

Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client

1

Introduction

1. Dans un État de droit, tout justiciable peut s'adresser à un homme de loi pour l'aider à déterminer ses droits et ses obligations et le conseiller utilement. Il a droit à l'accès et à l'assistance d'un avocat. Pour que l'avocat puisse informer son client au mieux de sa situation juridique, le justiciable doit pouvoir se confier en toute liberté et tout lui dire. Ceci ne peut se faire que s'il a la garantie que les informations qu'il transmet à son avocat en vue de la détermination de sa situation juridique et que son avocat rassemble dans ce cadre, ne seront pas communiquées à des tiers ni utilisées par autrui contre lui. C'est le fondement même du secret professionnel.

Le secret professionnel concerne au premier chef les correspondances échangées entre le client et son avocat¹, les consultations données, les notes personnelles du client remises à son conseiller, et les notes de ce dernier² ainsi que les états de frais et honoraires et le relevé de prestations que l'avocat adresse à son client. Le secret professionnel s'étend à toute information qu'obtient l'avocat, en cette qualité, dans le cadre du traitement d'un dossier pour son client, que l'information soit apprise du client ou surprise auprès d'un tiers, qu'elle concerne le client ou une autre partie.

2

Fondement

2. La loi belge ne donne ni la définition du secret professionnel³ ni un fondement à celui-ci. Le secret professionnel trouve son origine dans la nécessité de protéger les confidences qui sont confiées à certaines personnes. Si ces personnes pouvaient être obligées de divulguer ces secrets, alors le citoyen ne se rendrait plus chez son avocat⁴.

(1) Cass., 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, 526 et note K. KENNES.
(2) *Idem*; Corr. Bruxelles, 20 février 1998, *J.T.*, 1998, 361 et note P. LAMBERT.

(3) Ce qui permet à certains d'écrire que « sa force est telle qu'aucun texte ne le définit » (J.-M. DELORS, « Secret professionnel, avançons dans un monde droit », *Gaz. pal.*, 6-8 janvier 2008, p. 2).

(4) « L'obligation au secret professionnel de l'avocat trouve sa raison d'être dans la nécessité de donner à ceux qui exercent cette profession, les garanties nécessaires de crédibilité, ceci dans l'intérêt général, pour que tous ceux qui s'adressent à eux en confiance puissent avoir la certitude que les secrets qu'ils confient à leur

conseil ne courent pas le risque d'être dévoilés à des tiers » (Bruxelles, le 18 juin 1974, *J.T.*, 1976, p. 11).
(5) Rapport de M.-J. Haus au ministre de la Justice, in *Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. 3, I, II, n° 182; Bruxelles, 1872; rapport M. Lalièvre à la Chambre des représentants (session de 1858-1859), *op. cit.*, n° 87; rapport M. Forgeur au Sénat (session 1865-1866), *op. cit.*, n° 45.
(6) Cass., 30 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, 248; Cass., 15 mars 1948, *Pas.*, 1948, I, 169.
(7) Cour const., 23 janvier 2008, *J.T.*, 2008, p. 102; *R.W.*, 2007-2008, p. 1094; *J.L.M.B.*, 2008, 180 et note F. ABU DALU; Cour const., 10 juillet 2008, *J.T.*, 2008, p. 512; comp. C.A., 13 juillet 2005, *J.L.M.B.*, 2005, 1183 et obs. J.-Th. DEBRY.
(8) Voy. C.E.D.H., *Niemetz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, *Rev. trim. dr. h.* 1993, 467, obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX.

L'article 458 du Code pénal, qui est également applicable aux avocats⁵, ne peut constituer le réel fondement légal du secret professionnel. Cette disposition légale sanctionne bien la personne qui est tenue au secret professionnel qui y est expressément visée, si cette dernière divulgue les secrets qui lui sont confiés alors qu'il ne le peut pas. Cette disposition pénale ne s'applique en outre que dans un nombre de cas limités : le professionnel concerné ne sera en revanche pas sanctionné, selon cette même disposition, si les secrets en question sont divulgués devant un juge, devant une commission d'enquête parlementaire ou si une loi particulière l'y autorise.

Cette disposition de droit pénal n'implique toutefois pas que le secret professionnel est un droit général qui est nécessaire au procès équitable, et ne donne aucune définition de ce qu'il comprend.
Cette disposition ne comprend pas d'obligation pour l'avocat de parler, lorsqu'on exige de lui de venir témoigner alors que les informations sollicitées tombent sous le sceau du secret professionnel⁶. L'avocat décide lui-même en âme et conscience s'il renonce ou non à son secret professionnel, et ce quelle que soit la volonté de son client. L'avocat doit toutefois toujours vérifier si la divulgation de l'information se fait dans l'intérêt de son client.

3. Le secret professionnel trouve aujourd'hui ses racines légales dans les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : « le secret professionnel de l'avocat est un principe général qui participe au respect des droits fondamentaux »⁷. L'article 6, qui prévoit le procès équitable, garantit que toute personne a droit à l'assistance d'un avocat. Ce droit ne peut être garanti que si l'avocat n'est pas obligé par la loi ou l'autorité d'abandonner les secrets que son client lui confie⁸. L'article 8 garantit l'inviolabilité de la correspondance entre l'avocat et son client.

Un fondement légal en droit belge est superfluo, puisque la Convention européenne des droits de l'homme fait partie de notre droit. En outre, aucune loi ne pourrait limiter le secret

professionnel, en contradiction avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Le secret professionnel est opposable au juge d'instruction ou du fond, au ministère public et aux autres parties à la cause⁹. L'avocat lui-même doit au premier chef respecter ce secret¹⁰. Le respect de cette obligation vise en effet à garantir le droit de son client de se voir assurer l'assistance d'un avocat. Il s'agit d'une obligation contractuelle qui trouve sa source dans l'accord entre l'avocat et son client et dans les usages. Toute violation de ce devoir est susceptible de donner au client le droit d'être indemnisé.

4. Le secret professionnel est également une obligation déontologique de l'avocat¹¹. Une violation de celui-ci peut donner lieu à des poursuites disciplinaires.

Le secret professionnel est en outre une obligation contractuelle, qui fait partie de la relation entre l'avocat et le client. Son respect est l'une des obligations qui incombent à l'avocat à l'égard du client dont il défend les intérêts. Une violation de cette obligation peut donner lieu à des dommages et intérêts pour inexécution fautive.

3

De l'ancien fondement à la protection du client

5. La doctrine enseigne que le secret professionnel ne vaut pas uniquement dans l'intérêt du client, mais également dans l'intérêt de la société, et vise notamment à assurer le bon fonctionnement du système judiciaire afin de permettre que tout justiciable puisse faire appel librement à un avocat; il est un élément essentiel de la profession d'avocat ainsi que de la tradition et n'a par conséquent pas de fondement contractuel¹². Les avocats doivent pouvoir pré-

(9) Corr. Bruxelles, 20 février 1998, *J.T.*, 1998, 361 et note P. LAMBERT.

(10) Pour un cas d'application, voy. par exemple Cass. fr., ch. crim., 28 septembre 2004, *Sem. jur.*, éd. G, II, 10054, p. 787 et note R. MARTIN, « Condamnation d'un avocat pour violation du secret professionnel tel que qualifié par l'article 226-13 du Code pénal ».

(11) *Cf.* notamment article 2.3 du code de déontologie des avocats européens du 28 octobre 1988; J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Kluwer, Antwerpen, 1997, 617; C. VAN REEPINGHEN, « Remarques sur le secret professionnel de l'avocat », *J.T.*, 1959, p. 38.

(12) A. BRAUN et F. MOREAU, « La profession d'avocat », Bruxelles, Bruylant, 1985, 126; J. STEVENS, « Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen », Kluwer, Antwerpen, 1997, 617; R. DE PUYDT, « Deontologie van de Vlaamse advocaat », *Intersentia*, Antwerpen, 2009, 135; Ph. HALLET, « Le secret professionnel de l'avocat en

senter les garanties nécessaires de confiance dans l'intérêt général, de sorte que toute personne désirant faire appel à un avocat ait la certitude que les secrets qu'elle lui confie ne seront pas rendus publics¹³.

De ce point de vue, le secret professionnel participe de l'ordre public. Les parties ne peuvent donc pas en disposer à leur guise¹⁴.

Dans la mesure où ce secret ne protège pas uniquement l'intérêt du client mais également celui de la société, cela a pour conséquence que le client ne pourrait pas renoncer au secret professionnel. Le client ne peut pas relever l'avocat de son secret¹⁵.

Mais est-ce réellement une analyse correcte de la situation? En effet, le client détermine lui-même les éléments qu'il veut apporter aux débats, et ceux qu'il veut reconnaître ou avouer. Le juge peut-il lui interdire de parler parce que l'information que le justiciable voudrait divulguer tombe sous le sceau du secret professionnel? Dans une telle conception, il serait de l'intérêt du client de ne pas tout confier à son avocat, pour éviter qu'il puisse communiquer lui-même certaines informations au juge.

6. La Cour de cassation a pris des distances par rapport à cette conception absolue du secret. Pour la Cour suprême, le client peut valablement faire fi du secret professionnel et, pour assurer sa défense, produite en justice des lettres échangées avec son avocat¹⁶, lorsqu'il les a obtenues de manière régulière et licite. Cet arrêt ne présente aucune difficulté si l'on accepte que le secret professionnel tend à la protection d'une partie en cause, étant le client. Le client peut donc légitimement se dispenser du secret professionnel qui le lie à son avocat. Le juge ne peut le lui interdire.

La jurisprudence récente confirme cette position de notre cour suprême.

Dans un arrêt récent du 26 janvier 2011¹⁷, la cour d'appel de Bruxelles a écarté des débats des correspondances entre un avocat et une partie civile, parce que ces courriers tombaient sous le secret professionnel. Une partie civile à un procès pénal avait versé deux lettres de son avocat au dossier. Dans ces lettres, l'avocat de la partie civile avait fait une proposition de règlement amiable formulée par l'avocat de la

partie adverse. La chambre des mises en accusation a décidé que cette information était couverte par le secret professionnel. La juridiction d'appel a cependant indiqué qu'une partie à un procès pouvait produire en justice un échange de correspondance avec son avocat pour défendre ses droits¹⁸. Toutefois, dans le cas d'espèce, la cour a considéré qu'une telle attitude contrevient également au secret professionnel d'une autre partie au procès — l'inculpé — et dès lors à son droit à un procès équitable.

En d'autres mots, la cour d'appel reconnaît que le secret professionnel peut céder le pas afin de permettre à une partie de préserver ses droits dans un litige. Ceci implique que des lettres couvertes par le secret professionnel puissent être produites si le client le décide et dans la mesure où ces lettres participent à l'exercice des droits de la défense. Ceci ne peut cependant pas avoir pour conséquence que les informations tombant sous le secret professionnel au désavantage d'une autre partie soient révélées. En effet, dans un tel cas, le droit de l'autre partie à un procès équitable serait bafoué.

La cour accepte donc qu'une partie puisse prendre ses distances par rapport au secret professionnel si cela est nécessaire pour la défense de ses intérêts en justice. Cette conception s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation. Certes, la cour ajoute que la communication de cette information confidentielle doit être nécessaire pour la défense du client¹⁹; l'utilité de l'information pour les besoins de la défense ne suffit donc pas.

Dans un arrêt plus ancien du 16 décembre 1998, la cour d'appel de Gand avait décidé qu'une partie pouvait produire la correspondance échangée avec son avocat si elle estimait qu'il y allait de son intérêt²⁰. Aucune condition de nécessité n'était donc imposée.

La même solution avait été avancée dans le cadre d'une affaire pendante devant le tribunal correctionnel de Bruxelles. Par un jugement du 20 février 1998, le tribunal a décidé que la partie civile ne pouvait produire des courriers du conseil de l'inculpé tombant sous le secret professionnel, même si la partie civile avait reçu ces lettres via son avocat²¹. Le tribunal s'est fondé sur la position classique selon laquelle un client ne peut déposer des pièces qu'il a reçues de son avocat et qui sont couvertes par le

secret professionnel, parce qu'il ne peut prendre ses distances par rapport à ce secret professionnel. Le même résultat aurait pu être atteint en suivant le raisonnement de la cour d'appel de Bruxelles : en effet, les courriers litigieux ne tombaient pas seulement sous le secret professionnel dans l'intérêt de la partie civile, mais également sous le secret professionnel protégeant les intérêts de l'inculpé. L'accord de ce dernier pour produire les lettres en question était donc nécessaire.

7. Dans d'autres affaires, la question s'est posée de savoir si une partie pouvait produire les courriers échangés avec son avocat dans le but de mettre en cause la responsabilité de celui-ci.

Dans un arrêt du 17 septembre 2007, la cour d'appel de Liège a rappelé que le secret professionnel qui s'impose à l'avocat n'empêche pas le client de déposer devant les juridictions saisies les correspondances échangées avec son avocat, si le client les estime utiles à la défense de sa thèse, à savoir en l'espèce le mode de rémunération de l'avocat convenu entre les parties²².

La cour d'appel de Mons a décidé dans un arrêt du 14 mai 2009 que l'assureur pouvait produire des courriers échangés entre l'avocat et l'assuré, parce que cette production était dans l'intérêt des droits de la défense du client, dont la responsabilité était mise en cause²³. Ces arrêts doivent cependant être distingués des décisions précédentes. Dans les affaires de responsabilité civile et dans les contestations d'honoraires, on admet que le secret professionnel ne puisse pas être invoqué dans la mesure où la production de documents est nécessaire pour pouvoir juger de la responsabilité professionnelle de l'avocat ou du montant des honoraires réclamés. L'avocat ou son assureur doit être en état de produire des lettres confidentielles si cela peut être nécessaire à la démonstration du respect par l'avocat de ses obligations professionnelles. L'article 458 du Code pénal ne s'applique pas dans la mesure où le dépositaire d'un secret professionnel est appelé à se défendre en justice²⁴. En matière pénale, il a également été jugé qu'un avocat, amené à devoir se justifier à propos de faits couverts par le secret professionnel, pouvait faire état des confidences pour se justifier ou justifier de son bon droit²⁵. Cette dérogation ne vaut toutefois que dans la mesure strictement nécessaire à la défense des droits respectifs du demandeur et de l'avocat²⁶.

8. Cette évolution jurisprudentielle est inévitable. Elle participe de l'idée qu'un justiciable doit pouvoir organiser sa défense sans limitation, dans son propre intérêt. L'avocat doit l'assister au mieux dans cette défense, en ayant surtout en perspective l'intérêt du client²⁷.

Belgique », in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, sous la dir. de G.-A. DAL, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 72-73.

(13) Bruxelles, 18 juin 1974, *Pas.*, 1975, II, 42. Voy. aussi P. LAMBERT, « Le secret professionnel », *Nemesis*, Bruxelles, 1985, pp. 39 et s.

(14) Cass., 30 octobre 1978, *R.W.*, 1978-1979, 2232.

(15) Bruxelles, 18 avril 1977, étant l'arrêt annulé par l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, 817; Liège, 7 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 772 et note P. LAMBERT (l'annotateur considère au contraire que le secret professionnel a été institué dans l'intérêt du client, qui peut donc y renoncer); *Corr. Bruxelles*, 20 février 1998, *J.T.*, 1998, 361 et note P. LAMBERT.

(16) Cass., 12 novembre 1997, *J.T.*, 1998, 361, *J.L.M.B.*, 1998, 5 et obs. R. RASIR; *R.W.*, 1998-1999, 817 et obs. A. VANDEPLAS. Les termes clairs de cet arrêt ont fait s'interroger le bâtonnier Antoine Braun, au cours du grand débat des bâtonniers de Bruxelles du 25 février 2011 (dont le sommaire a été publié dans le *Journal des tribunaux*, pp. 498 et s.) sur la cohérence entre celui-ci et l'opinion suivant laquelle le secret professionnel est prévu dans l'intérêt de la société. À cette question aucun bâtonnier n'a pu apporter de réponse.

(17) Bruxelles, 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011, 428, note P. HENRY; *J.T.*, 2011, p. 541 et obs. COLETTE-BASECQZ.

(18) C.J.C.E., 18 mai 1982, aff. 155/79; Cass., 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 5 et note R. RASIR; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, « Droit de la procédure pénale », 5^e éd., 2008, pp. 707, 756 et 757, et références citées; *R.P.D.B.*, compl. t. X, n^{os} 174, 288 et 289.

(19) Dans un arrêt du 28 mars 2002, la Cour suprême du Canada a décidé que le secret professionnel ne devait céder que dans des circonstances exceptionnelles, notamment pour permettre à un accusé de présenter une défense globale à l'encontre d'une inculpation. Tel ne serait pas le cas, selon la cour, si l'information pouvait être obtenue par d'autres moyens légaux ou que l'accusé ne pouvait assurer sa défense d'une autre manière. En ce cas, la divulgation ne pourrait porter que sur les informations qui sont utiles pour sublever un doute raisonnable et, si elles devaient être produites au débat, elles devraient d'abord être soumises à l'accusé qui déciderait librement s'il entend en faire usage (Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, *R. c. Brown*, 2002, 2, S.C.R., 185, 2002, SCC 32 (à consulter sur le site scc.lexum.org); *J.L.M.B.*, 2007, 574).

(20) Gand, 16 décembre 1998, *R.D.J.P.*, 1999, 270.

(21) *Corr. Bruxelles*, 20 février 1998, *J.T.*, 1998, 361, note P. LAMBERT; *J.L.M.B.*, 1998, 802.

(22) Liège, 17 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 236 et obs. J.-P. BUYLE.

(23) Mons, 14 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, 1423.

(24) Cass., 5 février 1985, cité par F. GLANSORFF, in *Le secret professionnel*, la Charte, 2002, p. 60.

(25) *Corr. Bruxelles*, 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 617 et note P. LAMBERT.

(26) J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat client », *J.T.*, 2005, p. 568, n^o 20.

(27) Ceci n'exclut évidemment pas que l'avocat doive agir en conformité avec sa déontologie et se décharger si son client lui demande de poser un acte qui soit incompatible avec les règles de celle-ci.

L'argument tiré du caractère d'ordre public du secret professionnel n'altère en rien cette analyse. Même d'ordre public, il est limité au but dans lequel il a été institué à savoir l'intérêt du client. Le secret professionnel fait partie des droits de défense et est donc lié à la défense des intérêts du client.

L'évolution jurisprudentielle évoquée implique que le client puisse donner instruction à son avocat de rompre le secret professionnel et de produire la correspondance ou d'autres éléments secrets dans le cadre de sa défense. Si l'avocat s'y refuse, il doit se décharger. S'il ne se décharge pas, le client peut mettre fin à son mandat et, si entre-temps l'avocat n'a pas suivi ses instructions, il engage sa responsabilité; il viole en effet le contrat qu'il a conclu avec son client.

9. Cette analyse correspond aux nouveaux fondements du secret professionnel soulignés par la Cour constitutionnelle dans ses arrêts des 23 janvier et 10 juillet 2008, au regard des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et qui est conforme à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg²⁸. Les dispositions précitées tendent à la protection du justiciable, qui doit pouvoir se défendre légitimement. Le client doit être en état de faire appel à un avocat et d'échanger des correspondances avec lui, et ces correspondances ne pourront pas en principe être produites. Ce droit ne peut être méconnu par les pouvoirs publics. Ce n'est qu'à ce prix que le droit à un procès équitable est garanti.

Le secret professionnel fait partie des garanties qui assurent un procès équitable. Il doit être appliqué de sorte que le justiciable se voit garanti un procès honnête et équitable, sans pour autant porter atteinte à l'exercice des droits de sa défense. On ne peut déduire de l'invocation du secret professionnel par l'avocat la présomption de ce que son client aurait quelque chose à cacher. Lorsque le secret professionnel est invoqué à bon droit, aucune critique ne peut être formulée à cet égard, et l'on ne peut en déduire aucune conséquence préjudiciable au client. Il est vrai que le juge est compétent pour juger de la régularité de l'invocation du secret professionnel, lequel ne peut être utilisé pour un autre but que celui auquel il est destiné²⁹, mais ceci ne signifie aucunement que l'avocat doive partager ce secret avec le juge³⁰. Le magistrat devra décider selon les circonstances et faits de la cause si l'avocat peut ou non invoquer le secret professionnel à juste titre. Ce qui parfois, pour un médecin, peut ne pas être évident, ne doit, en ce qui concerne l'avocat, poser aucune difficulté : en principe toute information que le client lui confie en relation avec son dossier est confidentielle.

Les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme sont d'ordre public; ils constituent le socle de tout État de droit démocratique³¹. Le juge doit soulever

d'office toute violation qu'il constaterait. Il s'agit de droits fondamentaux dont tout citoyen peut revendiquer la protection. Personne, pas même un gouvernement ou un législateur, ne pourrait interdire leur exercice. Ils doivent être respectés par tous. Une violation a comme conséquence que le procès contre l'accusé est vicié et peut être attaqué. Des poursuites pénales qui reposeraient sur une information relevant du secret professionnel seraient irrégulières³². Un impôt levé sur la base d'une telle information illicite doit être annulé³³. En se fondant sur des éléments qui ont été confidentiellement communiqués par courrier par un client à son conseil, les juges violent les droits de la défense et leur décision de condamnation doit être cassée³⁴. De façon générale, toute information protégée doit être écartée des débats³⁵.

10. Cette analyse trouve son fondement dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, selon laquelle le secret professionnel est une condition indispensable à un procès équitable. La Cour a répété à plusieurs reprises que la protection du secret professionnel était justifiée dans l'intérêt du fonctionnement de la Justice.

La Cour de justice place également le secret professionnel au cœur des droits de la défense. Dans son arrêt du 18 mai 1982 (*AM & S Europ Limited c. Commission européenne*), la Haute juridiction a considéré que le client avait le droit de ne pas produire des échanges de correspondances avec son conseil s'il le souhaitait³⁶.

4

Jusqu'où s'étend le secret professionnel ?

11. La Cour constitutionnelle nous a donné des indications fondamentales. Dans son arrêt du 23 janvier 2008, elle a décidé que le secret professionnel n'était pas seulement limité à l'information que l'avocat reçoit dans le cadre de la gestion d'un dossier pour un client dans le cadre d'une procédure judiciaire, ou au conseil que l'avocat prodigue à son client dans une procédure, mais s'étendait également à toutes les informations et conseils prodigués dans l'évaluation d'une transaction ou de la situation juridique personnelle d'un client, là où l'assistance de l'avocat était nécessaire dans le cadre d'une procédure judiciaire éventuelle. En effet, selon la Haute juridiction, le conseil juridique est couvert par le secret professionnel même en dehors de toute procédure judiciaire. Cette position rejoint celle exprimée en doctrine³⁷ et la

jurisprudence³⁸. Elle est logique, car l'évaluation juridique même en dehors de toute procédure doit être faite en toute indépendance et sans risque qu'elle puisse être utilisée ultérieurement contre le client (dans le cadre d'un procès contre lui par exemple).

Le secret professionnel doit permettre au justiciable de déterminer sa position juridique à l'égard des autres parties. Il ne peut le faire efficacement que s'il bénéficie d'une assistance juridique³⁹. Ceci vaut également en dehors de toute procédure judiciaire. Là aussi, il courra le même risque que dans une procédure judiciaire, en limitant les chances d'une procédure, celle d'affirmer ses droits ou de se protéger pour le cas où il serait un jour attiré dans une procédure. Il est par conséquent inexact de faire une distinction entre l'assistance judiciaire dans le cadre ou en dehors d'une procédure. L'avis juridique sera toujours donné dans la perspective d'une éventuelle procédure judiciaire dans le cadre de laquelle les droits seront contestés.

Cette analyse se trouve confirmée dans la directive européenne du 26 octobre 2005 visant à la prévention de l'utilisation de système financier pour le blanchiment d'argent et au financement du terrorisme. L'article 23 de cette directive prévoit que les États membres ne doivent pas appliquer les obligations qui sont édictées « aux notaires, aux membres des professions juridiques indépendantes, aux commissaires aux comptes, aux experts-comptables externes et aux conseillers fiscaux pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure ».

Il résulte de cette directive que le secret professionnel n'est pas lié exclusivement au titre de l'avocat, mais peut être invoqué par tout conseil qui assiste ou représente un justiciable dans une procédure judiciaire ou à l'occasion d'une telle procédure.

En outre, la directive confirme la volonté du législateur européen de considérer également toute consultation visant les droits ou obligations d'un client en dehors de toute procédure comme couverte par le secret professionnel. Dans les considérants de cette directive, il est stipulé que les avis juridiques doivent rester soumis au secret professionnel, à moins que l'avocat ne participe lui-même à une opération

l'avocat exerçant au "judiciaire" et au "juridique" constitue surtout un facteur d'insécurité pour le client, censé bénéficier de la protection » (J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, *loc. cit.*, p. 566, n° 8; en ce sens P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat exerçant en France », note sous Cass. fr., 30 septembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 5.

(38) L'obligation au secret est « générale et s'étend à toute l'activité de l'avocat » (Bruxelles, 18 juin 1974, *J.T.*, 1976, p. 11); « la consultation délivrée par un avocat à son client pour l'éclairer à un caractère confidentiel et est couverte par le secret professionnel » (C.E., 8 juin 1961, *J.T.*, 1962, p. 171).

(39) Voy. P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Nemesis, Bruxelles, 1985, 215.

in Algemeen deel : veertig jaar later, Kluwer, Malines, 2010, pp. 339 et s.

(32) Cass., 29 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1194; Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1102; Bruxelles, 18 juin 1974, *Pas.*, 1975, II, 42.

(33) Gand, 13 mai 1977, *J.D.F.*, 1977, 286.

(34) Cass., 9 mai 2007, *Pas.*, 2007, I, 872; *T. Strafr.*, 2008/2, 97 et note T. DECAIGNY; *J.T.*, 2007, p. 526 et obs. L. KENNÉS.

(35) Liège, 13 janvier 1988, *J.D.F.*, 1990, 222.

(36) C.J.U.E, 18 mai 1982, aff. 155/79, *Rec.*, 1982, 1575.

(37) « Le conseil, la rédaction d'actes, la négociation, la défense en justice s'enchaînent et cette disparité entre

(28) Cons. notamment D. SPIELMANN, « Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - Pourquoi Antigone? », in *Liber amicorum Edouard Jakhian*, Bruylant, 2010, pp. 439 et s.

(29) Cass., 30 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, 249; Cass., 23 juin 1958, *Pas.*, 1959, I, 1180.

(30) C. VAN REEPINGHEN, « Remarques sur le secret professionnel de l'avocat », *J.T.*, 1959, p. 38.

(31) Sur les droits fondamentaux, cons. W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, « Beginselen van belgisch privaatrecht »,

de blanchiment ou de financement du terrorisme.

12. La Cour de justice semble plus restrictive lorsqu'elle décide, en 2007, que l'avocat n'échappe aux obligations de déclaration de soupçon que dans la mesure où il assiste son client dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation⁴⁰. Cet arrêt a toutefois été rendu dans le cadre de l'ancienne directive blanchiment du 10 juin 1991 (telle qu'elle a été modifiée par la directive 2001/97 du 4 décembre 2001) qui ne prévoyait pas d'exemption pour l'évaluation de la situation juridique en dehors de toute procédure. L'avocat général Maduro, dans ses conclusions prises devant la Cour de justice dans cette affaire, estimait cependant que le droit de tout justiciable d'avoir accès à un avocat qui peut donner des avis de façon indépendante, imposait que ces avis fussent également couverts par le secret professionnel⁴¹.

Dans d'autres arrêts, la Cour de justice épingle les différences entre les États membres, mais relève cependant que le secret professionnel s'étend généralement à toute correspondance entre le client et son avocat dans le cadre de la défense du client. Ceci vise aussi les correspondances échangées avant l'intentement d'une procédure⁴².

13. L'on peut conclure que lorsqu'un avocat est approché dans le but d'évaluer la position juridique d'un client, et de conseiller ce dernier à cet égard, que cette intervention prenne place dans le cadre d'une procédure judiciaire ou en dehors de celle-ci, son travail est couvert par le secret professionnel. En aucun cas, le professionnel ne peut être tenu de renoncer au secret couvrant ces informations (sauf avec l'accord de son client, dans l'intérêt de la défense de ce dernier).

Aujourd'hui, l'avocat a des missions variées. Il fait beaucoup plus qu'évaluer la situation de son client. Il se voit confier des mandats qui sortent de sa mission traditionnelle, mais qui n'en sont pas moins exécutés pour le compte d'un client. Ainsi, les avocats sont parfois administrateurs de sociétés ou d'associations, parlementaires, et acceptent des mandats judiciaires tels que ceux d'administrateur provisoire ou de curateur⁴³. Dans tous ces cas, l'avocat agit en dehors de sa tâche de conseiller traditionnel juridique du client. De même, s'il est désigné administrateur provisoire des biens ou d'une personne ou qu'il porte un mandat spécial pour recevoir des fonds⁴⁴, il n'agit pas comme conseiller du client et ne peut se considérer comme couvert par le secret professionnel en ce qui concerne les échanges de correspondances intervenus avec le propriétaire ou avec la personne qui l'a nommée.

14. Récemment, la Commission européenne a mis sur pied un registre de transparence européen dans lequel les organisations et les individus qui approchent les institutions européennes

dans l'intention d'influencer le processus décisionnel et où les formations politiques doivent figurer. Ce registre vaut aussi pour les avocats qui remplissent des activités de *lobbying*. Ceux-ci doivent communiquer leur identité, le chiffre d'affaires lié à cette activité de *lobbying*, et d'accepter que la Commission européenne, dans le cadre d'une enquête, puisse saisir tous les échanges de correspondances et autres documents qui sont en relation avec les activités de *lobbying* d'un cabinet d'avocat. L'assistance dans une procédure et le conseil au sujet de la situation juridique d'un client ne doivent pas être vus comme une activité de *lobbying*, et ne doivent donc pas faire l'objet d'un enregistrement de l'avocat.

5

Qu'en est-il des correspondances échangées entre les avocats ?

15. Les correspondances échangées entre les avocats sont en principe confidentielles⁴⁵. Elles sont en outre couvertes par le secret professionnel si elles comportent des informations que l'avocat n'a pu obtenir qu'en raison de sa qualité d'avocat, peu importe que ces données concernent son client ou un tiers.

L'avocat ne peut dès lors produire ou faire état publiquement de ces correspondances, auquel cas il manquerait à ses devoirs élémentaires. Le client ou la partie adverse mis en possession de ces correspondances peut-il en faire état ?

Même si le justiciable n'est pas soumis aux normes déontologiques de l'avocat, il ne peut en principe faire usage d'une pièce qui par nature — et en vertu d'un usage résultant d'une pratique unanime au sein d'une profession — est confidentielle, voire dans certains cas, secrète.

Plusieurs tribunaux ont ainsi écarté de telles correspondances qui étaient produites aux débats⁴⁶.

En France, il ressort de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1976, disposition d'ordre public, que les correspondances échangées entre avocats ne portant pas la mention « officielle » sont sans exception couvertes par le secret professionnel et doivent être écartées des débats en raison de leur caractère confidentiel.

16. Une décision récente de la Commission Européenne a toutefois considéré que celle-ci étant en droit de saisir une correspondance échangée entre deux avocats et qu'elle avait dé-

couverte dans les bureaux du client de l'avocat destinataire, lors d'une inspection⁴⁷.

La Commission européenne a estimé qu'une lettre d'un avocat à son confrère, que ce dernier communiquait à son client, n'était pas couverte par le secret professionnel et donc qu'elle pouvait saisir cette lettre dans les mains du client, car elle n'émanait pas de l'avocat de la partie où elle a été saisie.⁴⁸

Selon la Commission, les communications entre avocats de parties adverses ne sont normalement pas couvertes par le secret professionnel lorsqu'elles sont découvertes dans les bureaux de clients, à l'occasion de l'inspection.

Cette position nous paraît critiquable, dans la mesure où la Commission européenne fait fi du fait que cette lettre était jointe à un courriel de l'avocat de la partie adverse à son client. En tant qu'annexe à une lettre d'avocat à son client, cette lettre est couverte par le secret professionnel qui s'attache à la correspondance entre avocat et client⁴⁹. En effet, le secret professionnel s'étend à toute information communiquée entre avocat et client dans le cadre du dossier.

6

Conclusion

17. En conclusion, si traditionnellement le secret professionnel trouve son fondement dans les principes généraux du droit, la déontologie, le contrat, les usages et l'article 458 du Code pénal, nous pensons aussi que ses racines les plus profondes sont ancrées dans les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il s'ensuit que si le respect du secret professionnel est une condition nécessaire à un procès équitable, la révélation d'informations confidentielles justifiée par les droits de la défense peut constituer par ailleurs une exception à l'obligation de se taire.

Jean-Pierre BUYLE
Dirk VAN GERVEN
Bâtonniers du barreau de Bruxelles

(40) C.J.U.E., 26 juin 2007, *J.L.M.B.* 2007, 1120, avec les conclusions de l'avocat général Maduro.

(41) *J.L.M.B.*, 2007, 1131-1132 et 1135.

(42) C.J.U.E., 18 mai 1982, cité ci-dessus; C.J.U.E., 14 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, 1400.

(43) Liège, 4 mai 1961, *Jur. Liège*, 1962, 233.

(44) Cass., 13 juin 1963, *Pas.*, 1963, I, 1079.

(45) Le règlement de l'Ordre national des 8 mai 1980 et 22 avril 1986 relatif à la production de la correspondance échangée entre les avocats prévoit que la correspondance entre deux avocats inscrits au barreau belge est confidentielle, sauf production moyennant l'accord des parties concernées et du bâtonnier.

(46) Liège, 7 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 772 et obs. P. LAMBERT, *Comm. Bruxelles*, 29 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2003, p. 343 et note J.-P. BUYLE; Anvers, 18 mars 2003, *P & B/R.D.J.*, 2004, p. 25; Mons, 17 juin 2008, 14^e ch., *Defenb c. s.a. Fortis AS*, R.G. n° 2006/RG/675, inédit; voy. l'article de D. LINDEMANS, « Rechterlijk toezicht of overlegging in rechte van briefwisseling tussen advocaten », *R.W.*, 2008-2009, 17 janvier 2009, n° 20, p. 818 et notes.

(47) Décision de la Commission dans l'affaire COMP/E-1.39612, *Péripodil (Servier)*. Cons. J.-P. BUYLE, V. BROPHY et S. MCINNES, « May the Commission review correspondence between outside counsel? », *ECLR*, Issue 4 2012, pp. 203-210.

(48) Dans cette affaire, la Commission européenne avait effectué une inspection dans les bureaux de l'entreprise Servier, dans le cadre d'une procédure concernant une supposée violation par Servier des règles du droit européen de la concurrence. La Commission y avait saisi notamment un courriel adressé par l'avocat de Servier à son client dans lequel il indiquait « Veuillez trouver ci-joint copie d'une lettre (confidentielle), du conseil de Teva. Je propose que nous en discutions à votre meilleure convenance (...) ». À ce courriel, était jointe une lettre émanant du conseil de Teva (un concurrent de Servier).

(49) Bruxelles, 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735.