

AFFAIRE MICHAUD C. FRANCE

OBSERVATIONS ECRITES

POUR : L'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles,

Partie intervenante,

Ayant pour conseil Me Frédéric Krenc, avocat au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi Place Albert Leemans, 6 à 1050 Bruxelles (Belgique) et faisant élection de domicile en son cabinet pour les besoins de la présente procédure ;

A Mesdames et Messieurs les Présidents et à Mesdames et Messieurs les Juges qui composent la Cour européenne des droits de l'homme,

Mesdames,
Messieurs,

Par une lettre du 2 février 2012, reçue le 7 février 2012, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles a été autorisé par Votre Cour à intervenir dans la présente cause et à présenter des observations écrites¹.

Par le présent écrit, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles a l'honneur de vous faire part de ses observations sur les quatre questions posées aux parties lors de la communication de la requête au gouvernement défendeur le 8 décembre 2011.

¹ Ainsi que l'indique la lettre du 2 février 2012, celles-ci « ne doivent pas dépasser dix pages dactylographiées » et « ne doivent renfermer aucun commentaire sur les faits ou le bien-fondé de l'affaire, mais ne doivent traiter que des principes généraux en jeu dans la solution de l'affaire ».

I. L'article 8 de la Convention consacre-t-il un droit au respect de la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients et au respect du secret professionnel des avocats ?

1. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. Certes, cette disposition ne consacre pas explicitement un droit au respect du secret professionnel. Cependant, Votre Cour a, à maintes reprises, consacré l'importance dudit secret au regard de l'article 8 de la Convention.

Votre Cour a ainsi indiqué que « *des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client* »². Plusieurs perquisitions et saisies pratiquées au cabinet, voire au domicile, d'un avocat ont ainsi été jugées contraires à l'article 8 de la Convention³.

De même, dans l'arrêt *S. c. Suisse* du 28 novembre 1991, Votre Cour a souligné l'importance du droit, pour un détenu, de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe des tiers⁴.

Votre arrêt *Campbell c. Royaume-Uni* du 25 mars 1992 a plus largement mis en exergue « *l'intérêt public qu'une personne désireuse de consulter un homme de loi puisse le faire dans des conditions propices à une pleine et libre discussion. D'où le régime privilégié dont bénéficie, en principe, la relation avocat-client* » (§ 46).

Dans l'arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, Votre Cour a tenu à garantir et à protéger plus particulièrement la confidentialité des appels téléphoniques en provenance et à destination de cabinet d'avocats. En l'espèce, la Suisse a été condamnée dès lors que le droit suisse ne garantissait pas suffisamment cette confidentialité.

Ainsi donc, Votre Cour protège le cabinet⁵ (voire le domicile⁶), la correspondance⁷, le matériel informatique⁸ ou encore la ligne téléphonique de l'avocat⁹, au titre de l'article 8 de la Convention.

2. Au fil de cette jurisprudence, Votre Cour a explicitement souligné « *la confidentialité des relations entre un avocat et ses clients* »¹⁰. Ainsi, dans l'arrêt *Campbell* précité, c'est « *le principe de confidentialité inhérent aux rapports entre avocat et client* » qui a fondé le constat de violation de l'article 8 de la Convention opéré en l'espèce¹¹.

2.1. Cette protection de la confidentialité et du secret professionnel participe du respect dû à la « *vie privée* » tant de l'avocat – la vie privée incluant les activités professionnelles¹² – que du client – lequel est en droit d'invoquer la confidentialité de ses échanges avec son conseil.

² Cour eur. dr. h., arrêt *André et autre c. France* du 24 juillet 2008, § 41 ; arrêt *Xavier Da Silveira c. France* du 21 janvier 2010, § 36.

³ Voir notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Roemen et Schmit c. Luxembourg* du 25 février 2003 ; *Smirnov c. Russie* du 7 juin 2007 ; *Iliya Stefanov c. Bulgarie* du 22 mai 2008 ; *André et autre c. France* du 24 juillet 2008 ; *Mancevschi c. Moldavie* du 7 octobre 2008 ; *Alexanian c. Russie* du 22 décembre 2008 ; *Kolesnichenko c. Russie* du 9 avril 2009 ; *Xavier Da Silveira c. France* du 21 janvier 2010.

⁴ Voir aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Ocalan c. Turquie* du 12 mai 2005, § 133.

⁵ Parmi d'autres : Cour eur. dr. h., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 30.

⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Smirnov c. Russie* du 7 juin 2007 et arrêt *Xavier Da Silveira c. France* du 21 janvier 2010

⁷ Voir notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Foxley c. Royaume-Uni* du 30 juin 2000.

⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Smirnov c. Russie* du 7 juin 2007 ; arrêt *Petri Sallinen et autres c. Finlande* du 27 septembre 2005.

⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998.

¹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, § 74.

¹¹ Voir §§ 47 et 52.

¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 29 ; arrêt *Bigaeva c. Grèce* du 28 mai 2009, § 23.

Monsieur le Président Spielmann a clairement abondé en ce sens dans une étude autorisée relative au « secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » : « **le respect du secret professionnel de l'avocat est un des aspects de la vie privée de celui-ci, voire de celle de son client** »¹³.

Sur ce dernier aspect (droit au respect de la vie privée du client), l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles se réfère à votre arrêt *M.S. c. Suède* du 27 août 1997.

En l'occurrence, Votre Cour a considéré que la communication de renseignements couverts par le secret médical a porté atteinte au droit au respect de la vie privée d'une patiente (§ 35). Votre Cour a indiqué que « *la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général* » (§ 41).

En ce qu'elle protège les données médicales au titre de l'article 8 de la Convention, en même temps qu'elle souligne leur caractère *confidentiel* au nom de la *confiance* dans le corps médical et dans les services de santé en général, cette jurisprudence doit assurément trouver à s'appliquer, *mutatis mutandis*, à l'égard des échanges entre les avocats et leurs clients. Leur confidentialité doit en effet être garantie au nom de la confiance placée par le justiciable auprès de l'avocat et partant au regard du droit au respect de la vie privée du client.

2.2. La protection du secret professionnel de l'avocat découle également de la protection due au « *domicile* », cette protection s'étendant en effet au cabinet de l'avocat¹⁴.

2.3. Il y va encore de la protection de la « *correspondance* », entendue comme incluant les communications téléphoniques¹⁵, électroniques¹⁶ ou tout simplement verbales.

2.4. Il découle de ce qui précède que **le secret professionnel de l'avocat est bel et bien garanti par l'article 8 de la Convention.**

3. Ce constat a pareillement été opéré du côté de l'Union européenne.

De manière tout à fait explicite, M. l'avocat général Poiares Maduro a en effet, dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres*¹⁷, reconnu que le secret professionnel relevait de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour l'avocat général, rejoignant ainsi les propos du juge Spielmann, il s'agit d'une « *composante essentielle du droit au respect de la vie privée* »¹⁸.

Il est vrai que dès son arrêt *AM & S* du 18 mai 1982, la Cour de justice avait souligné que la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients répond à l'exigence, « *dont*

¹³ D. Spielmann, « Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 460. C'est l'Ordre qui souligne.

¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 30. Voir toute la jurisprudence relative aux perquisitions effectuées chez l'avocat, citée en note de bas de page n°2.

¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, § 50.

¹⁶ Un arrêt *Copland c. Royaume-Uni* du 3 avril 2007 est venu préciser que les communications électroniques (courriels) sont également comprises dans la notion de « correspondance » (§ 41).

¹⁷ Affaire C-305/05 ayant donné lieu à l'arrêt *O.B.F.G. et autres* du 26 juin 2007.

¹⁸ § 41 de ses conclusions.

*l'importance est reconnue dans l'ensemble des Etats membres, que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin »*¹⁹.

Un autre avocat général de renom avait tenu à indiquer que le principe du secret professionnel relève « de l'essence même de la profession d'avocat dans l'ensemble des Etats membres », avant de préciser que « le secret professionnel est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. Il impose à l'avocat de ne divulguer aucune information qui lui a été communiquée par son client, et s'étend ratione temporis à la période postérieure à la fin de son mandat et ratione personae à l'ensemble des tiers. Le secret professionnel constitue également 'une garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice', de sorte qu'il relève de l'ordre public dans la plupart des Etats membres »^{20 21}.

4. L'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles entend par ailleurs attirer l'attention de Votre Cour sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique et notamment sur son arrêt n°10/2008 du 23 janvier 2008.

Cette Cour a indiqué que « la relation de confiance qui doit exister entre l'avocat et son client 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 »²².

Aussi, la Cour constitutionnelle estime-t-elle que « le secret professionnel de l'avocat est un principe général qui participe du respect des droits fondamentaux »²³. Pour la Cour, il s'agit à la fois d'un principe à valeur constitutionnelle et d'un principe inhérent à la Convention dont vous êtes l'ultime gardienne, la Cour constitutionnelle arrimant le secret professionnel aux articles 10, 11 et 22 de la Constitution belge, lus en combinaison avec les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴.

5. Force est de constater que le Conseil d'Etat de France considère également que le secret professionnel de l'avocat procède de l'article 8 de la Convention. En effet, en jugeant dans ses arrêts du 10 avril 2008 et du 23 juillet 2010 que les textes querellés au regard de la règle du secret professionnel ne violaient pas les conditions de licéité de toute ingérence énoncées par l'article 8, § 2 de la Convention, la Haute juridiction a indubitablement considéré que cette disposition consacre le secret professionnel.

Il faut rappeler que le commissaire du gouvernement Mattias Guyomar n'avait pas hésité, dans ses conclusions fameuses précédant l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2008, à considérer que le secret professionnel constitue « un des piliers les plus fondamentaux de notre société ».

6. En réalité, cette protection due au secret professionnel est à la mesure du rôle fondamental de l'avocat dans une société démocratique attachée à la prééminence du droit. C'est que l'avocat peut être

¹⁹ Point 18 de l'arrêt.

²⁰ Conclusions présentées par l'avocat général Léger dans l'affaire *Wouters* (C-309/99), §§ 180 et 182, ayant donné lieu à l'arrêt éponyme du 19 février 2002.

²¹ En Belgique, il est constant que le secret professionnel, dont la violation est pénalement sanctionnée, touche à l'ordre public (voy. notamment J. Cruyplants, « Le secret de la défense entre peau de chagrin et Fort Chabrol », in P. Corvilain, J. Cruyplants, et M. Wagemans, *La déontologie : les nouvelles règles du jeu*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2006, p. 26).

²² Arrêt n°10/2008 du 23 janvier 2008, cons. B.7.9. Voir également les arrêts n°46/2000, n°100/2006 et n°126/2006.

²³ Arrêt n°10/2008 du 23 janvier 2008, cons. B.7.10.

²⁴ Arrêt n°10/2008 du 23 janvier 2008, notamment le considérant B.10. Voy. G.-A. Dal et J. Stevens, « La Cour constitutionnelle et la prévention du blanchiment des capitaux : le rappel à l'Ordre », *Journal des tribunaux*, 2008, p. 501.

qualifié de « *chien de garde de la Convention* », d'autant qu'il est, a-t-on écrit, le « *seul contre-pouvoir légitime* »²⁵.

Votre Cour a ainsi indiqué à plusieurs reprises que l'avocat dispose d'un « *statut spécifique* », distinct des autres professions libérales²⁶. Ce « *statut spécifique (...) le place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux* »²⁷. L'avocat est, aux yeux de Votre Cour, un « *auxiliaire de justice* »²⁸, exerçant « *une fonction mise au service de l'intérêt public* »²⁹. Votre Cour a réitéré ces considérations dans le récent arrêt *Mor c. France* du 15 décembre 2011³⁰.

Pour beaucoup d'ailleurs, l'avocat est même davantage qu'un « *auxiliaire de justice* » ; il est un « *organe* » de celle-ci, « *le dernier rempart de la liberté contre l'arbitraire* »³¹.

7. Dans ce contexte, le secret professionnel de l'avocat constitue une obligation pour celui-ci en même temps qu'il s'agit d'un droit fondamental de son client.

Le secret professionnel de l'avocat trouve son fondement dans la nécessité de donner à ceux qui exercent cette profession les garanties nécessaires de confiance et ceci dans l'intérêt général, en sorte que les justiciables qui s'adressent à eux en confiance, aient la certitude qu'ils peuvent leur confier leur secret sans danger de révélation à des tiers³².

Dans son ouvrage de référence sur le secret professionnel, Pierre Lambert écrit : « *Les clients doivent compter sur l'absolue discrétion de l'avocat. Sans cette confiance totale, leurs communications seront mêlées de réticences et de mensonges, et la défense ne sera plus entière. Il n'y aura plus qu'un simulacre de défense, préparant un simulacre de justice* »³³.

Et Pierre Lambert de poursuivre : « *le secret professionnel de l'avocat est d'une nature particulière et se différencie de celui des autres confidents professionnels : il constitue un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la Justice. Pour que l'avocat puisse accomplir de manière efficace sa mission de défense et de conseil, 'il faut que le client puisse avoir en lui une confiance sans limites, qu'il puisse négliger avec lui les précautions qu'on prend dans les affaires ordinaires, qu'il ne craigne pas d'ouvrir son âme toute entière à son défenseur et s'abandonner à sa foi'* »³⁴.

²⁵ X. Magnée, préface au *Recueil des règles professionnelles de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles* (1^{ère} éd.). En ce sens également : P. Martens, « L'avocat devant la Cour constitutionnelle », in *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 326.

²⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Casado Coca c. Espagne* du 24 février 1994, § 54.

²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Kyprianou c. Chypre* du 15 décembre 2005, § 173.

²⁸ Entre autres : Cour eur. dr. h., arrêt *Casado Coca c. Espagne* du 24 février 1994, § 46 ; arrêt *André et autre c. France* du 24 juillet 2008, § 42.

²⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Bigaeva c. Grèce* du 28 mai 2009, § 39.

³⁰ « La Cour rappelle (...) que le statut spécifique des avocats leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice ; leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permet de les qualifier d'auxiliaires de justice, et c'est d'ailleurs à ce titre qu'ils jouent un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux, dont la mission est fondamentale dans une démocratie et un Etat de droit ». Votre Cour d'ajouter à juste titre que « de la même manière, pour croire en l'administration de la justice, le public doit également avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables » (Cour eur. dr. h., arrêt *Mor c. France* du 15 décembre 2011, § 42).

³¹ P. Lambert, « L'avocat devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le procès international, Liber amicorum Jean-Pierre Cot*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 182.

³² Cour d'appel de Bruxelles, 18 juin 1974, *Journal des tribunaux*, 1976, p. 11. Voir aussi E. Jakhian, « Le secret professionnel de l'avocat : un principe nomade », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 1041 et P. Henry, « Le secret professionnel de l'avocat », in *Regards sur les règles déontologiques et professionnelles de l'avocat*, 2001, éd. du Jeune barreau de Liège, p. 178.

³³ *Secret professionnel*, 2^{ème} éd., Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 211.

³⁴ *Ibidem*.

8. Votre Cour enseigne que « *la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé* »³⁵.

Par votre souci de garantir le secret professionnel, c'est ni plus ni moins le droit à une bonne administration de la justice que Votre Cour tend à sauvegarder³⁶. Pour le dire plus explicitement encore, et pour reprendre les mots du Président Spielmann, « *sans secret professionnel, il n'y aurait pas de procès équitable* »³⁷.

En somme, il y va tout autant de la protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que de celle de l'article 6 de la Convention. Est ici réaffirmée l'idée selon laquelle la Convention doit se lire « *comme un tout* »³⁸.

Ce lien entre la règle du secret professionnel et le respect des droits de la défense a, du reste, été affirmé sans détour par la Cour constitutionnelle belge : « *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 (...) est un élément fondamental des droits de la défense* »³⁹.

9. Enfin, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles considère qu'il serait étrange que la Convention européenne des droits de l'homme soit lue comme ne garantissant pas le secret professionnel, au moment où Votre Cour impose, par sa jurisprudence *Salduz*, la présence de l'avocat au stade préliminaire de la procédure pénale, en soulignant l'importance de son office et en vantant les garanties que lui seul est en mesure d'offrir⁴⁰.

10. En définitive, le secret professionnel de l'avocat est indubitablement garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, tant au titre de l'article 6 que sous l'angle de l'article 8.

Ce double fondement a été affirmé à maintes reprises :

- « *Bien qu'aucun article de la Convention européenne des droits de l'homme ne le vise expressément, le secret professionnel de l'avocat tient au droit au respect de la vie privée, comme au droit à un procès équitable : il est donc garanti par les articles 8 et 6 de la Convention* »⁴¹.

³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *André et autre c. France* du 24 juillet 2008, § 41.

³⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 37 ; Cour eur. dr. h., décision *Tamosius c. Royaume-Uni* du 19 septembre 2002 : « *la perquisition du bureau d'un avocat empiète ou risque d'empiéter sur le secret professionnel et d'avoir des répercussions sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6* ».

³⁷ D. Spielmann, *op. cit.*, p. 455.

³⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, § 68 ; Cour eur. dr. h., arrêt dans l'« *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* », 23 juillet 1968, partie « en droit », pt. I.B., n°7 : « *La Convention, et la Cour l'a déjà souligné, forme un tout* ».

³⁹ C.C., 23 janvier 2008, n°10/2008, B.7.1 ; C.A., 13 juillet 2005, n°126/2005, B.7.1.

⁴⁰ Votre Cour enseigne à cet égard qu'« *un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit (...). En effet, l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer* » (arrêt *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009, § 32).

⁴¹ G.-A. Dal, « *Conclusions générales - Le secret professionnel, principe fondamental du droit européen* », in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 237.

- « *La protection du secret professionnel constitue donc bien dans la jurisprudence des deux cours [européennes] un droit fondamental de l'individu. Son fondement est double. Car si la Cour de Strasbourg a bâti sa jurisprudence protectrice du secret professionnel de l'avocat sur l'article 8 de la Convention, elle l'associe aussi à celle de l'article 6* »⁴².

L'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles se réfère, à nouveau, aux conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées dans l'affaire *O.B.F.G.*, où ce double fondement conventionnel du secret professionnel a été clairement explicité : comme élément fondamental du droit au procès équitable (art. 6 de la Convention) et comme « *composante essentielle du droit au respect de la vie privée* » (art. 8 de la Convention)⁴³.

Si la Cour de justice ne s'est finalement pas prononcée sous l'angle de l'article 8 de la Convention dans cette affaire, dès lors que la question qui lui était posée, portait sur l'article 6 de la Convention, on ne peut que suivre son avocat général lorsqu'il écrit que « *la protection du secret professionnel de l'avocat est un principe à deux visages, l'un procédural puisé dans le droit fondamental à un procès équitable, l'autre substantiel tiré du droit fondamental au respect de la vie privée. À son fondement procédural, il est aisé de rattacher les droits de la défense, le droit à une assistance juridique et le droit de ne pas s'auto-incriminer. À son fondement substantiel correspondent l'exigence «que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin» et celle, corrélative, de loyauté de l'avocat envers son client* »⁴⁴.

On rappellera enfin que M. le Président Spielmann a clairement indiqué que le secret professionnel est garanti par l'article 8 de la Convention, en sus de l'article 6 : « *le respect du secret professionnel de l'avocat est un des aspects de la vie privée de celui-ci, voire de celle de son client* »⁴⁵.

II. Dans l'affirmative, y a-t-il eu en l'espèce « ingérence » dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 de la Convention, et le requérant peut-il se dire « victime » d'une violation de cette disposition ?

11. Comme indiqué dans votre lettre du 2 février 2012, il n'appartient pas à l'Ordre de se prononcer sur la recevabilité ni sur le bien-fondé de la requête.

L'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles entend simplement rappeler les termes de votre arrêt *Burden et Burden* rendu par la Grande chambre :

« (...) Pour pouvoir se prétendre victime d'une violation, un individu doit avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse (...). Ainsi, la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits reconnus dans la Convention ; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention (...).

(...) Il est toutefois loisible à un particulier de soutenir qu'une loi viole ses droits, en l'absence d'acte individuel d'exécution, si l'intéressé est obligé de changer de comportement sous peine de

⁴² B. Favreau, « La prévention du blanchiment et l'atteinte aux droits fondamentaux », in *L'avocat dans le droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 130.

⁴³ Conclusions précitées du 14 décembre 2006, § 41.

⁴⁴ Ibidem, § 44.

⁴⁵ D. Spielmann, « Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 460.

poursuites (...) ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation (...) »⁴⁶.

L'Ordre se réfère à cet égard à vos arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981⁴⁷ et *Open Door c. Irlande* du 29 octobre 1992⁴⁸.

III. La présomption de protection équivalente (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande [GC], no 45036/98, CEDH 2005 VI) s'applique-t-elle en l'espèce ?

12. Les différentes dispositions querellées participent de la transposition de directives européennes⁴⁹, dont la dernière est la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

Dans ce contexte, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles n'ignore pas votre arrêt *Bosphorus c. Irlande* du 30 juin 2005, aux termes duquel les Etats membres de l'Union européenne sont présumés respecter la Convention, lorsqu'ils ne font qu'exécuter leurs obligations communautaires, dès lors que le droit communautaire offre une protection des droits fondamentaux « équivalente » à celle assurée par la Convention, étant précisé que « *pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste* »⁵⁰.

L'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles relève cependant que cette doctrine de la « protection équivalente » ne trouve pas à s'appliquer s'agissant de la transposition d'une directive européenne, comme le confirme, du reste, le paragraphe 157 de l'arrêt *Bosphorus*. Il convient de se référer en l'occurrence à votre jurisprudence *Cantoni* où était précisément en cause la transposition d'une directive en droit français et où Votre Cour a exercé un contrôle sans réserve sur les mesures litigieuses⁵¹.

Cette position a été confirmée dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, où la Cour a, à juste titre, assigné une portée restrictive à la jurisprudence *Bosphorus*⁵².

⁴⁶ §§ 33-34 de l'arrêt du 29 avril 2008 ; l'Ordre souligne.

⁴⁷ En l'espèce, Votre Cour a jugé que la législation pénale en vigueur en Irlande du Nord réprimant les relations homosexuelles masculines portait « *par sa seule existence* » une atteinte injustifiée au droit au respect de la vie privée du requérant, alors même qu'aucune sanction pénale n'avait été prononcée à son encontre. La seule circonstance que la loi incriminée était susceptible de s'appliquer à l'intéressé fut jugée suffisante.

⁴⁸ Était en cause, en l'espèce, l'interdiction de fournir aux femmes enceintes des informations relatives à l'interruption volontaire de grossesse pratiquée dans des cliniques en Grande-Bretagne. Votre Cour y a décerné la qualité de « victime » à deux femmes (Mme X et Mme Gerathy) au seul motif qu'elles « *figurent sans conteste parmi les femmes en âge de procréer pouvant pâtir des restrictions incriminées* » (§ 44), alors même qu'elles n'étaient pas enceintes et qu'elles n'alléguaient pas vouloir avorter le moment venu.

⁴⁹ Voy. J.-P. Buyle et O. Creplet, « L'extension aux avocats, par la directive européenne du 4 décembre 2001, de la réglementation préventive du blanchiment de capitaux », *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Larcier, Bruxelles, 2004, p. 443.

⁵⁰ §§ 155-157 de l'arrêt.

⁵¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996. En l'occurrence, Votre Cour a examiné si une disposition du code français de santé publique qui constituait une copie conforme d'une directive communautaire répondait aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité requises par l'article 7 de la Convention.

⁵² §§ 338-340.

IV. L'ingérence dont il est question était-elle le cas échéant « nécessaire, dans une société démocratique » à la poursuite de l'un des buts énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention ?

13. Avec Pierre Lambert, « *on ne peut qu'être consterné de voir que dans une communauté d'Etats démocratiques, le législateur communautaire, légitimement soucieux d'éradiquer les activités criminelles les plus graves et le terrorisme en tarissant leurs ressources financières, a eu la volonté d'imposer aux avocats de se transformer en dénonciateurs de leurs clients et, en cas d'abstention de leur part, de permettre à tout employé ou représentant de se substituer à eux dans cette délation* »⁵³.

14. Fort heureusement, de hautes juridictions sont venues baliser l'étendue des obligations d'information et de déclaration pesant sur les avocats, au nom des dispositions constitutionnelles nationales mais aussi sous la bannière des garanties inscrites dans la Convention dont vous avez la garde.

A cet égard, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles entend singulièrement attirer l'attention de Votre Cour sur l'important arrêt rendu le 23 janvier 2008 par la Cour constitutionnelle de Belgique (arrêt n°10/2008⁵⁴, confirmé par l'arrêt n°102/2008 du 10 juillet 2008).

Après avoir rappelé l'importance du secret professionnel, en tant que « *principe général qui participe du respect des droits fondamentaux* »⁵⁵, la Cour constitutionnelle a, en effet, indiqué dans son arrêt n°10/2008 que si « *la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, qui exercent une influence évidente sur le développement du crime organisé, lequel constitue une menace particulière pour la société, est un objectif légitime d'intérêt général* », « *cet objectif ne saurait [toutefois] justifier une levée inconditionnelle ou illimitée du secret professionnel de l'avocat, car (...) les avocats ne peuvent être confondus avec les autorités chargées de la recherche des infractions* »⁵⁶.

La Cour constitutionnelle a tenu à souligner que ce secret professionnel s'étend non seulement à la défense en justice⁵⁷, mais aussi au conseil juridique⁵⁸, qui constitue une mission ô combien essentielle de l'activité de l'avocat⁵⁹.

C'est dans cette mesure que le secret professionnel relève – aussi – de l'article 8 de la Convention (voir *supra*, point I). En effet, comme cela a été justement écrit, l'avocat n'assure pas seulement « *l'accès à la justice, mais également l'accès au droit* »⁶⁰.

Et c'est pour cette raison que la Cour constitutionnelle belge a expressément considéré que « *les informations connues de l'avocat à l'occasion de l'exercice des activités essentielles de sa profession,*

⁵³ « Répression du blanchiment de capitaux et atteinte aux droits fondamentaux – En marge des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 26 juin 2007 et de la Cour constitutionnelle belge du 23 janvier 2008 », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, p. 611.

⁵⁴ Sur cet arrêt, voy. notamment G.-A. Dal et J. Stevens, *op. cit.* ; F. Abu Dalu, « A qui perd gagne », *Jur. L.M.B.*, 2008, p. 180 ; Y. Moïny, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle belge du 23 janvier 2008 et son impact sur le rôle de l'avocat dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux ainsi que le financement du terrorisme », *Cah. dr. eur.*, 2008, p. 461.

⁵⁵ Considérant B.7.10. de l'arrêt.

⁵⁶ Considérant B.8.

⁵⁷ « *Le secret professionnel de l'avocat ne saurait toutefois être limité à sa seule activité de défense et de représentation en justice* » (considérant B.9.3).

⁵⁸ Il importe à cet égard de relever la définition de « l'activité de conseil juridique » donnée par la Cour constitutionnelle : le conseil juridique « *vise à informer le client sur l'état de la législation applicable à sa situation personnelle ou à l'opération que celui-ci envisage d'effectuer ou à lui conseiller la manière de réaliser cette opération dans le cadre légal* » (cons. B. 9.5).

⁵⁹ Considérants B.9.3 à 9.5.

⁶⁰ Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro du 14 décembre 2006 précédant l'arrêt *O.B.F.G.* de la Cour de justice, § 60.

y compris dans les matières énumérées [à l'article 2, 3, b) de la directive 2005/60/CE⁶¹], à savoir l'assistance et la défense en justice, et le conseil juridique, même en dehors de toute procédure judiciaire, demeurent couvertes par le secret professionnel, et ne peuvent pas être portées à la connaissance des autorités ».

Pour le juge constitutionnel belge, « ce n'est que lorsque l'avocat exerce une activité, dans les matières énumérées [à l'article 2, 3, b) de la directive 2005/60/CE], en dehors de sa mission spécifique de défense et de représentation en justice et de celle de conseil juridique, qu'il peut être soumis à l'obligation de communication aux autorités des informations dont il a connaissance »⁶².

Il est évident que le secret professionnel de l'avocat n'est pas sans limite. La Cour constitutionnelle a ainsi précisé que « L'avocat qui, s'étant efforcé de dissuader un client d'accomplir ou de participer à une opération de blanchiment ou de financement du terrorisme dont il connaît l'illégalité, constate qu'il a échoué dans cette entreprise, est tenu, s'il se trouve dans une hypothèse dans laquelle l'obligation de communication s'applique à lui, de transmettre les informations dont il a connaissance au bâtonnier, qui les transmettra à son tour aux autorités. Dans ce cas, l'avocat concerné ne peut continuer à agir pour le client en cause et doit mettre fin à la relation qui le lie à ce dernier. Il n'y a donc plus lieu, dans ce cas, de parler de relation de confiance entre l'avocat et son client. »⁶³

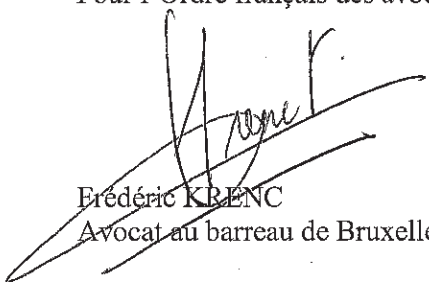
Pour la Cour constitutionnelle, cette interprétation est conforme au considérant 20 de la directive 2005/60/CE, aux termes duquel « la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel, sauf si le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, si la consultation juridique est fournie aux fins du blanchiment de capitaux ou si l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux ». Comme l'écrivent le bâtonnier Dal et Aurélie Blaffart, « dans ces cas, l'obligation de déclaration est légitime. La complicité de l'avocat avec son client n'est pas une véritable exception : l'avocat délinquant est un justiciable comme tous les autres et aucun secret professionnel ne le protège »⁶⁴.

15. Cette importante décision de la Cour constitutionnelle du 23 janvier 2008 nous paraît mériter votre attention⁶⁵, d'autant que le Conseil d'Etat de France s'en est fortement inspiré dans son arrêt du 10 avril 2008, auquel vous vous réferez dans l'exposé des faits.

*

Bruxelles, le 22 février 2012.

Pour l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles,



Frédéric KRENC

Avocat au barreau de Bruxelles

⁶¹ Le législateur belge a, par sa loi du 12 janvier 2004, recopié les exigences posées par la directive 2001/97/CE modifiant la première directive 91/308/CEE, avant que ces textes soient abrogés par la troisième directive 2005/60/CE.

⁶² Considérant B.9.6. de l'arrêt ; c'est l'Ordre qui souligne.

⁶³ Considérant B.13.5 de l'arrêt.

⁶⁴ « La déclaration de soupçon de blanchiment par l'avocat », in *Les avocats face au blanchiment*, Larquier, Bruxelles, 2011, p. 26.

⁶⁵ Il est fréquent que Votre Cour se réfère à la jurisprudence des cours constitutionnelles. Voy. la recension effectuée par D. Popovic, « Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme », *Human Rights-Strasbourg Views. Liber amicorum L. Wildhaber*, Kehl-Strasbourg-Arlington, NP Engel Publisher, 2007, pp. 383 et s.