

Secret professionnel de l'avocat : état de la question

Monsieur le Commissaire européen, mesdames et messieurs les parlementaires, mesdames, messieurs, chers confrères,

- marchés publics;
- services, produits et marchés financiers et prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme;
- sécurité et conformité des produits;
- sécurité des transports;
- protection de l'environnement;
- radioprotection et sûreté nucléaire;
- sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale, santé et bien-être des animaux;
- santé publique;
- protection des consommateurs;
- protection de la vie privée et des données à caractère personnel, et sécurité des réseaux et des systèmes d'information;
- intérêts financiers de l'Union;
- concurrence et aides d'État;
- impôt sur les sociétés ou dispositifs destinés à obtenir un avantage fiscal qui va à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la législation applicable en matière d'impôt sur les sociétés.

Telles sont les matières pour lesquelles la Directive 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 prie les États membres de légiférer pour assurer « *un niveau élevé de protection des personnes signalant des violations du droit de l'Union* »¹, c'est-à-dire ce que nous appelons communément des lanceurs d'alerte.

Certes, la directive précise en son article 3 qu'elle « *n'affecte pas l'application du droit de l'Union ou du droit national concernant ... la protection du secret professionnel des avocats et du secret médical* », ainsi que « *le secret des délibérations judiciaires* ».

Mais, depuis le 6 juillet 2017, date de l'entrée en vigueur de la loi dite « Pot-pourri V », l'article 458 du Code pénal, qui protège le secret professionnel se lit 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 autorise²]] à*

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937> , articles 1 et 2.

² Le texte originaire date du Code pénal de 1867. Il ne diffère pas fondamentalement de celui de l'article 378 du Code pénal de 1810. Il a été modifié à deux reprises, d'abord par la loi du 30 juin 1996 (dispositions reproduites entre []) puis par la loi dite « Pot-pourri V », du 6 juillet 2017 (dispositions reproduites entre []).

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]] ».

Lorsque ces trois mots, « ou les autorise », ont été inséré dans ce texte séculaire, nous n'y avons pas vu malice.

Certes les dispositions applicables en matière de prévention du blanchiment de capitaux³ obligent les avocats, sauf lorsqu'ils exercent leurs missions de défense et de conseil⁴, par opposition à, pour faire bref, leurs missions de rédacteurs d'actes, à introduire une déclaration de soupçon lorsqu'ils suspectent pareille opération dans le chef de leurs clients.

Mais, hormis cette hypothèse, il n'y avait, à l'époque, guère de texte qui autorise ou, *a fortiori*, oblige les avocats à trahir les confidences que leur confient leurs clients.

Même en matière de protection des personnes vulnérables, l'article 458*quater* du Code pénal fait échapper les avocats aux dispositions exceptionnelles qui autorisent, voire obligent, les autres professionnels assujettis au secret de dénoncer des comportements qui emportent un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale du mineur ou de la personne vulnérable⁵.

Cette adjonction ne semblait donc pas avoir de grandes conséquences.

Mais, depuis, l'Europe est passée par là à deux reprises.

D'abord, par la directive 2018/822 du 25 mai 2018 qui prévoit l'imposition d'une obligation de divulgation à charge de tous les professionnels qui participent à l'élaboration de stratégies visant à réduire la charge fiscale qui pèsent sur leurs clients⁶, c'est-à-dire ce que nous appelons l'optimisation fiscale, soit la combinaison de procédés licites visant à réduire la charge de

³ Dans son dernier état, Directive 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 ; loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces.

⁴ Cour constitutionnelle, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 180 et obs. F. ABU DALU, « A qui perd gagne » ; *J.T.*, 2008, p. 501 et obs. G.A. DAL et J. STEVENS, « La Cour constitutionnelle et la prévention du blanchiment de capitaux : le rappel à l'ordre » ; *R.W.*, 2009, p. 90, et obs. J. STEVENS et G.A. DAL, « Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 23 januari 2008 en de preventie van het witwassen : de Ordes halen hun gelijk » ; 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 ; voyez aussi Y. OSCHINSKY, « Le blanchiment et l'arrêt Michaud », in *L'avocat - Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Larcier, 2013, p. 697.

⁵ La Cour constitutionnelle avait déjà consacré cette solution : 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 ».

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0822&from=FR> . Voyez déjà 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>.

l'impôt, par opposition à la fraude fiscale, à laquelle il a toujours été interdit aux avocats de s'associer⁷, pas plus qu'ils ne peuvent participer à la commission d'une quelconque infraction.

Puis par cette seconde directive sur les lanceurs d'alerte.

La tâche qui pèse sur notre législateur, chargé de transposer ces directives, est donc particulièrement délicate.

Jusqu'où peut-on autoriser une personne astreinte au secret professionnel à trahir les confidences qu'elle a reçues ? En étant conscient que la théorie du secret partagé n'astreint pas que le professionnel lui-même mais aussi ceux qui collaborent avec lui : collaborateurs, assistants, stagiaires, secrétaires... D'ailleurs que sont donc les fameux *Panama papers* sinon des violations massives du secret professionnel par le collaborateur d'un cabinet d'avocats ?

Je laisse la question en suspens et j'en aborde une seconde.

Le secret professionnel couvre donc tous les éléments confidentiels que l'avocat a reçu dans l'exercice de sa profession⁸. Que ces renseignements proviennent du client lui-même ou d'un tiers. On entend par là, notamment, les correspondances échangées avec le client, les notes d'entretien, les extraits de comptes bancaires, les projets d'actes de procédure, les courriels ou autres communications électroniques,

Il protège aussi les échanges oraux que l'avocat a avec son client, que ce soit par des communications téléphoniques ou par des entretiens physiques. Quels qu'ils soient, ces entretiens doivent toujours avoir lieu, selon l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme, « hors de l'ouïe d'un tiers »⁹.

D'où les réactions scandalisées du barreau lorsque le cabinet néerlandais *Prakken de Oliveira*, spécialisé dans le droit pénal, fut mis sur écoutes systématiques¹⁰, lorsque l'on apprit que les communications que Julian Assange, alors réfugié dans l'ambassade d'Equateur à Londres, avait avec ses avocats étaient systématiquement interceptées par une société privée¹¹ ou lorsque l'on découvrit qu'une zone de police de Flandre orientale enregistrerait systématiquement les entretiens entre les personnes en garde à vue et les avocats chargés de les assister dans le cadre de ce que nous appelons les permanences *Salduz*¹².

Mais le cabinet d'un avocat n'est pas non plus un « asyle sacré » où l'on pourrait dissimuler les preuves d'un délit que l'on a commis, qu'il s'agisse de l'arme du crime ou, par exemple,

⁷ Voyez la [carte blanche](#) que Jean-Pierre Buyle et moi avons publiée dans *L'Echo* le 23 avril 2016 au sujet de l'affaire des *Panama papers*.

⁸ Pour un bel exemple, voyez l'arrêt *Laurent* de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1604.

⁹ Cour Eur. D. H., 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.

¹⁰ Voyez La Haye, 27 octobre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p 1033.

¹¹ <https://latribune.avocats.be/interception-des-communications-entre-julian-assange-et-ses-avocats/>

¹² <https://avocats.be/sites/default/files/Carte%20blanche%20d%27AVOCATS.BE170521.pdf>

d'une comptabilité frauduleuse. C'est ce qui explique que des perquisitions puissent bien sûr être menées dans des cabinets d'avocats, pour autant cependant que l'on s'entoure des garanties nécessaires pour que les informations couvertes par le secret soient filtrées. En pratique, par la présence d'un délégué du bâtonnier qui fait le tri entre les documents avant qu'ils soient examinés par le juge d'instruction ou les enquêteurs. La Cour européenne des droits de l'homme a répété à de nombreuses reprises la nécessité de ce tri¹³.

Cette vieille garantie est aujourd'hui de plus en plus émoussée. Pour trois raisons.

D'abord, parce que les moyens de surveillance à disposition tant des Etats que des sociétés privées sont devenus extraordinairement invasifs et performants : des *spywares* de la CIA au logiciel israélien *Pegasus*, on ne compte plus les intrusions dans nos données, qu'elles soient personnelles ou professionnelles. Et il est bien difficile de se protéger pour des professionnels qui ne disposent pas des moyens illimités de ceux qui tentent de surprendre leurs secrets.

Ensuite parce que le rôle de filtre habituellement dévolu aux autorités ordinales est de plus en plus difficile à exercer. Comment examiner avant les enquêteurs les fichiers saisis sur un ordinateur, spécialement lorsqu'il aura fallu forcer des défenses pour y accéder ? Et puis, le jeu est-il toujours correctement joué ? Les écoutes téléphoniques, méthodes particulières de recherche et de renseignements, prévues par l'article 90octies du Code d'instruction criminelle, les lois des 6 janvier 2003, 27 décembre 2005 et 4 février 2010, peuvent être entreprises à l'égard des avocats à trois conditions cumulatives : d'abord, pour la recherche d'infractions particulièrement graves ; ensuite, lorsque l'avocat est soupçonné de s'associer à la commission de ces infractions ou que des faits précis laissent présumer que des tiers utilisent son cabinet à ces fins ; enfin, moyennant l'avertissement préalable du bâtonnier ou, selon le cas, du président de l'Ordre communautaire. Il n'est pas rassurant de constater que presque aucun bâtonnier ou président n'ait jamais reçu pareil avertissement. Pourtant nous avons tout lieu de croire que des avocats sont l'objet de pareilles mesures...

Enfin parce que, et je pèse mes mots, certains trichent. Je vous ai dit que l'avocat ne pouvait jamais s'associer à la commission d'une infraction. Un délit ce n'est jamais l'exercice de la profession d'avocat. Le secret professionnel ne protège donc pas l'avocat délinquant. D'où ce que je nomme la technique de l'ouvre-boîte. Pour avoir accès à des documents protégés par le secret, ne suffirait-il pas d'inculper l'avocat de complicité avec son client ? Tous les échanges entre eux devraient dès lors être examinés afin de vérifier ce soupçon...

Une récente affaire tranchée par la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège illustre cette dérive¹⁴. Les faits sont simples. Un avocat est approché par un de ses confrères. Celui-ci, en charge d'un dossier délicat (c'est la nébuleuse *Nethys*) aimerait son concours. Ils conviennent d'un rendez-vous et, en vue de celui-ci, le premier consulté adresse

¹³ 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 ! ». Dans le même sens, Cour Eur. D. H., 21 février 2018, *Ravon*. Voyez déjà Cour Eur. D. H., 20 juin 2000, *Foxley*, qui sanctionne une absence de mesures concrètes permettant d'assurer la préservation du secret professionnel. Pour une autre analyse de cet arrêt et de quelques autres similaires, voyez V. NIORE, *Perquisitions chez l'avocat*, p. 92.

¹⁴ Voyez Liège (ch. mises acc.), 18 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 857 et obs. P. HENRY, « Secret professionnel : condamnation de la technique de l'ouvre-boîte ».

au second une lettre pour lui exposer les tenants et aboutissants de l'affaire. Après ce rendez-vous, le second avocat décline le dossier. Quelques mois plus tard, ce second avocat est lui-même consulté par un autre protagoniste de la nébuleuse, pour une question accessoire mais complètement distincte. Il accepte ce nouveau dossier. Au cours de l'instruction, une perquisition est ordonnée au cabinet de cet avocat et l'on tombe sur la lettre du premier avocat dans le premier dossier. Le juge d'instruction prétend la saisir. Il est pourtant évident 1. qu'elle est sans rapport avec le second dossier, 2. qu'elle est couverte par le secret (quoi qu'en prétendra le juge saisissant en faisant observer que l'avocat n°2 n'a jamais été le conseil du premier client puisqu'il a refusé de le défendre. Mais il n'est pas sérieusement discutable que les éléments confidentiels contenus dans la lettre ne lui avaient été adressés qu'en sa qualité d'avocat, dans la perspective d'obtenir son intervention). La chambre des mises en accusation invalidera heureusement la saisie mais n'est-il pas inquiétant qu'il ait fallu aller jusque-là pour aboutir à une solution qui paraît évidente ? Et d'ailleurs de constater que l'arrêt soit rendu contre les réquisitions du Ministère public, pourtant garant de l'ordre public ?

On ne peut que condamner ces pratiques, qui s'assimilent à un détournement de procédure.

Pour qu'un avocat soit mis en prévention, il faut d'abord qu'il y ait des indices précis de sa participation à la commission d'une infraction. Il ne peut s'agir d'un vague soupçon. Et, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a explicitement indiqué dans plusieurs arrêts,¹⁵ le mandat de perquisition qui sera, le cas échéant, délivré devra clairement indiquer ces indices et préciser quels sont les éléments qui sont recherchés, à savoir ceux qui pourraient établir sa participation délictueuse.

Seuls ces éléments peuvent faire l'objet d'une saisie. Ce n'est parce qu'un avocat est soupçonné d'avoir participé à une infraction commise par son client que toute la correspondance qu'ils ont échangée peut être saisie. Seules les pièces qui établiraient la collusion coupable peuvent l'être.

Voici deux champs d'attention primordiaux en matière de secret professionnel.

Nous avons la chance, en Belgique, de pouvoir compter sur des hautes juridictions, particulièrement la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, attentives à la protection du secret. Elles sont conscientes que le secret professionnel est la condition *sine qua non* du procès équitable.

La Cour de cassation l'a réaffirmé dans un arrêt de ce 19 octobre 2021¹⁶, en cassant un arrêt de condamnation qui avait refusé d'écarter l'enregistrement d'une conversation entre l'avocat d'un accusé et un des co-accusés de son client. Toute violation du secret professionnel rend le procès inéquitable.

¹⁵ Voyez, par exemple, arrêts du 15 février 2011, du 3 juillet 2012, du 5 juillet 2012, du 12 février 2015 ou du 17 mai 2018, *Wolland/Norvège*.

¹⁶ Cass., 19 octobre 2021, P.21.0553.N, encore inédit, à paraître *J.L.M.B.*, 2021.

La Cour constitutionnelle avait manifesté la même attention par son arrêt du 24 septembre 2020 en décidant, notamment, qu'en matière de déclaration de soupçon de blanchiment, seul l'avocat consulté pouvait transmettre au bâtonnier les informations justifiant ce soupçon, à l'exclusion de tout autre membre de son cabinet¹⁷. Pas de lanceurs d'alerte au sein des cabinets d'avocats...

Sans la possibilité pour le client de s'exprimer en toute confiance en présence de l'avocat qu'il a consulté, en lui exposant, sans crainte ni retenue, souvent en se trompant puis en rectifiant, ce qu'il a vécu, comme il l'a vécu, en reconstituant avec lui l'enchaînement des faits comme il les a perçus, il n'y a pas de vraie justice mais seulement un jeu de hasard, voire un jeu de massacre.

Je réitère dès lors la proposition que Patrick Hofströssler et moi-même avons formulée dans notre rapport sur l'avenir de la profession d'avocat. Pour éviter les dérives malsaines que je viens de dénoncer, la tâche de déterminer si une pièce peut, dans certaines circonstances, être saisie malgré l'invocation du secret professionnel – et malheureusement, certaines hypothèses sont plus complexes que celle que je vous ai décrite il y a un instant –, devrait, conformément d'ailleurs aux recommandations de la Cour de Strasbourg, être confiée à un juge indépendant, seulement chargé de vérifier si le secret est invoqué à bon escient : le juge du secret¹⁸.

Seul le juge du secret devrait être autorisé à manier l'ouvre-boîte. Seul le juge du secret devrait être habilité à vérifier si des données confidentielles, surprises dans une perquisition, par des écoutes indirectes, des méthodes particulières de recherche ou de renseignement, des logiciels espions ou des cookies indéliçats, peuvent être utilisées en justice.

Et, puisque c'est à notre législateur que je m'adresse aujourd'hui, puis-je lui demander, lorsqu'il transposera les directives européennes dont je parlais au début de ce bref exposé, ou lorsqu'il sera appelé à adopter d'autres dispositions qui touchent au secret, par exemple en matière fiscale, où les Ordres sont aussi demandeurs d'une clarification, notamment en matière de TVA, d'être attentif à cet équilibre indispensable entre transparence et confiance.

Ni l'une, ni l'autre ne sont des valeurs absolues. Elles ne sont que des procédés, des techniques, des moyens de protéger des valeurs déterminées. Elles sont au service de la sécurité, de la liberté, de la justice. C'est pourquoi le secret professionnel de l'avocat doit être préservé.

Parce que le secret c'est le droit au droit, la condition nécessaire d'une justice qui satisfasse aux critères d'un Etat démocratique.

Parce que le secret c'est aussi le droit d'être soi-même à l'abri du regard des autres, la flamme intérieure d'Antigone, le journal d'Anne Frank, ce qui fait survivre Diego ou, aujourd'hui, je

¹⁷ Cour constitutionnelle, 24 septembre 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p 1634 et obs. P. HENRY, « Les avocats et la prévention du blanchiment des capitaux : quelques précisions essentielles pour la protection du secret professionnel ».

¹⁸ P. HENRY et P. HOFSTRÖSSLER, *L'avocat demain*, p. 397, proposition 17.

l'espère, nos confrères Nasrin Sotoudeh en Iran, Mohammed al-Roken aux Emirats ou Maksim Znak en Biélorussie, « libre dans sa tête ».

C'est aussi ce petit mot caché dans un wagon de la mort par un juif belge déporté à Auschwitz, « maman, je ne sais pas où on m'emmène, mais je reviendrai » et que sa mère, à qui cette bouteille à la mer était miraculeusement parvenue a gardé contre son sein pendant des années, jusqu'au retour inespéré de son auteur.

Monsieur le Commissaire européen, mesdames et messieurs les parlementaires, mesdames, messieurs, chers confrère,

Je vous en conjure, résistons à la société panoptique, résistons au tout transparent, résistons au tout unique, résistons à *Big brother*. C'est notre modèle de société, issu des lumières et des droits de l'homme, qui est en jeu.

Luttons,

<https://www.avocat-pienonzek.fr/2015/04/15/pas-de-restriction-a-la-liberte-de-communication-des-detenus-avec-leur-avocat/>

<https://www.elegis.be/fr/nouvelle/application-des-criteres-de-la-jurisprudence-antigone-en-matiere-civile>