

PÉNAL GÉNÉRAL

SECRET PROFESSIONNEL

Secret professionnel de l'avocat : le salut venu de l'Europe ?

Cour de justice de l'Union européenne, gr. ch., 8 décembre 2022, n° C-694/20 - *Orde van Vlaamse Balies et autres*

Mots-clés : SECRET PROFESSIONNEL * Avocat * Droits de la défense * Secret du conseil * Droit européen

L'espèce : L'article 8 *bis ter* de la directive 2011/16/UE modifiée relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal prévoit une obligation pour les « intermédiaires » de transmettre aux autorités compétentes les informations dont ils disposent concernant les dispositifs fiscaux transfrontières de planification fiscale à caractère potentiellement agressif. La directive définit les « intermédiaires » comme « toute personne qui conçoit, commercialise ou organise un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, le met à disposition aux fins de sa mise en œuvre ou en gère la mise en œuvre ». Les avocats sont donc directement concernés.

Le texte prévoit néanmoins que les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour dispenser les intermédiaires d'une telle obligation en cas d'atteinte au secret professionnel. Il prend soin d'ajouter que, dans ce cas, l'État membre « prend les mesures nécessaires pour que les intermédiaires soient tenus de notifier sans retard à tout autre intermédiaire, ou, en l'absence d'un tel intermédiaire, au contribuable concerné » les obligations de déclaration (art. 8 *bis ter*, § 5), qui incombent alors soit à l'autre intermédiaire soit, à défaut, au justiciable.

L'ordre des barreaux flamands, une association professionnelle d'avocats flamande, et trois avocats flamands ont saisi la CJUE d'une question préjudicielle portant sur la validité des dispositions du paragraphe 5 de l'article 8 *bis ter* de la directive modifiée (« les dispositions critiquées »), au regard notamment de l'article 7 la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »).

« 29. Or, l'obligation que prévoit l'article 8 *bis ter*, paragraphe 5, de la directive 2011/16 modifiée pour l'avocat intermédiaire lorsque celui-ci est, en raison du secret professionnel auquel il est tenu par le droit national, dispensé de l'obligation de déclaration, prévue au paragraphe 1 de cet article 8 *bis ter*, de notifier sans retard aux autres intermédiaires qui ne sont pas ses clients les obligations de déclaration qui leur incombent en vertu du paragraphe 6 dudit article 8 *bis ter* comporte nécessairement la conséquence que ces autres intermédiaires acquièrent connaissance de l'identité de l'avocat intermédiaire notifiant, de son appréciation selon laquelle le dispositif en cause doit faire l'objet d'une déclaration ainsi que du fait qu'il est consulté à son sujet.

FONDEMENT : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 14 décembre 2007, art. 7 ; Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, art. 8

30. Dans ces conditions et dans la mesure où ces autres intermédiaires n'ont pas forcément connaissance de l'identité de l'avocat intermédiaire et du fait qu'il a été consulté au sujet du dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, l'obligation de notification, prévue à l'article 8 *bis ter*, paragraphe 5, de la directive 2011/16 modifiée, entraîne une ingérence dans le droit au respect des communications entre les avocats et leurs clients, garanti à l'article 7 de la Charte. [...]

59. Il résulte des considérations qui précèdent que l'article 8 *bis ter*, paragraphe 5, de la directive 2011/16 modifiée viole le droit au respect des communications entre l'avocat et son client, garanti à l'article 7 de la Charte, en ce qu'il prévoit, en substance, que l'avocat intermédiaire, soumis au secret professionnel, est tenu de notifier à tout autre intermédiaire qui n'est pas son client les obligations de déclaration qui lui incombent ».

Observations : Les juges de Luxembourg, après avoir rappelé la jurisprudence européenne applicable, sanctionnent les dispositions critiquées au visa de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux. Si cette sanction se fonde principalement sur l'absence de nécessité de l'atteinte aux droits protégés, le rappel qu'effectue la CJUE de la protection qui doit être accordée au secret professionnel de l'avocat est bienvenu, et on se surprend à espérer qu'on finira par adopter, au quai de l'Horloge, une jurisprudence aussi respectueuse du secret professionnel, ce que nous semblent du reste commander les dispositions de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire. Cet espoir est toutefois mince en l'état actuel de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Le rappel par la Cour de la protection conférée par les juridictions européennes au secret professionnel de l'avocat. Les requérants soutenaient notamment la contrariété des dispositions critiquées à l'article 7 (respect de la vie privée et familiale) de la Charte. La CJUE commence par rappeler qu'elle doit, dans l'interprétation des droits garantis par cet article, tenir compte des droits correspondants garantis par la Convention EDH, tels qu'interprétés par la Cour EDH (CEDH).

À retenir

La CJUE souligne que la confidentialité des échanges entre un avocat et son client, garantie à la fois par elle et par la CEDH, s'applique tant à l'activité de défense qu'à l'activité de conseil. À cet égard, la Cour prend soin de souligner que « la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques », i.e. le conseil, est « par essence » inhérente à la profession de l'avocat.

Pour aller plus loin

Jurisprudence : Crim. 18 janv. 2006, n° 05-86.447, D. 2006. 392, obs. C. Girault ; AJ pénal 2006. 126, obs. C. Girault ; *ibid.* 254, note P. Dourneau-Jo-sette ; RSC 2006. 413, obs. J. Buisson ; Crim. 26 janv. 2022, n° 17-87.359, Inédit ; AJ pénal 2022. 161, obs. P. de Combles de Nayves ; Crim. 13 sept. 2022, n° 21-87.452, AJ pénal 2022. 533, obs. E. Mercinier-Pantalacci ; Crim. 13 déc. 2022, n° 21-87.435, E. Mercinier-Pantalacci, Secret professionnel de l'avocat : un pas en arrière, un pas en avant ?, *infra* ; CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 25 juin 2021, n° 448486. – **Doctrine** : E. Mercinier-Pantalacci et V. Rigamonti, Secret professionnel de l'avocat : un pas en avant, deux pas en arrière, AJ pénal 2022. 533. – **Textes** : Dir. (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (« DAC6 »).

Au paragraphe 28, les juges synthétisent la jurisprudence européenne relative au secret professionnel de l'avocat, dans des termes qu'il n'est pas superflu de reproduire *in extenso* puisque les juges français ne semblent pas les connaître : « La protection spécifique que l'article 7 de la Charte et l'article 8, paragraphe 1, de la Convention EDH accordent au secret professionnel des avocats, qui se traduit avant tout par des obligations à leur charge, se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique, à savoir la défense des justiciables [...]. Cette mission fondamentale comporte, d'une part, l'exigence, dont l'importance est reconnue dans tous les États membres, que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même englobe, par essence, la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin et, d'autre part, celle, corrélative, de loyauté de l'avocat envers son client [...] ».

La non-conformité des dispositions critiquées. La Cour souligne que les dispositions critiquées sont à l'origine de deux atteintes distinctes au secret professionnel de l'avocat.

Une première atteinte découle de l'obligation faite à l'avocat arguant de son secret professionnel de notifier aux autres intermédiaires les obligations de déclaration qui leur incombent ; cette obligation implique que ces autres intermédiaires seront informés (i) de l'identité de l'avocat consulté par le justiciable, (ii) du fait que l'avocat en question a été consulté sur le dispositif en cause et (iii) de son appréciation quant à ce dispositif. Une seconde atteinte résulte du fait que l'intermédiaire ainsi notifié doit informer les autorités compétentes non seulement de l'existence du dispositif fiscal, mais aussi de l'identité et de la consultation de l'avocat.

S'agissant de l'obligation de notification pesant sur l'avocat, la CJUE sanctionne les dispositions critiquées en se fondant sur le principe de proportionnalité, qui commande que les atteintes portées par des actes de l'Union à des droits garantis par la Charte soient limitées au strict nécessaire. Après avoir constaté que la lutte contre la planification fiscale agressive constitue bien un objectif d'intérêt général susceptible de permettre une atteinte aux droits garantis par l'article 7, la CJUE s'interroge sur le point de savoir si les dispositions critiquées sont aptes et nécessaires à la réalisation de cet objectif. Sur ce point, il était soutenu que l'obligation pesant sur les avocats de notifier aux autres tiers leurs obligations de déclaration permettrait de sensibiliser ces derniers et ainsi de s'assurer qu'ils procèdent à ladite déclaration. Cet argument était notamment soutenu par les gouvernements letton et... français. Les juges l'ont écarté, soulignant que les obligations de déclaration pesant sur les intermédiaires étaient clairement prévues au paragraphe 1 de l'article 8 *bis ter* de la directive 2011/16 modifiée, et que son paragraphe 9 prévoit tout aussi clairement qu'en cas de pluralité d'intermédiaires, l'obligation pèse sur chacun d'eux.

S'agissant du fait que l'intermédiaire notifié par l'avocat informe les autorités compétentes de l'identité et de la consultation de l'avocat, les juges soulignent de façon assez attendue que ces obligations ne sont pas nécessaires à la lutte contre la planification fiscale agressive compte tenu des obligations de déclaration du dispositif fiscal pesant sur les intermédiaires ou, à défaut, le justiciable.

Une jurisprudence limpide et protectrice, que l'on souhaiterait voir adoptée par la chambre criminelle.

Nous avons détaillé dans ces colonnes comment la chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé d'accorder toute protection au secret professionnel du conseil, relèverait-il de l'exercice des droits de la défense (Mercinier-Pantalacci et Rigamonti). En effet, la chambre criminelle avait, aux termes d'un arrêt du 13 septembre 2022, réaffirmé la solution retenue dans son arrêt *Bismuth*, par lequel elle avait jugé que la protection découlant du secret des correspondances avec un avocat ne trouvait pas à s'appliquer lorsque la personne n'a été « ni mise en examen ou témoin assisté ni même n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause ». Ce faisant, le Quai de l'Horloge niait l'existence même du secret professionnel du conseil relevant de l'exercice des droits de la défense, malgré les dispositions de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire qui le consacrent et les termes de la circulaire du 28 février 2022 qui en détaillent les conditions d'application. Elle semble être revenue sur sa position dans un arrêt postérieur (Crim. 13 déc. 2022 ; E. Mercinier-Pantalacci, Secret professionnel de l'avocat : un pas en arrière, un pas en avant ?).

Dans notre espèce, il est vrai que la CJUE sanctionne principalement les dispositions attaquées car elle les considère non nécessaires au but poursuivi. Cependant, elle se saisit également de l'occasion pour procéder à un certain nombre de rappels s'agissant de la protection qui doit être accordée au secret professionnel de l'avocat. Comme nous l'avons écrit *supra*, cette protection découle pour la Cour de la « mission fondamentale dans une société démocratique » exercée par l'avocat, « à savoir la défense des justiciables ». La CJUE souligne que la confidentialité des échanges entre un avocat et son client, garantie à la fois par elle et par la CEDH, s'applique tant à l'activité de défense qu'à l'activité de conseil. À cet égard, la Cour prend soin de souligner que « la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques », *i.e.* le conseil, est « par essence » inhérente à la profession de l'avocat. Non seulement la CJUE consacre ainsi la protection du secret professionnel du conseil, contrairement à la chambre criminelle, mais elle ne lui accorde pas une protection au rabais, rétrograde et vidant d'une partie de son effectivité le secret professionnel, contrairement aux rédacteurs de la circulaire du 28 février 2022.

Il convient de souligner enfin que les dispositions critiquées ont été transposées à l'identique en droit français à l'article 1649 AE, I, 4^o, du code général des impôts, repris dans la doctrine administrative publiée le 25 novembre 2020 au BOFIP (BOI-CF-CPF-30-40), laquelle a fait l'objet d'une requête en annulation

devant le Conseil d'État. Dans ce cadre, celui-ci a posé à la CJUE une question préjudicielle strictement identique à celle à laquelle il vient d'être répondu dans la décision étudiée, et a sursis à statuer (CE 25 juin 2021). Le Conseil d'État doit donc désormais statuer. En conséquence de l'annulation, qui ne semble faire *a priori* aucun doute, mais aussi de la motivation qui sera adoptée, la cohérence entre

la position de la Cour de cassation d'une part, celle du garde des Sceaux d'autre part, et celles de la CJUE et du Conseil d'État de troisième part, devra être interrogée.

Emmanuel Daoud
Avocat, Vigo cabinet d'avocats
Valentin Rigamonti
Avocat, Vigo cabinet d'avocats