

Il faut sauver le soldat Harpocrate !

« Les avocats prennent une part importante dans l'administration de la justice, ce qui justifie que les conditions d'accès et d'exercice à cette profession obéissent à des règles propres, différentes de celles qui régissent d'autres professions libérales ...

L'effectivité des droits de la défense de tout justiciable suppose nécessairement qu'une relation de confiance puisse être établie entre lui et l'avocat qui le conseille et le défend. Cette nécessaire relation de confiance ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci. Il en découle que la règle du secret professionnel imposée à l'avocat est un élément fondamental des droits de la défense », vient d'affirmer notre Cour constitutionnelle, dans son important arrêt du 26 septembre 2013¹.

Tant la Cour de cassation² que la Cour européenne des droits de l'homme³ ont consacré les mêmes principes, en des termes à peu près identiques.

Et pourtant, Harpocrate, le dieu du silence, a de plus en plus de difficultés à résister aux assauts d'Astrée, la déesse de la transparence.

Qu'on en juge plutôt.

Le premier des arrêts cités a été prononcé dans la cadre d'un recours exercé par l'O.V.B. contre la loi du 28 novembre 2011 modifiant l'article 458*bis* du code pénal pour élargir la dérogation au secret professionnel, permettant aux personnes qui ont examiné ou reçu les confidences d'un mineur d'informer le procureur du Roi en cas de danger grave et imminent pour son intégrité physique ou morale, d'une part à d'autres personnes vulnérables (en raison de leur âge, leur état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale – la loi du 23 février 2012 y a ensuite ajouté les personnes vulnérables en raison de la violence entre partenaires), d'autre part lorsqu'il y a des indices d'un danger sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables soient exposée à ce danger.

Quant au troisième de ces arrêts, il s'agit de celui qui clôt, provisoirement en tout cas, la saga née de l'extension aux avocats des obligations de dénonciation imposées aux professionnels qui conçoivent le soupçon que certaines des opérations auxquelles leur concours est sollicité sont liées à des tentatives de blanchiment de capitaux liés au

¹ *J.T.*, 2013, p. 682. Au moment où cet article est écrit, cet arrêt n'a encore été commenté que dans la Tribune d'AVOCATS.BE (n°39, 10 octobre 2013, P. HENRY, « La Cour constitutionnelle rappelle à nouveau le caractère fondamental du secret professionnel des avocats »). Il le sera tout prochainement dans la *J.L.M.B.* (n°40 du 13 décembre 2013), par Gilles Genicot et Evelyne Langenaken, et dans le *J.T.*, par G.A. Dal.

² Cass., 13 juillet 2010, *Pas.*, n°480 : « le secret professionnel auquel sont tenus les membres du barreau repose sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui se confient à eux »².

³ Cour Eur. D.H., 6 décembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 5, *J.L.M.B.*, 2013, p. 16 et les obs. croisées de F. DELEPIERE, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration de soupçon : est-ce le seul et vrai problème ? Ne se trompe-t-on pas dangereusement de débat ? » et G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration de soupçon : n s'est-on pas trompé plutôt de législation ? ».

terrorisme ou au grand banditisme. Il consacre, d'une part, la limitation du champ d'application de cette obligation aux avocats aux hypothèses où ils agissent en dehors de leurs missions traditionnelles de défense et de conseil, d'autre part, le caractère indispensable du filtre du bâtonnier, chargé de vérifier que les conditions d'application de cette loi s'appliquent avant de transmettre les dénonciations à la CTIF⁴.

Mais, alors même que les barreaux remportaient ces deux importantes victoires, deux autres fronts s'ouvraient.

L'un dans le domaine du droit fiscal. Il est lié à la suppression de l'exonération de la T.V.A. sur les prestations d'avocat. On sait que l'article 334 du CIR1992 prévoit que, lorsque l'administration fiscale souhaite saisir un document qu'un avocat considère comme couvert par le secret professionnel, le conflit est tranché par le bâtonnier. La Cour de cassation a récemment confirmé que la décision de ce dernier n'était, en l'état actuel de nos textes, soumise à aucun recours⁵. Logiquement, les Ordres ont demandé que l'application aux avocats de la T.V.A. soit accompagnée de l'adoption d'un texte à portée identique dans le code de la T.V.A. L'administration l'a admis assez facilement mais, revancharde, elle a exigé que cette adoption aille de pair avec l'instauration d'un droit de recours, devant le tribunal de première instance, contre les décisions du bâtonnier. Les Ordres ne peuvent évidemment l'admettre^{6 7}.

L'autre dans le domaine du droit économique. Le 24 octobre 2013, AVOCATS.BE a introduit un recours en annulation contre de l'article 12 de la loi du 3 avril 2013 adoptant les livres IV et V du code de droit économique, qui autorise l'Auditorat de la concurrence, à l'occasion des instructions qu'il mène, à prendre connaissance du contenu de pièces saisies illégalement – comme des avis d'avocat et la correspondance y afférente – et qui diffère le contrôle de la régularité de leur saisie au moment de la communication des griefs (qui clôt l'instruction), en la réduisant d'ailleurs aux données « effectivement » invoquées par l'Auditorat en soutien de ses griefs, aucun contrôle distinct de la légalité des saisies effectuées au cours des perquisitions n'étant prévu, contrairement à ce qui est prévu pour les autres procédures du même type⁸.

⁴ Voyez déjà, dans le même sens, Cour constitutionnelle, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 180 et obs. F. ABU DALU, « A qui perd gagne ». Sur cette question, voyez aussi P. HENRY, « La balance, c'est le bâtonnier ! », in rapport anniversaire de la CTIF, à paraître, 2013.

⁵ Cass., 19 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1646.

⁶ Au moment où les présentes lignes sont écrites, il semble que l'on se dirige vers une solution de compromis, au terme de laquelle le droit de recours serait instauré mais devant le Conseil de discipline d'appel.

⁷ La suppression de l'exonération de la T.V.A. sur les honoraires d'avocat pose aussi la question, non résolue à ce jour, de la compatibilité avec le secret professionnel de l'obligation de transmettre à l'administration fiscale un listing des états d'honoraires adressés à des clients assujettis.

⁸ On sait qu'en règle générale, le bâtonnier ou son délégué assiste aux perquisitions effectuées dans les cabinets d'avocat et qu'il détermine quelles pièces sont couvertes par le secret professionnel (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 ; Cass., 24 mai 2007, inédit, RG 050431N), sans préjudice du droit de l'avocat de contester ultérieurement la régularité de la saisie, soit devant la chambre des mises en accusation, soit par la voie du référé pénal (article 61^{quater} du code d'instruction criminelle), soit devant le juge du fond (Cass., 2 novembre

Certes, le secret professionnel ne peut plus être considéré comme absolu. Selon l'expression de la Cour constitutionnelle, il cède « *lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle* »⁹.

Mais, on vient de le voir, nos juridictions supérieures sont à cet égard extrêmement prudentes. Elles n'ont admis de restriction au secret que dans des hypothèses exceptionnelles, en considération de nécessités impérieuses¹⁰.

Et c'est heureux.

Le secret, c'est la flamme intérieure d'Antigone, le journal d'Anne Franck, ce qui fait survivre Diego ou, aujourd'hui, je l'espère, Gao Zhisheng et Abdolfattah Soltani, « *libre dans sa tête* », ce petit mot griffonné sur un bout de papier caché dans un wagon de la mort par un juif belge déporté à Auschwitz, « *maman, je ne sais pas où l'on m'emmène mais je reviendrai* », et que sa mère, à qui cette bouteille à la mer était finalement parvenue, garda contre son sein pendant des années, jusqu'au retour inespéré de son auteur.

Le secret, c'est la liberté de pensée mais aussi, plus simplement, le droit de ne pas exposer sa souffrance, de garder pour soi ses peines et ses joies, de protéger les siens des attaques du monde, de rêver à l'abri de l'oreille de la N.S.A. : le mystère, la réserve, la discrétion, la pudeur, le silence.

Comme l'écrit Serge Tisseron, « *le droit au secret de chacun, adulte ou enfant, est essentiel. Il permet de protéger son identité profonde des intrusions de l'environnement. Il est la première condition à la possibilité de penser soi-même et pour soi-même* »¹¹.

2011, *Rev. Dr. Pén.*, 2012, p. 208). L'arrêt *André* de la Cour européenne des droits de l'homme établit cette solution (Cour Eur.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 ! »). Sur ces questions, 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, et D. VAN GERVEN, « Comment assurer le secret professionnel lors de la perquisition d'un cabinet d'avocat », in *Liber amicorum Pierre Legros et François Glansdorff*, à paraître, Larcier, 2013.

⁹ Cour d'arbitrage, 3 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868.

¹⁰ En matière de règlement collectif de dettes, voyez 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 ; voyez aussi 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.

En matière de transparence des déclarations de conflits d'intérêts des curateurs de faillite, voyez C.A., 24 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1080.

Voyez aussi, par exemple, Mons, 9 avril 2001, *J.T.*, 2002, p. 409 ; Civ. Anvers, 7 avril 2000, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 126 ; 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 ».

Et c'est aussi la condition d'une défense véritable. Il faut n'avoir jamais eu un client devant soi pour imaginer qu'une justice qui se passerait du conciliabule secret entre l'avocat et son client pourrait être une bonne justice. Qui, parmi nous, n'a pas éprouvé cent fois le désarroi d'un justiciable – qu'il soit « mineur étranger non accompagné », PDG d'une grande entreprise ou ministre - incapable d'exprimer sa vérité, la motivation de tel acte ou la pulsion qui l'a amené à accomplir tel fait, sans que son avocat, patiemment, reconstruise avec lui tous les antécédents et tous les mécanismes qui l'ont conduit à faire ce qu'il a fait, comme il l'a fait.

« *Ne nous trompons pas : le véritable enjeu du secret, c'est le droit au Droit* », disait le bâtonnier Dominique de la Garanderie¹².

Allo, Barack, tu m'entends ? Ne soit pas falot. Il faut sauver le soldat Harpocrate !

Patrick Henry,

Président d'AVOCATS.BE

¹¹ S. TISSERON, *Nos secrets de famille*, Paris, Arthaud, 2004, cité par J. LACOUTURE, *Eloge du secret*, Bruxelles, Labor, 2005, p. 10.

¹² 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, « La protection des confidences du client à son avocat, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, 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).