



Lobbying, avocats et secret professionnel

1. Le livre vert de la Commission européenne

1. Le Parlement européen et la Commission définissent le lobbying comme « *les activités qui visent à influencer sur l'élaboration des politiques et les processus décisionnels des institutions de l'UE* ». Il s'agit d'une activité qui, de l'aveu de la Commission elle-même est « *à la fois nécessaire et légitime* ». On dénombrerait environ 15 000 lobbyistes en activité à « Bruxelles » (consultants, avocats, associations professionnelles, fédérations d'entreprises, ONG, centres d'étude, lobbys d'entreprise ou représentants internes), où 2 600 groupements d'intérêts ont également leur représentation permanente. Les lobbyistes s'affairent auprès du Conseil des ministres, de la Commission européenne et de son administration, ainsi qu'auprès du Parlement européen.

2. On constate ces dernières années un appel généralisé à la transparence en matière de lobbying. À l'heure actuelle, seul le Parlement européen tient un registre de pratiquement tous les visiteurs, précisant les motifs de leur visite, les personnes rencontrées et les services visités. Le Parlement et la Commission envisagent également concrètement la mise en place d'un registre commun et identique (communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 28.10.09, COM(2009) 612 final, p. 9). Le Conseil des ministres ne participerait pour l'instant pas à cette initiative.

Quoi qu'il en soit, l'avis général semble être qu'une transparence accrue est nécessaire, et celle-ci deviendra donc une réalité.

3. Dans cette optique, la Commission européenne a pris une initiative d'enregistrement *volontaire* des lobbyistes (livre vert de la Commission du 3 mai 2006, COM(2006) 194 final). Cette initiative implique les éléments suivants :

- Un système, géré par la Commission elle-même, d'enregistrement volontaire : tout lobbyiste peut se faire inscrire sur une liste publique qui indique qui il représente (tous ses clients en matière de lobbying, sous peine de ne pas pouvoir s'inscrire), quels sont ses objectifs et comment il est financé. Ceci implique que sont dévoilés le chiffre d'affaires généré par le lobbyiste grâce à ses activités de lobbying pour tous ses clients au cours du dernier exercice ainsi que la part que représente chaque client dans celui-ci.
- La déclaration que l'on va respecter un code de déontologie commun (pour l'instant facultatif), qui sera élaboré par le secteur des lobbyistes lui-même.

-Et que l'on adhère au système à venir de contrôle et de mesures disciplinaires en cas d'enregistrement incorrect (par exemple des activités dans d'autres domaines que ceux indiqués).

De l'avis des instances européennes, cette démarche volontaire de transparence n'est pas un succès au niveau des avocats-lobbyistes : seuls 9 d'entre eux se sont enregistrés.

Chez les non-avocats, la situation semble différente. Cependant, certains de ces lobbyistes promettent de s'enregistrer lorsqu'ils auront obtenu l'accord de tous leurs clients, une mesure compliquée qui prendra beaucoup de temps (Russel Patten, CEO de Grayling Global, dans *De Standaard* du 30 septembre 2009, p. 20 Buitenland).

La communication susdite du 28.10.09 indique que plus de 2 000 lobbyistes sont déjà enregistrés ; il s'agit selon la Commission d'une évolution favorable qui indique que l'enregistrement est vu comme « un processus normal » ou « une étape normale » par les lobbyistes. Plusieurs lobbyistes et organisations de lobbyistes auraient déjà indiqué à la Commission qu'ils souhaitent aller plus loin sur la voie de la transparence, prendre des engagements plus conséquents que ceux prescrits actuellement par le code de conduite et fournir davantage de renseignements que ceux que la Commission demande aujourd'hui pour autoriser l'enregistrement (p. 4, point 1.2). L'approche de la problématique par l'autorégulation du secteur des lobbyistes est donc considérée comme un succès.

Le rapport de la Commission indique également que, en conséquence de ses instructions internes, le registre doit d'ores et déjà être considéré par son personnel comme un « outil de référence ». Autrement dit, lorsque les DG elles-mêmes veulent consulter certains groupes ou comités consultatifs, elles peuvent introduire des critères ayant trait à un niveau minimal de transparence vis-à-vis du public, par exemple l'inscription obligatoire dans le registre des lobbyistes. L'enregistrement devient ainsi un atout supplémentaire pour quiconque souhaite participer à un dialogue ou à une procédure de participation qui va plus loin qu'une simple consultation publique (p. 4, point 1.3).

2. Qu'est-ce que le lobbying ?

4. Une première question essentielle pour le barreau est de savoir ce qu'il faut entendre par lobbying. Dans un premier temps, le Parlement européen avait, dans un rapport, englobé le conseil juridique dans la notion de lobbying. Cette définition a rapidement été considérée comme trop large et il a été reconnu dans le rapport parlementaire du 8 mai 2008 que le conseil juridique devait être exclu de la notion de lobbying.

La Commission, elle, n'a toutefois pas été aussi loin. Dans une communication du 27 mai 2008, elle a limité l'exception du conseil juridique aux « *activités concernant les avis juridiques et autres conseils professionnels, pour autant que ces activités soient liées à l'exercice du droit fondamental d'un client à un procès équitable, y compris le droit de la défense dans le cadre de procédures administratives, et telles qu'elles sont menées par des avocats ou d'autres membres de professions libérales concernées* ». Il s'agit donc seulement de la facette « procès » du conseil, pas d'« *évaluer la situation juridique d'un client* » (au sens de la directive 2001/97/CEE en matière de blanchiment et de la loi du 12 janvier 2004 sur la prévention du blanchiment), c'est-à-dire « *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 » (Cour constitutionnelle, arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008, considérant B.9.5).

5. Le 6 avril 2009, le commissaire européen compétent, Siim Kallas, qui cherche à obtenir un rapprochement par une concertation avec les barreaux européens, a présenté sa définition et la distinction qu'il opère par rapport au lobbying dans un courrier adressé à la délégation des Barreaux de France (auprès des institutions européennes). Nous remarquerons qu'il a à cet égard utilisé la définition de notre Cour constitutionnelle, qui a par ailleurs été suivie au pied de la lettre par le Conseil d'État français (Conseil d'État, 10 avril 2008, *JT* 2008, 268 note G.A. DAL) dans la problématique de blanchiment relative au secret professionnel des avocats (belges).

« J'estime que l'avocat, lorsqu'il participe à des actions, ou qu'il agit directement auprès des instances publiques ou de leurs représentants, sur les instructions d'un client, en vue de promouvoir, ou d'influencer sur l'adoption ou sur un changement de législation ou de réglementation européenne, il exerce une activité de représentation d'intérêt au même titre qu'un autre représentant d'intérêt non avocat et, dès lors, cette activité est éligible au registre.

En revanche, n'entrent pas dans le champ du registre des représentants d'intérêt (quels qu'en soient les acteurs) les activités de conseil ou les contacts avec les instances publiques, destinés à éclairer un client sur une situation de droit, sur sa situation juridique spécifique, sur l'opportunité ou la recevabilité d'une initiative de nature judiciaire ou administrative dans le cadre du droit en vigueur, y compris les conseils prodigués à un client en vue d'aider le client à organiser ses activités dans le respect de la loi. Il en va de même des représentations faites dans le cadre d'une conciliation ou d'une médiation en vue d'éviter qu'un litige soit porté devant une instance juridictionnelle ou administrative. Cette approche est valable pour tous les secteurs d'activité de la Commission et n'est pas limitée à certaines procédures particulières (concurrence).

Le caractère public du registre, et des informations qu'il contient, est ce qui en assure la crédibilité et qui en est l'objet même. Cela rend, ou tout au moins risque de rendre, impraticable, au regard des objectifs poursuivis, toute formule de déclaration, telle que vous la suggérez, sous un régime de confidentialité que ce soit auprès de la Commission ou d'une autre instance.

Le registre des représentants d'intérêt et les déclarations qu'il contient ne posent pas de problème particulier au regard du droit de la concurrence dans la mesure où la Commission ne demande pas que soient indiqués le montant des honoraires perçus par client mais bien 'le chiffre d'affaires tiré de ces activités' (activités de lobbying) 'ainsi que la part relative de chaque client dans ce chiffre d'affaires'. »

Il ressort de la communication susdite du 28.10.2009 (p. 7, point 2.1.2) que le texte souligné ci-dessus sera intégré aux documents explicatifs relatifs au lobbying. La Commission a donc adapté sa position à celle du commissaire KALLAS.

Cela ressort également du courrier que le commissaire Kallas a envoyé le 23 novembre 2009 au président de l'OBFG, Luc Maréchal.

3. Action du CCBE

6. Le CCBE a maintenu le contact en permanence avec le commissaire Kallas pour définir et défendre le point de vue du barreau. Il s'est rapidement avéré impossible de maintenir le barreau -



pour autant que l'avocat mène une activité de lobbying - en dehors des projets de transparence, ou d'obtenir une initiative européenne distincte en matière de transparence pour les avocats-lobbyistes. Il était cependant nécessaire de souligner la spécificité de la profession et sa déontologie distincte qui rend peut être superflue l'adoption d'un code de conduite des lobbyistes pour les avocats et d'aborder les problèmes du secret professionnel au regard de son contenu (défini par le droit national et le droit communautaire) ainsi qu'au regard du contenu de la définition du lobbying et de la distinction entre, d'une part, la négociation et le conseil et, d'autre part, le lobbying.

7. En matière communautaire, le secret professionnel a une signification moins lourde de conséquences (CJCE affaire *AM&S* n° 155/79, 18 mai 1982, *JT* 1983, 41, note P. LAMBERT ; CJCE T-125/03 & T-253/03, *Akzo Nobel*, 17 septembre 2007) que par exemple le secret professionnel des avocats belges. Par ailleurs, le secret professionnel diffère d'un pays de l'UE à l'autre. Dans la plupart des pays dont le système est fondé sur la *common law* ainsi qu'en Allemagne, le client lui-même a la possibilité de décharger l'avocat du secret professionnel (dans certains pays, il doit alors parler) alors que dans d'autres pays, comme la Belgique et la France, le secret professionnel est d'ordre public et/ou est sanctionné pénalement de sorte que le client ne peut en disposer.

8. Conformément aux directives n° 77/249 du 22 mars 1977 (libre prestation de services) et n° 98/5 du 16 février 1998 (liberté d'établissement) et à leur mise en œuvre dans les articles 477*bis-nonies* du Code judiciaire, les avocats étrangers de l'UE qui travaillent ou sont établis ici doivent, sans préjudice des règles professionnelles et de conduite auxquelles ils sont soumis dans leur État membre d'origine, appliquer les règles professionnelles, qu'elle qu'en soit la source, qui sont d'application en Belgique (art. 477*ter*, §2 et art. 477*sexies*, §2). Pour les avocats qui ne sont pas établis ici, les activités « *étrangères à la représentation et à la défense en justice* » (telles que le lobbying) emportent la condition qu'ils doivent pouvoir observer les règles belges et que cette observation « *se justifie objectivement pour assurer l'exercice correct des activités d'avocat, la dignité de la profession et le respect des incompatibilités* » (art. 477*ter*, §2, 2° alinéa). Puisque le secret professionnel est en Belgique une règle d'ordre public, sanctionnée pénalement, aucun doute ne semble possible à ce niveau.

Le CCBE a donc conclu à juste titre que, étant donné que l'activité de lobbying des avocats étrangers auprès de la Commission et des autres instances européennes sera menée à Bruxelles, les avocats qui y travaillent ou qui y sont installés devront appliquer les règles professionnelles belges, du moins en combinaison avec leurs propres règles nationales (situation de concurrence de règles ou double déontologie, où les règles les plus strictes dicteront la conduite de l'intéressé).

Qu'il soit déjà remarqué que l'on partait parfois injustement du principe que la problématique du lobbying « est principalement un problème bruxellois » parce que la plupart des avocats-lobbyistes seraient installés à Bruxelles. Cette conception est en soi douteuse étant donné la large description de la Commission de ce que l'on entend par lobbying, et ne tient pas du tout debout pour les lobbyistes étrangers qui mènent ici une activité de lobbying auprès de la Commission. Ils seront peut-être confrontés à un secret professionnel belge d'ordre public et aux règles et à la compétence réglementaire de l'OVB et de l'OBFG, qui devront fixer les règles pour tous leurs barreaux affiliés, ou à tout le moins y apporter une certaine unité (art. 495 à 500 du Code judiciaire).

9. Une réunion s'est tenue le 24 septembre 2009 entre les responsables en matière de transparence de la Commission et les délégués des barreaux nationaux dirigée par Lucy Dupong, présidente de la commission déontologie du CCBE. Les délégués y ont exprimé leurs



préoccupations par rapport à l'application sans ménagements des obligations d'enregistrement aux avocats, en particulier au vu du problème du secret professionnel, qui serait violé par la publication et l'enregistrement public du nom et des intérêts financiers des clients.

Les délégués français ont proposé deux ajouts à la définition du commissaire Kallas :

'En revanche, n'entrent pas dans le champ du registre des représentants d'intérêt les activités de conseil ou les contacts avec les instances publiques, destinés à éclairer un client sur une situation de droit en vigueur ou en formation'. (actuelle ou potentielle)

Et que l'on ne parlerait de lobbying que lorsque cette activité revêt un caractère habituel et pas occasionnel.

Les Français ont également proposé l'instauration, exclusivement pour les avocats, d'un registre interne et non public :

'Dans le cadre des activités de représentation d'intérêts auprès de Parlements nationaux ou européens ou auprès d'administrations publiques nationales ou européennes, l'avocat peut faire mention dans tout registre interne protégé par la confidentialité établi par ces institutions, des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable.'

Cette dernière proposition avait déjà été rejetée au printemps 2009 par la Commission parce que contraire à une décision politique et contraignante déjà prise. Voici les termes de la communication du 28 octobre 2009 à cet égard (p. 3) :

'La Commission reste persuadée que les règles du jeu instaurées dans le cadre du registre doivent être les mêmes pour tous et que tous les acteurs exerçant des activités analogues doivent être traités de manière identique. La Commission a fourni des informations détaillées concernant la définition des activités relevant ou non du champ d'application du registre pour ce qui est des avocats et des cabinets d'avocats (voir 2.1.2.). Cette approche a déjà permis de clarifier la situation et devrait à présent faciliter l'enregistrement des acteurs appartenant à cette catégorie.'

(Passage également cité dans le courrier du 23 novembre 2009 du commissaire Kallas.)

Si la résolution adoptée par le conseil de l'Ordre de la NOAB le 16 novembre 2009 s'oppose à cette prise de position claire et répétée de la Commission, par exemple en proposant un registre non public, qui de surcroît serait géré en concertation avec la NOAB, celle-ci n'est pas très réaliste et, peut-on craindre, parfaitement dénuée de pertinence aux yeux de la Commission.

10. Cette réunion a également permis de lancer l'idée qui avait été abordée au sein de la délégation belge du CCBE, de l'OVV et du conseil d'administration de l'OBFG. L'essence de cette idée est que les avocats belges, moyennant l'autorisation de leurs clients, pourraient s'inscrire dans le registre et que des questions complémentaires à propos des informations financières qui ont été demandées seraient posées à la Commission.

La présidence du CCBE (le bâtonnier G.-A. Dal étant le vice-président) a ensuite ajouté à cette proposition que les barreaux nationaux rejoindraient l'idée que pour les activités de lobbying menées en Belgique, les avocats de l'UE abandonneraient la « double déontologie » et appliqueraient donc exclusivement les règles belges (ce que certaines délégations n'ont manifestement pas accepté, puisque ce que les uns voient comme des « règles de double



déontologie » est compris par les autres comme des « règles de conflits pour résoudre la question de la déontologie applicable » ou « *conflict rules* »).

Il s'est avéré par la suite que l'assemblée générale de l'OBFG n'a pas ratifié la décision de son conseil d'administration. Les bâtonniers de Bruxelles (F) et Tournai ont voté contre la décision, ceux de Liège, Marche, Charleroi, Mons, Nivelles, Eupen, Verviers, Namur et Dinant ont voté pour. Ceux de Neufchâteau et d'Arlon se sont abstenus. Celui de Huy n'était pas présent. Les doubles majorités qualifiées requises par le règlement d'ordre intérieur de l'OBFG n'ont pas été atteintes et le point de vue du conseil d'administration n'a donc pas été ratifié. La question doit de nouveau être abordée lors d'une prochaine assemblée générale.

4. Secret professionnel ?

11. Dans un courrier daté du 1^{er} octobre 2009 adressé au commissaire Kallas, les deux bâtonniers bruxellois ont informé le commissaire « *que la déontologie qui s'applique à nos membres leur interdit de divulguer le nom de leurs clients en application du secret professionnel - une notion définie légalement en Belgique et inscrite expressément dans le droit pénal* ».

Il est vrai que l'article 458 du Code pénal punit les violations du secret professionnel des « *médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie* » (les avocats ne sont même pas désignés nominativement). Cependant, l'article (ni une quelconque autre disposition du droit pénal général ou spécial) ne dit rien sur les lobbyistes. Il n'existe non plus aucune jurisprudence en matière d'activités de lobbying.

12. Nous devons donc fonder notre raisonnement sur les principes. Le secret professionnel s'impose à un avocat dans le cadre de son activité professionnelle, en sa qualité d'avocat (J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Anvers, Kluwer, 1997, n° 818). Il ne vaut pas pour son activité d'administrateur de sociétés ou de personnes morales, de médiateur de dettes, d'administrateur provisoire, de syndic, d'arbitre, d'adjoint juridique d'associations ou d'ordres professionnels, de dépositaire, de mandataire spécial, de fondé de pouvoir pour la vente d'un immeuble, de liquidateur, d'exécuteur testamentaire, de gestionnaire d'actifs, de curateur, de tuteur, etc.

« *En sa qualité d'avocat* », écrit le bâtonnier P. HENRY (P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat » in : *Regards sur les règles déontologiques et professionnelles de l'avocat*, Liège, Éd. du Jeune barreau de Liège, 2001, 181) ; « *lorsque l'avocat intervient véritablement comme avocat* » écrit le bâtonnier F. GLANSDORFF (in : D. KIGANAHE et Y. POULET, *Le secret professionnel*, Bruges, la Charte, 2002, 105).

Cela revient à se demander « *si l'avocat sait une chose en raison de l'exercice de sa mission d'avocat ou autrement* », écrit P. LAMBERT (*Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 213) et : « *La seule question qui se pose, en définitive, est de savoir si l'avocat agit dans l'exercice de sa profession - conçue dans tous les aspects de celle-ci - ou s'il agit en dehors d'elle. Le secret professionnel porte sur tous les faits qui ne lui ont été confiés qu'en raison de sa qualité, et avec l'intention de les voir traités de manière confidentielle* » (P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat exerçant en France » (note sous Cass. Fr. (Crim.) 30 septembre 1991), *JT* 1993, 5 ; Bruxelles 23 décembre 1991, *Pas.* 1991, II, 219 ; *JT* 1992, 331 ; *JLMB*, 1992, 222).



13. En la matière, l'arrêt n° 10/2008 de la Cour constitutionnelle du 23 janvier 2008 fait autorité (prévention du blanchiment, voir O. GERNAY, « L'avocat mandataire de société : oxymore déontologique ? » in : *Confraternité et concurrence*, Liège, Anthemis et Conférence du Jeune Barreau de Liège, 2009, 51- 53). La Cour constitutionnelle limite la protection qu'offre le secret professionnel comme « un principe général qui participe du respect des droits fondamentaux » (B.7.10.) aux « activités essentielles de sa profession » mais ne l'octroie pas pour les activités qui tombent en dehors de sa mission spécifique de défense et de représentation en justice et de celle de conseil juridique (B.9.6.). Pour ce qui n'appartient pas à « l'activité de base » des avocats, « leur mission propre » ou leurs « activités essentielles », le secret professionnel n'est donc pas acquis, même aux termes du droit belge. (J. STEVENS et G.-A. DAL, « Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 23 januari 2008 en de preventie van het witwassen: de Ordes halen hun gelijk », *RW* 2008-09, 102 et *JT* 2008, 501).

Lorsque le compte rendu de l'assemblée générale de l'OBFG (p. 23) dit à propos du bâtonnier de Bruxelles (F) : « *Il s'oppose fermement à ce qu'on divise le secret professionnel selon les activités de l'avocat* », il s'oppose en fait à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle !

Il est donc très peu probable que la régulation européenne, si le système actuel d'enregistrement volontaire était remplacé par une déclaration obligatoire, soit contestable en droit devant notre Cour constitutionnelle.

14. Notons ici que la question n'est pas de savoir si le lobbying fait partie des activités essentielles de certains cabinets bruxellois, mais bien de savoir si c'est le cas pour l'ensemble de la profession belge.

15. Il n'est pas non plus correct de dire que *PARCE QUE* l'avocat est en toutes matières et toujours « un représentant d'intérêts », le fait qu'il représente des intérêts en tant que lobbyiste relève ÉGALEMENT de son activité normale ou essentielle d'avocat. La représentation d'intérêts tout court est encore tout autre chose que de mener des activités « qui visent à influencer sur l'élaboration des politiques et les processus décisionnels des institutions de l'UE » (aux termes de la définition présentée au point 1).

16. On peut tout aussi bien dire qu'un avocat donne toujours des conseils juridiques dans tout ce qu'il fait professionnellement, et soutenir qu'il exerce la profession d'avocat quand il vend une maison pour son client, quand il place son argent, quand il intervient comme son courtier, quand il tient sa comptabilité, quand il gère ses sociétés, bref quand il exerce une quelconque autre profession réglementée ou non sous le couvert et au nom de son cabinet d'avocat.

17. De la même manière, on pourrait soutenir que lorsque l'avocat, dans l'exercice de l'une ou l'autre tâche ou fonction, établit des contrats, il effectue un « travail d'avocat » et qu'il doit donc être considéré comme un avocat pour tout ce qu'il fait dans le cadre de cette fonction ou tâche, par quoi l'exercice de la profession pourrait s'étendre à tous les secteurs d'activité dans lesquels des contrats sont conclus, autrement dit tous les secteurs de la vie économique (Ph. HALLET, « Périmètre de la profession d'avocat, géométries de sa déontologie », in : *Confraternité et concurrence*, o.c. 140).

À la lumière de l'arrêt 10/2008 de la Cour constitutionnelle, il paraît évident qu'il s'agit là de sophismes qui n'ont aucune chance d'aboutir devant les tribunaux.



18. Il est tout à fait incorrect d'affirmer que le nom d'un client relève ipso facto du secret professionnel d'un avocat belge. On peut imaginer de nombreuses situations où ce nom doit en effet être tenu secret, mais il y en a tout autant où le nom du client et d'autres renseignements le concernant (comme ses revenus) sont divulgués et enregistrés sur des rôles, des pièces de procédure, des documents administratifs, etc.

Nous touchons ici à ce que l'on appelle le côté paradoxal du secret professionnel : les avocats doivent utiliser nombre des informations confidentielles qu'ils apprennent de leur client tout simplement pour pouvoir exercer leur profession. « Il revient à l'avocat de décider quel document il diffuse et quand. Tant qu'il ne les diffuse pas, ils sont en principe confidentiels » (L. HUYBRECHTS, « Gebruik en misbruik van het beroepsgeheim inzonderheid door revisoren, accountants en advocaten », *TBH*, 1995, 672) (traduction).

Dans ce cadre, il est évident qu'un avocat peut dévoiler les éléments, qu'il doit dévoiler pour pouvoir mener l'action souhaitée par son client, bien que cette divulgation suppose une publicité plus ou moins poussée (mettre les informations sur un rôle public, plaider lors d'une audience publique, participer à une procédure d'adjudication, tenir une conférence de presse pour son client, etc.) (J. STEVENS, « Deontologie en beroepsgeheim van de advocaat en arts », in *Jongeren & Drugs*, Anvers, CBR-Intersentia, 2005, 85 ; C. LECLERCQ, *Devoirs et prérogatives de l'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 156).

19. Le règlement en matière de publicité de l'OVV du 4 juin 2003 permet en son article 5 § 2 aux avocats de mentionner le nom de leur client, moyennant l'accord de celui-ci, dans leur publicité. Les avocats ne s'en privent pas et l'on trouve ainsi les noms des clients de nos avocats dans des répertoires, dans toutes les publications possibles portant sur les cabinets d'avocats (par exemple *Legal Week*) et même dans les pages économiques des quotidiens.

20. Les avocats présentent le nom de leurs clients et les affaires qu'ils traitent pour eux en guise de référence lorsqu'ils participent à des événements promotionnels. Cette pratique est admise par un règlement de l'Ordre bruxellois (F) du 20 juin 2000 « relatif aux informations qui peuvent être fournies lors d'un appel d'offres » et par un arrêt récent du Conseil d'État français du 6 mars 2009, qui a suscité le commentaire suivant de la part du bâtonnier de Paris, Me Christian CHARRIÈRE-BOURNAZEL :

« *Il serait particulièrement hypocrite, en la circonstance, de hurler à l'abandon de nos valeurs, alors que périodiquement, telle revue professionnelle consacrée au droit des affaires signale, à propos de chaque fusion-acquisition, quel cabinet d'avocats est en charge de quels intérêts. Ni le parquet général, ni l'autorité de poursuite n'ont jamais estimé devoir poursuivre pour violation du secret professionnel ni pour recel. Réjouissons-nous d'une jurisprudence sage qui nous permet d'être reconnus à notre valeur sans pour autant perdre notre âme.* » (*Bulletin de Paris* n° 11 du 31 mars 2009).

21. N'oublions cependant pas non plus que les avocats qui ont opté pour le régime TVA (R.TOURNICOURT, « Beroepsgeheim van de advocaat t.o.v. de fiscale administratie », *Ad Rem* 2002/2, 23), de même qu'à partir du 1^{er} janvier 2010 tous les avocats, doivent pour les services fournis à une clientèle professionnelle établie dans un autre État membre de l'UE (compte rendu de la commission fiscalité de l'OVV, 10 novembre 2009, p. 9) soumettre chaque année une liste de leurs clients assujettis à la TVA (art. 53 *quinquies* du Code de la TVA). Cette déclaration doit préciser le code du pays, le numéro de TVA du client qui a recouru au service (qui permet donc d'identifier le client), le code applicable et le montant des honoraires facturés.



5. Activité essentielle ou activité compatible ?

22. On peut difficilement soutenir qu'une activité que les avocats n'exerçaient pas il y a quinze ou vingt ans est une activité essentielle de la profession d'avocat, ou même qu'elle relève de l'exercice normal ou habituel de la profession, pour laquelle on pourrait dès lors faire valoir immédiatement toutes les prérogatives de la profession. Ce n'est pas parce qu'un avocat est à même de faire quelque chose, parce que cela ne lui est pas interdit, par exemple intervenir en qualité de syndic, qu'il voit ses prérogatives légales (ou constitutionnelles) élargies à cette activité.

Le droit d'assistance par un avocat (art. 439 du Code judiciaire ; cf. Cour d'arbitrage 6/94 20 janvier 1994, *RW* 1993-94, 1266, note ; Cour d'arbitrage 12 mars 2003 n° 34/2003 ; Conseil d'État 17 février 1988, *JT* 1988, 268 ; Président des référés de Courtrai, 18 juin 1987, *RW* 1987-88, 402 et note) et le monopole de la plaidoirie (art. 440 du Code judiciaire ; cf. Cassation 23 mai 1997, Arr. Cass. 1997, 566 ; Conseil d'État 29 octobre 1997, n° 69.259, *TRV* 1998, 324) n'ont pas non plus automatiquement comme conséquence que, lorsque les avocats décident d'explorer de nouveaux domaines d'activité, ils sont assurés d'un monopole de représentation dans ces domaines.

23. En fin de compte, la règle ne doit pas être que les avocats puissent invoquer leur secret professionnel pour tout ce qu'ils font, mais qu'ils le exercent de préférence les activités pour lesquelles ils ont reçu leurs prérogatives légales.

La position selon laquelle les avocats (dans la lutte contre ce que l'on appelle « l'appauvrissement du barreau ») doivent développer de nouveaux marchés et que s'ils ne s'emparent pas de tous les terrains qui nécessitent la connaissance des règles juridiques, d'autres le feront, avec d'autres moyens et sans déontologie, aux dépens des avocats, ne justifie en aucun cas l'extension de nos prérogatives légales, telles que le secret professionnel.

24. Ceci ne signifie pas que les avocats ne peuvent pas accepter des tâches qui sortent du cadre strict et traditionnel de la profession d'avocat. Mais ils devront alors informer leurs clients que sur ces terrains, ils n'agissent pas « en tant qu'avocats » avec toutes les prérogatives de leur profession, notamment le monopole et le secret professionnel, mais en tant que concurrents d'autres prestataires de services et aux conditions qui régissent une telle prestation. (P. PICHULT, « Conclusions. À la recherche d'une déontologie inspirée », in : *Confraternité et concurrence*, o.c., 166)

Le client devra en être informé et y consentir (Ph. HALLET, o.c., 142).

25. En France, le rapport Darrois a plaidé pour « l'élargissement du périmètre d'activité de l'avocat », pensant alors aux activités d'agent sportif (règlement du barreau de Paris du 17 mars 2009), d'agent artistique, d'agent immobilier, de gestionnaire du patrimoine, de comptable et, bien entendu, de lobbying (Th. WICKERS, « Les implications déontologiques des propositions de la Commission Darrois », in : *Confraternité et concurrence*, o.c., 44).

Il s'agirait d'autant de contrats de mandat, mais pour que ce mandat reste civil, il ne pourrait pas s'agir de mandats exclusifs mais seulement d'une activité exercée à titre complémentaire, « *faute sinon de ne pouvoir être qualifiée par référence à une activité, celle d'avocat, qui n'existerait pas* », explique Wickers (ib.).



Le Conseil national des Barreaux a ajouté le 24 avril 2009 un article 6.2.1. au Règlement intérieur national, traitant des règles déontologiques qu'un avocat doit respecter lorsqu'il exerce l'activité de fiduciaire (ce qui est autorisé depuis la loi du 4 août 2008 modifiant l'article 2015 du Code civil français). L'avocat reste bien soumis au secret professionnel mais « *doit prendre toutes dispositions permettant aux autorités judiciaires, administratives et ordinaires d'effectuer les contrôles et vérifications prévus par la loi et les règlements dans le domaine de la fiducie, sans qu'il soit porté atteinte au secret professionnel et à la confidentialité des correspondances attachés aux autres activités du cabinet et à ceux qui y exercent. Il doit utiliser un papier à lettres distinct et veiller à une identification claire et spécifique des dossiers de fiducie. Tous les supports informatiques utilisés dans l'exercice de la fiducie doivent être consacrés exclusivement à cette activité. ... La comptabilité de l'activité fiduciaire doit être distincte des autres comptes professionnels et personnels, et de son sous-compte CARPA* » (soulignement ajouté), (Th. WICKERS o.c. 42-43).

26. Ph. Hallet s'interroge :

« *Notre profession est strictement réglementée, elle participe à l'administration d'un service public fondamental dans une société démocratique et elle est soumise à une déontologie rigoureuse, autant de caractéristiques qui lui valent un certain nombre de privilèges, voir de protections légales, et qui font que la profession d'avocat se distingue des autres professions juridiques indépendantes. Pourrait-elle exercer les nouveaux métiers que certains convoitent pour elle en respectant cette déontologie et cette réglementation ? Ou, au contraire, la déontologie de la profession devra-t-elle être adaptée et adopter une géométrie qui variera en fonction des différents métiers qui seront exercés par l'avocat, à tel moment ou à tel autre ?... Faudra-t-il désormais une ou plusieurs déontologies ?* » (Ph. HALLET, o.c. 136).

Il fait également remarquer, à raison (o. c. 141) :

« *Les métiers convoités sont sans doute rentables. Le seul appel du marché ne peut cependant constituer un argument. Un grand nombre d'activités de par le monde s'avèrent rentables ; que ceux qui veulent les exercer le fassent. Pourquoi faudrait-il qu'en plus, ils les exercent sous le titre d'avocat ?* »

27. La question fondamentale à se poser n'est pas : dois-je faire valoir mon secret professionnel lorsque je me lance dans une nouvelle activité telle que le lobbying mais bien : puis-je, en tant qu'avocat, exercer de telles activités lorsqu'elles risquent à l'avenir de mettre en péril mon secret professionnel dans le cadre de ma pratique en tant qu'avocat pour les clients concernés.

Il paraît évident que si le secret professionnel pouvait réellement être invoqué, et était mis en péril par une obligation de divulgation imposée par l'UE, les avocats devraient simplement se retirer du lobbying.

28. La Commission fait référence aux avocats-lobbyistes américains qui sont enregistrés depuis plusieurs décennies sans que cela pose le moindre problème, et estime que les avocats européens se cachent derrière leur secret professionnel pour obtenir un avantage concurrentiel par rapport aux autres lobbyistes, qui constituent par ailleurs la grande majorité de la profession. Elle évoque l'usage insouciant, notamment à des fins publicitaires, des noms et autres données de leurs clients, et dit que les avocats invoquent leur secret professionnel lorsque cela les arrange. (Ph. HALLET, o.c. ,144).

29. Que se passera-t-il toutefois si la Commission et le Parlement européen persévèrent dans leur optique et rendent l'enregistrement, peut-être conformément à des prescriptions de transparence encore plus rigides, obligatoire pour tous les lobbyistes et toute activité de lobbying ?



Adopterons-nous alors un nouveau règlement pour permettre rapidement à nos avocats-lobbyistes de s'adapter aux exigences (peut-être encore plus étendues) de la Commission, en admettant ainsi que les avocats invoquent leur secret professionnel lorsque cela leur sied ? Ou allons-nous nous en tenir au secret professionnel fondamental et strict, que certains veulent invoquer aujourd'hui, et décider que les avocats ne peuvent dorénavant plus exercer d'activité de lobbying parce qu'elle entre en contradiction avec leur secret professionnel ? Ceci ne serait qu'une jolie position de principe, totalement conforme avec « l'honneur du barreau » dont certains estiment qu'il est aujourd'hui mis en péril ! Mais il n'est pas difficile de deviner ce que les avocats-lobbyistes viendraient alors demander à leurs ordres.

6. Le groupe de travail BLF

30. Le groupe de travail Business Law Firms de l'OVV a abordé cette problématique le 21 octobre 2009. Le groupe s'est demandé si ce débat devait vraiment être mené sur le plan du secret professionnel. Le système revient fondamentalement à l'octroi, après l'enregistrement volontaire, de certains avantages pour l'activité de lobbying (des incitants comme l'information par la Commission sur les évolutions dans les domaines politiques donnés, la publication des contributions des lobbyistes à l'occasion d'enquêtes publiques, l'invitation à des dialogues ou consultations privées par les DG, etc.) qui profitent également aux clients des avocats-lobbyistes. Par ailleurs, la transparence est une bonne chose pour l'image auprès du public des entreprises et institutions pour lesquelles le lobbying est mené et joue en faveur de leur politique. Faire accepter à cette clientèle que l'activité de lobbying doit être enregistrée n'est pas un problème.

31. Par contre, le groupe de travail BLF estime qu'il faut approfondir la problématique des chiffres et pourcentages avec la Commission. Il ne s'agit pas des honoraires payés par les clients, mais seulement du chiffre d'affaires général des activités de lobbying et de la part que représente dans celui-ci chaque client pour qui un lobbying est mené. Il est proposé de chercher une solution pratique avec la Commission en ce qui concerne les questions de chiffres (par exemple l'inutilité de mentionner un pourcentage ou un chiffre absolu dérisoire) et de ne pas non plus y faire intervenir le secret professionnel.

32. S'il s'avère après concertation avec le client que le secret professionnel pèse le plus lourd, le client ne pourra pas exercer de lobbying, ni par le biais de l'avocat, ni par le biais d'un autre lobbyiste enregistré.

33. Il est plus important d'affiner la définition du lobbying et de s'accorder sur les liens et la transition entre les activités de lobbyiste et ceux de simple conseil ; autrement dit, l'activité de lobbying et le « statut de lobbyiste » ne doivent pas donner lieu à une confusion avec la profession classique d'avocat et faire perdre à la correspondance menée dans ce cadre son caractère confidentiel aux yeux de la Commission et de la Cour de justice.

7. Résumé et conclusion

34. La confusion et un « bras de fer » long (mais perdu d'avance) avec la Commission ou un combat juridictionnel « de principe » à propos d'un secret professionnel « absolu » qui n'existe même pas selon la jurisprudence de notre Cour constitutionnelle, ne profiteront pas au barreau.



35. Les grands cabinets d'avocats ne sont déjà pas très regardants pour ce qui est de mentionner le nom de leurs clients. Pour autant que cette mention se fasse avec leur accord, elle est conforme à l'article 5, §2 du règlement en matière de publicité de l'OVV. Le fait que leur nom serait également rendu public, avec leur accord, pour les activités de lobbying de leur avocat, et pas pour les autres activités, ne semble donc pas révolutionnaire à la lumière des principes esquissés plus haut.

36. Il ne s'agit pas de tâches essentielles de la profession d'avocat, bien qu'elles ne soient pas incompatibles (art. 437 du Code judiciaire). Il n'est donc pas ici question d'assouplir le secret professionnel, les avocats ne doivent pas « renoncer à leur secret professionnel pour les lobbyistes ». Le point de vue de principe voulant qu'un lobbyiste qui est également avocat ne peut pas être soumis aux règles qui s'appliquent aux autres lobbyistes qui ne sont pas avocats ne tient pas la route et est contre-productif. Cette position menace à terme de miner la position des avocats qui exercent leurs activités essentielles et surtout leur secret professionnel.

On peut se demander avec Philippe HALLET : « *ne doit-on pas craindre de banaliser la profession et d'affaiblir le combat qu'elle mène, de plus en plus difficilement, pour défendre sa spécificité* » (o.c., 142).

37. De tout ceci, l'assemblée générale de l'OVV peut tirer les conclusions suivantes :

1. Le lobbying ne doit pas être considéré comme appartenant aux tâches fondamentales de l'avocat. Cette activité n'est pas protégée par le secret professionnel. Les clients doivent en être avertis.

2. L'OVV (en concertation avec l'OBFG et le CCBE) doit mener un dialogue avec le commissaire Kallas à propos d'une définition plus précise et délimitée de l'activité de lobbying. On peut à cet égard intégrer les propositions de la délégation française (point 9 ci-dessus), à savoir l'ajout à la définition du commissaire Kallas des précisions : « en vigueur ou en formation (actuelle ou potentielle) », ainsi que la proposition de considérer le caractère habituel et non occasionnel de l'activité comme un critère déterminant.

3. Par ailleurs, il convient d'examiner et de reprendre avec le commissaire Kallas, en concertation avec l'OBFG et le CCBE, la problématique du secret professionnel et de sa protection à l'égard des autres activités de l'avocat et de son cabinet et de ses associés. Il est question de la transition possible de la pratique habituelle de conseil/négociation et de conciliation/assistance en justice vers le lobbying et de savoir s'il est possible d'installer des « pare-feu » ou des systèmes de séparation entre ces activités (notamment comme le règlement du barreau français sur les activités fiduciaires d'un avocat).

4. Il convient également de voir avec le commissaire Kallas si l'on ne peut pas instaurer une règle de minimis qui exempterait les avocats (et les autres lobbyistes) de notifier les données de chiffre d'affaires et de pourcentage en dessous d'un chiffre absolu donné (pour leur chiffre d'affaires global) ou d'un pourcentage donné (par client).

5. Le lobbying peut être autorisé comme une activité compatible au sens de l'article 437 §4 du Code judiciaire (PICHULT, o.c., 167). Il est dès lors recommandé de pourvoir cette activité d'une réglementation. Ce sont l'OVV et l'OBFG qui sont compétents en la matière, de préférence de manière concertée et en adoptant des règles qui s'appliqueront à l'ensemble des avocats belges (et



aux avocats européens établis en Belgique ou qui y font du lobbying). De préférence, donc, également en concertation avec le CCBE.

6. Il convient de se demander avec la Commission si une telle réglementation émanant du barreau ne rendra pas superflu le code de conduite volontaire du groupe professionnel des lobbyistes, en ce qui concerne les avocats-lobbyistes.

