

Secret professionnel et droit de la concurrence :

pourquoi tant d'incertitude ?

1.

Depuis combien de temps connais-je Denis Philippe ?

Il ne m'est pas facile de répondre à cette question. Nous avons été associés au sein d'elegis, première mouture, au début de ce siècle. Mais nos relations sont bien antérieures. Il fut un temps où sa première association, BBLMP, avait tissé des liens avec celle de mon épouse et j'assistais donc à leurs fêtes, en quelque sorte, en qualité de prince consort (que ce mot correspond bien à la fonction qu'il désigne !).

Dans mon souvenir cependant, c'est au sein de la J.L.M.B. que nous nous sommes rencontrés, quand j'ai demandé à Denis d'accepter de prendre en charge le département « Responsabilité civile ». Depuis, il rédige régulièrement une chronique d'*Inédits de droit de la responsabilité* qui est une mine pour tous les praticiens de ce domaine.

Mais je n'ai jamais parlé avec Denis ni de secret (En avons-nous eus l'un pour l'autre ? Je ne le pense pas), ni de concurrence (Quand nous n'étions pas partenaires, nous ne jouions pas sur les mêmes terrains). Cet ouvrage qui lui est dédié en est donc l'occasion. Salut l'ami, qui t'intéresse à tout, dont les oreilles n'ont pas de paupière.

I. L'affaire Servier

2.

Dans le cadre d'une procédure d'enquête en matière de concurrence pour de prétendus agissements contraires à l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne à l'encontre de la société Les Laboratoires Servier-Perindopril et sa maison mère, Servier SAS (ci-après « Servier »), la Commission européenne requiert de ces sociétés la production de certains documents.

Servier invoque le caractère confidentiel desdits documents, et sa protection par le « legal professional privilege » (LLP - confidentialité de la correspondance échangée avec des avocats externes). Il s'agissait concrètement :

- D'une lettre adressée le 29 août 2008 par un cabinet d'avocats (non belges) représentant la société TEVA aux avocats (belges) externes de Servier. Dans cette lettre, les premiers avertissaient les seconds de l'introduction d'une plainte à la Commission Européenne si un accord entre les deux sociétés n'était pas trouvé.
- D'une chaîne de mails par laquelle cette lettre était transmise, tout d'abord par les avocats destinataires à leur client (Servier) et puis, en interne, au sein de cette société.

N'est en cause que le caractère confidentiel du premier document¹.

¹ D'une façon curieuse, la discussion n'a guère porté sur la production de la lettre adressée par les avocats de Servier à leur cliente. Elle était pourtant manifestement couverte par le secret professionnel, qui protège les échanges entre un avocat et son client (Voyez, sur ce point, Cass., 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 526 ; *adde* 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 »). Il est vrai que cette correspondance ne paraissait pas avoir de contenu intéressant car que son seul objet utile était la transmission du message qu'ils avaient reçu de leurs confrères étrangers.

Servier allègue que, s'agissant d'un courrier entre deux avocats externes, la confidentialité y attachée, consacrée par le droit belge, doit être respectée. Que la lettre ait transité par la suite en interne chez Servier lui paraissait peu importer ; nier le caractère confidentiel de cette lettre équivaldrait à compromettre les droits de la défense de Servier ainsi que son droit à recueillir un conseil juridique indépendant.

Servier invoque à l'appui de sa thèse le règlement de l'Ordre national des avocats de Belgique des 6 juin 1970, 6 mars 1980, 8 mai 1980 et 22 avril 1988, relatif à la production de la correspondance échangée entre avocats, dont la teneur est reproduits dans les textes déontologiques de certains autres barreaux européens².

3.

La Commission ne fait pas droit aux arguments de Servier. Par une décision du 23 juillet 2010, elle commence par observer que la lettre litigieuse n'émane pas des avocats de Servier, mais de l'un de ses concurrents, par le biais de ses avocats. Se référant à l'arrêt *AKZO*³, elle considère que la jurisprudence européenne protège la confidentialité de la correspondance échangée entre un avocat et son client, pourvu que cette communication soit faite pour les besoins de la défense de ce dernier, et qu'elle émane d'avocats indépendants. Or, cela ne serait pas le cas en l'espèce puisque la lettre ne comprenait que la transmission d'une menace de poursuites.

Elle en conclut que cette lettre ne rentre dans aucune des catégories déclarées protégées par le secret professionnel ou le LLP. Parmi d'autres considérations, la Commission concède que, certes, elle émane d'un avocat indépendant ; toutefois, précise-t-elle, il ne s'agit pas de celui de Servier, mais de celui de son adversaire. De ce fait, on ne saurait considérer qu'elle ait été rédigée pour les besoins de la défense de Servier.

Par ailleurs, la Commission rappelle que les codes de conduite applicables aux avocats dans les différents États membres de l'Union européenne prévoient que la correspondance confidentielle échangée entre avocats ne peut pas être transmise aux clients (comme tel était le cas en l'occurrence) et que ces règles de conduite cessent de s'appliquer une fois le document transmis par l'avocat destinataire à ses clients.

Quant au Règlement de l'Ordre national invoqué par les avocats de Servier⁴, la Commission rappelle que le fondement juridique des inspections qu'elle mène dans le cadre des procédures de concurrence est le droit de l'Union européenne et que, par définition, le droit national n'y est pas applicable. L'étendue de ses pouvoirs ne pourrait donc dépendre de ce que pourrait décider un Barreau, les règles du Barreau ne pouvant s'imposer à la Commission.

Enfin, la Commission rappelle que les règles protégeant la correspondance échangée entre avocats sont fondées sur des considérations d'ordre public, plutôt que sur la protection des droits fondamentaux. Les communications entre avocats peuvent faciliter la résolution des conflits civils ou commerciaux et alléger la charge de travail des

² Article 1 : « La correspondance entre les avocats est confidentielle. Même lorsque les conseils sont d'accord, elle ne peut être produite qu'avec l'autorisation du bâtonnier. Cette disposition vise aussi bien la production judiciaire qu'extra-judiciaire ».

On notera cependant que, dans la plupart des autres barreaux, les règles sont moins strictes : dans certains barreaux (notamment de l'Est de l'Europe), le principe de la confidentialité des correspondances échangées entre avocats est inconnu ; dans d'autres, le principe est l'officialité mais l'avocat peut imprimer, dans certaines circonstances, un caractère confidentiel à sa lettre ; pour certains, c'est l'inverse : le principe est la confidentialité mais l'avocat a le choix de l'officialité ; chez nous, le principe est la confidentialité et l'officialité n'est possible que dans des cas strictement délimités (article 2 du règlement de l'Ordre national).

³ C.J.U.E., gr. ch., 14 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1400.

⁴ De façon surprenante, la question n'a été examinée qu'au regard du règlement de l'Ordre national belge, alors qu'il semble bien que la lettre n'émanait pas d'un avocat belge, si bien qu'elle n'y était pas soumise mais bien au Code de déontologie du C.C.B.E. qui, lui, pose le principe du caractère officiel des correspondances échangées entre avocats ressortissants à des barreaux différents de l'Union européenne (article 5.3. : « L'avocat qui entend adresser à un confrère d'un autre État membre des communications dont il souhaite qu'elles aient un caractère confidentiel ou << without prejudice >> doit clairement exprimer cette volonté avant l'envoi de la première de ces communications. Si le futur destinataire des communications n'est pas en mesure de leur donner un caractère confidentiel ou << without prejudice >>, il doit en informer l'expéditeur sans délai »). On constatera d'ailleurs que les avocats de TEVA avaient transmis une copie de la lettre à la Commission, qui ne cherchait, par son enquête, qu'à vérifier que celle-ci était bien en possession de Servier.

tribunaux. En revanche, lorsqu'il s'agit d'enquêtes poursuivant des intérêts publics, cette protection ne serait pas adéquate, puisque l'accès aux documents en cause est nécessaire pour rechercher la vérité.

La Commission conclut ainsi dans une Décision du 23 juillet 2010⁵ (la « Décision ») que la Lettre n'est pas couverte par le LLP. Se pose la question de savoir si le Barreau peut attaquer la Décision et, dans l'affirmative, comment il devrait procéder.

II. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 10 décembre 2014

4.

Le 12 décembre 2013, entre en vigueur le nouveau Code de droit économique belge. Il comprend un livre IV qui traite du droit de la concurrence et reprend en partie les dispositions de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006. La loi du 3 avril 2013 réforme, quant à elle, les règles d'application du droit de la concurrence.

Les nouveaux textes investissent l'Autorité belge de la concurrence, service autonome doté de la personnalité juridique comprenant un président, un collège de la concurrence, qui fonctionne comme une autorité administrative (et non plus comme une juridiction administrative, comme tel était le cas de l'ancien Conseil de la concurrence), et un auditorat, d'une mission de contrôle du respect des règles applicables en matière de concurrence, sur la base des articles 81 et 82 du T.U.E. Le collège est saisi par l'auditorat, qui instruit les dossiers. Celui-ci dispose d'un pouvoir de perquisition et de saisie.

Les articles 11 et 12 de la loi du 3 avril 2013 prévoient que, lorsqu'il y a contestation sur la légalité de la saisie et l'utilisation d'un document ou de données informatiques saisies, un recours peut être introduit devant la Cour d'appel de Bruxelles, mais uniquement à l'issue de la procédure d'instruction et à la condition que ces données aient été utilisées pour soutenir les griefs qui seront articulés dans le projet de décision motivée soumis par l'auditorat au Collège.

AVOCATS.BE et l'I.J.E. introduisent un recours contre ces articles. Ils permettent en effet à l'auditorat de disposer des documents ou données saisis en violation du secret professionnel de l'avocat ou de la confidentialité des avis des juristes d'entreprises pendant toute la procédure et ce n'est qu'à l'issue de celle-ci, et pour autant qu'ils soient utilisés par l'auditorat, qu'il sera statué sur la légalité de leur saisie. Cela viole, selon eux, le droit à un procès équitable, le secret des lettres et les principes d'égalité et de non-discrimination puisque, en matière pénale, un contrôle de la légalité de pareille saisie peut être effectué immédiatement par les juridictions d'instruction.

5.

La Cour constitutionnelle ne les suivra pas, en tout cas entièrement.

Elle prend en considération la volonté légitime du législateur d'éviter que les procédures en matière de concurrence puissent être paralysées par des recours incessants, ainsi que les enseignements d'un arrêt antérieur du 22 décembre 2011 (197/2011).

Elle cite l'arrêt *A. Menarini Diagnostics S.R.L. / Italie* du 27 septembre 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme qui dispose que « la nature d'une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la

⁵ Commission européenne, 23 juillet 2010, *Perindopril* (Servier), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39612/39612_3076_12.pdf

nature d'une procédure pénale au sens strict du terme » et que « si ces différences ne sauraient exonérer les États contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application ».

Selon la Cour, il appartient donc à la Cour d'appel de veiller à ce qu'aucune donnée obtenue illégalement ne puisse être utilisée, directement ou indirectement, à l'appui des griefs que retiendra l'auditorat. « Sous cette réserve », dit-elle (j'avoue ne pas bien en comprendre la portée ; la Cour veut-elle dire qu'il appartient au Collège de la concurrence de respecter le secret professionnel ? Ce serait quasi-tautologique), elle considère que cette obligation d'écarter les documents ou données illégalement recueillis dont l'auditorat voudrait faire usage constitue une garantie suffisante du caractère équitable du procès.

Et elle ajoute : « Quant aux données litigieuses qui n'auront pas servi à soutenir les griefs, elles ne feront pas partie du dossier de procédure et, n'étant par conséquent pas accessibles au Collège de la concurrence, elles ne pourront influencer la décision au fond. Elles ne sont donc pas de nature à faire grief aux personnes physiques et morales ni aux entreprises qui font l'objet des mesures prises par l'auditorat ».

III. Comparaison avec les principes applicables dans les autres domaines du droit

6.

La saisie de documents ou documents informatiques n'est évidemment pas le propre des procédures en droit de la concurrence. Bien au contraire, c'est en matière pénale que l'on est généralement confronté à cette pratique et aux difficultés qu'elle pose au regard du secret professionnel.

Déjà par son arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992⁶, 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 l'avait affirmé tout aussi nettement dans son arrêt *A.M. and S. Europe limited c. Commission* du 18 mai 1982⁷. Elle rappelle fermement que la correspondance échangée entre un avocat indépendant inscrit au barreau et son client est couverte par le secret professionnel et soustraite au pouvoir de vérification de la Commission.

La Cour européenne des droits de l'homme a été, à plusieurs reprises, plus nette encore en affirmant, notamment 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,

⁶ 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. RIGAUD, « Perquisition au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile » ; voyez aussi S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, « La jurisprudence de la Cour européenne ultérieure à l'affaire Niemietz », in *La preuve en matière pénale*, Larcier, 2015, p. 402.

⁷ 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 ».

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 »⁸. Cet arrêt devrait clore tout débat sur ce sujet...⁹.

La Cour a confirmé sa jurisprudence par les arrêts *Heino* du 15 février 2011¹⁰, *Robathin* du 3 juillet 2012¹¹, *Golovan* du 5 juillet 2012¹² et *Yuditskaya* du 12 février 2015¹³. La saisie de documents 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 professionnel¹⁴.

7.

Dans son arrêt *Wieser et Bicos*, du 16 octobre 2007, elle confirme 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 données¹⁵. 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)¹⁶. L'arrêt *Servulo* du 3 septembre 2015 réaffirme les mêmes principes mais en fait une application critiquable¹⁷.

⁸ 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. NIORÉ, *Perquisitions chez l'avocat*, p. 92.

⁹ 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, p. 753 ; 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, p. 283 ; 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*, Bruges, Die Keure, 2011, p. 421 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, « La jurisprudence de la Cour européenne ultérieure à l'affaire Niemietz », in *La preuve en matière pénale*, Larcier, 2015, p. 402 ; D. BÜTZLER, « Les perquisitions et saisies dans les cabinets d'avocats à la lumière du secret professionnel et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : absence de légalité et de proportionnalité dans le droit belge », *L'Observateur de Bruxelles*, 2015/1, p. 43 ; N. STAESSENS, « Procedurele bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en client », *Adrem*, 2007/5, p. 12.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² Cour Eur. D.H., 5 juillet 2012 : saisie de documents au cabinet de l'avocat d'un prévenu, sans autorisation préalable d'un juge.

¹³ 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 enquêteurs et la présence de deux témoins, sans qualification juridique et, donc, incapables d'identifier les documents couverts par le secret.

¹⁴ Cour Eur. D.H., 17 mai 2018, *Wolland/Norvège* : la Cour, en relevant que les garanties et recours prévus par la loi norvégienne permettent d'assurer la protection légitime du secret professionnel, conclut à la non-violation de la Convention dans une espèce où des documents et des données informatiques avaient été saisis au cabinet d'un avocat suspecté de complicité d'escroquerie et de faux en écriture (*L'Observateur de Bruxelles*, octobre 2018, p. 78).

¹⁵ 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 ; V. NIORÉ, *Perquisitions chez l'avocat*, p. 127.

¹⁶ 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. NIORÉ, *Perquisitions chez l'avocat*, Lamy, 2014.

¹⁷ Cour Eur. D. H., 3 septembre 2015, *Servulo & asociados*. Voyez à son sujet V. NIORÉ, « Perquisitions chez les avocats : la CEDH consacre le rôle du JLD », *Gaz. Pal.*, 11 septembre 2015, p. 5.

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 France¹⁸.

De même, la saisie des extraits de comptes bancaires d'un avocat est protégée par les mêmes principes¹⁹.

8.

Les juridictions belges sont, très majoritairement, en phase avec la Cour de Strasbourg.

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 bâtonnier²⁰.

Il est admis que le délégué du bâtonnier examine préalablement les pièces dont le juge d'instruction se proposait de prendre connaissance, retire du dossier celles qui contiennent ou font référence aux confidences reçues par l'avocat (correspondances confidentielles...) et remet les autres au juge d'instruction²¹. Si cette solution a été contestée par un arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège du 26 février 2004²², la question ne fait aujourd'hui plus guère débat²³.

9.

Si des difficultés subsistent, elles sont surtout cantonnées au domaine du conseil. Les juridictions belges ne contestent pas – au contraire de leurs homologues françaises (voyez la polémique autour du projet Dupont-Moretti, qui veut affirmer l'application du secret professionnel aussi au domaine du conseil²⁴) – que le secret professionnel couvre toutes les activités des avocats, tant dans le domaine du conseil (« évaluation de la situation juridique du client » selon les termes des directives blanchiment²⁵) que dans celui de la défense, à la seule exception de son activité de rédacteur d'actes²⁶. Mais j'ai dû dénoncer à plusieurs reprises une tendance récente de certains juges d'instruction à soupçonner de façon quasi-systématique, et souvent sans indice suffisant, les avocats qui ont conseillé leurs clients dans le cadre d'une opération taxée de frauduleuse d'être associés à la

¹⁸ 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, p. 283.

¹⁹ Cour Eur. D. H., 1er décembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1012. Cour Eur. D. H., 27 avril 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1864, et obs. F. KONING, « Cela s'est passé près de chez nous », et M. DAL et T. BONTINCK, « L'arrêt *Sommer* ou la protection continue du secret professionnel de l'avocat par la Cour européenne des droits de l'homme », *J.L.M.B.*, 2017, p. 1888. Voyez déjà Cour Eur. D. H., 16 septembre 1978, *Klass* ; Cour Eur. 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 Cour Eur. D. H., 19 septembre 2002, *Tamosius*.

²⁰ Voyez par exemple, article 27 du Codex du barreau de Liège.

²¹ Voyez, par exemple, 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. La pratique est la même à Bruxelles : M. WAGEMANS, Y. OCHINSKY, M. VLIES, F. BRUYNS, G. CRUYSMANS & M. DAL, *Recueil des règles professionnelles*, Barreau de Bruxelles, 2019, n° 245. Pour la situation en Flandre, voyez J. STEVENS, n° 1160-1161 ; T. BAUWENS, « De stafhouder als "adviseur" en "onafhankelijke" en "onpartijdige" "rechter" », obs. sous Cass., 18 mai 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 435.

²² 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 ».

²³ Corr. Bruxelles (ch. cons.), 10 juin 2004, *Jour. Proc.*, 2004, n°489, p. 28 et obs. J.M. DERMAGNE ; Cass., 24 mai 2007, inédit, RG 050431N.

²⁴ V. NIORE, « L'expérience française », in *Pas de justice sans avocats indépendants*, ebook, 2021, <https://indd.adobe.com/view/ca7fd9c-0370-4144-8639-1d3835ddacc8>, p. 24.

²⁵ Directive du 4 décembre 2001, article 6.3.

²⁶ 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. DELEPIÈRE, « 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.

commission de l'infraction suspectée. Pour vérifier si ce soupçon est fondé, ils s'autorisent dès lors à examiner l'ensemble du dossier de l'avocat puisqu'il est bien établi que le secret ne peut servir de paravent à la commission, par l'avocat, d'une fraude quelconque²⁷. C'est ce que j'ai appelé la « technique de l'ouvre-boîte »²⁸. Elle vient d'être condamnée par un arrêt de la chambre des mises en accusation de Liège du 18 janvier 2021. Mais, tant qu'une institution telle le juge du secret ne sera pas mise en place²⁹, il faut craindre que ce type d'abus se renouvellera.

Il n'y a cependant guère de rapport entre cette question et celle que nous étudions. La pratique dénoncée à l'alinéa précédent relève d'une application plus que discutable, par certains juges d'instruction, de principes bien établis. La règle n'y est pas en cause. Ici, au contraire, au prétexte, selon la Cour constitutionnelle, que l'on se trouve dans le cadre d'une procédure dite « administrative » et non « pénale », la Cour constitutionnelle estime que des règles, de procédure il est vrai (mais comment nier qu'elles peuvent exercer une incidence considérable sur le fond du droit ?), différentes peuvent être appliquées.

10.

La question du secret professionnel se pose aussi dans les procédures administratives.

L'exemple le plus évident est celui du droit de chaque citoyen d'avoir accès à l'information en matière administrative, tel qu'il est organisé par les différents lois, décrets et ordonnances. Le secret professionnel y fait-il exception ? En d'autres termes, la consultation qu'un avocat adresse à une autorité administrative avant que celle-ci adopte un acte, peut-elle, ou doit-elle, être transmise au Conseil d'État avec le dossier administratif dans le cadre d'un recours en annulation qui serait dirigé contre cet acte. On remarquera que cette consultation relève clairement du domaine du conseil, et non de celui de la défense. Si une administration sollicite le conseil d'un avocat avant d'adopter un acte, on se trouve évidemment en dehors du domaine du contentieux. La question a été discutée mais elle est aujourd'hui tranchée d'une façon qui paraît définitive, tant en Belgique³⁰ qu'en France³¹.

11.

Quant à la matière fiscale, les choses sont un peu moins claires. En matière d'impôts sur les revenus, il est maintenant bien établi que, en cas de contestation sur la question de savoir si un document ou une donnée en possession d'un avocat est couvert par le secret professionnel et peut donc être soustrait aux demandes de production de l'inspection des impôts, c'est le bâtonnier qui tranche, souverainement, avant que le fisc puisse prendre connaissance de la pièce contestée. La solution est dictée par l'article 334 du Code des impôts sur le revenu. La Cour de cassation l'a confirmée par un arrêt parfaitement clair du 19 octobre 2012³².

²⁷ 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 ;

²⁸ Liège (ch. mises acc.), 18 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 85 et obs. P. HENRY, « Secret professionnel : condamnation de la technique de l'ouvre-boîte ». Voyez, dans le même sens, l'arrêt *Roemen et Schmit* de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 février 2003. Pour plus de commentaires sur cet arrêt et quelques autres, 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.

²⁹ Voyez les propositions contenues dans le rapport sur l'avenir de la profession d'avocat, que j'ai rédigé en compagnie de Patrick Hofströssler : P. HENRY et P. HOFSTRÖSSLER, *L'avocat demain*, p. 397, proposition 17.

³⁰ Conseil d'État, 28 janvier 2009, *Commune de Lochristi*. Pour un commentaire de cet arrêt et l'examen d'une autre question prégnante en droit administratif, à savoir celle du droit des mandataires communaux d'avoir accès aux documents communaux, en ce compris ceux qui sont couverts par le secret professionnel, voyez M. JOASSART, « Le secret en droit administratif », in *Le secret*, Anthemis, 2017, p. 15, n°21 ; J. JAUMOTTE, « Publicité passive de l'administration et respect du secret professionnel : deux intérêts antagonistes ? », *A.P.T.*, 2015, p. 92 ; P. HENRY, « Harpocrate contre Astrée : l'avocat entre confiance et transparence », in *La transparence : une obligation ou un atout pour l'avocat*, Anthemis, Formation permanente CUP, vol. 188, 2019, pp. 55-93.

³¹ Conseil d'État (France), 27 mars 2005, *Gaz. Pal.*, 10 juin 2005, p. 5.

³² Cette affaire a fait l'objet des trois décisions suivantes : Civ. Bruges, 27 avril 2009, *Le courrier fiscal*, 2009, p. 539 ; 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 ; Cass., 19 octobre 2012, *Pas.*, 2012, I, 1958. Pour un commentaire détaillé, voyez S. SCARNA et Fr. HERBECCO, « 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.

Il reste que l'article 334 du Code des impôts sur le revenu n'a pas son pendant dans les autres codes fiscaux et, particulièrement, dans le Code de la T.V.A. Or l'assujettissement des avocats à la T.V.A. a entraîné pour eux diverses obligations qui entrent en conflit avec le secret professionnel : particulièrement l'obligation de communiquer à l'administration un listing nominatif des factures qu'ils adressent à leurs clients assujettis, mais aussi celle de répondre à des demandes de renseignement émanant de l'inspection de la T.V.A. La question a été soumise à la Cour constitutionnelle mais celle-ci ne l'a pas tranchée, pour des raisons techniques³³.

Des négociations ont été ouvertes entre les Ordres et le ministère des Affaires économiques en vue de dégager une solution ménageant tant 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. Il faut cependant constater que ces négociations semblent aujourd'hui au point mort.

12.

Enfin, au civil, on soulignera que si un huissier doit pratiquer une saisie au cabinet d'un avocat, il ne peut en aucun cas emporter un élément couvert par le secret professionnel³⁴.

IV. De quoi s'inquiéter ?

13.

On cherche vainement ce qui pourrait justifier qu'en matière de droit de la concurrence les règles applicables dans les autres domaines du droit ne le soient pas.

Comment admettre, dès lors, que la Commission autorise la saisie d'une correspondance adressée par un avocat à son client, contenant, en annexe, une lettre couverte par la confidentialité des correspondances échangées entre avocats ? Il ne devrait quand même faire aucun doute que la correspondance, couverte par le secret, qu'adresse un avocat à son client en y joignant une lettre confidentielle, présentée comme telle, est entièrement couverte par le secret professionnel, même si cet avocat a agi imprudemment au regard de la déontologie. Il est vrai que le débat devant la Commission a été tronqué puisque plusieurs arguments n'ont pas été invoqués devant elle.

Comment admettre, par ailleurs, que la Cour constitutionnelle autorise l'auditorat de la concurrence à conserver par devers lui des pièces couvertes par le secret professionnel sous la seule condition qu'il ne les utilise finalement pas ? Cela revient à autoriser des écoutes téléphoniques illégales sous la seule condition que l'on en fasse pas un usage officiel...

14.

A cet égard, une décision de la chambre du conseil près le tribunal de première instance francophone de Bruxelles du 17 novembre 2021 interpelle.

³³ Cour constitutionnelle, 13 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1896, posant une question préjudicielle à la C.J.U.E.. 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. Par un second arrêt du 23 février 2017, la Cour constitutionnelle a estimé que les atteintes au secret professionnel dénoncées ne trouvaient pas leur origine dans la décision attaquée, si bien qu'elle ne pouvait en connaître (Cour constitutionnelle, 23 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 496.). On notera en revanche que 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).

³⁴ M. WAGEMANS, Y. OCHINSKY, M. VLIES, F. BRUYNS, G. CRUYSMANS & M. DAL, *Recueil des règles professionnelles*, Barreau de Bruxelles, 2019, n° 339-341

On sait que, très récemment, une vaste opération des forces de police au niveau européen a permis de saisir et décrypter près d'un milliard de messages échangés par des trafiquants et criminels au moyen de téléphones cryptés SKY ECC. Parmi ceux-ci, les enquêteurs relèvent que le titulaire d'un compte dénommé AUDIQ7, qu'ils ne parviennent pas à identifier, semble avoir pris un rendez-vous avec un avocat à son cabinet, à telle date et à telle heure. La communication ne contient aucun autre élément pertinent pour l'enquête. Mais elle permet de supposer que le titulaire du compte sera présent au cabinet de l'avocat au moment-dit. Les policiers se mettent en faction et n'auront aucune peine à intercepter un individu circulant au volant d'une Audi Q7.

S'appuyant sur la fait que le parquet fédéral déclare vouloir soumettre la question à la chambre des mises en accusation, la chambre du conseil valide le mandat d'arrêt : « Sous réserve de l'éventuelle application de l'article 90octies, § 3, du Code d'instruction criminelle, le tribunal ne perçoit pas dans quelle mesure l'interception d'une communication ayant pour objet une prise de rendez-vous serait susceptible d'entacher d'illégalité le *pro justitia* assurant la retranscription de l'échange litigieux dès lors qu'aucune information sensible ne paraît à ce stade de la procédure susceptible d'assurer l'incrimination de l'inculpé et n'a été retenue par le magistrat instructeur, ni par le tribunal au titre d'indice sérieux de culpabilité, les communications pertinentes ayant trait à des échanges au sein même du réseau SKY ECC et non avec des correspondants ne relevant pas de ce système de téléphonie cryptée ».

La décision laisse perplexe. Le fait qu'un malfrat, dont on ignore l'identité, sera présent dans un véhicule facilement identifiable, à tel endroit et à tel heure, n'est-il pas une « information sensible » ? Mais, pour l'analyser sereinement, il faudrait en savoir plus. La communication décryptée avait été échangée entre AUDIQ7 et un autre titulaire de téléphone crypté, identifié par un autre nom de fantaisie faisant référence à un véhicule. Il faudrait savoir qui était ce titulaire. S'il s'agissait d'un complice d'AUDI7, on ne voit pas pourquoi la communication devrait être écartée. Le fait qu'un complice annonce à un trafiquant de drogues qu'il lui a pris rendez-vous avec un avocat n'est pas couvert par le secret professionnel. En revanche, si le titulaire était lui-même avocat, la question est plus complexe.

La prise de rendez-vous chez un avocat, tout comme le nom ou l'adresse d'un client, n'est pas nécessairement couverte par le secret (il s'agit généralement de données que l'avocat révèle dans le cadre des procédures qu'il engage), mais elle le devient dans certaines circonstances, c'est-à-dire dès que le client a intérêt à ce qu'elle le soit. Il est clair que le fait qu'un avocat donne rendez-vous à une personne recherchée est une donnée couverte par le secret³⁵.

Il faudrait donc que l'on admette qu'un avocat qui a accepté de disposer d'un téléphone crypté commet, par ce simple fait, une infraction pour que la retranscription et l'exploitation de pareille communication puisse être autorisée. À l'heure où, au contraire, on conseille aux avocats, spécialement pénalistes, de prendre de grandes précautions pour que les communications téléphoniques, électroniques ou épistolaires ne soient pas interceptées³⁶, on voit mal comment on pourrait décider qu'il en est ainsi, sauf circonstances particulières démontrant que l'avocat sort de son rôle de défenseur et devient véritablement membre d'une association de malfaiteurs.

Mais, en soi, le fait qu'un avocat accepte d'être contacté de façon sécurisée par ses clients, même délinquants, ne peut en aucun cas constituer une infraction.

³⁵ Comp. P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, p. 439 ; G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen*, p. 11 ; M. WAGEMANS, Y. OCHINSKY, M. VLIJES, F. BRUYNS, G. CRUYSMANS & M. DAL, *Recueil des règles professionnelles*, Barreau de Bruxelles, 2019, n° 214.

³⁶ P. HENRY, « Harpocrate contre Astrée : l'avocat entre confiance et transparence », in *La transparence : une obligation ou un atout pour l'avocat*, Anthemis, Formation permanente CUP, vol. 188, 2019, pp. 55-93.

V. Conclusion

15.

Dans le commentaire que j'avais consacré, avec Miguel Troncoso-Ferrer, à la décision de la Commission dans le dossier Servier³⁷, examiné ci-dessus, nous recommandions aux avocats qui seraient confrontés à un cas similaire d'agir avec la plus grande prudence :

- En indiquant en tout début de communication à leur client que son contenu est couvert par le secret de la correspondance échangée entre un avocat et son client ;
- Le cas échéant, en agissant de même pour ce qui serait des pièces jointes et ce, pour autant, bien entendu, qu'elles soient également couvertes par le secret professionnel (en d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un courrier est couvert par le secret que les pièces qui y sont jointes le deviennent également : il ne suffit pas de déposer un faux chez son avocat pour qu'il devienne, de ce fait, insaisissable ...) ;
- Surtout, en ne joignant jamais à une correspondance adressée à leur client une lettre couverte par la confidentialité des correspondances échangées entre avocat, mais en se contentant d'en reproduire le contenu, dans le corps de leur propre lettre. Il ne s'agit d'ailleurs là que d'une stricte application des principes qui nous ont toujours été enseignés, même si le développement de la photocopie nous les ont un peu fait perdre de vue ;
- En cas de doute sur le caractère protégé d'un document en cours d'enquête des autorités de concurrence, demander la mise du document sous scellés dans l'attente du règlement de cette contestation par la Commission européenne ou les juridictions communautaires (en cas de procédure européenne) ou par un juge (en cas de procédure nationale).

16.

Mais au-delà, nous ne pouvons qu'appeler de nos vœux que des décisions claires puissent être adoptées par nos juridictions suprêmes.

L'incertitude qui prévaut aujourd'hui n'est favorable à personne. Ni, bien sûr, aux personnes qui souhaitent faire appel à un avocat pour qu'il les défende ou les conseille, qui doivent pouvoir le faire en étant assurées que leurs communications ne seront pas interceptées, ni aux avocats, qui doivent savoir clairement quelles sont les précautions qu'ils doivent prendre pour garantir le respect du secret et satisfaire à leur obligation, pénalement sanctionnée, de conserver les secrets qui leur sont confiés, ni même aux magistrats ou fonctionnaires chargés de missions judiciaires ou administratives, qui doivent aussi savoir quelles sont les règles du jeu de façon à éviter que leurs actions soient annulées au bout d'un très long et onéreux processus.

J'écrivais ci-dessus que des pourparlers avaient été entamés entre les Ordres et le ministère des Affaires économiques en vue d'aboutir à une solution claire et équilibrée mais qu'elles semblaient aujourd'hui au point mort. Il paraît toujours aussi nécessaire de les reprendre et de les faire aboutir.

À moins que l'on se décide enfin à instituer un juge du secret, comme nous le proposons ci-dessus³⁸, ce qui réglerait ce problème comme tant d'autres, tant en matière pénale que fiscale, administrative ou civile.

Luttons.

³⁷ 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 d'Avocats.be* 2011/1, pp. 28-30. Sur cette décision voyez aussi F. LUGENTZ, « Les perquisitions en matière économique et financière », *Rev. Dr. Pen. Entr.*, 2009, p. 23 ; V. NIORE, *Perquisitions chez l'avocat*, p. 209.

³⁸ P. HENRY et P. HOFSTRÖSSLER, *L'avocat demain*, p. 397, proposition 17.

Patrick Henry
Avocat
Ancien président d'AVOCATS.BE