**La balance, c’est le bâtonnier !**

*« Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l’une ni l’autre, et finit par perdre les deux »*, a dit Benjamin Franklin*.*

Certes, nous ne sommes plus au temps du libéralisme absolu. Quelle valeur, d’ailleurs, mérite d’être à ce point sacralisée que toutes les autres lui soient subordonnées ?

La plupart des sociétés poursuivent des valeurs identiques : la liberté, la sécurité, la solidarité, la dignité, l’égalité, le bonheur. Mais elles ne les hiérarchisent pas toutes de la même façon. Et cet équilibre entre les valeurs se modifie, étant sans cesse mis à l’épreuve du temps et des expériences[[1]](#footnote-1).

Le développement des mafias et du terrorisme international et les immenses capitaux que ceux-ci mobilisent ont ainsi mis à l’épreuve des équilibres traditionnels.

Le secret professionnel est au centre de ce jeu d’équilibre. Longtemps, il a été considéré comme absolu. Il ne souffrait que les exceptions énoncées dans l’article 458 du code pénal. Pour l’avocat, elles sont très limitées. Il n’est autorisé (et non obligé, ce qui signifie qu’il apprécie en son âme et conscience s’il doit ou non parler, en étant guidé tant par les intérêts de celui qui lui a confié le secret que par l’intérêt général) à lever le secret que lorsqu’il est amené à témoigner en justice ou devant une commission d’enquête parlementaire.

En 1987, l’absolu a cédé une première fois, devant l’état de nécessité. Un médecin avait été appelé par des détenus en cavale, au chevet de l’un d’eux qui avait été blessé par l’un des coups de feu échangés au cours de leur évasion. Au lieu de s’y rendre, il indiqua à la police l’adresse où les évadés s’étaient réfugiés. Poursuivi pour violation du secret professionnel, il fut acquitté et la Cour de cassation confirma cette décision dans les termes suivants : *“Le secret professionnel n’est pas absolu. Il peut céder devant des valeurs supérieures, telle la préservation de la vie d’autrui”[[2]](#footnote-2)*.

A cette occasion, la Cour énonça les trois critères qui permettent de reconnaitre l’état de nécessité :

* Le péril que l’on veut conjurer doit être grave : la mort ou, au moins, des atteintes importantes à l’intégrité de personnes identifiées ;
* Il doit être imminent, ce qui exclut la dénonciation de dangers qui ne sont plus actuels[[3]](#footnote-3) ;
* Le péril doit être imparable, c’est-à-dire qu’il ne doit pas être possible, pour le dénonciateur ou pour les personnes auxquelles il pourrait s’adresser sous le sceau du secret, d’en éviter la réalisation.

Mais l’évolution ne s’est pas arrêtée là. Plusieurs décisions, notamment de la Cour constitutionnelle, ont admis que la préservation de la vie humaine n’était pas la seule valeur devant laquelle le secret pouvait être amené à céder.

La Cour l’a exprimé en des termes nets, quoique totalement abstraits : « *la règle du secret professionnel doit céder, lorsqu’une nécessité l’impose ou lorsqu’une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle »[[4]](#footnote-4).*

Le principe de la relativité du secret étant ainsi posé, il reste à le situer dans l’échelle des valeurs.

Devant quelle nécessité impérieuse le secret professionnel doit-il céder ?

Les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l’Homme et de la Cour constitutionnelle nous donnent, à cet égard, de précieuses indications. Ainsi :

* Par trois arrêts successifs[[5]](#footnote-5), la Cour constitutionnelle de Belgique décidera que le fait d’introduire une requête en règlement collectif de dettes ne permettait pas de présumer que le requérant autorisait les avocats qu’il avait précédemment consultés à communiquer aux médiateurs de dettes des éléments couverts par le secret professionnel. Certes, une exigence de loyauté toute particulière pèse sur la personne surendettée qui demande ainsi le bénéfice du régime de faveur institué par la loi mais cette exigence ne peut justifier une entorse à ce point importante aux règles du secret professionnel.
* Dans le but d’éviter de possibles conflits d’intérêts, le législateur a imposé aux avocats qui acceptent des mandats de curateurs de faillite, d’adresser au président du tribunal une liste des créanciers de la faillite dont ils – ou leurs associés – sont leurs conseils. Pour assurer la transparence de cette déclaration, il était prévu que cette liste soit accessible en consultation au greffe du tribunal de commerce. La Cour constitutionnelle a estimé que cette obligation violait le secret professionnel, sans nécessité suffisante[[6]](#footnote-6).
* L’article 458*bis* du code pénal constitue une application particulière de la théorie de l’état de nécessité en matière de protection de la jeunesse. A la base, il permettait aux professionnels tenus au secret le révéler lorsqu’ils avaient connaissance d’un danger grave et imminent pour l’intégrité physique ou mentale d’un mineur s’ils n’étaient pas en mesure, seuls ou avec l’aide de tiers, de protéger cette intégrité. Par deux lois successives des 28 novembre 2011 et 23 février 2012, le champ d’application de cette disposition a été élargi à des nombreuses personnes vulnérables. L’exigence d’un entretien personnel ou d’un examen de la victime a été supprimée. Et le danger à prévenir a été élargi aux hypothèses de danger visant d’autres personnes vulnérables. Par son arrêt du 26 septembre 2013, la Cour constitutionnelle a annulé ces nouvelles dispositions, mais uniquement en ce qu’elles concernaient les avocats[[7]](#footnote-7).
* On comprend également que des mesures de surveillances particulières soient mises en œuvre lors de la détention de personnes qui appartiennent à des réseaux de grand banditisme international ou de terrorisme. La Cour européenne des droits de l’homme a, à de nombreuses reprises, estimé que les nécessités de cette surveillance ne pouvait autoriser ni la mise sous écoute des conversations entre pareils détenus et leurs avocats, ni l’interception des correspondances qu’ils échangeaient[[8]](#footnote-8). Elle n’a admis l’ouverture de ces correspondances que dans des conditions extrêmement strictes : il faut, d’une part, que des soupçons sérieux pèsent à la fois sur la personne détenue et sur son avocat, permettant de craindre qu’ils abusent des facilités de communication dont ils disposent pour échanger des informations en vue de la perpétuation de l’activité criminelle du détenu ; il faut ensuite, que la correspondance interceptée soit soumise à un juge qui aura pour seule mission de vérifier si ces correspondances traduisent une tentative de perpétuer l’activité criminelle et qui, à défaut, restituera la correspondance au détenu, sans en donner connaissance à quiconque[[9]](#footnote-9).

On retrouve cet équilibre dans de nombreuses autres dispositions et dans la jurisprudence de nombreuses autres juridictions.

* Ainsi, en matière de perquisitions, une circulaire des procureurs généraux impose aux juges d’instruction qui effectuent une descente dans un cabinet d’avocats d’être accompagnés du bâtonnier ou de son délégué qui vérifiera, à l’occasion de la volonté de consulter un document, s’il est ou non couvert par le secret professionnel[[10]](#footnote-10).
* De même, en matière d’écoutes téléphoniques, d’écoutes directes, de mises sous observation ou d’infiltrations, la mise en œuvre de ces mesures n’est possible qu’à la triple condition que, premièrement, l’avocat soit soupçonné d’entretenir des activités touchant au banditisme ou au terrorisme ou qu’il y ait des soupçons que son cabinet soit utilisé, même à son insu, à cette fin, deuxièmement, que le bâtonnier soit préalablement averti du recours à ces méthodes et, troisièmement, qu’il ne puisse être fait aucune utilisation des éléments qui ne trahiraient pas les activités spécifiques énumérées[[11]](#footnote-11).
* En matière d’impôts sur les revenus, l’article 334 du code des impôts sur le revenu 1992, prévoit que lorsque les inspecteurs de l’administration fiscale souhaitent avoir accès à des documents qu’un avocat estime couvert par le professionnel, l’administration ne peut en prendre connaissance qu’après que l’autorité disciplinaire dont relève cet avocat (le bâtonnier) aura établi que l’on se trouvait en dehors du champ du secret. La Cour de cassation vient de confirmer que la décision du bâtonnier n’était pas susceptible de recours[[12]](#footnote-12).

Ces exemples pourraient être multipliés[[13]](#footnote-13).

La considération particulière que les différentes juridictions – et d’ailleurs le législateur – accordent à la préservation du secret professionnel des avocats n’est évidemment pas gratuite. Pour se tenir aux arrêts les plus récents prononcés par nos juridictions suprêmes, on relèvera, dans l’arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 septembre 2013, la motivation suivante :

« *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* ».

La Cour de cassation énonce pareillement que « *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 »[[14]](#footnote-14).

Les avocats, et singulièrement les bâtonniers chargés de jouer le rôle de filtre des dénonciations qui leur sont transmises par les avocats à destination de la CTIF, sont conscients de cette responsabilité.

Il est, d’ailleurs, important de préciser que le seul rôle du bâtonnier est de vérifier si l’on se trouve dans des conditions d’application de l’article 2*ter* de la loi, c’est-à-dire de vérifier si :

* D’une part, l’information à communiquer est couverte par le secret professionnel ;
* D’autre part, l’information a été recueillie par l’avocat dans le cadre de sa mission de défense en justice ou d’évaluation de la situation juridique de son client ;
* Enfin, l’information peut raisonnablement être considérée comme faisant naître un soupçon[[15]](#footnote-15).

Ce n’est qu’à cette triple condition que le bâtonnier pourra décider de ne pas transmettre la dénonciation à la CTIF. Il ne dispose donc d’aucun pouvoir d’appréciation en opportunité. Il n’a pas la possibilité, par exemple, d’estimer qu’une information, quoique non couverte par le secret professionnel ou sortant du champ de la défense en justice et du conseil juridique pourrait ne pas être transmise, par exemple en considération de son caractère bénin.

Le bâtonnier ne peut donc jamais être le paravent de fraudes, qu’elles soient le fait d’avocats ou de leurs clients, en aucun cas.

Mais ce rôle de contrôle de légalité est essentiel. La délation, pour les avocats, c’est toujours un phare qui passe au rouge. À défaut de pouvoir se référer ainsi à l’autorité du bâtonnier, les avocats, spécialement lorsque l’on se trouve en présence d’un de ces nombreux cas-frontières où surgit un doute quant à l’existence d’une obligation de dénoncer, seraient confrontés à deux obligations contradictoires, d’une part, celle de garder le secret, d’autre part, celle de dénoncer, et ils risqueraient de privilégier l’une des deux branches de l’alternative de façon non suffisamment raisonnée, en fonction de considérations d’opportunité ou de sécurité :

* soit ils décident de ne jamais parler, pour garder le secret professionnel, mais en s’exposant alors aux sanctions prévues par la loi anti-blanchiment ;
* soit, au contraire, ils décident de dénoncer, au risque de violer l’article 458 du code pénal.

Le bâtonnier a donc pour mission de guider les avocats de son Ordre. La loi confère d’ailleurs aux Ordres une obligation d’informer et de former les avocats quant à la teneur précise de leurs obligations de dénonciation et de sécurisation du système. La Cour européenne des droits de l’homme et la Cour constitutionnelle le confirment en soulignant que ce n’est qu’en raison de ce rôle imparti aux bâtonniers que les dispositions de la loi peuvent être considérées comme conformes à notre charte constitutionnelle et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales[[16]](#footnote-16).

C’est le bâtonnier qui doit tenir la balance. Lui seul.

Patrick Henry

Président d’AVOCATS.BE

1. M. GLANSDORFF, *Les déterminants de la théorie générale de la valeur,* cité par P. LAMBERT, *Le secret professionnel,* p. 3O. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cour d’arbitrage, 3 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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. [↑](#footnote-ref-5)
6. C.A., 24 mars 2004, *J.L.M.B.,* 2004, p. 1080. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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 ». [↑](#footnote-ref-7)
8. Cour Eur. D.H., 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. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cour Eur. D.H., arrêt *Erdem* du 5 juillet 2001. [↑](#footnote-ref-9)
10. Voyez circulaire du parquet général de Liège C.6/87D767 Cir.-L.G. du 5 mai 1987, reproduite dans *Cahiers de déontologie*, Barreau de Liège, n°5, mai 2001. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cass,, 19 octobre 2012, *J.L.M.B.,* 2013, p. 1646. [↑](#footnote-ref-12)
13. Voyez, 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 ». [↑](#footnote-ref-13)
14. Cass., 13 juillet 2010, *Pas.,* n°480. [↑](#footnote-ref-14)
15. C‘est précisément l’enseignement du considérant 97 de l’arrêt Michaud : « *97. Elle estime que la notion de « soupçon » relève du sens commun et qu’un public averti tel que les avocats peut d’autant plus difficilement prétendre ne pas être en mesure de la cerner que, comme l’expose le Gouvernement, le code monétaire et financier fournit certaines indications spécifiques. Par ailleurs, les déclarations de soupçon étant adressées aux bâtonniers ou aux présidents de l’Ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation, tout avocat ayant des doutes quant à l’existence d’un « soupçon » dans un cas donné est en mesure de bénéficier à cet égard de l’assistance d’un confrère averti et expérimenté*» (Cour Eur. D.H., 6 décembre 2012, *J.T.,* 2013, p. 5, *J.L.M.B.,* 2013, p. 16). [↑](#footnote-ref-15)
16. Cour constitutionnelle, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 180 et obs. F. ABU DALU, « A qui perd gagne » ; 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 ? ».  [↑](#footnote-ref-16)