



Association de la Ville et des Communes
de la Région de Bruxelles-Capitale ASBL

Vereniging van de Stad en de Gemeenten

van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest vzw



Devoir de discrétion ou secret professionnel pour les mandataires ?

On confond souvent secret professionnel et devoir de discrétion. Le mandataire ne sait pas toujours clairement s'il est soumis au secret professionnel ou à un devoir de discrétion. C'est encore moins évident lorsqu'il s'agit des réunions du Collège des bourgmestre et échevins avec le président du CPAS. Que peut raconter le président du conseil du CPAS ? Et jusqu'où s'étend le devoir de discrétion des membres du collège ? Les membres du conseil du CPAS, quant à eux, sont soumis à d'autres règles que le conseil communal ou le collège des bourgmestre et échevins.

Secret professionnel et devoir de discrétion

Le **secret professionnel** et le devoir de discrétion se ressemblent, mais ne sont pas identiques. Sans y être vraiment défini, le premier est imposé à certaines personnes par l'article 458 du Code pénal¹. En outre, il constitue un empêchement légal de témoigner. Selon la jurisprudence, toute preuve couverte par lui peut être rejetée de l'enquête². Le secret professionnel impose donc un devoir de réserve, et ce, en toutes circonstances.

Le **devoir de discrétion** ne repose pas sur un article du Code pénal, mais constitue plutôt une notion générique³. Il n'est pas aussi absolu que le secret professionnel et ne permet pas de s'en prévaloir pour refuser un témoignage légalement exigible. Le devoir de discrétion est toutefois plus large que le secret professionnel car il vise l'ensemble des informations que vous recevez du fait de la fonction que vous exercez. Le secret professionnel ne couvre, lui, que les faits appris qui sont liés à la fonction exercée.

Dans certains cas, la loi prescrit ce devoir de discrétion. Ainsi de la loi sur les contrats de travail qui oblige le travailleur à s'abstenir de communiquer, outre les secrets de fabrication ou d'affaires,

¹ Art. 458. Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent [euros] à cinq cents [euros]. .

² Allemeersch, B., Het toepassinggebeid van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes, R.W., 2003-2004, 1-19.

³ Allemeersch, B., o.c., p. 2.

les questions confidentielles dont il peut avoir connaissance dans l'exercice de sa profession. De nombreux règlements relatifs au statut juridique imposent également aux fonctionnaires qui en relèvent de ne communiquer aucun fait qui porte sur la préparation de toutes les décisions tant qu'aucune décision finale n'a été prise.

Le secret professionnel : notion légale et éléments constitutifs

Le devoir de discrétion possède en outre un champ d'application plus large que le secret professionnel, parce qu'il peut être imposé non seulement par une loi, mais aussi par un règlement ou un contrat. Ce n'est pas le cas du secret professionnel qui trouve son origine dans le seul Code pénal dont l'article 458 énumère que « *les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie* », sont tenus de le respecter. A l'origine, c'est donc le personnel médical qui est soumis au secret professionnel.

Qui sont alors « toutes autres personnes » ? La doctrine distingue deux groupes : tout d'abord, il peut s'agir de personnes qui n'étaient pas encore soumises au secret professionnel lorsqu'ils recueillent l'information mais par la suite y sont soumis. Le législateur pénal n'a pas voulu exclure une nouvelle évolution, si bien que le secret professionnel peut encore être imposé par une autre loi. Seconde catégorie, confirmée par la jurisprudence, celle de toutes les personnes qui, par leur profession, se voient confier une fonction de confiance. Il ressort de cette jurisprudence qu'

- il doit s'agir de **personnes physiques**,
- qu'elles doivent avoir une **relation de confiance** avec la personne qui leur confie les faits,
- que cette relation doit en outre être **directe** entre le récipiendaire du secret et celui qui lui confie les faits. Lorsque le récipiendaire agit sur ordre d'un tiers,, il n'y a pas cette relation de confiance entre ledit récipiendaire et celui qui lui confie le secret⁴.
- Enfin, il doit s'agir d'une **fonction d'intérêt social**.

Ainsi, le secret professionnel s'applique également, selon la jurisprudence, aux huissiers de justice, aux **assistants sociaux** ou encore aux médiateurs.

Qu'en est-il pour les mandataires communaux ou de CPAS ?

Les membres du conseil communal et du collège des bourgmestre et échevins sont-ils soumis au secret professionnel ? S'ils sont en tous cas tenus à un devoir de discrétion, on ne peut leur imposer le secret professionnel, lequel, on l'a vu, suppose une disposition légale..

La Nouvelle Loi communale n'impose pas de secret professionnel. Cela signifie que les conseillers communaux ne sont pas liés par le secret professionnel. La loi relative au CPAS stipule en

⁴ Le médecin qui doit effectuer un prélèvement de sang en vertu d'un ordre de la police n'a pas de relation de confiance avec la personne à qui il prélève du sang.

revanche que les membres du conseil de l'action sociale sont tenus au secret⁵. La loi étend cette obligation à toutes les personnes qui, en vertu de la loi, assistent aux réunions du conseil, du bureau permanent et des comités spéciaux. Les membres du conseil et du bureau ont donc l'obligation de respecter le secret professionnel, contrairement aux membres du conseil communal et du collège des bourgmestre et échevins, parce que ce n'est pas prévu pour eux.

Qu'est-ce qu'un secret ?

Que couvre l'obligation du secret ? La loi ne donne pas de précision. En principe, toutes les informations, importantes ou pas, sont soumises au secret professionnel. Ce n'est pas le contenu⁶ de l'information qui détermine si elle doit ou non être gardée secrète⁷ par son dépositaire, mais bien si les faits sont déjà connus de tiers⁸. La forme selon laquelle les informations ont été transmises ne joue aucun rôle non plus. Toutes les informations, orales ou écrites, qui ont été données aux personnes liées par un devoir de réserve sont secrètes⁹.

Le secret professionnel implique pour le dépositaire le fait de garder le secret sur toutes les informations obtenues **durant l'exercice de sa fonction** ou de sa charge, qui lui ont été confiées **sous la condition qu'il les tienne secrètes** (autrement, elles n'auraient pas été transmises), et qui sont **liées à la fonction** exercée par le porteur du secret¹⁰. La jurisprudence révèle que doivent être couvertes par le secret les informations destinées à rester cachées pour autrui¹¹. Le **caractère secret est attaché aux informations elles-mêmes et non au porteur du secret**. Cela signifie que lorsque ce dernier n'assume plus sa fonction ou sa charge soumise au secret professionnel, les informations doivent tout de même rester secrètes¹².

- Les faits publics constituent une exception : ceux qui sont publiquement connus peuvent en effet encore difficilement être considérés comme secrets.
- Les faits qui n'ont aucun lien réel avec la fonction sont également normalement soustraits à la protection du secret professionnel. La Cour de cassation stipule que le secret professionnel ne s'applique pas aux informations qui ne présentent aucun lien direct¹³

⁵ Art. 36 Loi CPAS – Les membres du conseil de l'action sociale ont le droit de prendre connaissance, sans déplacement, de tous les actes, pièces et dossiers concernant le centre public d'action sociale.

Les membres du conseil, ainsi que toutes les autres personnes qui, en vertu de la loi, assistent aux réunions du conseil, du bureau permanent et des comités spéciaux, sont tenus au secret.

⁶ Le contenu ne compte donc pas. Même les informations qui comprennent des faits illégaux sont soumises au secret professionnel. Bruxelles, 27 novembre 1981, J.T., 1982, 43.

⁷ Bruxelles, 8 mars 1972, Pas., 1972, 105.

⁸ Jonckers, C., Oortjes open en snaveltjes toe? Het beroepsgeheim binnen de OCMW-werking, OCMW visies, 2007, 30.

⁹ Allemeersch, B., o.c., 12.

¹⁰ Allemeersch, B., o.c., 12 et Jonckers, C., o.c., 30.

¹¹ Liège, 25 juin 1958, J.T., 1959, 45.

¹² Gand, 7 septembre 1995, T.Not., 1996, 591 ; Bruxelles, 8 mars 1972, Pas., II, 1972, 105.

¹³ La Loi relative à la protection de la jeunesse donne une excellente définition légale. L'article 77 de cette loi stipule ceci : « Toute personne qui, à quelque titre que ce soit, apporte son concours à l'application de la présente loi est, de ce fait, dépositaire des secrets qui lui sont confiés dans l'exercice de sa mission et qui se rapportent à celle-ci. L'article 458 du Code pénal lui est applicable. » Il doit donc bel et bien s'agir d'éléments liés à la fonction.

avec l'exercice de la mission de confiance¹⁴. Déterminer si les informations ont été données ou pas dans le cadre de la relation de confiance est évidemment une question de fait.

En clair, nous pouvons dire que quiconque est appelé à témoigner en justice sur un fait couvert par le secret professionnel peut communiquer ce fait s'il estime devoir le faire, mais ne peut pas être forcé à parler s'il estime devoir respecter le secret professionnel tandis qu'en dehors du cadre judiciaire, cette violation du secret professionnel serait punissable. Le refus de parler en justice est soumis au contrôle du pouvoir judiciaire et porte uniquement sur des faits confiés ou constatés qui sont secrets par nature¹⁵.

Quand est-il question de violation du secret professionnel ?

Il y a violation du secret professionnel si l'on communique sciemment des informations confiées. Dans ce cadre, peu importe si la communication des informations confidentielles a provoqué des dommages ou pas. Peu importe également si les informations confidentielles ont déjà été communiquées¹⁶.

Il n'y a pas de violation du secret professionnel lorsque les exceptions au secret professionnel sont prioritaires, mais ce n'est pas à l'ordre du jour dans le présent article¹⁷.

Pour les CPAS

Les membres du conseil du CPAS ne peuvent donc communiquer aucun fait soumis au secret professionnel. Cela signifie que tout doit être axé sur la protection de la vie privée des demandeurs d'aide et des débiteurs d'aliments. En vertu du secret professionnel, il est exclu qu'un compte du CPAS comprenne un relevé dans lequel les allocataires ou les débiteurs d'aliments sont nommés personnellement¹⁸.

Communications des CPAS

Les CPAS sont légalement tenus de transmettre leurs décisions à l'autorité de tutelle. Il s'agit uniquement d'informations globales, qui relèvent de la compétence du conseil. Les décisions individuelles en matière d'aide ne sont pas transmises. Par conséquent, on ne touche pas au secret professionnel.

¹⁴ Cass., 16 décembre 1992, Arr. Cass., 1991-92, 1445.

¹⁵ Bruxelles, 16 décembre 1957 dans Q et R, Chambre, 1987, 12 décembre 1986, question n° 38, p. 11666 et Cass., 23 septembre 1986 dans Q et R, Chambre, 2005-2006, 9 janvier 2006, question n° 881, p. 27061.

¹⁶ Ce qui est en contradiction avec une partie de la l'opinion doctrinale. Voir à ce propos Jonckers, C., op. cit.

¹⁷ Ainsi, le secret professionnel doit s'effacer devant le droit de déclaration prévu en cas de violence et de délinquance sexuelle vis-à-vis de mineurs, ou dans le cadre de l'abstention coupable ou de l'état d'urgence.

¹⁸ Q et R, Chambre, 9 mai 1986, question n° 56 (Eerdeken), p. 2592.

Participation du président du CPAS aux réunions du collège des bourgmestre et échevins

Depuis l'ordonnance du 5 mars 2009, le président du CPAS assiste aux réunions du collège des bourgmestre et échevins où il dispose d'une voix consultative, sauf lorsqu'il s'agit de décisions concernant le CPAS¹⁹. Il s'agit ici de l'homologation légale d'une pratique²⁰. La présence du président du CPAS renforce le lien entre la commune et son CPAS, ce qui crée une plus grande cohérence entre les politiques communales et sociales. Le président du conseil de l'action sociale n'est pas un échevin, mais une personne habilitée à participer aux réunions du collège. Sa présence n'autorise toutefois pas la divulgation d'informations secrètes. Il n'est pas permis au président du CPAS de divulguer pendant cette réunion des informations qui sont protégées par le secret. D'autres informations peuvent être divulguées et les membres du collège sont alors tenus par leur devoir de discrétion.

Conseillers communaux

Comme déjà mentionné plus haut, les mandataires communaux ne sont pas soumis au secret professionnel, mais à un devoir de discrétion. En vertu de leur présence à des séances à huis clos et de leur droit de regard, les mandataires apprennent beaucoup de choses. Le droit de regard est destiné à permettre aux conseillers de jouer leur rôle démocratique de contrôle. Cela ne signifie toutefois pas qu'ils peuvent faire usage de ce droit de regard pour informer des tiers. Le conseiller communal devra faire la part des choses entre sa liberté d'expression, garantie par la constitution, et le devoir de discrétion auquel il est soumis.

De quoi se rend-on coupable lorsqu'on divulgue tout de même des indiscretions ?

Lorsque certaines choses quittent l'intimité des réunions du collège ou des réunions à huis clos, le mandataire doit savoir qu'il peut se rendre coupable d'une faute qui pourrait entraîner des dommages et intérêts. Les choses qui auraient alors été racontées doivent être de nature à ce que leur divulgation ait provoqué des dommages. Le conseiller qui commet une faute en divulguant des informations doit donc indemniser la victime²¹.

En revanche, le secret professionnel n'exige pas de demande de dédommagement. La simple divulgation peut déjà entraîner des sanctions pénales²², qui ne constituent pas une indemnisation pour les éventuels dommages provoqués. Outre la sanction pénale, le conseiller du CPAS s'expose à une réparation civile.

¹⁹ Art. 103 NLC: « Le président du conseil de l'action sociale siège avec voix consultative aux réunions du collège des bourgmestre et échevins.

Par dérogation au deuxième alinéa, le président du conseil de l'action sociale ne siège pas lorsque le collège exerce la tutelle sur les décisions du conseil de l'action sociale. »

²⁰ Art. 103 NLC, Ordonnance du 5 mars 2009 modifiant la Nouvelle Loi communale, Exposé des motifs, A -512/1, p. 9.

²¹ Q et R, Chambre, 1995-1996, 22 février 1996, n° 220, Eerdeken, 3844.

²² La violation du secret professionnel est passible de peines de prison correctionnelles.

Conclusion

On peut donc conclure que les membres du conseil communal sont soumis à un devoir de discrétion, alors que les conseillers du CPAS sont soumis au secret professionnel. Le secret professionnel va plus loin dans la divulgation que le devoir de discrétion, mais le devoir de discrétion est plus large à propos des informations obtenues par un conseiller.

Le secret professionnel et le devoir de discrétion sont des restrictions de la liberté d'expression garantie par la constitution. Toutes les exceptions à cette liberté doivent être interprétées au sens strict. Ainsi en est-il de la protection du secret professionnel. Elle interdit tout simplement au porteur du secret de le rendre public. En outre, quiconque veut user de son droit d'expression doit tenir compte des droits de la personne à propos de laquelle il détient des informations. Le droit d'expression prend fin là où débute le droit à la vie privée de la personne concernée. La prudence est donc de mise lorsqu'il s'agit de divulguer des informations.

Les conseillers communaux sont donc tout de même soumis au secret professionnel ?

En général, on admet que les conseillers communaux sont soumis à un devoir de discrétion, mais pas au secret professionnel.

Dans une affaire étonnante, le tribunal correctionnel de Courtrai²³ a cependant jugé que les conseillers communaux sont bel et bien soumis à l'article 458 du Code pénal. Dans cette affaire, des conseillers communaux avaient divulgué des lettres issues d'un dossier personnel, une affaire qui avait fait l'objet d'une discussion durant une séance du conseil communal. Étant donné qu'il s'agissait de personnes, l'affaire avait été traitée à huis clos. Pour conclure que les conseillers communaux se sont rendus coupables d'une violation du secret professionnel, le tribunal se base sur le fait que les conseillers communaux peuvent faire usage d'un droit de regard, privilège qui leur est exclusif. En outre, la séance se tient à huis clos. Le droit de regard et le huis clos suffisent au tribunal pour déclarer l'article 458 du Code pénal applicable aux conseillers communaux.

... Mais pas pour la Cour d'appel de Gand²⁴, qui acquitte les conseillers communaux. La Cour étudie si les éléments constitutifs de la violation du secret professionnel sont présents. La remise des lettres à la presse n'a pas constitué la violation d'un secret au sens de l'article 458 du Code pénal²⁵. Pour ce faire, il aurait fallu rassembler les éléments suivants :

– une communication

²³ Corr. Courtrai, 6 novembre 2001, A.J.T., 12.02-18.02.2002, V.8, (23), 634-636.

²⁴ Gand, 12 février 2003, inédit.

²⁵ Pour une analyse intéressante de l'affaire, voir Appels, W., Inzagerecht en beroepsgeheim, AVI, mai 2003, 20-23. Dans cet article, l'auteur analyse tant l'arrêt que l'article publié à ce propos dans le « Juristenkrant ». Judo, F., Gemeenteraadsleden mogen onregelmatigheden aanklagen, De Juristenkrant, 26 mars 2003, p. 1 et 7.

- de manière intentionnelle
- par une personne qui avait connaissance des secrets en vertu de sa profession
- d'un secret qui avait été confié à cette personne

La Cour stipule que le fait que les conseillers communaux ont un droit de regard n'entraîne pas automatiquement que toutes les informations qu'ils obtiennent dans ce cadre sont soumises au secret professionnel. La Cour a fait la part des choses entre la liberté d'expression des mandataires communaux et leur droit de regard. Dans l'exercice de ce droit de parole - la liberté d'expression -, ils doivent tenir compte des droits des tiers. Les conseillers communaux doivent veiller à agir de manière responsable avec les informations qu'ils obtiennent. Leur responsabilité civile peut être engagée pour les éventuels dommages qui découlent d'un usage injustifié de ces informations.

Art. 29 CIC et art. 458 CP : une contradiction ?

L'article 29 du Code d'instruction criminelle prévoit en général une notification obligatoire pour les fonctionnaires qui, dans l'exercice de leur fonction, acquièrent connaissance d'un délit. La notification obligatoire a pour but de permettre une éventuelle poursuite par le parquet. Cette obligation de déclaration de principe ne peut toutefois pas être forcée, parce que la loi ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de cette obligation. En outre, il est possible que le fonctionnaire soit soumis au secret professionnel. Il n'est dès lors pas facile de déterminer ce qui prime : l'obligation de déclaration ou le secret professionnel. Dans la doctrine également, les avis sont partagés. On pourrait dire que la lutte contre la criminalité organisée implique une limitation de la protection du secret professionnel. On peut toutefois aussi bien laisser primer la protection du secret professionnel. Les deux règles occupent la même place dans la hiérarchie des normes. La notification obligatoire est plus ancienne que la protection du secret professionnel. La notification obligatoire était comprise comme une exception au secret professionnel, ce qui a toutefois changé avec l'instauration de l'article 458 du Code pénal. Néanmoins, on peut tout de même dire que la protection du secret professionnel a la priorité sur la notification obligatoire. Cette vision est par ailleurs confirmée par un arrêt du 29 mai 1986 de la Cour de cassation²⁶. La notification obligatoire fait du droit au silence un droit de parler, mais certainement pas une obligation de parler²⁷. Les faits couverts par le secret professionnel peuvent être publiés si le porteur du secret juge qu'il doit le faire. On ne peut cependant pas le forcer à parler²⁸.

²⁶ Cass. 29 mai 1986, cité dans Q et R, Chambre, 9 janvier 2009, question n° 881 Tastenhoye, p. 27058-27062.

²⁷ Q et R, chambre, 9 janvier 2009, question n° 881 Tastenhoye, p. 27061

²⁸ Cass. 23 septembre 1986, cité dans Q et R, Chambre, 9 janvier 2009, question n° 881 Tastenhoye, p. 27061.