

Le secret, c'est le droit au droit

Il faut n'avoir jamais eu en face de soi un client, qu'il soit MENA, PDG ou PEP (on ne dit plus VIP, sauf erreur), et avoir passé des heures à reconstituer avec lui ce qu'il a fait, pourquoi, pour quoi, avec qui, quand, comment, ..., pour ne pas comprendre qu'une véritable justice est inconciliable avec le tout à la transparence, que le conciliabule secret entre l'avocat et son client est la condition indispensable d'une défense efficace.

C'est en cela que le secret professionnel de l'avocat, tout comme d'ailleurs, dans des mesures qui varient néanmoins, celui du médecin, du psychologue ou du travailleur social, est une garantie indispensable dans notre système juridique. Car sans ce secret qui fonde une confiance indispensable entre l'avocat et son client, le travail du premier en faveur du second est nécessairement tronqué. C'est en ce sens que le secret professionnel de l'avocat est le droit au droit¹, à l'accès à la justice.

Il est donc du devoir des Ordres de défendre le secret face à toutes les attaques qu'il subit aujourd'hui au nom de la lutte contre le terrorisme, le grand banditisme, le blanchiment de capitaux, la fraude fiscale, au nom de la protection des personnes vulnérables ou du bon fonctionnement d'institutions comme l'aide juridique ou la sécurité sociale.

Un bref inventaire des projets en discussion montre à quel point le front est étendu.

- 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 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 clients². C'est par l'intermédiaire du C.C.B.E. que notre profession réagit en tentant d'infléchir les initiatives en cours, en rappelant le rôle de conseil des avocats et les règles déontologiques auxquels ils sont astreints³.

- L'assujettissement des avocats à la T.V.A. implique le devoir d'adresser à l'administration fiscale une liste des factures qu'ils adressent à leurs clients, mentionnant à la fois les coordonnées fiscales de ceux-ci et les montants qui leurs sont facturés. Les services du contrôle de la T.V.A. ne cachent pas que ces informations sont utilisables dans le cadre des enquêtes qu'ils mènent pour traquer les fraudeurs. D'autre part, le Code de la T.V.A. ne comprend pas de disposition similaire à celle de l'article 334 du Code des impôts sur le revenu, qui permet au Bâtonnier de décider souverainement si un document que souhaite examiner l'administration fiscale est couvert par le secret professionnel. La Cour constitutionnelle, par son arrêt du 23 février 2017⁴, a estimé que cette

¹ J'emprunte cette belle expression à la première bâtonnière de Paris, Dominique de la Garanderie.

² 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>.

³ 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

⁴ *J.L.M.B.*, 2017, p. 496.

lacune législative ne relevait pas de sa compétence car elle ne trouvait pas son origine dans la loi d'assujettissement des avocats à la T.V.A. C'est donc par des procédures civiles et une initiative législative que les avocats pourront faire respecter leur secret. Celles-ci sont en cours. Notamment, AVOCATS.BE, l'O.V.B., l'I.P.C.F. et l'I.E.C. travaillent de concert avec le S.P.F. économie dans la perspective de l'adoption d'un texte général qui permettrait de concilier le secret professionnel et les légitimes prérogatives du fisc.

- Les dispositions relatives à l'obligation pour les opérateurs de communications téléphoniques ou électroniques de conserver les données relatives à ces communications donnent lieu à une bataille politico-judiciaire quasi sans précédent, la Cour de justice de l'Union européenne ayant, déjà à deux reprises, sur des recours diligentés, notamment, par le C.C.B.E., annulé les directives qui tendent à réglementer cette obligation⁵.
- Plusieurs propositions de loi ont été soumises à la Chambre tendant à modifier les articles 458*bis* et suivants du Code pénal, afin d'astreindre les professionnels tenus au secret à révéler « les informations relatives à l'imminence d'une infraction terroriste qu'ils détiennent dans le cadre de leur profession ». Si certaines d'entre-elles⁶ épargnent les avocats, d'autres⁷ ne font pas cette distinction. AVOCATS.BE intervient à chaque fois dans le processus législatif pour faire valoir ses observations⁸.
- Ajoutons que les perquisitions dans les cabinets d'avocats sont de plus en plus nombreuses et que nous devons malheureusement soupçonner que des écoutes téléphoniques sont pratiquées sur des avocats en dehors des conditions strictes prévues par l'article 90*octies* du Code d'instruction criminelle, qui, d'une part, limitent ces pratiques à des hypothèses bien déterminées (des indices sérieux de commission d'infractions visées par l'article 90*ter* du même code, soit par l'avocat concerné, soit à partir de son cabinet) et à l'information préalable du Bâtonnier⁹.

Je m'arrête là, mais je pourrais continuer.

Et alors, que fait la police AVOCATS.BE ?

Avec l'O.V.B., avec les Ordres, sous l'égide du C.C.B.E., nous sommes présents sur tous ces fronts.

Comme vous l'avez lu, des commentaires sont produits sur chacun de ces projets. Des recours sont portés devant les cours suprêmes ou les juridictions judiciaires. Nous participons à l'élaboration de projets de loi. Vous serez invités, le 18 mai 2017, à l'occasion du congrès d'AVOCATS.BE, *Rebondir*, à voter une motion appelant à un nécessaire respect du secret professionnel par toutes les autorités qui nous gouvernent.

⁵ Voy. C.J.U.E., 8 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 946 et obs. A. Cassart et J.-Fr. Henrotte, « L'invalidation de la directive 2006/24 sur la conservation des données de communication électronique ou la chronique d'une mort annoncée » ; C.J.U.E., 21 décembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 158 ; voyez aussi Cour constitutionnelle, 11 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 624, à propos de la loi belge adoptée en application de cette directive.

⁶ Projet de loi « Pot-pourri V » : <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/2259/54K2259001.pdf>.

⁷ Proposition de loi déposée par Monsieur Dallemagne : *Doc. Parl. Ch.*, 54/1914, <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/1914/54K1914001.pdf>.

⁸ Voyez, par exemple, https://gallery.mailchimp.com/d552fd66716b81b8fb8f922cc/files/pot_pourri_V_avis_28_10_2016.pdf.

⁹ Pour un point complet sur les écoutes téléphoniques et les nombreuses décisions prononcées sur cette question tant en Belgique qu'à l'étranger, voyez J.P. Buyle et P. Henry, « L'affaire *Bismuth* : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », obs. sous Cass. Fr., 22 mars 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p.1027.

J'en suis convaincu. L'émergence sans cesse croissante de moyens d'interceptions de nos données personnelles de plus en plus invasifs et de moins en moins contrôlables *a priori* nous impose de revoir notre approche. Nos secrets sont de plus en plus exposés. Il nous faut, d'une part, mieux les protéger¹⁰, d'autre part, obtenir la création d'une autorité indépendante de contrôle, une sorte de juge du secret, qui trierait les données interceptées et n'autoriserait l'utilisation que de celles qui sont primordiales pour la préservation de notre sécurité¹¹. Ce sont les conclusions du C.C.B.E. Je m'y rallie.

Sinon, Astrée, la déesse de la transparence, aura définitivement vaincu Harpocrate, le dieu du silence, et nous aurons perdu le tout, le droit au droit.

Patrick Henry
Ancien président d'AVOCATS.BE

Au moment où nous mettons sous presse, la Commission européenne lance une [consultation](#) sur la protection des lanceurs d'alerte (http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/plan_2016_241_whistleblower_protection_en.pdf). Elle y met le secret professionnel en balance avec le « droit du public de savoir quand ses intérêts sont en jeu ». Allons-nous vers un régime où nos collaborateurs seront protégés lorsqu'ils révèlent les secrets que nos clients nous confient ? L'assemblée générale d'AVOCATS.BE se saisit de la question pour mandater ses délégués au C.C.B.E. en vue d'une réaction vigoureuse.

¹⁰ Voyez 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_20160520_CCBE_Guidance_on_Improving_the_IT_Security_of_Lawyers_Against_Unlawful_Surveillance.pdf.

¹¹ *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.