

**Avis d'AVOCATS.BE
au sujet de la proposition de loi tendant à offrir un statut légal et une protection
aux lanceurs d'alerte - DOC 55/1380**

Pour AVOCATS.BE qui représente les avocats francophones et germanophones de Belgique, la question de la protection des lanceurs d'alerte est une question délicate.

Les lanceurs d'alerte sont en effet des briseurs de secrets. Et les avocats sont les gardiens des secrets.

C'est avec prudence, et parfois même avec réticence, que les avocats voient s'installer, chaque jour un peu plus, une société de la transparence où le secret est dévalorisé, tenu pour suspect, comme s'il ne servait qu'à dissimiler des turpitudes et où la transparence est érigée en valeur, ce qu'elle n'est pas¹.

C'est la raison pour laquelle le Conseil des barreaux européens a exprimé de vives réserves à l'égard de la proposition de directive du 16 avril 2019 du Parlement et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant des infractions au droit de l'Union², qui a donné lieu à l'adoption de la directive du 26 novembre 2019.

En matière de protection des lanceurs d'alerte, il est essentiel de fixer des limites, pour ne pas faire de notre société « l'empire des délateurs »³. Il s'agit de trouver un équilibre entre la transparence et le secret qui sont tous deux nécessaires à la défense de l'intérêt public.

La protection du secret professionnel doit être une de ces limites.

La directive européenne ne dit pas autre chose dans son article 3.3 qui prévoit que :

« La présente directive n'affecte pas l'application du droit de l'Union ou du droit national concernant l'un ou l'autre des éléments suivants :

- a) la protection des informations classifiées;
- b) **la protection du secret professionnel des avocats** et du secret médical;
- c) le secret des délibérations judiciaires;
- d) les règles en matière de procédure pénale. »

¹ Discours de P. Henry au Palais des Académies le 29 janvier 2020 : « *Hommage à Chelsea Manning, Edward Snowden, Sarah Harrison et Julian Assange* ».

² Les prises de position du C.C.B.E sont disponibles sur son site :

https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_Postion_Papers/FR_DEON_20170519_Submission-on-whistleblower-protection.pdf et

https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_Postion_Papers/FR_DEON_20180629_CCBE-comments-on-the-Proposal-for-a-Directive-on-the-protection-of-persons-reporting-on-breaches-of-Union-law.pdf

³ op. cit. 1.

La loi belge du 31 juillet 2017⁴ qui, en matière financière, impose à la FSMA de mettre en œuvre des mécanismes pour permettre le signalement d'infractions à la législation financière prévoit certes une protection des personnes qui signalent ces infractions mais prévoit également expressément la protection du secret professionnel.

En effet, à la suite d'une observation du Conseil d'Etat, l'alinéa 2 du nouvel article 69 *bis* prévoit que les avocats ne bénéficient pas de la protection prévue pour les lanceurs d'alerte s'ils « *effectuent un signalement portant sur des informations qu'ils ont 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* », c'est-à-dire dans les hypothèses où l'article 458 du Code pénal les astreint au respect du secret professionnel.

La protection du secret professionnel est également prévue dans la loi française du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin 2).

Dans son chapitre II consacré à la protection des lanceurs d'alerte, l'alinéa 2 de l'article 6 de cette loi prévoit explicitement que « *les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre* ».

On ne retrouve pas cette préoccupation dans la proposition de loi.

Aux termes de l'article 2, le lanceur d'alerte est défini comme « *toute personne ou groupe qui signale ou divulgue des informations secrètes en vertu d'une législation ou d'un contrat. Le but de ce signalement ou de cette divulgation est de dénoncer des faits ou des menaces passés, actuels ou à venir, que ces faits ou menaces soient de nature ou non à violer un cadre légal ou réglementaire* ». Il est impossible d'admettre que, par exemple, la dénonciation de faits « passés », qui ne sont pas de nature à violer un cadre légal ou réglementaire puisse échapper aux sanctions prévues en cas de violation du secret professionnel. La Cour constitutionnelle a en effet établi à de nombreuses reprises que le secret professionnel, s'il n'est pas absolu, ne pouvait céder que devant des circonstances d'une exceptionnelle gravité, pour des raisons touchant à la préservation d'intérêts essentiels face à une menace grave, imminente et irrésistible⁵.

A bien d'autres égards, la proposition de loi nous semble aller beaucoup trop loin dans la protection des lanceurs d'alerte sans prévoir de garde-fous.

Ainsi :

- Contrairement à la directive, la proposition de loi ne prévoit pas la mise en place de canaux de signalement internes et externes, dont l'utilisation préalable à la divulgation publique est recommandée ;

⁴ Loi du 31 juillet 2017 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, en vue de mettre en œuvre le Règlement (UE) n° 596/2014 sur les abus de marché et de transposer la Directive 2014/57/UE relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché ainsi que la Directive d'exécution (UE).

⁵ C.A., 3 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868 ; R.G.D.C., 2002, p. 452 ; C.A., 14 juin 2006 et 28 juillet 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1128 ; C.A. 24 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1080 ; C.C., 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 180, *J.T.*, 2008, p. 501 ; C.C., 26 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 2025 ; C.C., 6 décembre 2018, *Rev. Dr. Pén.*, 2019, p. 684 ; C.C., 24 septembre 2020, *J.T.*, 2020, p. 657, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1634.

- « *La motivation personnelle du lanceur d’alerte et son intérêt personnel ne doit pas être prise en compte* » (art. 2 1°) ;
- « *Il n’est pas exigé que le lanceur d’alerte détermine avec certitude l’intérêt public des informations révélées* » (art. 2 4°) ;
- « *La circonstance que le lanceur d’alerte ait retiré un gain personnel, direct ou indirect, du signalement ou de la divulgation n’a pas d’incidence sur la reconnaissance du statut* » (art. 4 in fine).

C’est la porte ouverte à la délation généralisée, à la vengeance et même à la malveillance.

AVOCATS.BE n’entrera pas plus avant dans l’analyse des risques d’abus que pourrait susciter une forme de protection aussi large accordée par le juge sur la base d’éléments aussi ténus. Ainsi, la protection accordée n’est-elle pas limitée dans le temps⁶, ni perdue s’il s’avère que les éléments révélés sont faux ou, même, que leur révélation est le fruit d’un règlement de compte. Elle protège contre les procédures judiciaires ou le licenciement qui pourraient être qualifiées de repréailles (art. 3), elle protège contre les poursuites pénales, elle permet d’obtenir une rupture anticipée du contrat de travail sans prestation de préavis et en bénéficiant d’une indemnité compensatoire versée par l’employeur⁷ (art.6) ... Elle couvre non seulement le lanceur d’alerte mais également toute sa famille.

Le risque de dérive est bien présent et AVOCATS.BE ne peut qu’inviter les parlementaires à une transposition plus respectueuse de la directive européenne en ce qui concerne le secret professionnel. En effet, le secret professionnel ne doit pas être considéré comme un frein à la bonne administration de la justice mais au contraire comme une condition de celle-ci.

Il y a trente ans, le bâtonnier Franchimont écrivait : « *Le secret professionnel est l’une des garanties essentielles de la personnalité et de la liberté individuelle. Il assure le droit à l’intimité et au respect de la vie privée... Le secret professionnel est aussi la condition même de l’exercice de certaines professions. Ni le médecin, ni l’avocat, par exemple, ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n’étaient pas assurées d’un secret absolu... C’est donc aussi dans un intérêt d’ordre social reposant sur la confiance que doivent inspirer au public certaines professions, que la loi punit les révélations de secrets confiés à ces personnes* »⁸.

Bruxelles, le 22 janvier 2020.

⁶ A titre de comparaison, l’arrêté du gouvernement flamand fixant le statut du personnel des services des autorités flamandes prévoit que la protection accordée au membre du personnel qui a dénoncé une irrégularité prend fin deux ans après la conclusion de l’enquête par le médiateur flamand de l’irrégularité dénoncée.

⁷ Ainsi, un employé qui se serait vu reconnaître le statut de lanceur d’alertes et dont il apparaîtrait par la suite qu’il a porté contre son employeur une fausse accusation qui n’était motivée que par un esprit de malveillance non seulement échapperait à toute poursuite et à tout licenciement mais encore pourrait bénéficier d’une rupture de son contrat sans obligation de prester son préavis et en bénéficiant d’une indemnité compensatoire versée par son employeur !

⁸ M. Franchimont, *Le secret professionnel du réviseur d’entreprises*, 1986.