

de *Simon* et que l'avocat F. l'a, à cette fin, préalablement rencontré puis documenté sur l'évolution du dossier et son intention d'introduire une demande de devoirs complémentaires dans le volet (...). Aucune pièce saisie (facturation, correspondances, dossier) que ce soit au cabinet du requérant ou dans les locaux de la S.A. N. ne renseigne Maître X. comme étant le conseil de *Simon* de sorte qu'il ne fait nul doute que le requérant a décliné son intervention en faveur de *Simon*, comme il le soutient fermement aux termes de sa requête initiale basée sur l'article 61*quater* du Code d'instruction criminelle.

La saisie de ce courrier qui est couvert par le secret professionnel et ne peut constituer une pièce à conviction exploitable s'avère illégale.

Il suit des considérations qui précèdent que l'appel est fondé.

Par ces motifs,

(...)

Constate l'illégalité de la saisie pratiquée sur le courrier du 6 novembre 2017 adressé par l'avocat F. au bâtonnier X., courrier couvert par le secret professionnel et inexploitable dans le cadre de l'instruction.

Ordonne la restitution de cette pièce en faveur du requérant.

(...)

Siég. : Mmes **N. Londot**, **M.-P. Drisket** et **M.-G. Coëme**.

Greffier : Mme **M. Jadot**.

Plaid. : M^e **J. Bourtembourg**.

J.L.M.B. 21/178

Observations

Secret professionnel : condamnation de la technique de l'ouvre-boîte

1. « La saisie, dans le cabinet d'un avocat, de notes manuscrites, ou de documents portant des mentions manuscrites, par cet avocat viole l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que, même si elle a été effectuée en présence du bâtonnier ou de son délégué, elle a été réalisée malgré la protestation de celui-ci, hors de la présence du juge d'instruction, sur la base d'une autorisation de visite domiciliaire rédigée en des termes très larges, et alors qu'aucun soupçon de participation à la commission d'une infraction ne pesait sur cet avocat, l'administration se contentant, par cette saisie à spectre large, d'essayer d'obtenir la preuve d'éléments qu'elle ne parvenait pas à établir »¹.

2. Le secret professionnel de l'avocat couvre toutes les informations confidentielles qu'il a reçues en sa qualité d'avocat², qu'elles proviennent directement du client ou

¹ Cour eur. D.H., 24 juillet 2008, *J.T.*, 2008, p. 550, *cette revue*, 2009, p. 864 et obs. A. JACOBS et P. HENRY, « Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données ! ». Dans le même sens, Cour eur. D.H., 21 février 2018, *Ravon*. Voyez déjà Cour eur. D.H., 20 juin 2000, *Foxley*, qui sanctionne une absence de mesures concrètes permettant d'assurer la préservation du secret professionnel. Pour une analyse de cet arrêt et de quelques autres similaires, voyez V. NIORE, *Perquisitions chez l'avocat*, p. 92.

² J. STEVENS, *Advocatuur : regels en deontologie*, n° 1134. La situation de l'avocat est, à cet égard, particulière. Les autres professions tenues au secret professionnel ne le sont pas nécessairement pour toutes les informations confidentielles recueillies dans le cadre de leur profession, mais uniquement pour celles qui leur ont été confiées sous le sceau de la confiance. Ainsi, il a été décidé que le secret professionnel du médecin ne faisait pas obstacle à ce que celui-ci communique au Parquet des informations relatives à l'état de santé de la victime d'une infraction, dans le cadre des poursuites exercées contre l'auteur de cette infraction (Anvers, ch. mises acc., 6 mars 2003, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 309 ; Corr. Ypres, 16 février 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 310). Sur le secret de la confession, voyez T.G.I. Caen, 4 septembre 2001, *Gaz. Pal.*, 7 et 8 novembre 2001, p. 47, note

de tiers. Sont ainsi couvertes par le secret, les correspondances que l'avocat échange avec son client, ses notes d'entretien, les notes manuscrites qu'il appose sur des pièces du dossier, les correspondances qu'il échange avec des confrères, etc. Seules les pièces officielles qui constituent le corps d'un délit échappent à cette protection. Le cabinet d'un avocat n'est pas un « asyle sacré » et le client qui penserait échapper aux poursuites en y déposant le corps du délit se tromperait lourdement³. On sait que, dans certaines hypothèses, cette règle complique d'ailleurs singulièrement la tâche des avocats. Dans de nombreuses affaires financières, l'avocat ne peut analyser le dossier correctement que si l'ensemble des pièces, en ce compris celles qui établiraient des infractions (faux bilans, comptabilité irrégulière, faux, pièces établissant une tentative de corruption, ou une escroquerie, ou une opération de blanchiment, ...), lui sont confiées. En les acceptant, il endosse une responsabilité certaine puisque, en cas de perquisition à son cabinet, ces pièces pourront être régulièrement saisies. Il est donc prudent, dans ce genre d'hypothèses, de ne pas se faire remettre ces pièces et de les examiner où elles sont, sans déplacement.

3. Lors de perquisitions, en Belgique, le juge d'instruction est accompagné du bâtonnier ou de son délégué, qui l'assistera dans la détermination de ce qui peut ou ne peut être saisi⁴. Si, dans certains barreaux, les pratiques ne sont pas toujours aussi favorables et si un arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège du 26 février 2004⁵ avait considéré la présence du bâtonnier lors d'une perquisition dans le cabinet d'un avocat comme un simple « usage non expressément consacré par la loi et dont la méconnaissance ne constitue, en soi, ni irrégularité, ni cause de nullité », la règle découle clairement des arrêts *Niemietz*⁶ et *Erdem*⁷ de la Cour européenne des droits de l'homme, qui affirment que la nécessité de protection du secret professionnel impose que ce ne puisse être le juge saisi des poursuites qui apprécie lui-même, dès lors après en avoir pris connaissance, si les pièces qu'il se propose de saisir sont couvertes par le secret⁸.

La chambre du conseil du tribunal correctionnel de Bruxelles a, depuis, par une ordonnance du 10 juin 2004, confirmé « qu'il est évidemment préférable qu'elle n'ait pas à statuer sur des pièces qu'un tri effectué par le magistrat instructeur en

A. DAMIEN ; P. DE POORTER, « Secret professionnel et secret de la confession », *J.T.*, 2002, p. 201 ; L.L. CHRISTIANS, « Le secret, l'avocat et le prêteur face à l'article 458bis du Code pénal », *J.T.*, 2014, p. 140.

³ Liège (ch. mis. acc.), 26 février 2004, *Jour. proc.*, 2004, n° 479, p. 19 et obs. S. D'ORAZIO, « Cabinet d'avocat ... "Asyle sacré" ou banque d'information ».

⁴ Voyez, par exemple, circulaire du parquet général C.6/87D767 Cir.-L.G. du 5 mai 1987, reproduite dans *Cahiers de déontologie*, barreau de Liège, n° 5, mai 2001. La pratique est la même à Bruxelles : *Recueil*, n° 245. Pour la situation en Flandre, voyez J. STEVENS, *op. cit.*, n°s 1160-1161 ; T. BAUWENS, « De staffhouder als "adviseur" en "onafhankelijke" en "onpartijdige" "rechter" », obs. sous Cass., 18 mai 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 435.

⁵ Liège (ch. mis. acc.), 26 février 2004, ci-avant cité, note 3.

⁶ Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *J.T.*, 1994, p. 66, *R.T.D.H.*, 1993, p. 467. Cet arrêt est particulièrement important. Il assimile le cabinet de l'avocat à un « domicile » au sens de l'article 8 de la C.E.D.H. Voyez J. STEVENS, *op. cit.*, n° 1159.

⁷ Cour eur. D.H., 5 juillet 2001.

⁸ Dans le même sens, P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeur », *J.T.*, 2001, p. 61. Voyez aussi l'arrêt *Tamosius* de la Cour européenne des droits de l'homme (19 septembre 2002), qui valide la perquisition effectuée dans un bureau d'avocat parce qu'elle a été effectuée en présence d'un « conseiller indépendant » (qui n'était en tout cas pas un délégué du bâtonnier), chargé d'éclairer le juge d'instruction sur la question si les pièces qu'il se proposait de saisir étaient couvertes par le secret. L'arrêt *Turcon*, du 30 janvier 2007, porte sur une espèce comparable si ce n'est que la saisie critiquée par le requérant avait été effectuée après que la saisie des pièces litigieuses avait été autorisée par le représentant du bâtonnier.

présence d'un représentant de Monsieur le bâtonnier pourrait soustraire au débat judiciaire »⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme a été, à plusieurs reprises, plus nette encore, notamment dans son arrêt *André*, cité en exergue de la présente note, qui devrait clore tout débat sur ce sujet...¹⁰.

La Cour a confirmé sa jurisprudence par les arrêts *Heino* du 15 février 2011¹¹, *Robathin* du 3 juillet 2012¹², *Golovan* du 5 juillet 2012¹³ et *Yuditskaya* du 12 février 2015¹⁴. La saisie de documents dans le cadre d'une perquisition n'est possible que si elle est prévisible (prévue par un texte de loi), nécessaire (existence d'un besoin social impérieux) et proportionnelle au but poursuivi, ce qui implique une attention particulière quand il s'agit de déroger à une règle aussi importante que la protection du secret professionnel¹⁵.

4. Dans son arrêt *Wieser et Bicos*, du 16 octobre 2007, la Cour confirme les mêmes principes, en les appliquant également aux saisies portant sur des données électroniques. Le contrôle préalable du représentant du bâtonnier doit aussi porter sur ces données¹⁶. La saisie de données électroniques pose en effet des problèmes pratiques particuliers, vu la difficulté d'identifier immédiatement, dans un disque dur ou dans une messagerie, les éléments qui sont couverts par le secret. Relevons que la Cour de cassation de France, par cinq arrêts du 24 avril 2013, a confirmé que la saisie de correspondances électroniques échangées entre un avocat et son client, en même temps que l'ensemble de la messagerie de ce client, violait le secret professionnel dès le moment de la saisie (mais sans invalider la saisie des documents non

⁹ Corr. Bruxelles (ch. cons.), 10 juin 2004, *Jour. proc.*, 2004, n° 489, p. 28 et obs. J.M. DERMAGNE. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre cette ordonnance (Cass., 24 mai 2007, *inédit*, R.G. 050431N).

¹⁰ Voyez sur ces questions, D. VAN GERVEN, « Comment assurer le secret professionnel lors de la perquisition d'un cabinet d'avocat ? », in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruylant, 2013, p. 753 ; Fr. KRENC, « Les perquisitions et saisies chez l'avocat au crible de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian*, Bruylant, 2011, p. 283 ; A. JACOBS, « Les perquisitions dans les cabinets d'avocats – les usages à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Het strafrecht bedreven. Liber amicorum Alain De Nauw*, Bruylant, 2011, p. 421 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, « La jurisprudence de la Cour européenne ultérieure à l'affaire *Niemietz* », in *La preuve en matière pénale*, Larcier, 2015, p. 402 ; D. BÜTZLER, « Les perquisitions et saisies dans les cabinets d'avocats à la lumière du secret professionnel et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : absence de légalité et de proportionnalité dans le droit belge », *L'Observateur de Bruxelles*, 2015/1, p. 43 ; N. STAESSENS, « Procedurele bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt », *Adrem*, 2007/5, p. 12.

¹¹ Cour eur. D.H., 15 février 2011 : perquisition sans mandat dans le cabinet de l'avocat de l'épouse de la personne poursuivie sans possibilité de recours effectif *a posteriori*.

¹² Cour eur. D.H., 3 juillet 2012 : saisie générale de documents dans le cabinet d'un avocat soupçonné d'infractions, sans qu'une ordonnance précise la nécessité d'une mesure aussi générale.

¹³ Cour eur. D.H., 5 juillet 2012 : saisie de documents au cabinet de l'avocat d'un prévenu, sans autorisation préalable d'un juge.

¹⁴ Cour eur. D.H., 12 février 2015 : saisie de l'ensemble des ordinateurs d'un cabinet d'avocat dont l'un des associés faisait l'objet de soupçons d'infractions pénales. La Cour stigmatise le pouvoir discrétionnaire et illimité accordé aux enquêteurs et la présence de deux témoins, sans qualification juridique et, donc, incapables d'identifier les documents couverts par le secret.

¹⁵ Cour eur. D.H., 17 mai 2018, *Wolland/Norvège* : la Cour, en relevant que les garanties et recours prévus par la loi norvégienne permettent d'assurer la protection légitime du secret professionnel, conclut à la non-violation de la Convention dans une espèce où des documents et des données informatiques avaient été saisis au cabinet d'un avocat suspecté de complicité d'escroquerie et de faux en écriture (*L'Observateur de Bruxelles*, octobre 2018, p. 78).

¹⁶ Voyez à ce sujet D. SPIELMANN, « Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, 2010, p. 29 ; V. NIORÉ, *Perquisitions chez l'avocat. Défense des secrets et inviolabilité de l'asile sacré*, Lamy, 2014, p. 127.

couverts par le secret)¹⁷. L'arrêt *Servulo* du 3 septembre 2015 réaffirme les mêmes principes mais en fait une application critiquable¹⁸.

5. Il en va de même en ce qui concerne les extraits de comptes bancaires de l'avocat. L'arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova*¹⁹ confirme la nécessité d'un strict encadrement de pareilles mesure de perquisition, à l'intervention d'un organe indépendant : pour qu'une procédure tendant à la levée du secret professionnel portant sur les extraits de comptes bancaires d'un avocat soupçonné de fraude fiscale respecte les garanties qui doivent assurer un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et les exigences du droit de cet avocat au respect de sa vie privée, « l'intervention d'un organisme indépendant était en l'espèce nécessaire étant donné que les informations réclamées étaient couvertes par le secret professionnel ». L'arrêt *Sommer* du 27 avril 2017²⁰ considère aussi que l'inspection du compte bancaire d'un avocat est disproportionnée, compte tenu des éléments suivants : les conditions peu strictes fixées par le droit interne pour autoriser l'inspection, qui permettaient l'adoption d'une telle mesure dès l'existence de soupçons de perpétration d'une infraction pénale ; l'ampleur des demandes de renseignements formées par le parquet, qui n'étaient limitées que dans le temps et englobaient toutes les informations concernant le compte et les transactions bancaires de l'avocat ; la publication et l'archivage consécutifs de ces informations à caractère personnel ; et le défaut de garanties procédurales adéquates permettant de compenser ces carences.

6. Dans tous les cas, il appartient, d'abord à la chambre des mises en accusation, juge naturel de l'instruction, puis, le cas échéant, au juge du fond d'apprécier si, après une perquisition au cabinet d'un avocat, même exécutée en présence du bâtonnier ou de son délégué, ne figureraient pas néanmoins parmi les éléments de l'instruction des documents couverts par le secret professionnel. Dans l'affirmative, il les rejettera des débats²¹. La Cour d'appel de Bruxelles a rappelé que « c'est au magistrat instructeur qu'il appartient seul de décider, sous le contrôle de la chambre des mises en accusation, et, le cas échéant, des juridictions de jugement, quelles sont les pièces qui sont couvertes par le secret professionnel et qui ne peuvent, dès lors, être maintenues saisies comme pièces à conviction. La seule circonstance que le délégué du bâtonnier a estimé que des documents n'étaient pas revêtus de la confidentialité s'attachant au secret professionnel de l'avocat n'autorise pas le magistrat instructeur à considérer cette question comme étant définitivement réglée »²². Cet enseignement est confirmé par la Cour de cassation, par deux arrêts des 2 novembre 2011 et 24 avril 2012²³.

¹⁷ Cass. fr., 24 avril 2013, 5 arrêts, *Gaz. Pal.*, 2 juin 2013, p. 10 et obs. D. PIAU, « Allô, le secret professionnel... mais allô quoi ! ». Sur la situation actuelle en France, voyez l'étude détaillée de V. NIORÉ, *Perquisitions chez l'avocat. Défense des secrets et inviolabilité de l'asile sacré*, Lamy, 2014.

¹⁸ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, *Servulo & associados*. Voyez à son sujet V. NIORÉ, « Perquisitions chez les avocats : la C.E.D.H. consacre le rôle du J.L.D. », *Gaz. Pal.*, 11 septembre 2015, p. 5. L'arrêt *Da Silveira*, du 21 janvier 2010, réaffirme les mêmes principes dans le cas d'une saisie pratiquée dans le cabinet d'un avocat portugais, exerçant en libre prestation de services en France. Sur ces arrêts, voyez Fr. KRENC, « Les perquisitions et saisies chez l'avocat au crible de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian*, Bruylant, 2011, p. 283.

¹⁹ Cour eur. D.H., 1^{er} décembre 2015, *cette revue*, 2016, p. 1012. Voyez déjà Cour eur. D.H., 16 septembre 1978, *Klass* ; Cour eur. D.H., 25 mars 1998, *Kopp* (dans cette affaire, c'était à un simple postier qu'avait été confié le soin de déterminer quels courriers destinés à un avocat devaient être saisis) et Cour eur. D.H., 19 septembre 2002, *Tamosius*.

²⁰ Cour eur. D.H., 27 avril 2017, *cette revue*, 2017, p. 1864, et obs. Fr. KONING, « Cela s'est passé près de chez nous », et M. DAL et T. BONTINCK, « L'arrêt *Sommer* ou la protection continue du secret professionnel de l'avocat par la Cour européenne des droits de l'homme », *cette revue*, 2017, p. 1888.

²¹ Bruxelles, 21 juin 1978, *J.T.*, 1979, p. 29 ; pour un autre cas d'application, voyez Corr. Bruxelles, 20 février 1998, *Jour. proc.*, 1998, n° 344, p. 11 avec les obs. de P. LAMBERT et Y. HANNEQUART.

²² Bruxelles, 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735.

²³ Cass., 2 novembre 2011, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 208 ; Cass., 24 avril 2012 : « Ni l'article 458 du Code pénal, ni l'article 8 C.E.D.H. n'interdisent la saisie et l'utilisation par un juge d'instruction de pièces qui concernent les

7. Mais on sait aussi que ces principes cèdent lorsque l'avocat est lui-même soupçonné d'avoir participé à la commission d'une infraction. Comme l'écrit la cour d'appel de Liège dans la décision commentée, « il va de soi que le secret professionnel n'a pas pour vocation de servir à couvrir des infractions dont un avocat est suspecté ».

D'où ce que d'aucuns appellent la « technique de l'ouvre-boîte ». Ne suffirait-il pas, pour avoir accès aux informations protégées par le secret, d'inculper l'avocat lui-même de participation à l'infraction reprochée à son client ? Les correspondances que l'avocat a échangées avec ce client seraient alors considérées comme le corps du délit puisqu'elles permettraient de mettre en évidence cette participation. Ceci permettrait donc au juge d'examiner la totalité du dossier de l'avocat pour vérifier s'il n'y trouve pas des indices de cette participation coupable.

De plus, comme l'avocat, lorsqu'il est interrogé par un magistrat, n'est plus obligé au secret mais y a simplement droit²⁴ et comme l'avocat, lorsqu'une action est dirigée contre lui a le droit de révéler des éléments couverts par le secret dans la stricte mesure des nécessités de sa défense²⁵, cette mise en prévention pourrait permettre au juge d'ainsi accéder à des informations protégées par le secret.

8. Il faut s'élever fermement contre cette pratique qui n'est rien d'autre qu'un détournement de procédure.

Pour qu'un avocat soit mis en prévention, il faut d'abord qu'il y ait des indices précis de sa participation à la commission d'une infraction. Il ne peut s'agir d'un vague soupçon. Et, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a explicitement

activités suspectes de l'avocat et qui perdent ainsi le caractère confidentiel qu'elles pourraient, le cas échéant, revêtir ; la présence du bâtonnier ou d'un membre du Conseil de l'Ordre qu'il a désigné, lors d'une perquisition dans le cabinet d'un avocat, constitue un usage constant afin de veiller à ce que l'instruction et l'éventuelle saisie ne concernent pas des pièces soumises au secret professionnel ; il prendra connaissance des pièces que le juge d'instruction souhaite examiner ou saisir et donnera son avis sur ce qui relève ou non du secret professionnel, mais le juge d'instruction n'est pas lié par le point de vue du bâtonnier et décide en dernière instance si un document est saisi ou non ». Un arrêt du 23 octobre 2018 (*cette revue*, 2020, p. 3 et obs. P. HENRY, « Ignorez, ignorez (le droit) : il en restera toujours quelque chose ») est plus critiqueable en ce qu'il énonce que des pièces saisies par un juge d'instruction malgré l'opposition du délégué du bâtonnier car elles étaient couvertes par le secret pourraient rester au dossier si le juge les a saisies « de bonne foi ».

²⁴ C'est le texte même de l'article 458 du Code pénal : *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, le décret ou l'ordonnance les oblige ou les autorise à faire connaître ses secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement* (mis en évidence par moi). Sur le droit au silence et son bon usage (lorsqu'il est autorisé à parler, l'avocat, hors le cas où il est mis en cause, doit apprécier si la révélation servirait l'intérêt de son client), voyez J. STEVENS, op. cit., n° 1125.

²⁵ Voyez P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Nemesi, p. 132 ; L. GOFFIN, « L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire ? », *Annales de Louvain*, 1984, p. 355, spéc. p. 373 ; P. DEPUYDT, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice*, Gand, Story Scientia, 1984, p. 159 ; pour un cas d'espèce, voyez Civ. Termonde, 4 novembre 1999, inédit, frappé d'appel, cité par L. DE CAEVEL et P. DEPUYDT, « Le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'assureur », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000, p. 39 ; *adde* Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 670 ; Bruxelles, 26 octobre 1960, *J.T.*, 1961, p. 316 ; Bruxelles, 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 850 ; Mons, 14 mai 2009, *cette revue*, 2010, p. 1423 ; Corr. Bruxelles, 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 617 et obs. P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeur » : « Il paraît logique de permettre à un avocat poursuivi devant le tribunal correctionnel de pouvoir se défendre en faisant état des confidences d'un client sans qu'une sanction pénale soit prononcée à son égard, ce qui se justifie par la primauté de la norme internationale garantissant le droit à un procès équitable... L'avocat doit cependant veiller à ne dévoiler des confidences que dans les limites strictement nécessaires à sa défense ». Voyez aussi l'article 4 du décret français du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie des avocats : « *Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ». L'article 22 du Codex de l'O.V.B. prévoit pareillement que « *Le secret professionnel n'est pas violé lorsque l'avocat communique des informations confidentielles qui sont nécessaires pour sa défense* » (traduction libre). Voyez aussi Cass., 18 janvier 2017, *cette revue*, 2017, p. 509.

indiqué dans ses arrêts précités, le mandat de perquisition qui sera, le cas échéant, délivré devra clairement indiquer ces indices et préciser quels sont les éléments qui sont recherchés, à savoir ceux qui pourraient établir sa participation délictueuse.

Seuls ces éléments peuvent faire l'objet d'une saisie. Ce n'est parce qu'un avocat est soupçonné d'avoir participé à une infraction commise par son client que toute la correspondance qu'ils ont échangée peut être saisie. Seules les pièces qui établiraient la collusion coupable peuvent l'être.

Et, lorsque l'avocat est entendu dans ce cadre, il ne peut révéler les éléments couverts par le secret que dans la stricte mesure des nécessités de sa défense.

9. Il faut ajouter que ces règles s'appliquent tant à l'activité de défense qu'à l'activité de conseil de l'avocat. Dans l'espèce annotée, la pièce saisie que le juge entendait exploiter avait trait à une affaire que l'avocat saisi n'avait finalement pas acceptée. Il n'était donc jamais intervenu dans ce dossier, si ce n'est pour en prendre brièvement connaissance afin d'apprécier s'il accepterait d'y intervenir, ce qu'il avait finalement refusé. Il n'empêche que cette lettre lui avait bien été adressée en sa qualité d'avocat, tenu au secret professionnel. C'est donc à juste titre que la Cour en ordonne la restitution²⁶.

10. Je dois cependant concéder que, malgré la clarté de ces règles, leur application peut être délicate, particulièrement dans des affaires complexes. Ne risque-t-on pas de voir des juges d'instruction²⁷ affirmer que pour vérifier si un avocat n'a pas franchi la ligne rouge, en passant du conseil à l'organisation d'une opération illicite, il est indispensable de prendre connaissance de l'ensemble des éléments qu'il a échangés avec son client ? Les faits sont, malheureusement, parfois moins clairs que ceux de l'espèce annotée (où il a pourtant fallu batailler pour obtenir la mainlevée de la

²⁶ Soupçonné de graves infractions financières et, aussi de trafic d'influence, Maître Nicolas Sarkozy (il est aussi avocat) avait été mis sous écoutes, régulièrement (le bâtonnier de Paris en avait d'ailleurs été averti). Au cours de ces écoutes, des conversations qu'il avait eues avec son conseil, Maître Herzog, ont été interceptées. La Cour de cassation a validé ces écoutes en estimant que « Aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à la captation, à l'enregistrement et à la transcription des propos d'un avocat intervenant sur la ligne téléphonique d'un tiers régulièrement placé sous écoute, dès lors que, en premier lieu, cet avocat n'assure pas la défense de la personne placée sous surveillance, qui n'est ni mise en examen ou témoin assisté, ni même n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause et, en second lieu, ses propos, seraient-ils échangés avec un client habituel, dont le contenu est étranger à tout exercice des droits de la défense dans ladite procédure ou dans toute autre, révèlent des indices de sa participation à des faits susceptibles de qualification pénale » (Cass. fr., 22 mars 2016, *cette revue*, 2016, p. 1019 et obs. J.P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire *Bismuth* : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *cette revue*, 2016, p. 1027. Voyez aussi un commentaire plus incisif : C. INGRAIN, R. LORRAIN et L. SAENKO, « Le secret professionnel de l'avocat balayé par les écoutes téléphoniques », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 14, p. 19). Si la deuxième partie du sommaire de l'arrêt ici reproduit n'est pas contestable (le secret professionnel s'efface en présence de graves soupçons de commission d'infraction par l'avocat dont les communications ont été surprises), la première est, en revanche, inadmissible car le secret couvre l'ensemble de l'activité de l'avocat, tant la défense que le conseil, ainsi que la Cour européenne la répète à de nombreuses reprises, même en matière de blanchiment de capitaux. Ce n'est donc pas parce qu'il n'y avait pas encore de poursuites à charge de Nicolas Sarkozy que les conversations qu'il avait avec son conseil au sujet d'un dossier dans le cadre duquel il l'avait consulté pouvaient être interceptées.

²⁷ Ou des membres du ministère public. L'article 6, 4°, de la loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale..., modifiant l'article 39bis du Code d'instruction criminelle en y insérant un paragraphe 9, autorise en effet le parquet à procéder à des recherches dans les systèmes informatiques d'un avocat (ou médecin) si celui-ci est lui-même soupçonné d'avoir commis une infraction ou d'y avoir participé, ou si des faits précis laissent présumer que des tiers soupçonnés d'avoir commis une infraction utilisent ses systèmes informatiques. La Cour constitutionnelle vient, par un arrêt 2021-066 du 29 avril 2021 de rejeter, sous réserve d'interprétation, le recours introduit par Avocats.be contre cette disposition, se contentant de préciser que la disposition devait être interprétée de sorte que, préalablement à la réalisation de la mesure, le bâtonnier ou son délégué « soit en mesure d'examiner préalablement les documents, fichiers ou éléments que le procureur du Roi souhaite consulter et d'aviser celui-ci de ce qui, selon lui, relève du secret professionnel. Le représentant de l'ordre concerné peut par ailleurs recommander les mesures adéquates permettant de consulter certaines pièces, couvertes par le secret professionnel, sans compromettre ce secret » (considérant B.11.2).

saisie d'une pièce parfaitement étrangère aux faits dont était suspecté l'avocat – l'arrêt est d'ailleurs rendu sur réquisitions contraires du parquet général).

Il faut tout d'abord clairement poser qu'un soupçon ce n'est pas une vague impression ou une simple question. Un soupçon cela doit être étayé. Il ne suffit pas de constater qu'un inculpé est assisté par un avocat pour soupçonner que celui-ci aurait pu participer à la commission des faits incriminés. Il faut qu'il y ait des indices matériels qui permettent raisonnablement de le penser. Il y a là, tout d'abord, une question d'honnêteté intellectuelle.

En écrivant ces mots, je pense à ceux utilisés par le juge d'instruction Renaud Van Ruymbeke dans son autobiographie :

« Il m'est arrivé d'être informé par des enquêteurs qu'ils avaient interceptés, incidemment, les conversations d'un suspect avec un avocat. Ce type de situation m'a toujours gêné. Je ne voulais pas en entendre parler. Mes consignes étaient claires : il n'était pas de question d'en faire état et de les transcrire.

Le juge d'instruction est aussi un arbitre. C'est toute la difficulté de cette fonction, que j'ai trouvée passionnante dans l'exercice de ses propres contradictions. Véritable Janus judiciaire, il dirige l'action des enquêteurs tout en assurant l'exercice des droits de la défense. C'est l'équilibre entre ces deux principes que j'ai voulu assurer. C'est ma conception du métier...

Le doute dans l'exercice de ces fonctions doit être permanent, c'est pourquoi je me suis efforcé de comprendre sans m'enfermer dans des certitudes. Philippe Bilger, qui fut un magistrat du parquet talentueux, a parfaitement défini les limites de l'exercice. Il distingue en effet le justicier et le juge : le justicier fait tout pour s'emparer d'une conviction au nom d'une conception absolutiste de la justice ; le juge, lui, agit au nom du droit »²⁸.

Au-delà, pour les hypothèses les plus délicates, car il y en aura toujours, le passage au tiers me semble être la seule garantie efficace et acceptable. Il est malsain que ce soit le magistrat en charge des poursuites contre un inculpé qui puisse lui-même apprécier si une charge sérieuse porte sur l'avocat, tenu au secret professionnel, qui lui a donné des conseils à l'époque où les faits incriminés ont été commis.

Je réitère dès lors la proposition que Patrick Hofströssler et moi-même avons formulée dans notre rapport de l'avenir de la profession d'avocat. Pour éviter ce genre de tentations malsaines, la tâche de déterminer si une pièce peut, dans ce type de circonstances, être saisie malgré l'invocation du secret professionnel, devrait, conformément d'ailleurs aux recommandations de la Cour européenne des droits de l'homme, être confiée à un juge indépendant, seulement chargé de vérifier si le secret est invoqué à bon escient : le juge du secret²⁹.

Seul le juge du secret devrait être autorisé à manier l'ouvre-boîte.

Patrick HENRY
Ancien bâtonnier
Ancien président d'Avocats.be

²⁸ R. VAN RUYMBEKE, *Mémoires d'un juge trop indépendant*, Paris, Tallandier, 2021. J'ai commenté cet ouvrage dans La Tribune d'Avocats.be : <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/498>.

²⁹ P. HENRY et P. HOFSTRÖSSLER, *L'avocat demain*, p. 397, proposition 17.