »²⁶⁴. Il reste que cette information doit respecter les limites du secret professionnel et qu'il est donc prudent, en présence d'une information qui pourrait présenter une nature confidentielle, de s'assurer de l'accord du client avant de la communiquer à l'assureur.

La situation se complique quelque peu lorsque l'avocat intervient **à la fois dans le cadre d'une assurance protection juridique et d'une assurance responsabilité civile**, assumant la défense des intérêts communs de l'assuré et de l'assureur.

²⁶⁰ Cour Eur. D.H., 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 64 et obs. P. et J. HENRY, « Secret professionnel, liberté d'expression et périmètre de la profession » ; Cour Eur. D.H., 23 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 969.

²⁶¹ Article 6 du règlement, publié au *Moniteur belge* du 18 juin 2004 (*La Tribune*, juin 2004, n° 15, p. 7).

²⁶² L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 53 et suivantes.

²⁶³ Soit l'avis est positif et l'assureur est alors tenu de prendre en charge les honoraires de l'avocat ; soit il est négatif et l'assureur ne sera tenu que si l'assuré, passant outre, décide néanmoins d'entreprendre l'action et aboutit à un résultat favorable.

²⁶⁴ M. WAGEMANS, *Recueil de règles professionnelles – Barreau de Bruxelles*, 1999, p. 346.

Le principe de base est simple. L'avocat ne peut assumer ce cumul que s'il n'y a pas de contrariété d'intérêts entre assureur et assuré. Si pareille contrariété apparaît en cours de litige, il doit alors se déporter de la défense des intérêts tant de l'un que de l'autre.

Qu'advient-il si, en cours de litige, l'assuré révèle à l'avocat une éventuelle cause de refus de couverture ou de déchéance ?

La question est particulièrement délicate. On imagine mal que l'avocat cèle cette circonstance à son client assureur et poursuive son intervention comme si de rien n'était. Son devoir de loyauté s'y oppose. Peut-il pour autant trahir son client assuré en révélant ce que celui-ci ne lui a confié que sous le sceau de la confiance ?

Paul DEPUYDT avait d'abord préconisé une communication confidentielle de l'avocat à l'assureur, celui-ci ne pouvant se prévaloir de l'information pour refuser la couverture et devant l'établir par une autre voie²⁶⁵. Dans son dernier article, il suggère que l'avocat ouvre à son client assuré l'alternative : ou il communique l'information à l'assureur, d'une façon neutre, sans attirer son attention sur les conséquences qu'elle pourrait entraîner ; ou il se déporte, sans explication. Je pense que cette seconde façon d'envisager la difficulté est plus conforme au devoir de loyauté qui s'impose à l'avocat²⁶⁶.

Reste l'hypothèse où l'avocat entre en relation avec son propre **assureur responsabilité professionnelle**.

Un premier principe est certain. Pour les besoins de sa défense, l'avocat peut révéler à son assureur des éléments de nature confidentielle (voyez ci-dessus, n° 5.4)²⁶⁷.

Mais, en sens inverse, l'assureur peut-il exiger de son assuré avocat une communication complète du dossier et décliner sa couverture si celui-ci, prétendant se réfugier derrière le secret professionnel (peut-être pour des motifs tout à fait nobles, mais aussi peut-être parce qu'il souhaiterait ainsi cacher à l'assureur un élément qui amènerait celui-ci à refuser une indemnisation alors que, pour des raisons « commerciales », l'avocat la souhaiterait), refusait cette communication ?

Le secret professionnel ne peut être le paravent de fraudes. Luc DE CAEVEL et Paul DEPUYDT estiment donc qu'il faut, dans ce genre d'hypothèse, donner raison à l'assureur. Il ne me semble pourtant pas qu'il serait illogique, dans de pareilles circonstances, que l'avocat puisse s'adresser à son bâtonnier pour que celui-ci vérifie si le secret professionnel est utilisé à bon escient, c'est-à-dire dans l'unique but de protéger les intérêts légitimes du client.

5.17 LOI DU 5 JUILLET 1998 SUR LE REGLEMENT COLLECTIF DE DETTES - LOI DU 21 FEVRIER 2005 SUR LA MEDIATION

L'article 1675/8 du Code judiciaire, introduit par la loi 5 juillet 1998 sur le règlement collectif de dettes, prévoit une importante exception au secret professionnel. Il est ainsi rédigé :

« A moins que cette mission ne lui ait été confiée par la décision d'admissibilité, le médiateur de dettes chargé d'une procédure de règlement amiable ou judiciaire des dettes peut s'adresser au juge, conformément à l'article 1675/14, § 2, alinéa 3, pour qu'il soit fait injonction au débiteur ou à un tiers de lui fournir tous renseignements utiles sur des opérations accomplies par le débiteur et sur la composition et la localisation du patrimoine de celui-ci.

²⁶⁵ P. DEPUYDT, « Erelonen en deontologische aspecten », in *Verzekeringen en gerechtelijke procedures*, 1996, p. 171.

²⁶⁶ Voyez aussi l'exemple cité ci-avant, n° 5.12, à propos de la communication de données extraites du casier judiciaire de l'assuré.

²⁶⁷ Voyez la résolution du conseil de l'Ordre des avocats de Bruxelles du 25 avril 1972 : « *Ne viole pas le secret professionnel, l'avocat qui fournit des renseignements à l'assureur de sa responsabilité professionnelle, pour autant qu'il ne révèle que ce qui est strictement nécessaire à la défense de ses intérêts. En cas de doute, le bâtonnier sera consulté* ».

En toute hypothèse, le tiers tenu au secret professionnel ou au devoir de réserve ne peut se prévaloir de celui-ci. Les articles 877 à 882 lui sont applicables.”.

Cette exception au secret professionnel de l'avocat (et des autres professions) paraissait difficilement compatible avec les principes ci-avant exposés. On avait beau affirmer que l'introduction d'une requête en règlement collectif de dettes aurait impliqué une obligation de loyauté et de sincérité qui aurait compris une autorisation généralement donnée à tous les confidants nécessaires de révéler les secrets qu'ils détenaient (ils auraient ainsi été relevés de leur *obligation au secret*), on ne voyait pas la raison pour laquelle on aurait ainsi pu priver ces confidants de leur droit d'apprécier en conscience si le secret pouvait ou devait être révélé (soit de faire usage de leur *droit au secret*).

Par son arrêt du 3 mai 2000, la Cour d'arbitrage a annulé partiellement cette disposition : « *S'il est vrai* », énonce-t-elle, « *que la règle du secret professionnel doit céder, lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle* (attendu qui pourrait bien sonner le glas de la théorie du secret absolu), *l'article 1675/8, alinéa 2, du Code judiciaire, qui interdit à tout tiers, et notamment aux avocats, de se retrancher derrière le secret pour refuser de répondre à une injonction de production de renseignements relatifs à la situation patrimoniale d'un requérant en règlement collectif de dettes, établit une levée du secret professionnel absolue et a priori. Si cette exception est justifiée par une renonciation implicite à laquelle procéderait le requérant en introduisant sa demande, il faut constater que cette renonciation, présumée, anticipée, et accomplie sans que celui qui la fait ne puisse évaluer sur quel objet précis elle portera et si elle n'est pas, éventuellement, contraire à ses intérêts, ne peut justifier, au même titre que la théorie de l'état de nécessité ou du conflit de valeurs, une atteinte de cette ampleur à la garantie que représente le secret professionnel* »²⁶⁸.

La question a, malheureusement, rebondi. Le 13 décembre 2005, à la faveur d'une loi programme, une nouvelle version de l'article 1675/8 du Code judiciaire a été réintroduite. Ce nouveau texte prévoyait que, lorsque le juge des saisies recevait la demande d'injonction du médiateur, il recueillait les observations du tiers sollicité, par écrit ou en chambre du conseil et sollicitait, le cas échéant, l'avis de l'autorité ordinaire ou disciplinaire dont ce dernier dépend. Le juge devait ensuite trancher, en motivant spécialement sa décision si celle-ci s'écartait de l'avis de l'autorité ordinaire ou disciplinaire.

Sur nouveau recours de l'O.B.F.G. et de l'O.V.B., cette nouvelle version du texte a été, à nouveau, suspendue puis annulée. La Cour d'arbitrage a réaffirmé que « *L'objectif d'assurer la transparence du patrimoine des requérants en règlement collectif de dettes, afin d'éviter que la procédure soit utilisée de manière abusive par des débiteurs solvables qui occulteraient tout ou partie de leur patrimoine saisissable, ne constitue pas une justification, comparable à l'état de nécessité ou du conflit de valeurs, qui autoriserait le législateur à introduire une exception au secret professionnel des avocats* »²⁶⁹.

Pour le reste, on signalera que la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, qui organisait donc la procédure de médiation familiale, avait prévu une extension du secret professionnel dans les termes suivants :

« Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation en matière familiale sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties et du médiateur en matière familiale pour permettre au juge d'entériner les accords conclus.

« En cas de violation de cette obligation au secret par une des parties, le juge se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont tout de même communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation au secret sont d'office écartés des débats.

²⁶⁸ Cour d'arbitrage, 3 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868 ; *R.G.D.C.*, 2002, p. 452 et obs. A. THILLY, « Une victoire pour le secret professionnel ? » ; voyez aussi les commentaires que G.A. DAL consacre à cet arrêt : G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p. 6.

²⁶⁹ C.A., 14 juin 2006 et 28 juillet 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1128 et obs. J. WILDEMEERSCH, et p. 1291. Le premier de ces arrêts est celui par lequel, pour la première fois, la Cour a fait usage de la possibilité de suspendre une loi « similaire » à une loi déjà annulée, sans qu'il soit besoin que le requérant invoque un préjudice grave et difficilement réparable.

« Sans préjudice des obligations que la loi impose, le médiateur en matière familiale ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile ou administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours d'une médiation en matière familiale.

« L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur en matière familiale » (article 734sexies nouveau du code judiciaire).

Ce luxe de précisions surprenait un peu. La seule référence à l'article 458 du Code pénal n'aurait-elle pas suffi à atteindre l'ensemble des objectifs fixés²⁷⁰ ? Fallait-il voir dans cette profusion l'indice que le législateur avait voulu assurer à ce nouvel intervenant une protection particulière, plus assurée encore, sinon plus étendue, que celle dont bénéficie l'avocat ?

Cette question reste actuelle, puisque la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, qui remplace la précédente, comprend un texte quasi-identique. Le nouveau texte de l'article 1728, § 1^{er} du Code est rédigé comme suit :

« Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans tout autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre au juge d'homologuer les accords de médiation.

« En cas de violation de cette obligation de secret par une des parties, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation au secret sont d'office écartés des débats.

« Sans préjudice des obligations que la loi impose, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile ou administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation.

« L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur ».

Le tribunal du travail de Liège a fait une application anticipée de ces principes dans un jugement du 25 mai 2001, en écartant des débats les rapports de la cellule de médiation d'un C.P.A.S., dans le cadre d'un demande de minimex²⁷¹. On considère que ce principe de confidentialité s'applique à toutes les médiations²⁷².

5.18 REVENUS DU CLIENT – BUREAU D'AIDE JURIDIQUE

Il va de soi que toutes les données relatives à la situation de fortune d'un client et à ses revenus sont couvertes par le secret professionnel²⁷³.

²⁷⁰ Comparez avec la sobriété de la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation déposée par Monsieur FOURNAUX, qui a conduit au texte de la loi du 21 février 2005, et qui se contentait de proposer l'insertion d'un article 1727 dans le Code judiciaire, ainsi rédigé : « Le médiateur est tenu au secret professionnel, selon les termes de l'article 458 du Code judiciaire. Les propos, les notes ainsi que les documents communiqués à titre confidentiel au cours de la médiation ne peuvent être ni produits ni invoqués sans l'accord des parties » (Doc. Parl., chambre, session 1999-2000, doc. 0647/001).

²⁷¹ Trib. Trav. Liège, 25 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1146 et obs. V. d'HUART, « A quand une loi sur la médiation comme mode alternatif de règlement des conflits en toutes matières ? ».

²⁷² J.P. BUYLE, « La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité », *R.D.C.*, 2013, p. 1087.

²⁷³ En ce sens, Cour suprême du Canada, *Descoteaux/Mierzwinski*, cité dans *Le journal du barreau du Québec*, 15 janvier 2004, vol. 36, n°1, p. 9.

Ce principe évident entre en conflit flagrant avec une série d'autres impératifs et, notamment, les règles applicables en matière d'aide juridique.

L'avocat qui apprend, dans le cours de l'instruction d'un litige, que son client bénéficie de ressources qui ne lui permettent pas, ou qui ne lui permettent plus, de prétendre au bénéfice de l'aide juridique peut-il néanmoins adresser au bureau d'aide juridique une demande de paiement des indemnités qui lui sont dues pour son intervention en faveur de ce client ?

La réponse négative s'impose à l'évidence. L'avocat ne peut se rendre complice d'une fraude de son client au préjudice de l'Etat.

Mais comment pourra-t-il alors justifier sa position vis-à-vis du bureau d'aide juridique ? On ne peut concevoir que son obligation au secret lui impose de continuer à assurer la défense de son client²⁷⁴, tandis que son obligation de loyauté lui interdirait de réclamer de quelconques honoraires (ou, ce qui revient au même, lui imposerait d'intervenir gratuitement au profit de ce client pour lequel il n'aura pas nécessairement une sympathie particulière, vu les circonstances...).

Une solution serait que l'avocat propose tout d'abord à son client de signaler les circonstances qui justifient le retrait du bénéfice de l'aide et que, à défaut d'acceptation, il se déporte en signalant simplement que les conditions d'octroi de l'aide ne sont pas, ou plus, remplies, sans autre explication.

Il ne faut cependant pas se cacher que cette solution, qui concilie, à première vue, les différents devoirs qui s'imposent à l'avocat, est susceptible de poser pas mal de difficultés.

Comment le B.A.J. pourra-t-il justifier un retrait de l'aide, alors que les preuves nécessaires ne lui auront, forcément, pas été communiquées (et sinon, devra-t-il désigner un autre avocat, en lui conseillant simplement de prêter une particulière attention au respect des conditions de l'aide. Et *quid* alors, si ce nouvel avocat doit à nouveau se déporter ?) ?

Le « règlement sur l'obligation d'information et le secret professionnel en matière d'aide juridique »²⁷⁵ d'AVOCATS.BE (articles 5.11 à 5.16 du Code de déontologie) ne résout pas complètement cette difficulté. Il impose à l'avocat confronté à cette situation, si son client refuse de renoncer à l'aide juridique, de déposer une requête en indiquant que le client ne remplit plus les conditions prévues par la loi pour bénéficier de l'aide. Il précise que l'avocat, à aucun stade de la procédure ne pourra trahir les confidences reçues. Mais que se passera-t-il lorsque le client viendra contester le retrait, au besoin en introduisant un recours devant le tribunal du travail ? Et, au-delà, faut-il se féliciter que l'avocat

²⁷⁴ Jo STEVENS considère, quant à lui, que le dilemme ici dénoncé n'en serait pas un. Selon lui, « *il est inexact ou, à tout le moins, incomplet de dire qu'en vertu du secret professionnel auquel il est tenu, l'avocat ne peut, à un quelconque stade de la procédure, faire état des confidences reçues de son client. C'est oublier le caractère paradoxal du secret. Il y a dans toute affaire, des confidences que l'avocat, pour la défense de la cause du client et en exécution de la mission qu'il a acceptée, doit rendre publiques au tribunal, aux autorités, aux confrères. Le client le sait et, s'il l'ignore, son avocat doit le mettre au courant. Dans le cadre de l'aide judiciaire, l'avocat a l'obligation légale de s'intéresser à la situation financière de son client, et d'en faire part aux autorités. Il ne s'agit donc pas de données couvertes par son secret professionnel, et il doit avertir son client de cet état de choses* » (J. STEVENS, « Réglementation d'un autre Ordre : le point de vue de l'O.V.B. », in *Déontologie : évolutions récentes et application pratiques*, après-midi d'étude du 16 mai 2003, p. 57).

Je ne puis partager cette opinion, en tout cas totalement. Si l'on peut éventuellement admettre que l'avocat désigné qui rencontre son client pour la première fois et, à la question qu'il pose – en précisant que la réponse ne sera pas couverte par le secret - relativement aux conditions d'octroi de l'aide, reçoit une information qui montre que ces conditions ne sont pas réunies, puisse communiquer ce renseignement au B.A.J., il n'en va pas de même si le renseignement est, ultérieurement, communiqué sous le sceau de la confiance dans le cadre de l'élaboration de la défense. Révéler l'information serait alors trahir la confiance reçue et présumer, de façon générale, que, par le simple fait qu'il a sollicité l'aide juridique le client a, par avance, accepté cette levée du secret professionnel ne me semble pas acceptable. C'est d'ailleurs, *mutatis mutandis*, en se fondant sur ce raisonnement que la Cour d'arbitrage a sanctionné l'article 1675/8, alinéa 2, du Code judiciaire qui consacrait la même exception en matière de règlement collectif de dettes (Cour d'arbitrage, 3 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868 ; *R.G.D.C.*, 2002, p. 452 et obs. A. THILLY, « Une victoire pour le secret professionnel ? » ; voyez aussi les commentaires que G.A. DAL consacre à cet arrêt : G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p. 6).

²⁷⁵ *La Tribune*, n°12, septembre 2003, p. 14.

se contente ainsi de renvoyer la balle à son successeur, en conseillant, certes implicitement mais aussi on ne peut plus clairement, à son client d'être plus prudent avec ce successeur...

En pratique, ces dispositions ne semblent guère, jusqu'ici en tout cas, avoir suscité beaucoup de difficultés. Lorsqu'un avocat demande à être déchargé, l'auditorat entame une enquête. Ou bien il découvre des éléments qui permettent d'exclure le demandeur du bénéfice de l'aide juridique ; ou il n'en découvre pas, et le tribunal accueille le recours, renvoyant ainsi la balle au B.A.J., avec cette conséquence que l'intervention subséquente de l'avocat désigné est légitimée..., même s'il sait qu'elle repose sur des déclarations frauduleuses.

Il est donc difficile de trouver cette solution satisfaisante. Même si le risque de voir un avocat contraint de choisir entre une intervention gratuite au profit d'un client, dont il connaît la malhonnêteté, et l'association à une fraude est réduit, il n'en reste pas moins que, dans certaines hypothèses, des avocats seront confrontés à ce dilemme.

Un système où ce serait le barreau, et lui seul, qui serait juge de ces questions me paraîtrait plus défendable. Il me paraît possible de plaider, le cas échéant devant la Cour constitutionnelle, que tout autre système apporte aux règles applicables en matière de secret professionnel des dérogations qui sont incompatibles avec le principe d'égalité et de non discrimination ?

5.19 SECRET PROFESSIONNEL ET REPETIBILITE DES HONORAIRES D'AVOCAT

Dans un commentaire, j'ai eu l'occasion de montrer que le principe de la répétibilité des frais de défense nécessaires à la récupération du préjudice né d'une faute contractuelle ou extracontractuelle, assis par la Cour de cassation, dans son arrêt du 2 septembre 2004²⁷⁶, sur le principe du droit de la victime à la réparation du préjudice causé par cette faute, entrait frontalement en conflit avec les règles qui gouvernent le secret professionnel de l'avocat²⁷⁷.

En effet, si l'on considère que l'indemnité pour frais de défense doit couvrir exactement la totalité des honoraires réellement et justement payé par la victime à son avocat, on aboutit nécessairement à une vérification du caractère proportionné de l'état d'honoraires, ce qui implique, *a minima*, la production d'un état détaillé (et non d'une simple facture rédigée en deux lignes du type « Doit pour défense dans le cadre du litige X/Y »), révélant l'ensemble des prestations accomplies par l'avocat, et, très probablement, dans de nombreuses hypothèses en tout cas, de l'ensemble du dossier, comme c'est d'ailleurs systématiquement le cas lorsque l'on se trouve dans le cadre d'une contestation d'honoraires (où le problème du secret professionnel ne se pose guère puisque le conflit y oppose, précisément, l'avocat à son client).

Ceci signifierait donc qu'il faudrait communiquer à l'adversaire, les consultations préalables adressées par l'avocat à son client, où l'on trouvera la trace des doutes qui ont été exprimés quant à la possibilité de défendre tel ou tel chef de demande, quant à l'opportunité de mettre telle partie à la cause, quant à la stratégie à suivre, bref autant d'éléments qui pourront être utilisés par l'adversaire soit dans la suite de la procédure (puisque la répétibilité sera sollicitée dans les premières conclusions

²⁷⁶ Cass. 2 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1329, et obs. D. PHILIPPE et M. GOUDEN, « Les honoraires d'avocat et les frais d'expert constituent un élément du dommage » ; *R.N.B.*, 2004, p. 471 et obs. D. STERCKX, « Des frais et honoraires d'avocat et de conseil technique comme élément du dommage » ; *J.T.*, 2004, p. 684, et obs. B. DE CONINCK, « Répétibilité et responsabilité civile : un arrêt de principe » ; *R.G.A.R.*, 2005, 13946, avec les conclusions de l'avocat général A. HENKES ; *R.W.*, 2004-2005, p. 535, avec les conclusions de l'avocat général A. HENKES ; voyez aussi les commentaires de J. ENGLEBERT, « Répétibilité des honoraires d'avocat – Non, la Cour de cassation n'a pas (encore) admis le principe ! », *Jour. Juriste*, n° 35, 19 octobre 2004, p. 4, et ceux de F. GLANSBORFF, « La prise en charge des honoraires d'avocat : un important arrêt de la Cour de cassation », *Jour. Proc.*, 2004, n° 486, p. 4. Pour une analyse des principales questions, théoriques et pratiques, soulevées par cet arrêt, voyez V. CALLEWAERT et B. DE CONINCK, « La répétibilité des honoraires d'avocat après l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004 : responsabilité et assurances », *R.G.A.R.*, 2005, 13944 ; G. CLOSSET-MARCHAL et J. Fr. van DROOGHENBROECK, « La répétibilité des honoraires d'avocat à l'aune du droit judiciaire », *R.G.A.R.*, 2005, 13945 ; C. PARMENTIER, « Le caractère nécessaire de l'intervention de l'avocat, condition de la répétibilité des frais de défense », *J.L.M.B.*, 2005, p. 678.

²⁷⁷ « Répétibilité et secret professionnel : le nœud gordien », *J.L.M.B.*, 2005, p. 702.

déposées et que, même si on ne demande à ce moment qu'un montant provisionnel, il faudra quand même bien le chiffrer entièrement avant la fin de la première instance), soit dans le cadre de l'exercice d'une voie de recours, ordinaire ou extraordinaire, soit dans le cadre d'un autre litige, lié au même contentieux, soit, même, dans le but de nuire à l'adversaire.

On me rétorquera que, si la victime craint que certains éléments contenus dans certaines parties du dossier lui portent préjudice (par exemple, son avocat a examiné l'opportunité d'exercer aussi un recours contre un autre responsable potentiel, mais, après examen approfondi, il lui a semblé que cette mise à la cause devait être déconseillée, soit parce que la solvabilité de ce tiers était insuffisante, soit parce que cela renchérirait la procédure, soit pour des raisons tactiques, et l'on ne souhaite pas communiquer ces éléments à la partie adverse, qui pourrait en tirer argument pour essayer de diminuer sa propre responsabilité), il lui suffit de ne pas solliciter la répétibilité de ces prestations-là, se dispensant ainsi de produire les pièces qui y ont trait.

Mais ce serait oublier que, tout d'abord, il n'est pas si simple d'ainsi fractionner un dossier, les recherches, études et consultations d'un avocat, ainsi que les correspondances qu'il échange avec son client, portant toujours, presque nécessairement, sur différents points qui sont étroitement entremêlés.

Et puis, plus fondamentalement, poser en règle qu'il faut choisir, même partiellement, entre répétibilité et secret, n'est-ce pas nier les principes que l'on vient de consacrer ? Comme l'avait relevé très justement la Cour d'appel de Liège dans son arrêt du 14 décembre 2004²⁷⁸, le droit de « *recourir à un avocat pour soutenir un procès en justice et à s'assurer de la sorte le nécessaire concours d'un professionnel, qui engage d'ailleurs sa responsabilité en la matière* » est un droit fondamental.

Il est lié au droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Imposer, même partiellement, à un justiciable de choisir entre répétibilité et secret professionnel, c'est donc nier son droit à un procès équitable, méconnaître le principe de l'égalité des armes, l'accès à la justice²⁷⁹.

Ce débat a perdu, bien sûr, une bonne partie de son acuité depuis qu'est entrée en vigueur la nouvelle loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des honoraires d'avocats²⁸⁰ puisque cette répétibilité est maintenant assurée par référence à une grille progressive, selon la valeur du litige. Cependant, comme le juge garde la possibilité de moduler le montant accordé à la partie gagnante, en fonction de différents facteurs, dont l'importance des prestations accomplies par son avocat, il n'est pas certain qu'il n'a perdu tout son intérêt. L'application que nos juridictions ont réservées à la loi ne révèle jusqu'ici pas de difficulté : les juges s'attachent à apprécier l'importance des prestations accomplies par l'avocat et non à chercher le montant précis des honoraires qu'ils ont effectivement réclamés à leur client²⁸¹.

5.20 LA LOI DU 11 JANVIER 1993 RELATIVE A LA PREVENTION DE L'UTILISATION DU SYSTEME FINANCIER AUX FINS DU BLANCHIMENT DE CAPITAUX.

La lutte contre le blanchiment des capitaux provenant des trafics de drogue, d'armes ou de personnes, enjeu important s'il en est, avait conduit le Conseil des Communautés européennes a

²⁷⁸ Liège, 14 décembre 2004 (deux arrêts), *J.L.M.B.*, 2005, pp. 687 et 689, et obs. D. DESSARD et J. TRICOT, « Répétibilité : appréciation *ex aequo et bono* : un moindre mal ? ».

²⁷⁹ Voyez, largement dans le même sens que les observations ici développées, J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 569-571.

²⁸⁰ Voyez, à ce sujet, Dam. DESSARD, « La répétibilité des honoraires et frais d'avocat : un accouchement dans la douleur », in *Le droit judiciaire en mutation*, Formation permanente CUP, Larcier 2007, vol. 95, p. 55.

²⁸¹ Pour plus de détails, voyez, notamment, *La répétibilité des honoraires*, actes du colloque organisé par la Commission internationale du barreau de Liège le 21 novembre 2008, Ed. du jeune barreau de Liège, 2009.

adopter, en 1991, une première directive (91/308/CEE) imposant aux Etats membres d'insérer dans leurs arsenaux législatifs diverses obligations de dénonciation à charge des organismes bancaires.

Il est apparu que ces dispositions étaient insuffisantes. Les trafiquants ont rapidement évité l'écueil en s'adressant à d'autres professionnels, notamment dans le domaine du droit et de la finance.

Une nouvelle directive a dès lors été mise en chantier, cette fois par le Parlement et le Conseil, en vue de renforcer le dispositif mis en place en 1991.

Les barreaux se sont fortement émus de l'entreprise. Ils craignaient que, par ce biais, une nouvelle brèche soit ouverte.

C'est finalement en date du 4 décembre 2001 que la nouvelle directive a été adoptée.

Après avoir rappelé l'importance des enjeux, qui justifient que « *les notaires et les membres des professions juridiques indépendantes* » soient soumis aux dispositions de la directive « *lorsqu'ils participent à des transactions de nature financière ou pour le compte de sociétés* » (considérant 16), les autorités européennes concèdent que « *dans les cas où des membres indépendant de professions consistant à fournir des conseils juridiques, qui sont légalement reconnues et contrôlées, par exemple des avocats, évaluent la situation juridique d'un client ou le représentent dans une procédure judiciaire, il ne serait pas approprié que la directive leur impose l'obligation de communiquer d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux* » (considérant 17).

L'article 6.3 de la directive modifiée prévoit dès lors que, si les Etats membres, dans le cadre de l'exécution de leur obligation de transposition, doivent prendre les dispositions nécessaires pour assurer la dénonciation effective de tout transfert de capitaux suspect, ils peuvent dispenser les avocats (et autres professions actives dans le domaine du droit) de cette obligation de délation « *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* ».

L'exemption est donc très large. Elle couvre tant le domaine de la défense que celui de la consultation. Seuls les domaines annexes (exercice de mandats de gestion, par exemple, mais aussi participation à la rédaction de convention d'achat et de vente de bien immeubles ou d'entreprises commerciales), qui ne peuvent être considérés comme faisant partie de l'essence de la profession tombent dans le champ d'application de la directive.

Cette directive a été transposée en droit belge par 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 de blanchiment de capitaux. Le système mis en place par le législateur belge²⁸² peut être synthétisé comme suit :

- Les avocats ne sont concernés que lorsqu'ils agissent au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans une transaction financière ou immobilière (art. 2^{ter}, 2^o), ce qui ne leur est de toute façon pas autorisé en Belgique, ou lorsqu'ils assistent leurs clients dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant l'achat ou la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales (a), la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant à des clients (b), l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuille (c), l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés (d), la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires (e)(article 2^{ter}, 1^o). En revanche, ils ne sont pas concernés lorsque les informations ont été reçues lors de l'évaluation de la situation juridique du client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation dans le cadre d'une procédure

²⁸² Il faut être attentif au fait que la directive laisse aux Etats membres une certaine liberté dans la mise œuvre des principes qu'elle trace. Les avocats qui collaborent ou sont associés avec d'autres professionnels, pratiquant dans d'autres Etats de l'Union, seront donc attentifs au fait que les réglementations nationales varient et qu'elles ne sont pas toutes aussi favorables que la nôtre.

judiciaire²⁸³, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure (art. 2bis, §1^{er}, 5).

- Dans ce cadre, lorsqu'ils nouent des relations d'affaires avec celui qui deviendra un client habituel, ou lorsqu'un client souhaite réaliser avec leur concours une opération dont le montant excède 10.000 euros, ou une opération dont on peut soupçonner qu'elle comporte un blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme, ou un transfert de fonds visé à l'article 139bis de la loi du 6 avril 1995, ils auront **l'obligation d'identifier** leur client au moyen d'un document probant dont ils prennent une copie.
- Toujours dans ce cadre, ils ont une **obligation de vigilance**, qui les contraint à s'assurer, par un examen attentif des opérations effectuées, que celles-ci sont cohérentes avec la connaissance qu'ils ont de leur client, de ses activités commerciales, de son profil et de l'origine des fonds.
- Ils doivent conserver les données d'identification et les bordereaux relatant les opérations pendant au moins cinq ans après la fin des relations professionnelles avec ce client.
- Ils doivent former leur personnel pour les sensibiliser à ces obligations.
- Lorsque, dans ce cadre, ils constatent des faits qu'ils savent ou soupçonnent d'être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme, ils ont **l'obligation d'en informer** immédiatement le bâtonnier de l'Ordre, lequel, après avoir vérifié que les conditions du secret professionnel sont respectées, transmettra, le cas échéant²⁸⁴, les informations à la cellule de traitement des informations financières (CTIF).
- Ils pourront alors être requis de fournir des informations supplémentaires.
- Il leur est interdit d'avertir leur client ou tout tiers du fait qu'ils ont livré ainsi des informations, ce qui semble impliquer qu'ils se déportent de la défense, sans en préciser le motif. Cette obligation n'empêche cependant pas l'avocat de prévenir ses clients, avant d'avoir recueilli les informations qui devraient être dénoncées, ce que seraient ses obligations si de pareilles informations venaient à lui être confiées²⁸⁵.

Pour de plus amples développements, on renverra aux commentaires spécialisés²⁸⁶.

On notera cependant que l'O.B.F.G., l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles et l'Ordre des avocats du barreau de Liège ont introduit un recours en annulation contre les articles 4, 27, 30 et 31 de cette loi. L'O.V.B. a fait de même à l'égard des articles 4, 5, 7, 25, 27, 30 et 31 (n° 3065). Ces recours ont amené la Cour d'arbitrage, par un remarquable arrêt (en ce qu'il proclame l'indépendance de l'avocat et le respect du secret professionnel comme des conditions indispensables au respect des droits de la défense et au droit à un procès équitable) du 13 juillet 2005, à interroger la Cour de

²⁸³ Ce mot doit être entendu au sens large, comme couvrant les procédures judiciaires sensu stricto, mais aussi les procédures fiscales, administratives, arbitrales, etc.

²⁸⁴ Le bâtonnier qui reçoit pareille information dispose-t-il d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet de décider, en opportunité, si la dénonciation doit être transmise, ou doit-il seulement vérifier si l'on se trouve dans les conditions dans lesquelles elle doit l'être (contrôle de légalité) ? La question n'est pas tranchée. Je considère, quant à moi, que le rôle du bâtonnier ne consiste qu'à vérifier que, d'une part, on se trouve ou non dans le champ d'application de la loi, d'autre part, l'information est ou non couverte par le secret (pour plus de détails, voyez P. HENRY, « La balance, c'est le bâtonnier ! », in *Rapport anniversaire du C.TIF*, 2013, p. 146).

²⁸⁵ Est-il besoin de préciser que, comme l'écrit Cl. DUCOULOUX-FAVARD (« Les règles sur le blanchiment prennent forme en jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 10 mars 2004, p. 6), la déclaration de soupçon ne constitue pas une excuse absolutoire en cas de concertation frauduleuse entre l'avocat et son client. Il ne faut donc pas trop tarder avant d'adresser sa déclaration de soupçon...

²⁸⁶ Sur cette nouvelle réglementation en général, voyez G.A. DAL et J. STEVENS, « Les avocats et la prévention du blanchiment de capitaux : une dangereuse dérive », *J.T.*, 2004, p. 485 ; J. SPREUTELS et DE MÛELENAERE, « *La cellule de traitement des informations financières et la prévention du blanchiment de capitaux en Belgique*, Bruylant, 2003 ; J.P. BUYLE et O. CREPLET, « L'extension aux avocats, par la directive du 4 décembre 2001, de la réglementation préventive du blanchiment de capitaux », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Larcier, 2004, p. 443 ²⁸⁶ ; Voyez aussi, T. DUPONT, J.-Ph. LEBEAU et D. MATRAY, « Secret professionnel, déontologie et antiblanchiment », in *Tribunaux, barreaux et révisorats d'entreprises : actualité de leur collaboration et actualités en droit des affaires*, Maklu, 2012, pp. 229 sqs. Plus particulièrement sur les obligations déontologiques qui en découlent pour les avocats, voyez A. MASSET, « Devoir de conseil de l'avocat et blanchiment », in *Déontologie, Les honoraires, le devoir de conseil*, Ed. du Jeune barreau de Liège, 2005, p. 195 ; S. SCARNA et Fr. HERBECQ, « L'avocat et son secret professionnel face à l'administration fiscale et face à ses obligations déclaratives en matière de blanchiment : comment « bien faire » ? », in *Le droit fiscal en 2017*, Formation permanente CUP, 2017, vol. 1972, p. 169.

justice des communautés européennes quant à la compatibilité de la loi avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁸⁷.

L'avocat général POIARES-MADURO a déposé dans le cadre de cette procédure préjudicielle, de très intéressantes conclusions. Il a bien mis en évidence que le fondement international du secret professionnel devait être trouvé, non seulement dans l'article 6, mais aussi dans l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui consacre le respect dû à la vie privée. Il en concluait que les dispositions, qui prévoient l'obligation de dénonciation à charge des avocats, ne sont valables que pour autant qu'elles soient interprétées « conformément au 17^e 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 ».

L'arrêt prononcé par la Cour de justice le 26 juin 2007²⁸⁸ n'a cependant pas suivi ces conclusions, tout en laissant bien des portes ouvertes. Etait-ce de la frilosité ? La Cour a refusé d'examiner la compatibilité des dispositions qui lui étaient soumises au regard de l'article 8 et s'est cantonnée dans une analyse sur le pied de l'article 6, qui était seul cité dans la question qui lui était posée. Elle a conclu, sur cette base, à une non-violation de l'article 6, même si elle notait, dans ce qui paraissait bien être un *obiter dictum*, que l'interprétation de la directive devait être conforme au droit communautaire, dont nous savons qu'il renvoie donc à l'article 8 de la Convention.

La Cour constitutionnelle a cependant été bien plus nette. Par son arrêt du 23 janvier 2008²⁸⁹, elle a décidé que :

« L'extension aux avocats du champ d'application de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme par l'article 2ter de cette loi, lorsque, d'une part, les avocats assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transaction concernant les actes ou activités énumérés à cet article ou lorsque, d'autre part, ils agissent au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière, n'est compatible avec les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, combinés avec les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'avec les articles 12 et 14 de la Constitution combinés avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'à la condition que l'article 2ter précité soit interprété en ce sens :

- que les informations connues de l'avocat à l'occasion de l'exercice des activités essentielles de sa profession, y compris dans les matières énumérées dans cet article 2ter, à savoir la défense ou la représentation en justice du client et le conseil juridique, même en dehors de toute procédure judiciaire, demeurent couvertes par le secret professionnel et ne peuvent donc être portées à la connaissance des autorités et*
- que ce n'est que lorsque l'avocat exerce une activité, dans une des matières énumérées à l'article 2ter précité, qui va au-delà de sa mission spécifique de défense ou de représentation en justice et de conseil juridique, qu'il peut être soumis à l'obligation de communication aux autorités des informations dont il a connaissance.*

Le fait de permettre aux autorités de se faire communiquer, par les avocats qui ont transmis une information relative à un soupçon de blanchiment ou de financement de terrorisme, tous les renseignements complémentaires qu'elles jugent utiles à l'accomplissement de leur mission, n'est compatible avec la Constitution qu'à la condition que toutes les communications d'informations à la Cellule de traitement des informations financières soient effectuées par l'intermédiaire du bâtonnier.

Compte tenu du champ d'application limité de l'obligation de transmission des informations aux autorités qui s'impose aux avocats, qui doit être interprétée en ce sens que les informations connues de l'avocat à l'occasion de l'exercice des activités essentielles de sa profession, y compris dans les matières énumérées à l'article 2ter

²⁸⁷ C.A., 13 juillet 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1182 et obs. J.-Th. DEBRY, « Quand la Cour d'arbitrage pose des questions préjudicielles... ».

²⁸⁸ C.J.C.E., 26 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1120, avec les conclusions de M. POIARES-MADURO.

²⁸⁹ Cour constitutionnelle, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 180 et obs. F. ABU DALU, « A qui perd gagne ».

précité de la loi du 11 janvier 1993, 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 être portées à la connaissance des autorités, l'interdiction de porter à la connaissance du client concerné ou de personnes tierces que des informations ont été transmises à la Cellule de traitement des informations financières ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux est en cours n'est pas disproportionnée.

Le fait de permettre à tout employé ou représentant des avocats de procéder personnellement à la transmission d'informations à la Cellule de traitement des informations financières chaque fois que l'information n'a pu être transmise par l'avocat lui-même porte une atteinte au secret professionnel de l'avocat qui n'est pas susceptible de justification et viole, par là, les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

Comme l'observe Firass ABU DALU dans son commentaire, cette décision protège bien mieux le secret professionnel qu'un arrêt d'annulation, qui aurait contraint le législateur à revoir sa copie. Il fait corps avec le texte qu'il interprète, qui ne peut donc plus être lu que comme la Cour l'a lu. Le champ classique de la profession d'avocat échappe donc à l'obligation de dénonciation même s'il doit faire preuve d'une attention particulière lorsque des prestations de rédaction d'actes lui sont demandées²⁹⁰.

La Cour européenne des droits de l'homme a consacré les mêmes principes dans son arrêt *Michaud* du 6 décembre 2012²⁹¹, en soulignant l'importance du rôle de filtre du bâtonnier auquel il appartient de vérifier que l'on se trouve dans les conditions visées par la loi (est-on dans un cas où l'obligation de déclaration de soupçon s'applique ?) mais non de juger en opportunité si le secret professionnel doit être révélé dans telle hypothèse (l'importance de la fraude justifie-t-elle la révélation du secret ?). La Cour a estimé que l'importance du secret professionnel, « tant pour l'avocat et son client que pour le bon fonctionnement de la justice », qui en fait « un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique » imposait que le bâtonnier puisse ainsi secourir l'avocat qui, sans son concours, risquerait d'être écartelé entre deux obligations pénalement sanctionnées ; l'obligation de déclaration de soupçon et l'obligation au secret²⁹².

5.21 PANAMA PAPERS & WHISTLEBLOWING : LE SECRET EN DANGER !

Dans la foulée de l'affaire des *Panama papers* (qui, rappelons-le, trouve son origine dans une violation flagrante et massive du secret professionnel), afin de lutter contre les pratiques dites « d'optimisation fiscale », l'O.C.D.E. et la Commission de l'U.E. préconisent aujourd'hui l'imposition d'une obligation de divulgation à charge de tous les professionnels, en ce compris les avocats, qui participent à l'élaboration de stratégies visant à réduire la charge fiscale qui pèsent sur leurs clients²⁹³. Entendons-nous bien : il ne s'agit

²⁹⁰ En France, une solution similaire a été dégagée par le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 10 avril 2008. Voyez par exemple, W. FEUGERE, « Le Conseil d'Etat au secours des avocats », in *Droit et patrimoine*, juin 2008, p. 28.

²⁹¹ Cour Eur. D. H., 6 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 16, et obs. F. DELEPIERE, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration à la CTIF : est-ce le seul et vrai problème ? Ne se trompe-t-on pas dangereusement de débat ? » et de G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration à la CTIF : ne s'est-on pas plutôt trompé de législation ? » ; *J.T.*, 2013, p. 5.

²⁹² Sur cette question, voyez P. HENRY, « La balance, c'est le bâtonnier ! », in *Le livre blanc de l'argent noir, 20 ans de lutte contre le blanchiment et le terrorisme*, CTIF, 2013, pp. 146-152.

²⁹³ Rapport O.C.D.E. : *Improving Co-operation between Tax and Anti-money laundering authorities*, septembre 2015, <http://www.oecd.org/ctp/crime/report-improving-cooperation-between-tax-anti-money-laundering-authorities.pdf> ; Communication de la Commission de l'U.E. du 5 juillet 2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0451&qid=1468339396091&from=FR>. : "Another option would be to introduce an explicit reporting obligation to authorities for those who promote, use, enable and/or engage in certain tax planning schemes. This obligation could be introduced in various ways: Option 2a This option would require banks and other financial and non-financial service providers (such as tax advisors or lawyers) advising individuals and corporates to report when using aggressive tax planning schemes or where they make a referral to another person or entity for that purpose. The reporting could be done either directly to tax authorities or to supervision authorities, who would convey the information to tax authorities. To avoid the risk of creating an uneven playing field, this option should be carefully elaborated to ensure that all the relevant service providers are covered by the obligation. Transparency requirements could be laid down under financial legislation regulating the behaviour of certain providers of tax advice (for example, through an amendment of the

pas ici de criminaliser les avocats qui participent directement à l'élaboration de stratégies de fraude fiscale. La fraude fiscale est une infraction et, répétons-le, il n'a jamais été admis que l'avocat participe à la commission d'une infraction. Ce qui est ici visé est l'élaboration de montage permettant un évitement de l'impôt, certes en contournant la volonté taxatoire des Etats, mais en combinant des procédures licites. Celui qui participerait à l'élaboration de pareille stratégie devrait la dénoncer à l'administration fiscale, ce qui lui permettrait d'en vérifier la licéité, voire d'adapter la législation.

Notre profession réagit, par le biais du C.C.B.E., en tentant d'infléchir les initiatives en cours, en rappelant le rôle de conseil des avocats et les règles déontologiques auxquels ils sont astreints²⁹⁴. A nouveau, de sérieuses difficultés surgissent du fait que, très généralement, les avocats interviennent à la fois pour défendre leurs clients dans des procédures et élaborer avec eux des stratégies qui leur permettent d'en éviter d'autres. Le départage entre ce qui devrait être dénoncé et ce qui doit rester secret serait donc particulièrement délicat.

Autre front : la Commission européenne vient de lancer une [consultation](#) sur la **protection des lanceurs d'alerte**²⁹⁵. Elle y met le secret professionnel en balance avec le « droit du public de savoir quand ses intérêts sont en jeu ». Il est donc envisagé d'assurer une protection à ceux qui révéleraient des secrets dans la perspective de protéger les intérêts d'une partie de la population

Allons-nous vers un régime où nos collaborateurs (secrétaires, partenaires, ...) seront protégés lorsqu'ils révéleront les secrets que nos clients nous confient ? Nos clients en pourront donc plus se fier à nous et nous plus à ceux qui travaillent avec nous ...

Il y a trente ans, le bâtonnier Franchimont écrivait : « *Le secret professionnel est l'une des garanties essentielles de la personnalité et de la liberté individuelle. Il assure le droit à l'intimité et au respect de la vie privée... Le secret professionnel est aussi la condition même de l'exercice de certaines professions. Ni le médecin, ni l'avocat, par exemple, ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient pas assurées d'un secret absolu... C'est donc aussi dans un intérêt d'ordre social reposant sur la confiance que doivent inspirer au public certaines professions, que la loi punit les révélations de secrets confiés à ces personnes* »²⁹⁶.

Le danger est clairement précisé. Nier le secret professionnel, c'est compromettre l'accès à la justice.

Markets in Financial Instruments Directive (MiFID) or through a stand-alone provision that would apply horizontally to providers of tax advice. This option would however not allow having the reporting obligation laid down directly on taxpayers in those instances in which the advisors, promoters and enablers did not fall within the scope of the obligation (if, for instance, providers advising companies operating in the European Union fell outside the geographical scope of application of the Directive)».

Le Parlement européen n'est pas en reste : le 25 novembre 2015, il « 163. invite la Commission à envisager d'urgence la possibilité d'introduire un cadre législatif prévoyant des sanctions suffisantes pour les sociétés, banques, entreprises d'audit et conseillers financiers convaincus de participer à la mise en œuvre ou à la promotion du contournement illégal de l'impôt et de l'optimisation fiscale agressive; souligne que ces sanctions devraient avoir un effet dissuasif et peuvent comprendre, entre autres, des amendes, le refus d'accès aux financements du budget de l'Union européenne, l'interdiction de tout rôle consultatif dans les institutions de l'Union et, dans des cas extrêmes et répétés, la révocation des autorisations d'exercer ».

²⁹⁴ Voyez notamment les Commentaires du C.C.B.E. sur les propositions de l'O.C.D.E. : http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_Postion_Papers/FR_DEON_20150430_CCBES_comments_on_OECD_public_discussion_draft_review.pdf.

²⁹⁵ http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/plan_2016_241_whistleblower_protection_en.pdf.

²⁹⁶ M. FRANCHIMONT, *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, 1986.

6. CONCLUSION

“C’est par abus que le soi-disant client prétendrait bénéficier des obligations professionnelles de l’avocat alors que sa démarche ne vise nullement à obtenir des actes relevant de cette profession, mais bien des actes étrangers à celle-ci »²⁹⁷.

“Une information confiée par un client ne peut plus être considérée comme confiée aux fins de sa défense, et dès lors couverte par le secret professionnel, lorsqu’il s’est adressé à un avocat aux seules fins d’obtenir sa coopération pour la perpétration d’une infraction. Même si un avocat lui promet de considérer secrète cette demande, il ne peut s’agir que d’un devoir contractuel, non opposable aux tiers. Il faut bien évidemment distinguer la situation de l’avocat approché pour perpétrer une infraction et celle de l’avocat approché pour défendre les intérêts de l’auteur lors du règlement, dans les limites légales, des conséquences d’infractions commises auparavant »²⁹⁸.

Si le secret professionnel reste une des valeurs essentielles sur lesquelles notre profession est assise, et même une des valeurs essentielles où elle puise sa noblesse, cette institution ne peut être détournée de ses fins. Les avocats se garderont de franchir le pas qui sépare la confiance de la complicité. L’exercice de leur ministère suppose qu’on leur révèle la commission d’infractions, non qu’ils y participent.

N’abusons donc pas du secret professionnel. Mais, au contraire, luttons pour le préserver, dans son acception la plus noble.

Comme l’écrit Mario STASI, « le secret est un devoir, et non un privilège. Il devient un droit absolu si nous savons le mériter. Il y va de l’honneur de notre profession »²⁹⁹.

A une époque où, de plus en plus, la transparence prend le pas sur la confiance, souvenons-nous que d’Antigone à Diego, "libre dans sa tête", le secret reste le dernier refuge de la liberté.

« Le secret est la face noble de l’opacité. Il contrarie la transparence, mais il vient porteur d’autres vertus : le mystère, l’intimité, la confiance, ou d’autres intérêts essentiels, l’intérêt de la sécurité, de la défense, de la justice... le domaine du secret (se rétrécit) brûlé, en ce temps moderne, par le soleil de la transparence... On constaterait surtout la tyrannie moderne de l’information, vécue comme un droit absolu et un implacable devoir, de la communication qui ne supporte ni le secret, ni le mystère... Voici que se profile au bout du chemin la dictature glacée de la Vérité, ultime et terrible vertu d’un temps qui aurait enterré les autres »³⁰⁰.

²⁹⁷ P. VASSART, « Les jambes d’Iseult ou le paradoxe de l’avocat », in *Mélanges offerts à Raymond Van Der Elst*, tome II, p. 855.

²⁹⁸ M. STORME, *Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès*, rapport présenté au congrès de Lisbonne de droit judiciaire international, p. 41.

²⁹⁹ M. STASI, « Le secret professionnel de l’avocat en France... Etat des lieux », in *Le secret professionnel de l’avocat dans le contexte européen*, p. 128.

³⁰⁰ J.D. BREDIN, « Remarques sur la transparence », cité par J.-M. VARAUT et L. RUET, « Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires », *Gaz. Pal.*, 10-12 août 1997, p. 2. Sur le même thème, J.D. BREDIN a prononcé, à l’occasion du centenaire de la Conférence des bâtonniers de France, un discours aussi brillant que passionnant : « Transparence et secret : les attentes de la personne humaine », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 2003, p. 27. Voyez aussi, E. JAKHIAN, « Loyauté, confidentialité et secret », in *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, p. 163, qui parle de la « tyrannie de la vérité » ; J.P. ROYER, « Lever de rideau : le secret, quel secret ? », in *Secret et justice : le secret entre éthique et technique ?*, Lille, Public. de l’Espace juridique, 1998, p. 5 : « Aujourd’hui, ... le goût est à la transparence qui, à son tour, envahit tout ». Voyez aussi J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », in *Information et transparence administratives*, Paris, PUF, 1988, p. 239 : « A la figure du secret, dévalorisée, discréditée et affectée d’un signe négatif, va venir s’opposer la figure antithétique de la « transparence », conçue comme pure positivité ». M.H. MOUNEYRAT, « Ethique du secret et secret médical », in *Pouvoirs*, vol. 97, 2001, p. 47 : « La notion de secret en elle-même est-elle éthique ou serait-elle, par essence même, contraire à l’éthique ? Cette seconde acception pourrait paraître l’emporter dans une société où la tendance est plutôt à sacraliser la transparence ».

La défense du secret professionnel est, aujourd'hui, plus délicate que jamais. Les services de renseignements, les services de police, les terroristes et les mafieux et, même, des entreprises privées disposent aujourd'hui de moyens qui leur permettent de surprendre, d'enregistrer, de conserver et d'analyser des quantités invraisemblables d'informations confidentielles³⁰¹.

Directives européennes et lois nationales tentent de les contenir dans un certain carcan, d'ailleurs souvent avec une trop grande timidité, ce qui a d'ailleurs amené les Ordres d'avocats à les contester en justice, souvent avec succès. C'est ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne a annulé partiellement la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données³⁰². C'est ainsi que la Cour constitutionnelle a annulé la loi du 30 juillet 2013 imposant aux opérateurs de télécommunications de conserver pendant au moins 12 mois les métadonnées générées par les communications électroniques, sans distinguer entre les communications échangées par les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions graves et les autres, ni avoir eu aucun égard pour la protection du secret professionnel³⁰³.

Il faut cependant être conscient que, de plus en plus, la protection du secret devient une gageure. Les enregistrements de masse sont peu compatibles avec des mécanismes de tri et de sélection (ou plutôt d'exonération). Comment les contraindre à s'arrêter lorsqu'une personne surveillée entre en contact avec un avocat, spécialement si celui-ci n'a pas pris les précautions nécessaires pour sécuriser ses communications³⁰⁴ ?

A l'instar du C.C.B.E.³⁰⁵, je plaide dès lors pour des mécanismes de contrôle confiés à des organes indépendants, auxquels les autorités du barreau devraient nécessairement être associées, qui auraient pour mission de vérifier la régularité des interceptions de communications entre avocats et clients et, d'autoriser (dans ces circonstances exceptionnelles : participation personnelle d'un avocat à la commission d'infractions, état de nécessité), le cas échéant, leur usage. C'est en ce sens que se dessine, de façon manifeste, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-avant, 5.6 et 5.7).

Astrée, la déesse de la transparence, a-t-elle définitivement vaincu Harpocrate, le dieu du silence ? Pas encore sans doute. Et c'est aussi à vous, maintenant, qu'il appartient d'agir pour qu'il n'en soit pas ainsi.

³⁰¹ C. BERREBI, « Le *cloud* privé des avocats, le secret professionnel et la confidentialité des correspondances », *Gaz. Pal.*, 17 octobre 2014, p. 12.

³⁰² C.J.U.E., 13 mai 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1168 et obs. J.F. HENROTTE et A. CASSART, « Arrêt Google Spain : la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli ». Le C.C.B.E. s'était porté partie intervenante dans cette procédure.

³⁰³ Cour constitutionnelle, 11 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1235. AVOCATS.BE était l'un des auteurs du recours.

³⁰⁴ Voyez, sur ce thème, V. NIORE, « Actualité du renseignement administratif et de l'intrusion judiciaire chez les avocats de l'Union : le triste exemple français à la lumière de la jurisprudence de la CEDH », *L'Observateur de Bruxelles*, juillet 2015, p. 28.

³⁰⁵ *Recommandation du C.C.B.E. sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance*, 28 avril 2016, http://www.ccbe.eu/ntc_admin/dev_extranet/files/Recommanda1_1463127427.pdf.