

Faculté de droit et de criminologie

Le secret professionnel de l'avocat : un des piliers de la démocratie en constante régression face aux exigences de la transparence absolue ?

Auteur : Lancelot Verschaeren
Promotrice : Mona Giacometti
Année académique 2022 - 2023
Master en droit finalité justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

PRÉFACE

L'HISTOIRE CONTINUE

Le 17 mai 2023, le verdict très attendu de la Cour d'appel de Paris est tombé.

La condamnation de l'ancien président Nicolas Sarkozy est confirmée par la Cour.

L'auteur avisé du présent mémoire avait dénoncé avec force le jugement de la 32^{ème} chambre du Tribunal correctionnel de Paris du 1er mars 2021 fondé notamment sur la base d'écoutes téléphoniques entre un avocat et son client. Il l'avait opportunément qualifié de « coup de tonnerre ».

Son mémoire se termine sur l'évocation et l'attente de la décision à prendre en appel dans le cadre de cette affaire.

Sa déception doit être énorme à l'instar de tous ceux qui défendent, au nom des valeurs profondément ancrées dans notre État de droit, l'existence même du secret professionnel et son rôle dans un état démocratique.

L'intérêt manifesté brillamment dans le présent mémoire pour l'enjeu, délicat et sans doute difficile à comprendre aujourd'hui, de la nécessité d'un lieu de confiance protégé contre toute atteinte nourrira assurément la poursuite de ses réflexions, fondées sur une déjà solide maîtrise des questions liées à ce qu'il convient de qualifier d'institution – en ce qu'elle se suffit presque à elle-même pour exister – qu'est le secret professionnel.

Comment continuer à concilier le rôle du secret professionnel et l'aspiration, à propos de laquelle il y aurait beaucoup à dire, à une transparence dans tous les domaines de la vie sociale, qui débordent forcément sur la vie privée des individus ?

Le bon sens parfois et le « droit à la vérité » entrent évidemment en conflit avec la notion de secret mais la valeur que représente l'individu, qui est à l'origine de l'institution-secret professionnel tant la protection de la personne et les valeurs, que représentent sa vie et sa liberté, ont réellement généré la création d'un espace, dans lequel celle-ci doit pouvoir se confier en toute sécurité.

Ce choix, dont on ne soulignera jamais assez le caractère utile et précieux, impose, si l'on veut continuer à protéger la personne humaine, que l'on veille en permanence au respect des principes et des règles qui consacrent le secret professionnel.

Les évolutions réellement dangereuses, que connaissent la jurisprudence et la législation, qui mettent véritablement en péril le secret professionnel justifient que ceux qui en perçoivent l'enjeu se mobilisent en permanence pour en assurer la défense.

L'auteur du présent mémoire, un étudiant en dernière année de droit mais aussi un véritable citoyen conscientisé par l'actualité de notre vie sociale et politique, a incontestablement compris les défis qui nous attendent dans les années à venir.

Sa légitime et noble indignation rassure et mérite notre intérêt et notre admiration pour les réflexions qu'il a menées dans l'intérêt déjà si bien compris des aspirations essentielles de notre société voire de notre civilisation.

Robert De Baerdemaeker
Bâtonnier
Ancien président de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone
Maître de conférences invité à l'UCLouvain

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, je tiens à remercier ma promotrice, Madame Mona Giacometti pour ses conseils et sa disponibilité durant l'ensemble de la rédaction de ce mémoire tout comme durant le séminaire d'accompagnement de celui-ci.

J'adresse également ma profonde reconnaissance à l'ensemble de mes professeurs tant de l'Université de Namur que de l'Université catholique de Louvain pour le savoir que ceux-ci m'ont transmis tout au long de mon parcours universitaire.

Je souhaite aussi remercier très chaleureusement Maître Robert De Baerdemaeker, ancien Bâtonnier du barreau de Bruxelles, qui fut également mon professeur de déontologie, pour l'ensemble de ses précieux conseils ainsi que d'avoir accepté de préfacer ce mémoire.

Enfin, mes derniers mots iront à mes parents et mes grands-parents ainsi qu'à mes ami(e)s qui m'ont accompagné et soutenu durant mon parcours académique et qui ont également relu ce travail avec beaucoup d'intérêt.

« Il n'y a pas de justice sans défense, et de défense sans secret professionnel ».

Hervé Temime

Table des matières

Introduction.....	1
PARTIE I. Le secret professionnel : un devoir de l’avocat vis-à-vis de son client.....	2
CHAPITRE 1. Historique, fondements, principes et objet du secret professionnel.....	3
SECTION 1. Historique.....	3
SECTION 2. Fondement légal, déontologique et contractuel du secret professionnel...	3
Sous-section 1. Le fondement légal.....	3
Sous-section 2. Le fondement déontologie.....	5
Sous-section 3. Le fondement contractuel.....	6
SECTION 3. Objet, principes et champ d’application du secret professionnel.....	7
Sous-section 1. Les informations apprises dans le cadre d’un dossier indépendamment de la source dans le cadre de son activité de conseil ou de défense.....	7
Sous-section 2. La correspondance entre le client et son avocat.....	8
CHAPITRE 2. Exceptions du secret professionnel dans l’intérêt du client ou d’une obligation judiciaire.....	10
SECTION 1. La divulgation du secret dans l’intérêt du client pour sa défense.....	10
SECTION 2. Les exceptions prévues par l’article 458 du Code pénal.....	12
SECTION 3. L’état de nécessité : une exception ô combien légitime.....	13
SECTION 4. La loi anti-blanchiment : une exception contestée bien qu’encadrée.....	15
CHAPITRE 3. Sanctions encourues par l’avocat en cas de violation du secret.....	18
SECTION 1. Les sanctions pénales.....	18
SECTION 2. Les sanctions disciplinaires.....	20
PARTIE II. Le secret professionnel : un devoir de respect face aux mesures d’enquête	22
CHAPITRE 1. Le secret professionnel à l’épreuve de l’enquête pénale.....	22
SECTION 1. Les divers moyens d’enquête et le secret professionnel : incompatibles ?	22
Sous-section 1. Les écoutes téléphoniques.....	22
§1. Les écoutes téléphoniques directes.....	22
§2. Les écoutes téléphoniques indirectes.....	24
Sous-section 2. Les perquisitions.....	26
§1. Du point de vue de la Convention européenne des droits de l’Homme.....	26

§2. Du point de vue de la législation belge.....	28
Sous-section 3. Les diverses saisies dans le cadre d'une perquisition.....	30
Sous-section 4. L'hypothèse dans laquelle l'avocat est soupçonné en personne	33
SECTION 2. L'affaire dite des « écoutes » : illustration d'une rupture assumée du secret professionnel durant l'enquête pénale ?.....	35
Sous-section 1. Le contexte de l'affaire.....	35
Sous-section 2. Les trois arrêts du 22 mars 2016 de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers un affaiblissement du secret professionnel ?.....	38
SECTION 3. Les solutions envisagées afin de renforcer le secret professionnel durant l'enquête pénale.....	43
Sous-section 1. Les diverses solutions envisagées au niveau belge.....	43
Sous-section 2. La loi du 22 décembre 2021 : tentative de renforcement du secret professionnel de l'avocat.....	45
CHAPITRE 2. Le secret professionnel à l'épreuve du jugement.....	48
SECTION 1. La validité de la preuve obtenue en violation du secret professionnel...	48
Sous-section 1. La preuve obtenue illégalement : quelques rappels.....	48
Sous-section 2. La preuve obtenue en violation du secret professionnel : consécration du « test Antigone » ?.....	48
SECTION 2. Coup de tonnerre : le jugement de la 32 ^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Paris du 1 ^{er} mars 2021 ou la condamnation sur la base d'écoutes téléphoniques entre un avocat et son client.....	51
Sous-section 1. Qualifications des diverses infractions reprochées.....	52
Sous-section 2. Les divers arguments développés par les prévenus.....	52
Sous-section 3. Les éléments procéduraux développés par les avocats de la défense.....	54
Sous-section 4. Les attendus du tribunal et sa décision.....	56
CONCLUSION.....	57
BIBLIOGRAPHIE.....	60

INTRODUCTION

Considéré comme l'un des principes fondateurs de la profession d'avocat, le secret professionnel est à la fois célèbre et méconnu. En effet, même en dehors du monde judiciaire, bon nombre de citoyens ont à l'esprit que l'avocat est soumis au secret professionnel, cependant, les contours de celui-ci restent relativement flous. Dès lors qu'un justiciable sera confronté à l'institution judiciaire mais également lorsqu'il aura besoin de conseils, celui-ci doit pouvoir se confier en toute confiance à un auxiliaire de justice, d'où la nécessité du secret professionnel.

Face à la transparence de plus en plus présente au sein de notre société, l'objectif de nos recherches sera donc d'analyser le secret professionnel de l'avocat au regard du droit pénal, notamment afin de tester si ce pilier de la démocratie et de l'état de droit peut-il être mis à mal et résister face à cette volonté de transparence actuelle ?

Dans la première partie de ce mémoire, nous aborderons la question du secret professionnel au regard de la relation entre un avocat et son client. Pour ce faire, nous commencerons par un bref rappel historique avant de nous pencher sur le fondement légal, déontologique et contractuel du secret professionnel. Ensuite, nous aborderons l'objet ainsi que les divers principes et champs d'application de celui-ci. Dans un second temps, nous évoquerons les différentes exceptions existantes concernant le secret, notamment lorsque l'avocat pourra révéler celui-ci lorsqu'il sera confronté à une valeur supérieure comme la vie humaine dès lors que celle-ci est en péril. Nous poursuivrons par l'analyse de la relation entre le secret professionnel et les législations anti-blanchiment. Enfin, nous aborderons les différentes sanctions pénales auxquelles l'avocat s'expose en cas de violation de ce secret.

Dans la seconde partie, nous évoquerons la question du secret professionnel face aux différentes mesures d'enquête diligentées par les autorités judiciaires et la compatibilité de celles-ci face au secret professionnel de l'avocat. Nous commencerons par aborder les écoutes téléphoniques pouvant être pratiquées et les limites dans l'utilisation de celles-ci. Ensuite, nous évoquerons la pratique des perquisitions au sein des cabinets d'avocats au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la législation belge et notamment les règles spécifiques devant être respectées, cesdits cabinets n'étant pas des lieux ordinaires. Dans le cadre de ces perquisitions, nous aborderons la question des saisies pratiquées pendant celles-ci et notamment le tri des différentes pièces couvertes ou non par le secret professionnel, avant d'aborder la

problématique dans laquelle l'avocat est personnellement soupçonné d'avoir commis une quelconque infraction. Face à de telles mesures d'enquête, nous évoquerons les diverses solutions et pistes envisagées afin de renforcer le secret professionnel dans la législation belge tout en analysant la réforme intervenue en France visant notamment à renforcer ce secret. Dans un deuxième temps, nous analyserons la question de l'utilisation de la preuve dans la phase de jugement et notamment lorsque celle-ci a été obtenue en violation du secret professionnel de l'avocat.

Au travers de cette seconde partie et afin d'illustrer notre propos, nous analyserons l'affaire dite des « écoutes » et notamment les différentes questions juridiques pouvant se poser concernant le respect dû au secret professionnel de l'avocat aussi bien dans la phase d'enquête que de jugement.

Comme l'a très justement énoncé E. GARÇON : « Le bon fonctionnement de la Société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient pas assurées d'un secret inviolable »¹. Nous espérons qu'à l'issue de ce mémoire, nous pourrions considérer que le secret professionnel de l'avocat, principe ô combien fondamental dans une démocratie et un état de droit, répond à cet équilibre difficile à établir entre d'une part, l'efficacité des autorités judiciaires et d'autre part, le respect des droits de la défense.

¹ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 378, n°7.

PARTIE I. Le secret professionnel : un devoir de l’avocat vis-à-vis de son client

CHAPITRE 1. Historique, fondements, principes et objet du secret professionnel

SECTION 1. Historique

Aussi loin que nous puissions remonter dans le temps, le secret professionnel de l’avocat trouve son origine légale à la fin du 15^{ème} siècle dans l’Édit de Louis XI. Ce dernier accordait à l’avocat un droit au silence lorsque celui-ci était amené à témoigner en justice et ce, en raison des secrets dont il est le garant². Saint Augustin affirmait déjà à propos des secrets qu’on lui confiait : « Ce que j’ai appris dans le secret de la confession, je le sais moins que si je ne l’avais jamais appris »³. Nous retrouvons également des traces du secret professionnel au sein des ordonnances royales et arrêts des Parlements de l’Ancien Régime qui faisaient peser, sur les avocats, l’obligation du secret professionnel⁴.

Ensuite est apparue au 19^{ème} siècle, principalement en France, la théorie du fondement contractuel. Celle-ci prévoyait qu’un contrat se formerait entre d’une part, un certain nombre de titulaires de professions (dont les avocats faisaient partie), et d’autre part leurs clients, obligeant cesdites professions de ne rien révéler de toutes les confidences que leurs clients leur auraient faites⁵.

Malgré l’importance du secret professionnel des avocats, il est à noter qu’aussi bien en 1810 qu’en 1867, date à laquelle notre Code pénal belge a été adopté, l’avocat n’est pas expressément nommé dans ces deux textes mais fut très rapidement assimilé aux professions citées aussi bien en doctrine qu’en jurisprudence⁶.

SECTION 2. Fondement légal, déontologique et contractuel du secret professionnel

Sous-section 1. Le fondement légal

Le secret professionnel des avocats puise son fondement légal dans un certain nombre de normes juridiques tant au niveau supranational que national.

² P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 210.

³ P. NEUVILLE, « Le secret professionnel de l’avocat », *Les secrets professionnels*, I. BOUIOUKLIEV (dir.), Anthemis, 2015, p. 13.

⁴ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 209 et 210.

⁵ P. LAMBERT, *ibidem*, p. 17.

⁶ P. LAMBERT, *ibidem*, p. 210.

Tout d'abord, dans la Convention européenne des droits de l'Homme en son article 6 qui consacre le droit à un procès équitable, ensuite au sein de l'article 8 consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale⁷. Pour ce qui concerne l'article 6 plus précisément, celui-ci garantissant le droit, pour n'importe quel accusé, de choisir son défenseur en justice ainsi que la confidentialité des échanges qu'il aurait avec celui-ci⁸. Le secret professionnel est aussi consacré à l'article 8 consacrant la vie privée et familiale, mais celui-ci étant considéré comme en lien avec l'article 6⁹.

Pour ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux ne diffère nullement de la CEDH et consacre le principe du respect de la vie privée et familiale en son article 7 ainsi que le droit à un procès équitable en son article 47¹⁰.

Ensuite, du point de vue national, le droit belge ne connaît pas de règle prescrivant spécifiquement le secret professionnel de l'avocat mais l'article 458 du Code pénal sanctionne la violation de celui-ci. Nous y reviendrons lorsque nous aborderons les sanctions pénales. Comme l'exprime très justement Jean-Pierre BUYLE et Dirk VAN GERVEN, « l'article 458 du Code pénal, qui est également applicable aux avocats, ne peut constituer le réel fondement légal du secret professionnel » et concluant comme ceci : « Nous pensons aussi que ses racines les plus profondes sont ancrées dans les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme »¹¹.

Il est intéressant de noter que dans la législation de nos voisins français, ceux-ci ont expressément consacré le secret professionnel dans la loi du 31 décembre 1971 fixant le statut de la profession d'avocat en son article 66-5, premier alinéa¹².

⁷ A ce propos, voy. not. M. MARIANO, « Le respect du secret professionnel des avocats dans le cadre d'une saisie-contrefaçon : un contrepoids au caractère unilatérale de la saisie », *R.D.C.*, 2020, p. 397 ; J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.T.*, 2012, p.327 ; P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 14 ; P. HENRY, « Une preuve recueillie en violation du secret professionnel de l'avocat porte atteinte au caractère équitable du procès », *J.L.M.B.*, 2021/39, p. 1774 ; J.-P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016/22, p. 1030.

⁸ Cour eur. D.H., arrêt *S. c. Suisse*, 28 novembre 1991, §48 et *Zagaria c. Italie*, 7 juillet 2008 cité par E. PIWNICA, « Interceptions judiciaires et secret professionnel des avocats », *EHESS*, 2017/1 n°4, p. 21.

⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, §33 et *Huvig c. France*, 24 avril 1990, §32 cité par E. PIWNICA, *ibidem*, p. 22.

¹⁰ E. PIWNICA, *ibidem*, p. 22 et 23.

¹¹ J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 327 et 330.

¹² Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques modifiée par la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, *J.O.*, 29 mars 2011, art. 66-5. Pour d'avantage d'information concernant cette législation voy. J.-M. BRAUNSCHWEIG, « Le secret professionnel de l'avocat », *LÉGICOM*, n°33, 2005/1.

En dehors de la législation, qu'elle soit supranationale ou nationale, le secret professionnel de l'avocat relève de l'intérêt public ce qui explique son étendue particulièrement large. En effet, celui-ci ne protège pas le client ni même l'avocat, mais relève d'un principe général du droit voulant que tout citoyen trouve un confident à qui il pourra confier ses secrets et que celui-ci ne révélera en aucun cas¹³. Dans un ancien arrêt¹⁴ du 18 juin 1974, la Cour d'appel de Bruxelles trouvait la raison d'être du secret professionnel « dans la nécessité de donner à ceux qui exercent cette profession, les garanties nécessaires de crédibilité, ceci dans l'intérêt général, pour que tous ceux qui s'adressent à lui en confiance puissent avoir la certitude que les secrets qu'ils confient à leurs conseils ne courent pas le risque d'être dévoilés à des tiers ».

Émile GARÇON écrivait déjà à la fin du 19^{ème} siècle que « le bon fonctionnement de la société veut que le malade voie un médecin, le plaideur un défenseur (...) mais ni le médecin, ni l'avocat ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable »¹⁵.

Sous-section 2. Le fondement déontologique

A côté du fondement légal, le secret professionnel de l'avocat est également consacré par des textes déontologiques aussi bien européens que nationaux.

En effet, le Conseil des barreaux européens (CCBE) a adopté, le 28 octobre 1988, son Code de déontologie remis à jour le 19 mai 2006. Celui-ci érigeait le secret professionnel comme étant un devoir fondamental pour l'avocat mais également un droit pour celui-ci¹⁶. L'article 2.3.1. dudit Code prévoit qu'« il est de la nature même de la mission d'un avocat qu'il soit dépositaire des secrets de son client et destinataire de communications confidentielles. Sans la garantie de la confiance, il ne peut y avoir de confiance. Le secret professionnel est donc reconnu comme droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat. L'obligation de l'avocat relative au secret professionnel sert les intérêts de l'administration de la justice comme ceux du client. Elle doit par conséquent bénéficier d'une protection spéciale de l'État ».

¹³ J.-M. BURGUBURU, « Contenu et limites du secret professionnel », novembre 2012, p. 2 disponible sur <https://www.cercle-du-barreau.org/media/01/02/992576139.pdf>.

¹⁴ Bruxelles, 18 juin 1974, *J.T.*, 1976, p. 11 cité par J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 327 et J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, « Déontologie », juin 2021, p. 58 disponible sur <https://carrefourdesstagiaires.com/wp-content/uploads/2021/09/Syllabus-deontologie-2021.pdf>.

¹⁵ D. LECOMTE, « Le(s) secret(s) professionnel(s) et la démocratie, quel rapport ? », *Rev. eur. intern. dr. fisc.*, 2021/4, p. 610 et E. PIWNICA, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶ A ce sujet, voy. not. J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *op. cit.*, p. 58 ; P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 15 et X, « La protection du secret professionnel de l'avocat par la CEDH et la CJUE », 6 mai 2021, p. 1 disponible sur <https://www.dbfbruxelles.eu/wp-content/uploads/2021/05/SECRETPROFESSIONNEL.pdf>.

Du point de vue belge, AVOCATS.BE (côté francophone) et l'O.V.B. (côté néerlandophone) sont les deux instances ordinales ayant adopté un Code de déontologie qui prévoit le secret professionnel. Pour ce qui concerne AVOCATS.BE, celui-ci fut adopté le 15 octobre 2012 et prévoit que l'avocat est tenu au devoir du secret professionnel mais également au devoir de confidentialité et de discrétion et ce, pour toutes les affaires dont il serait en charge¹⁷. L'article 1.2. étant libellé comme suit : « L'avocat est tenu des devoirs suivant : (b) le respect du secret professionnel ainsi que de la discrétion et de la confidentialité relatives aux affaires dont il a la charge ». Le Code de l'O.V.B. est quant à lui beaucoup plus précis et consacre spécifiquement cette obligation au secret à l'article 18 prévoyant que : « L'avocat est tenu au secret professionnel. Le secret professionnel s'étend à toutes les informations confidentielles apprises ou constatées par l'avocat dans l'exercice de sa mission, et il n'est pas limité dans le temps »¹⁸.

Sous-section 3. Le fondement contractuel

Il nous semble important de mentionner brièvement que le secret professionnel de l'avocat se fonde également sur la relation contractuelle qui se forme entre l'avocat (dépositaire du secret) d'une part, et son client (déposant) d'autre part, bien qu'il n'y ait pas toujours un contrat à proprement parler entre eux¹⁹. En effet, en dehors de tout contrat, il s'agit surtout d'une relation de confiance qui s'installe entre l'avocat et son client et c'est bien cette relation qui entraîne des droits et obligations, l'obligation de loyauté étant sans doute l'une des plus importantes d'entre elles²⁰.

¹⁷ J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *ibidem*, p. 57 et P. NEUVILLE, *ibidem*, p. 16.

¹⁸ J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *ibidem*, p. 57.

¹⁹ Voy. not. M. STORME, « Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès », *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXème Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, Antwerpen, Kluwer, 1992, p. 36 disponible sur <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/rapportcoimbra.pdf> ; T. BONTINCK, « Le secret professionnel de l'avocat ne peut être levé que dans des circonstances exceptionnelles », *J.T.*, 2019, p. 146 et J.-P. BUYLE et D.

VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 327.

²⁰ M. STORME, *ibidem*, p. 36.

SECTION 3. Objet, principes et champ d'application du secret professionnel

Sous-section 1. Les informations apprises dans le cadre d'un dossier indépendamment de la source dans son activité de conseil ou de défense

Le secret professionnel de l'avocat et son respect s'applique peu importe le support, la situation ainsi que le type d'acte accompli par celui-ci et est considéré à la fois comme un droit mais également un devoir²¹.

En effet, une très large majorité de la doctrine considère que le secret professionnel couvre l'ensemble des informations dont l'avocat a eu connaissance, que ces informations aient été révélées par le client lui-même ou que l'avocat en ait eu connaissance via une autre source et ce, aussi bien dans son activité de conseil ou de défense²². De façon plus globale, l'avocat est tenu au secret professionnel sur tout ce dont il est amené à prendre connaissance dans l'exercice de son métier²³.

Cela amène l'avocat à être particulièrement vigilant en raison de cette couverture très large du secret professionnel notamment lorsque celui-ci se trouve être le conseil de plusieurs clients au sein d'une même affaire²⁴.

Ensuite, en ce qui concerne l'étendue du secret professionnel, la Cour constitutionnelle est venue préciser les choses dans un arrêt de 2008. La Haute juridiction a en effet indiqué que l'activité de conseil juridique était également couverte par le secret professionnel même en l'absence de toute procédure judiciaire et que celui-ci « est un principe général qui participe au respect des droits fondamentaux »²⁵. Ce principe se justifie par l'impérieuse nécessité pour le justiciable de pouvoir évaluer sa situation juridique en toute indépendance et sans le moindre risque que ces informations puissent être utilisées contre lui lors d'un éventuel procès ultérieur²⁶. Dans un arrêt de 2020, la Cour constitutionnelle est venue préciser que « même s'il

²¹ J.-M. BURGUBURU, *op. cit.*, p. 2.

²² A ce propos voy. not. M. MORIS, « Le secret professionnel de l'avocat au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, p. 189 ; J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 329 ; T. BONTINCK, *op. cit.*, p. 145 et P. HENRY, « Secret professionnel : condamnation de la technique de l'ouvre-boîte », *J.L.M.B.*, p. 857 et 858.

²³ T. BONTINCK, *ibidem*, p. 145 et O. MICHIELS, « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *Rev. dr. ULg.*, 2018/1, p. 205.

²⁴ J.-M. BURGUBURU, *op. cit.*, p. 3.

²⁵ C.C., 23 janvier 2008, B.9.3., B.9.6. et B.7.10. Ce point étant partagé par la doctrine, voy. P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 20 et N. COLETTE-BASECQZ, « La correspondance échangée entre l'avocat et son client : la règle du secret professionnel et ses dérogations », *J.T.*, 2011, p. 542.

²⁶ J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 329.

n'est « pas intangible », le secret professionnel de l'avocat constitue dès lors « l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique » (CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, § 123). C'est d'autant plus le cas en matière pénale, où le droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination dépend indirectement, mais nécessairement, de la relation de confiance entre l'avocat et son client et de la confidentialité de leurs échanges (*ibid.*, § 118) »²⁷. Par conséquent, il est inexact de distinguer l'assistance juridique en dehors ou dans le cadre d'une procédure en justice²⁸.

Mentionnons brièvement que le secret professionnel s'étend également au casier judiciaire ainsi qu'aux frais et honoraires que l'avocat réclame à son client²⁹. De façon globale, l'avocat reste tenu d'un devoir de discrétion et de délicatesse qui lui impose de ne pas révéler sur la place publique tout type d'information, obligation qui est plutôt déontologique³⁰.

Outre les exceptions que nous aborderons *infra*, l'avocat ne peut jamais, quelle que soit la gravité des faits que l'on reproche à son client, communiquer la moindre information dont il a eu connaissance et ce, même si cesdites informations avaient une utilité dans le cadre de la résolution de l'enquête³¹.

Il est important de prendre conscience du caractère fondamental du secret professionnel des avocats car sans celui-ci, il n'y aurait pas de défense possible, pas d'état de droit ni même de société démocratique³².

Sous-section 2. La correspondance entre le client et son avocat

Que cela soit lors du premier rendez-vous ou même ultérieurement, l'avocat et son client seront amenés à échanger un certain nombre de documents, de courriers, de notes qui sont, de façon assez unanime, considérés comme étant soumis au secret professionnel³³. Étroitement lié au

²⁷ C.C., 24 septembre 2020, n° 114/2020, B.9.1 et B.9.2. Pour davantage d'informations voy. G.-A. DAL, « La Cour constitutionnelle belge et le secret professionnel de l'avocat », *L'Observateur de Bruxelles*, 2022/3, n° 129, p. 34.

²⁸ J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 329.

²⁹ Pour davantage d'informations voy. not. M. MARIANO, « Le respect du secret professionnel des avocats dans le cadre d'une saisie-contrefaçon : un contrepoids au caractère unilatéral de la saisie », *R.D.C.*, 2020/3, p. 397 et J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *op. cit.*, p. 90.

³⁰ J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *ibidem*, p. 92.

³¹ M. MORIS, *op. cit.*, p. 190.

³² P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 17.

³³ J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 330 ; M. MARIANO, *op. cit.*, p. 396 et P. NEUVILLE, *ibidem*, p. 18.

droit à un procès équitable, ce régime de protection renforcée de la correspondance se justifie par l'indispensable relation de confiance qui s'établit entre un avocat et son client, sans quoi les droits de la défense ne peuvent s'exercer réellement³⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme ayant par ailleurs interprété cette notion de façon très large³⁵.

Dans le célèbre arrêt *Wouters*, la Cour de justice de l'Union européenne a notamment justifié cette exigence de confidentialité étant donné « que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin »³⁶.

Cependant, le secret professionnel ne couvre pas nécessairement l'ensemble des documents que le client a transmis à son avocat ou inversement³⁷. En effet, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que le secret « s'étend à la correspondance du client à l'avocat, de l'avocat au client ou de l'avocat à son confrère ou à son correspondant pour la défense de son client uniquement en tant que cette correspondance relate les confidences et les secrets du client. Les annexes jointes à pareilles correspondances, en tant qu'elles sont relatives à l'objet même de la défense des intérêts des clients, ne peuvent être dissociées de cette correspondance. Il en est ainsi des projets de lettres, de propositions transactionnelles ou de projets d'acte de procédure dont le client a intérêt à ce que ces documents, de nature confidentielle, ne soient communiqués qu'aux seules personnes auxquelles ces pièces sont destinées par contre, ne sont pas couvertes par le secret professionnel les pièces officielles qui sont en relation avec l'objet de l'infraction reprochée au client, tels que des actes de procédures qui ont été signifiés ou notifiés et qui ont, par cette officialisation, perdu leur caractère confidentiel »³⁸.

Par ailleurs, dans un arrêt de 1982, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'un client pouvait refuser de produire la correspondance qu'il a eu avec son avocat et ce, même si celle-

³⁴ M. MARIANO, *ibidem*, p. 397.

³⁵ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Vinci Construction et GTM Génie civil c. France*, 2 avril 2015, §69 cité par M. MARIANO, *ibidem*, p. 397. La notion de correspondance étant notamment admise aux messageries ainsi qu'aux fichiers informatiques de l'avocat.

³⁶ C.J.C.E., arrêt *Wouters et autres*, 19 février 2002, C-309/99, *Rec.*, 2002, I, p. 1577 cité par O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 207 et P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ G. ROYEN, « Correspondance des avocats - Entre secret professionnel, confidentialité et prudence », *Le Pluri juridique*, 2017, p. 16.

³⁸ Bruxelles (mis. acc.), 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735 cité par N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.*, p. 543 ; P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 220 et J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 330.

ci avait été échangée avant toute procédure judiciaire³⁹. Malgré cette conception assez large du secret professionnel protégeant la correspondance entre un avocat et son client, une certaine doctrine et jurisprudence considèrent que celle-ci ne dépend aucunement des seules volontés de l'avocat ou du client⁴⁰.

Nos voisins de l'hexagone ont quant à eux légiféré en ce qui concerne la correspondance entre un avocat et son client. En effet, il ressort de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, qu'« en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, (...) les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel»⁴¹.

CHAPITRE 2. Exceptions du secret professionnel dans l'intérêt du client ou d'une obligation judiciaire

SECTION 1. La divulgation du secret dans l'intérêt du client pour sa défense

Lorsqu'une personne est poursuivie en justice, celle-ci pourrait être tentée de révéler, elle-même ou par l'intermédiaire de son avocat, des informations normalement couvertes par le secret professionnel et ce, afin d'assurer sa défense en justice. La question qui se pose est de savoir si ces révélations peuvent être faites et dans l'affirmative, y-a-t-il des limites à cette pratique ? En d'autres termes, le secret professionnel de l'avocat est-il au gré de son déposant et de son dépositaire ?

Tout d'abord, l'utilisation d'informations couvertes par le secret professionnel en justice, et ce afin de se défendre, peut être faite dans des circonstances exceptionnelles et en tenant compte du critère de proportionnalité⁴². Malgré cela, étant considéré avant tout comme d'intérêt public,

³⁹ C.J.C.E., arrêt *AM & S Europ Limited c. Commission européenne*, 18 mai 1982, C-155/79, *Rec.*, 1982, p. 1575 cité par J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *ibidem*, p. 329 et 330 ; M. STORME, *op. cit.*, p. 43 et G. ROYEN, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁰ G. ROYEN, *ibidem*, p. 17. Pour une illustration voy. Bruxelles (mis. acc.), 26 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 541.

⁴¹ Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques modifiée par la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, *J.O.*, 29 mars 2011, art. 66-5. Pour d'avantage d'information, voy. J. PRADEL, « Le secret professionnel de l'avocat devant la justice pénale. Le point sur l'état actuel du droit français », *Ann. dr.*, 2000, n°2, p. 170.

⁴² T. BONTINCK, *op. cit.*, p. 146.

le secret professionnel ne peut être à la merci des parties en cause et l'utilisation d'informations couvertes par celui-ci ne peut se faire sans aucune limite⁴³.

Cependant, nonobstant ce principe du secret, une large partie de la doctrine considère que les droits de la défense prévalent sur celui-ci et qu'une partie en cause pourrait l'utiliser afin de se défendre en justice⁴⁴.

Ensuite, nous pouvons immédiatement constater à ce stade, le côté paradoxal du secret professionnel de l'avocat étant donné que celui-ci est amené, dans le cadre de la défense de son client, d'utiliser une grande partie des éléments confiés par ce client lors par exemple de sa plaidoirie ou lors de la rédaction de diverses conclusions⁴⁵.

Celui qui doit être le plus attentif à la divulgation du secret est sans le moindre doute l'avocat bien plus que le client, le premier ayant une obligation légale au secret tandis que le second peut faire usage (avec une certaine précaution afin de ne pas porter atteinte à sa propre défense) des éléments confiés et ce, dans le cadre d'une quelconque enquête pénale à son encontre⁴⁶. En effet, à chaque fois que cela sera nécessaire, l'avocat sera tenu d'apprécier, en son âme et conscience, si il est opportun de révéler tel ou tel secret dans le cadre de la défense de son client, même si généralement celui-ci laissera son client la liberté de le faire lui-même⁴⁷.

A titre d'illustration, il a été jugé que le secret professionnel de l'avocat « n'interdit pas à un client d'enregistrer une conversation qui a lieu au cabinet de son avocat entre lui-même, son conseil et un tiers ni de faire usage de cet enregistrement si cela semble nécessaire pour sa défense dans une procédure pénale dirigée contre ce conseil »⁴⁸ mais également s'agissant de la correspondance avec son avocat, que celle-ci pouvait être produite en justice afin de se défendre si cela était dans l'intérêt du client⁴⁹. Cependant, cette exception n'est pas absolue... En effet, la Cour d'appel de Bruxelles a, en 2011, écarté celle-ci, jugeant que « cette dérogation n'implique toutefois pas que le client puisse décider, en toutes circonstances et sans contrôle des cours et tribunaux, de révéler la correspondance de son avocat, couverte, en règle générale, par le secret professionnel »⁵⁰.

⁴³ N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.*, p. 544 et J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 328.

⁴⁴ En ce sens, voy. J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *ibidem*, p. 328 ; T. BONTINCK, *op. cit.*, p. 146 ; P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁵ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 214. Pour illustration, voy. Cass. (2^{ème} ch.), 3 octobre 2018, *Rev. dr. pén. crim.*, 2019, n°3, p. 352.

⁴⁶ J.-M. BURGUBURU, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁷ Voy. en ce sens, J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 327 et M. STORME, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁸ Cass., 17 novembre 2015, (P.15.0880.N), *Cour de cassation de Belgique – Rapport annuel 2015*, 2015, p. 92.

⁴⁹ A ce sujet voy. Gand, 16 décembre 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 270 cité par J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 328 et Cass. (2^{ème} ch.), 3 octobre 2018, *Rev. dr. pén. crim.*, 2019, n°3, p. 352 et 353.

⁵⁰ N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.*, p. 542.

Enfin, nous pouvons tirer la conclusion que cette exception au secret professionnel pour la défense du client s'applique au cas par cas et ce, malgré une certaine évolution jurisprudentielle tendant à autoriser le client à enjoindre son avocat de révéler certaines informations ou éléments secrets pour assurer sa défense⁵¹. Cette opinion n'est cependant pas unanime au sein des avocats, certains considérant que le bénéficiaire du secret ne peut en disposer librement, celui-ci ayant un caractère d'ordre public⁵². Hervé TEMIME, célèbre pénaliste français considère quant à lui que le client ne peut en aucun cas délier son avocat du secret confié⁵³.

SECTION 2. Les exceptions prévues par l'article 458 du Code pénal

Comme nous le verrons infra, l'article 458 du Code pénal sanctionne la violation du secret professionnel notamment par les avocats. Cependant, celui-ci prévoit des exceptions à ce principe, « 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 ces secrets »⁵⁴.

Malgré cette première exception du témoignage en justice, il paraît important de rappeler que, bien que l'avocat ne sera point sanctionné pénalement, celui-ci n'est pas dans l'obligation de témoigner étant donné le fait que la révélation du secret reste avant tout une violation du devoir contractuel et déontologique inhérent à sa profession⁵⁵. Il appartiendra donc à l'avocat d'apprécier en âme et conscience s'il est apte à répondre aux questions qui lui seront posées tout en ayant à chaque instant en tête l'intérêt supérieur de son client⁵⁶.

Précisons notamment que cette obligation de témoignage de l'avocat en justice ne s'applique que devant un juge d'instruction ou un juge du fond, cette exception ne s'exerçant pas lorsque l'audition de celui-ci se déroule devant des policiers durant l'enquête pénale⁵⁷. Ceci explique que dans la pratique, les avocats souhaiteraient être entendus par le magistrat en personne, ce qui n'est plus guère l'usage et dans ce cas, ceux-ci devraient se retrancher alors derrière le secret professionnel⁵⁸. De plus, de l'avis des représentants des barreaux francophones et

⁵¹ J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 329.

⁵² F. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale – sanction des irrégularités*, Limal, Anthemis, 2017, p. 177.

⁵³ H. TEMIME, *Secret défense*, Gallimard, 2020.

⁵⁴ C. pén., art. 458. S'agissant de cette exception, la Cour européenne des droits de l'Homme a, dans un arrêt du 19 novembre 2020, conclu à la non violation de l'article 8 de la Convention (Cour eur. D.H., *Klaus Müller c. Allemagne*, 19 novembre 2020).

⁵⁵ M. STORME, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁶ F. LUGENTZ, *op. cit.*, p. 176 ; J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 327 et P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁷ J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁸ J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *ibidem*, p. 67.

germanophones, il est de bonne pratique que lorsqu'un avocat est appelé à témoigner en justice, il est préférable que celui-ci s'entretienne avec son bâtonnier préalablement à son audition, afin de préserver au maximum l'intérêt de son client⁵⁹.

Par ailleurs, l'avocat qui, en dehors de tout exercice de sa profession, a été témoin de faits et pourrait être amené à devoir témoigner en justice dans le cadre de ceux-ci, devrait s'abstenir de défendre les personnes mises en cause dans ce dossier⁶⁰.

Très brièvement, une seconde exception, en lien avec la première, est celle concernant la production de documents détenus par l'avocat et qui prévoit que celui-ci renonce à produire cesdits documents ou en tout cas soit en mesure de s'opposer à les produire en justice⁶¹.

SECTION 3. L'état de nécessité : une exception ô combien légitime

Dans certaines circonstances particulières, le secret professionnel de l'avocat (mais également de tous ceux qui y sont tenus) cèdera afin de préserver des valeurs dites supérieures ce qui, de façon quasi certaine, mettra à mal les droits de la défense⁶². Cet état de nécessité a le mérite de mettre un terme à l'ancien débat entre les partisans du secret professionnel absolu et intangible et ceux qui le considéraient comme relatif et pouvant céder dans certaines circonstances exceptionnelles⁶³.

La principale valeur en cause et celle à défendre sera la vie humaine. La Cour de cassation l'a déjà admise dans un ancien arrêt de 1987 en rappelant que le secret professionnel n'était pas absolu et pouvait céder notamment afin de préserver la vie d'autrui⁶⁴. En effet, il est généralement admis que lorsqu'un avocat est alerté d'un fait qui pourrait porter atteinte à la vie humaine, que cela soit un projet terroriste, un enlèvement ou autre, celui-ci est en droit de le dénoncer aux autorités judiciaires⁶⁵. Il agira en conscience, en ayant en tête deux droits fondamentaux que sont le secret professionnel et la vie humaine mais prendra la peine de

⁵⁹ J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *ibidem*, p. 68.

⁶⁰ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 213 et M. STORME, *op. cit.*, p. 50.

⁶¹ Pour davantage d'informations voy. J.-P. BUYLE, « La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité », *R.D.C.*, 2013/10, p. 1088.

⁶² M. STORME, *op. cit.*, p. 38.

⁶³ G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁴ Cass., 13 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165 cité par J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *op. cit.*, p. 61 et M. STORME, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁵ G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 35.

consulter son bâtonnier afin de l'aiguiller dans sa décision⁶⁶. Malgré l'importance tout à fait fondamentale du secret professionnel auquel tout défenseur de l'état de droit est attaché, il est inenvisageable qu'une personne étant liée par celui-ci, ne le révèle point alors que la vie d'un être humain est en jeu et que celle-ci pourrait être sauvée⁶⁷.

Étant à ce point fondamentale, le législateur belge a inséré dans le Code pénal l'article 458*bis* et *ter* afin de protéger les personnes vulnérables. En effet, l'article 458*bis* autorise tout professionnel soumis au secret de les porter à la connaissance des autorités judiciaires si ceux-ci concernent des infractions commises sur une personne vulnérable ou un mineur en raison de leur âge, de leur état de grossesse, de violence entre conjoints, d'une quelconque maladie, de déficience physique ou mentale ou d'une infirmité et ce, en respectant les conditions indiquées dans cette disposition légale⁶⁸. Cependant, à deux reprises, la Cour constitutionnelle est venue restreindre la portée de cette disposition en ce qu'elle « ne peut être appliquée à l'avocat dépositaire de confidences de son client, auteur de l'infraction qui a été commise au sens de cet article, lorsque ces informations sont susceptibles d'incriminer ce client »⁶⁹.

Pour ce qui concerne l'article 458*ter*, celui-ci prévoit l'organisation de concertations entre le procureur du Roi et les dépositaires de secret professionnel, dans la cadre de la prévention d'infraction criminelle grave ou contre le terrorisme et ce, en respectant un certain nombre de conditions⁷⁰.

Afin de clarifier la situation pour les avocats, le législateur a introduit, par une loi du 6 juillet 2017, l'article 458*quater* disposant que « les articles 458*bis* et 458*ter* ne sont pas applicables à l'avocat en ce qui concerne la communication d'informations confidentielles de son client lorsque ces informations sont susceptibles d'exposer son client à des poursuites pénales »⁷¹.

Malgré cette clarification apportée par la législation de 2017, de nombreuses critiques assez virulentes venant des avocats sont apparues lors de la modification de l'article 458*bis* du Code

⁶⁶ G.-A. DAL, *ibidem*, p. 35 et M. MORIS, « Le secret professionnel de l'avocat au regard... », *op. cit.*, p. 190.

⁶⁷ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 213.

⁶⁸ C. pén., art. 458*bis*. A ce sujet voy. not. P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 24 et F. LUGENTZ, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁹ C.C., 26 septembre 2013, n°127/2013 ; C.C., 5 décembre 2013, arrêt n°163/2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 996 et s. A ce propos voy. F. LUGENTZ, *ibidem*, p. 178 et J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICAULT, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁰ Voy. C. pén., art. 458*ter*.

⁷¹ C. pén., art. 458*quater*.

pénal et notamment celle de Jean-Pierre BUYLE, ancien Bâtonnier de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles considérant que « l'objectif principal de cette initiative législative était d'obtenir que les faits de violence sur des personnes vulnérables et en particulier entre partenaires fassent systématiquement et inconditionnellement l'objet de poursuites. En introduisant une nouvelle exception au secret professionnel de l'avocat et en encourageant ce dernier à dénoncer les faits au parquet, on instrumentalise une fois de plus l'avocat en tentant de lui faire jouer un rôle d'auxiliaire de police »⁷².

SECTION 4. La loi anti-blanchiment : une exception contestée bien qu'encadrée

Dans les années nonante, le Conseil des Communautés européennes a adopté une première directive afin de lutter contre le blanchiment des capitaux provenant notamment des trafics de drogue, d'armes ou d'êtres humains⁷³. Dix ans plus tard, une seconde directive est venue remplacer le dispositif afin de palier certaines insuffisances, elle-même complétée par une troisième datant de 2005⁷⁴.

Ces trois réglementations européennes prévoyaient notamment que les avocats seraient soumis à trois obligations : la première étant que ceux-ci doivent identifier leurs clients et mandataires, la seconde qu'ils doivent réaliser une déclaration de soupçon les obligeant de déclarer de façon spontanée des faits qui peuvent constituer des indices de blanchiment de capitaux et enfin l'obligation pour ceux-ci de répondre à la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF) lorsque celle-ci demande des informations⁷⁵.

Cependant, l'article 6.3 de la directive de 2001 prévoit de dispenser les avocats de cette obligation de révélation « pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure

⁷² J.-P. BUYLE, « Deux lois récentes limitent le secret professionnel des avocats : ce n'est pas souhaitable », 14 novembre 2012 disponible sur <https://www.justice-en-ligne.be/Deux-lois-recentes-limitent-le>, consulté le 5 mai 2023.

⁷³ Directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *J.O.C.E.*, L166/77, 28 juin 1991.

⁷⁴ Directive 2001/97/CE du Parlement et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *J.O.C.E.*, L344/76, 28 décembre 2001 ; Directive 2005/60/CE du Parlement et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *J.O.C.E.*, L309/15, 25 novembre 2005.

⁷⁵ Voy. P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 23 ; J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHULT, *op. cit.*, p. 122 et A. DEROUILLÉ, « RGPD et secret professionnel des avocats », *R.D.U.E.*, 2018/1, p. 235 et 236.

judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure »⁷⁶.

Ces différentes directives ont été transposées en droit belge par la loi du 11 janvier 1993 dans un premier temps, puis modifiées en 2004 et enfin remplacées par la loi du 18 septembre 2017 venant renforcer certaines dispositions à l'égard des avocats⁷⁷.

En effet, lorsque nous regardons de plus près la législation, celle-ci ne prévoit l'obligation pour l'avocat de dénoncer les faits de soupçons de blanchiment de capitaux que dans deux hypothèses précises : la première étant celle où l'avocat assiste son client dans des activités fiscales, immobilières ou financières comme par exemple des transactions dans le cadre de l'achat ou la vente d'immeuble, la gestion de compte bancaire, d'épargne, la direction ou la gestion d'une société ou de toutes autres constructions juridiques semblables, la seconde étant celle où l'avocat agit au nom et pour le compte de son client dans des transactions de types immobilières ou financières⁷⁸.

Notons par ailleurs que lors de l'adoption des différentes législations ci-dessus, plusieurs organes de représentation des avocats ont introduit différents recours en annulation devant la Cour constitutionnelle.

Un premier arrêt de 2008, qui visait à annuler certains articles de la loi du 12 janvier 2004, dans lequel la Cour est venue clarifier les choses en précisant que « les informations connues de l'avocat à l'occasion de l'exercice des activités essentielles de sa profession, y compris dans les matières énumérées à l'article 2^{ter} précité, à savoir l'assistance et la défense en justice du client, et le conseil juridique, même en dehors de toute procédure judiciaire, demeurent couvertes par le secret professionnel, et ne peuvent pas être portées à la connaissance des autorités. Ce n'est que lorsque l'avocat exerce une activité, dans les matières énumérées à l'article 2^{ter}, en dehors de sa mission spécifique de défense et de représentation en justice et de celle de conseil juridique, qu'il peut être soumis à l'obligation de communication aux autorités des informations

⁷⁶ Directive 2001/97/CE du Parlement et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *J.O.C.E.*, L344/76, 28 décembre 2001.

⁷⁷ Pour davantage d'informations concernant l'évolution de la législation voy. J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *op. cit.*, p. 123 à 127.

⁷⁸ Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *M.B.*, 6 octobre 2017. Sur ce sujet voy. M. MORIS, *op. cit.*, p. 192 et J.-P. BUYLE, « Les exigences de confidentialité et de secret professionnel des avocats », p. 36 disponible sur https://www.buylegal.be/doc_publications/642.pdf.

dont il a connaissance »⁷⁹. Par ailleurs, la Cour ne s'arrête pas là et va plus loin dans son interprétation s'agissant du comportement de l'avocat en indiquant que « l'avocat qui, s'étant efforcé de dissuader un client d'accomplir ou de participer à une opération de blanchiment ou de financement du terrorisme dont il connaît l'illégalité, constate qu'il a échoué dans cette entreprise, est tenu, s'il se trouve dans une hypothèse dans laquelle l'obligation de communication s'applique à lui, de transmettre les informations dont il a connaissance au bâtonnier, qui les transmettra à son tour aux autorités. Dans ce cas, l'avocat concerné ne peut continuer à agir pour le client en cause et doit mettre fin à la relation qui le lie à ce dernier. Il n'y a donc plus lieu, dans ce cas, de parler de relation de confiance entre l'avocat et son client. Par contre, si l'avocat constate qu'il a persuadé son client de renoncer à exécuter une opération illégale ou à y participer, rien ne s'oppose à ce que la relation de confiance entre l'avocat et son client soit maintenue puisque, dans cette hypothèse, il n'y a pas lieu de communiquer des informations à son sujet à la Cellule de traitement des informations financières »⁸⁰.

Un second arrêt de 2020, qui visait cette fois à annuler une partie de la loi du 18 septembre 2017, dans lequel la Cour a annulé l'article 47, §1^{er}, 2°, seconde phrase, en ce qu'il prévoyait que « l'avocat serait soumis à l'obligation de déclarer des soupçons, y compris lorsque son client renonce à une opération suspecte sur ses conseils »⁸¹. La Cour a tranché en affirmant que ces informations sont couvertes par le secret professionnel et échappent à l'obligation de déclaration de soupçons prévues à l'article 47 tout en rappelant le caractère fondamental du secret professionnel, celui-ci ne cédant que dans des motifs impérieux d'intérêt général et strictement proportionné⁸².

Du côté de nos voisins français, ceux-ci ont adopté sensiblement les mêmes règles dont nous nous sommes dotés en matière de législations anti-blanchiment. De plus, la Cour européenne des droits de l'Homme a été amenée à se prononcer sur la compatibilité de celles-ci avec l'article 8 de la Convention. En effet, dans l'arrêt *Michaud c. France*, la Cour s'est appuyée sur deux éléments fondamentaux afin de conclure à l'absence de violation en ce que d'une part, l'obligation de dénonciation prévue par la loi française était limitée et d'autre part, que les

⁷⁹ C.C., 23 janvier 2008, n°10/2008, B.9.6.

⁸⁰ *Ibidem*, B.13.5.

⁸¹ C.C., 24 septembre 2020, n°114/2020, B.13. Pour l'ensemble du raisonnement de la Cour voy. B.13 à 18.

⁸² Pour davantage d'informations relatives à cet arrêt voy. J. SOETAERT, « Le secret professionnel de l'avocat face à l'obligation de déclaration reprise dans la loi anti-blanchiment », *La semaine fiscale*, n°458, 2021, p. 3 et 4 et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 34.

avocats communiquaient les informations qu'ils avaient en leur possession au Conseil d'État et à la Cour de cassation, au Président de l'Ordre des avocats ou au bâtonnier de l'Ordre, non pas à la Cellule directement. Par ailleurs, la juridiction du Conseil de l'Europe a souligné l'importance du rôle de filtre dans le chef du bâtonnier, celui-ci devant vérifier si toutes les conditions légales sont réunies préalablement à l'éventuelle déclaration de soupçons⁸³.

Enfin, de notre point de vue, cette législation anti-blanchiment qui, dès son adoption, a suscité un certain nombre de critiques et de craintes en ce qui concerne les restrictions qu'elle pouvait émettre à propos du secret professionnel des avocats, est désormais relativement bien acceptée grâce à l'équilibre qui a été trouvé entre d'une part, le respect du secret professionnel entre un avocat et son client et d'autre part, la lutte ô combien légitime du blanchiment de capitaux.

CHAPITRE 3. Sanctions encourues par l'avocat en cas de violation du secret

SECTION 1. Les sanctions pénales

La violation du secret professionnel ne fut sanctionnée pour la première fois qu'à partir de 1810, date à laquelle le Code pénal napoléonien fut promulgué, bien que cette disposition ne visait que le personnel médical au sens large du terme⁸⁴.

Ce n'est qu'en 1867 que le Code pénal belge fut adopté et à l'heure actuelle, pour ce qui concerne les sanctions pénales relatives à la violation du secret professionnel, l'article 458 prévoit une peine allant « 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 »⁸⁵. Ces peines étant prévues hormis, bien sûr, les exceptions que nous avons abordées supra.

Pour ce qui concerne les éléments qui constituent le délit, Pierre LAMBERT a, dans son ouvrage⁸⁶ consacré au secret professionnel, relevé trois d'entre eux : tout d'abord, le fait d'appartenir à une profession déterminée, ensuite, ce qui a été révélé doit avoir été appris dans l'exercice de cette profession et enfin, le fait d'avoir révélé ce secret.

En effet, l'élément matériel de l'infraction prévoit que pour être punissable pénalement, le confident doit avoir appris ce secret dans l'exercice même de sa profession et que cette

⁸³ Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012. Pour davantage d'informations concernant le raisonnement de la Cour voy. M. MORIS, *op. cit.*, p. 191 et 192.

⁸⁴ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁵ C. pén., art. 458.

⁸⁶ Ce qui suit étant tiré de P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 149 à 155.

révélation doit être effective, un minimum précise et que celle-ci est punissable même si cette révélation est indirecte. De plus, l'existence du délit est bel et bien réelle, même si celui qui s'est confié n'a subi aucun préjudice particulier ou que cette révélation n'ait fait l'objet d'aucune publicité si restreinte soit-elle, le secret étant d'intérêt public.

En ce qui concerne l'élément moral, la violation du secret professionnel ne sera sanctionnée pénalement que si la révélation est intentionnelle, le mobile important peu, de même qu'aucun dol spécial ne sera exigé. Il est cependant clair que l'intention du délit existe à partir du moment où cette révélation est effectuée avec connaissance et sciemment, le dépositaire ayant conscience de divulguer une information apprise dans l'exercice de sa profession.

Cependant, qu'en est-t-il de la tentative de violation du secret professionnel ?

Dans un arrêt récent datant du 29 juin 2022⁸⁷, sur conclusions conformes de l'avocat général, la Cour de cassation est venue clarifier les choses en indiquant que cette tentative n'était pas punissable.

En effet, dans ses conclusions, l'avocat général rappelle les faits ainsi que les antécédents de la procédure et justifie son rejet, en indiquant qu'il était question d'un avocat ayant envoyé « un message de type Snapchat à une tierce personne contenant des informations couvertes par le secret professionnel (...) mais que le message en question n'a pas été ni lu, ni même ouvert par son destinataire mais par des policiers (...) or, la violation du secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal suppose la révélation du secret et « donc la prise de connaissance par le destinataire du message envoyé par l'émetteur, avec pour effet que ce qui était secret ne l'est plus » ». Il complète son raisonnement en mentionnant que « l'envoi d'un message électronique contenant une information couverte par le secret professionnel mais dont nul n'a pris connaissance n'est pas constitutif de cette infraction, « à défaut d'une quelconque révélation, puisque ce qui était secret l'est resté, fût-ce en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur » (...) la loi ne sanctionnant pas la tentative de violation de secret professionnel ».

La Haute juridiction décidant quant à elle, qu'« il n'y a donc pas de révélation punissable lorsque le dévoilement a échoué, fût-ce pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur ».

⁸⁷ Cass. (2^{ème} ch.), 29 juin 2022, *J.T.*, 2022, p. 551 à 553. A propos de cet arrêt voy. obs. B. DEJEMEPPE, « Une tentative infructueuse de violation du secret professionnel n'est pas punissable », p. 553.

A titre de comparaison, nos voisins de l'hexagone ont également prévu des sanctions pénales à l'endroit de ceux qui, bien que dépositaires de secrets, les révéleraient, l'article 226-13⁸⁸ du Code pénal prévoyant des peines pouvant aller jusqu'à 15 000€ d'amende ainsi qu'un an d'emprisonnement⁸⁹.

Pour information, rappelons simplement que la violation du secret professionnel pourrait également entraîner des sanctions civiles.

SECTION 2. Les sanctions disciplinaires

A côté des sanctions pénales que nous avons abordées supra, la déontologie sanctionne également les avocats qui violeraient le secret professionnel auquel ils sont tenus ce qui, dans les faits, pourrait entraîner des poursuites disciplinaires à leur égard⁹⁰.

Cependant, le domaine disciplinaire peut être plus large que le domaine pénal et les deux ne doivent pas être confondus, si bien que l'action disciplinaire est indépendante de l'action pénale⁹¹.

Ensuite, en ce qui concerne les poursuites disciplinaires à proprement parlé, deux conceptions s'affrontaient quant au droit au silence de la personne poursuivie⁹².

En effet, la première thèse défendait jusqu'il y a peu, que le droit au silence n'existait point devant les juridictions disciplinaires et que celui qui comparaissait devant celles-ci ne pouvait se targuer du secret professionnel afin de répondre aux questions posées, la Cour de cassation l'ayant d'ailleurs fait sienne.

Cependant, il y a un peu de plus de dix ans déjà, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire est venue revirer sa jurisprudence en admettant clairement que le prévenu devait bénéficier des garanties qui sont accordées à toute personne devant se défendre contre une accusation et ce, au nom des droits de la défense, des articles 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 14.3, g, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹³.

⁸⁸ C. pén. fr., art. 226-13.

⁸⁹ A ce sujet voy. J.-M. BURGUBURU, « Contenu et limites... », *op. cit.*, p. 3 et 4.

⁹⁰ J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 327.

⁹¹ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 156.

⁹² A ce sujet, voy. J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHULT, *op. cit.*, p. 104 et 105.

⁹³ Cass., 25 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 340. A propos de cet arrêt voy. obs. J. VERBIST et B. VANLERBERGHE, « Le droit de l'avocat de se taire en matière disciplinaire enfin reconnu par la Cour de cassation », p. 342 à 350.

En effet, dans son arrêt de 2011, la Cour précise que « ces dispositions sont, en règle, applicables en matière disciplinaire même lorsque le professionnel est soumis à un devoir de loyauté, de sincérité et de déférence envers les autorités disciplinaires. Il s'ensuit que le silence ou l'attitude passive de l'avocat poursuivi ne peuvent, à eux seuls, conduire à une sanction disciplinaire ou à une aggravation de celle-ci. Les dispositions et principes généraux du droit visés au moyen n'impliquent toutefois pas que la déclaration d'un avocat effectuée librement aux autorités disciplinaires du barreau dans le cadre d'une instruction disciplinaire ne pourrait être retenue à sa charge »⁹⁴.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 340.

PARTIE II. Le secret professionnel : un devoir de respect face aux mesures d'enquête

CHAPITRE 1. Le secret professionnel à l'épreuve de l'enquête pénale

SECTION 1. Les divers moyens d'enquête et le secret professionnel : incompatibles ?

Sous-section 1. Les écoutes téléphoniques

Dans le cadre d'une enquête judiciaire, les autorités pourraient être amenées à placer sur écoute téléphonique des avocats afin de rechercher des infractions qui auraient été commises par ceux-ci ou par leur client. Cependant, au vu du statut particulier qu'ont ces auxiliaires de justice, le législateur a prévu un certain nombre de balises essentiellement afin de protéger le secret professionnel auquel ils sont tenus. Nous commencerons par aborder les contours et limites des écoutes directes puis dans un second paragraphe nous évoquerons celles dites indirectes.

§1. Les écoutes téléphoniques directes

Fin des années nonante, la matière des écoutes téléphoniques concernant les avocats a fortement évolué et a notamment débouché sur l'adoption de la loi dite « Franchimont » du 12 mars 1998. En effet, l'article 90octies du Code d'instruction criminelle⁹⁵ prévoit que ces écoutes ne peuvent être admises que lorsque le dépositaire du secret professionnel est personnellement soupçonné d'avoir commis des infractions visées à l'article 90ter ou dans l'hypothèse que des faits précis laissent à penser que des tiers, suspectés d'avoir commis de telles infractions, se servent de ses locaux, ses moyens de télécommunications ou communications ou de sa résidence⁹⁶. Le second paragraphe du premier alinéa de ce même article prévoit également que « la mesure ne peut être exécutée sans que le bâtonnier (...) en soit averti » sans pour autant que son non-respect ne prévoit la moindre sanction⁹⁷.

En outre, l'alinéa deux de cet article 90octies prévoit que le juge d'instruction doit informer le bâtonnier de l'ordre des différents éléments de communications et télécommunications qui ont été recueillis relevant du secret professionnel et qui de ce fait, ne seront pas transcrits au procès-verbal, le bâtonnier n'ayant cependant pas accès au contenu de ces dites conversations ni même le moindre contrôle sur les éléments utilisés et ou conservés par les enquêteurs⁹⁸.

⁹⁵ C. i. cr., art. 90octies.

⁹⁶ A ce sujet voy. 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 », *Het Strafrecht bedreven. Liber Amicorum Alain De Nauw*, Brugge, die Keure, p. 430 ; P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁷ A. JACOBS, *ibidem*, p. 430.

⁹⁸ J.-P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016/22, p. 1029 et P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 27.

Par ailleurs, la décision prise par le juge d'instruction consistant à placer sur écoute l'avocat doit mentionner et ce, de manière précise, les soupçons qui justifient celle-ci⁹⁹.

En outre, la Cour européenne des droits de l'Homme a, quelques jours seulement après l'adoption de la loi dite « Franchimont », indiqué dans son arrêt *Kopp c. Suisse* que « les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une « loi » d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques ne cessent de se perfectionner »¹⁰⁰. Dans cette affaire, elle conclut à la violation de l'article 8 de la Convention notamment au vu des lacunes de la législation suisse en ce que celle-ci « n'explicite pas comment, à quelles conditions et par qui doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil » et pointe également le fait que ce tri d'informations avait été effectué par un fonctionnaire du service juridique des PTT, celui-ci appartenant à l'administration, sans aucun contrôle de la part d'un magistrat indépendant¹⁰¹.

De plus, en ce qui concerne la transcription des informations couvertes par le secret professionnel à proprement parlé, l'article 90sexies §3 du Code d'instruction criminelle¹⁰² prévoit que « les communications non accessibles au public ou données d'un système informatique qui sont couvertes par le secret professionnel ne sont pas consignées dans le procès-verbal ». A titre d'illustration, un récent arrêt de la Cour de cassation a censuré l'utilisation de l'écoute d'une conversation entre l'avocat d'un coprévenu et un autre coprévenu, la haute juridiction ayant indiqué que cette écoute était couverte par le secret professionnel et que « la teneur de cette conversation n'aurait pas dû être consignée »¹⁰³.

En matière d'écoute téléphonique directe, nos voisins français ont également adopté un certain nombre de dispositions balisant cette pratique. En effet, au stade de l'instruction, l'article 100-7 du Code de procédure pénale¹⁰⁴ prévoit qu'« aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction ». Cette disposition étant prescrite à peine de nullité.

⁹⁹ Sur ce point, voy. le commentaire de V. NIORE, « L'heureuse obligation faite au magistrat de motiver sérieusement sa décision de perquisitionner l'avocat », *Gaz. Pal.*, 1^{er} mars 2016, p. 33.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, §72.

¹⁰¹ *Ibidem*, §73 à 75.

¹⁰² C. i. cr., art. 90sexies.

¹⁰³ Cass. (2^{ème} ch.), 19 octobre 2021, *Rev. dr. pén. crim.*, 2022, n°2, p. 148 à 151.

¹⁰⁴ C. proc. pén. fr., art. 100-7.

Quant au stade de l'enquête, l'article 706-95 du Code de procédure pénale¹⁰⁵ prévoit que des interceptions peuvent être autorisées à la requête du procureur de la République moyennant accord du juge des libertés et de la détention lorsque les besoins de l'enquête l'imposent, visant un certain nombre d'infractions mentionnées à ce même article, et ce, pour une durée d'un mois maximum, renouvelable une fois.

Pour ce qui concerne la transcription de l'écoute téléphonique, l'article 100-5¹⁰⁶ mentionne qu'« à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et couvertes par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, hors les cas prévus à l'article 56-1-2 du présent code ».

Par conséquent, aucune formalité légale, sous réserve des conditions strictes mentionnées supra, ne s'oppose aux écoutes téléphoniques d'un avocat, hormis le fait que le bâtonnier de l'ordre doit être averti de celles-ci et que cette transcription ne peut porter sur des éléments couverts par le secret professionnel de la défense et du conseil, la jurisprudence ayant cependant ajouté une condition essentielle : la ligne téléphonique de l'avocat ne pouvant être écoutée que si, au préalable, il existe des indices d'une quelconque participation à une infraction de la part de celui-ci¹⁰⁷.

§2. Les écoutes téléphoniques indirectes

La question relative aux écoutes indirectes est cependant bien plus délicate que celle dite des écoutes « directes ». En effet, celles-ci ne visent pas spécifiquement les avocats, mais bien la situation dans laquelle leurs clients ont été placés sur écoute de façon régulière et au cours desquelles des conversations entre cesdits clients et leur avocat ont été captées.

Cependant, aucune mesure particulière n'est prévue légalement dans cette hypothèse d'écoute « par ricochet », si ce n'est celles déjà prévues dans le cadre des écoutes directes protégeant ainsi le secret professionnel¹⁰⁸. Malgré ce constat d'absence légale, la jurisprudence de la Cour

¹⁰⁵ C. proc. pén. fr., art. 706-95.

¹⁰⁶ C. proc. pén. fr., art. 100-5.

¹⁰⁷ Pour davantage d'informations concernant l'interprétation des juridictions françaises, voy. E. PIWNICA, « Interceptions judiciaires et secret professionnel des avocats », *EHESS*, 2017/1 n°4, p. 25 à 27.

¹⁰⁸ J.-P. BUYLE et P. HENRY, *op. cit.*, p. 1029 et J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *op. cit.*, p. 115.

de cassation de France¹⁰⁹ ainsi que celle de la Cour européenne des droits de l'Homme peuvent sans doute nous apporter un début de réponse...

En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation française a notamment admis, dans deux arrêts de 2003 et 2012, la retranscription des déclarations de l'avocat, celui-ci étant présumé avoir commis une infraction, malgré le fait qu'il s'agissait de faits nouveaux¹¹⁰. Deux autres arrêts indiquent que, dès lors que nous puissions présumer la participation d'un avocat à une quelconque infraction, le contenu de l'écoute téléphonique entre un suspect et son avocat peut être transcrit, les indices devant être suffisants pour qu'une telle retranscription soit effectuée¹¹¹. Néanmoins, dans un arrêt de novembre 2000¹¹², la plus haute juridiction judiciaire de France a écarté des procès-verbaux d'enregistrement d'écoute téléphonique, entre autre celles effectuées sur la ligne du client, comprenant la dictée par l'avocat à son client d'une série de lettres et de chiffres qui semblait constituer un code, la chambre des accusations ayant considéré cela comme « éminemment suspect ». La Cour de cassation ayant considéré que ces retranscriptions devaient être écartées des débats, au vu de l'absence d'une quelconque présomption de participation de l'avocat à une infraction.

Dans la même hypothèse de l'arrêt de novembre 2000 mentionné supra, la juridiction du Conseil de l'Europe a, dans son arrêt *Pruteanu* du 3 février 2015, censuré l'utilisation d'une écoute téléphonique entre un avocat et son client, la ligne de ce dernier étant visée et ce, au motif que l'avocat n'ait eu l'occasion de contester l'utilisation de cette dernière ainsi que sa licéité¹¹³.

Cependant, l'année suivante, dans l'arrêt *Versini-Campichi et Crasnianski c. France*, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention en ce que « le secret professionnel des avocats, qui trouve son fondement dans le respect des droits de la défense du client, ne fait pas obstacle à la transcription d'un échange entre un avocat et son client dans le cadre de l'interception régulière de la ligne du second lorsque le contenu de cet échange est de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à une infraction, et dans la mesure où cette

¹⁰⁹ La jurisprudence qui suit étant citée par E. PIWNICA, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁰ Cass. fr. (crim.), 1^{er} octobre 2003, pourvoi n°03-82.909, *Bull. crim.*, n° 177 et 27 mars 2012, pourvoi n°11-88.321, *Bull. crim.*, n°82.

¹¹¹ Cass. fr. (crim.), 21 mai 2003, pourvoi n°02-86.819 et 18 janvier 2006, pourvoi n°05-86.447, *Bull. crim.*, n° 22.

¹¹² Cass. fr. (crim.), 8 novembre 2000, pourvoi n°00-83.570, *Gaz. Pal.*, 24-28 août 2001, p. 25 cité par J.-P. BUYLE et P. HENRY, *op. cit.*, p. 1029 et J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHULT, *op. cit.*, p. 116.

¹¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Pruteanu c. Roumanie*, 3 février 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 461.

transcription n'affecte pas les droits de la défense du client. Autrement dit, la Cour admet qu'ainsi restrictivement énoncée, cette exception au principe de la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client contient une garantie adéquate et suffisante contre les abus »¹¹⁴. De plus, la juridiction européenne indique que « ce qui importe avant tout dans ce contexte est que les droits de la défense du client ne soient pas altérés, c'est-à-dire que les propos ainsi transcrits ne soient pas utilisés contre lui dans la procédure dont il est l'objet »¹¹⁵.

Sous-section 2. Les perquisitions

A l'instar des écoutes téléphoniques que nous avons abordées ci-dessus, les perquisitions sont une des mesures qui permettent aux enquêteurs de pouvoir contribuer à la manifestation de la vérité en s'introduisant dans un lieu privé, en l'occurrence dans ce cas, au sein d'un cabinet d'avocat. Cependant, n'étant pas un lieu comme un autre, ces perquisitions ne peuvent y être effectuées qu'en tenant compte d'un certain nombre de règles précises pour garantir le secret professionnel de l'avocat. Dans un premier temps, nous commencerons par celles garanties par la Convention européenne des droits de l'Homme mais essentiellement l'interprétation qui en est faite par la Cour, puis de nous intéresser à l'état du droit belge en la matière.

§1. Du point de vue de la Convention européenne des droits de l'Homme

Bien que la Convention européenne des droits de l'Homme ne garantisse pas spécifiquement le secret professionnel des avocats, cela n'a pas empêché la juridiction de Strasbourg de se prononcer à d'innombrables reprises à propos des perquisitions réalisées au sein de leur cabinet¹¹⁶. Nous nous limiterons à quelques illustrations.

Une des premières fois où la Cour a été amenée à se prononcer sur des perquisitions dans des cabinets d'avocat fut sans doute l'arrêt *Niemietz c. Allemagne*¹¹⁷, le 16 décembre 1992. En effet, dans cet arrêt fondamental, la Cour a commencé par affirmer que les cabinets d'avocats devaient être assimilés aux notions de « vie privée » et de « domicile » visées par l'article 8 de

¹¹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Versini-Campichi et Crasnianski c. France*, 16 juin 2016, §79. Pour davantage d'informations concernant cet arrêt voy. M. MORIS, « Le secret professionnel de l'avocat au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, p. 185 à 189 et M. MORIS, « La jurisprudence dite « Antigone » de la Cour de cassation, inapplicable en matière fiscale », *T.F.R.*, 2018, p. 319.

¹¹⁵ *Ibidem*, §80.

¹¹⁶ O. MICHIELS, « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *Rev. dr. ULg.*, 2018/1, p. 208.

¹¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 647, obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX.

la Convention mais aussi que cette ingérence des autorités au sein de ceux-ci devait être prévue par une loi qui devait répondre aux exigences prévues par l'article 8 §2 de la Convention¹¹⁸. Dans cette affaire, il était question d'une perquisition qui avait été réalisée dans un cabinet, dans le cadre d'une procédure visant un tiers, la Cour ayant estimé que celle-ci avait empiété de façon disproportionnée sur le secret professionnel en ajoutant que « dans le cas d'un avocat, pareille intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6 »¹¹⁹.

Étant une dérogation au droit garanti par l'article 8 de la Convention, comme toute perquisition, celle-ci doit répondre aux exigences du paragraphe 2, à savoir, être prévue par une législation claire et précise mais aussi, qu'elle soit accessible et que la personne concernée ait la capacité de pouvoir se rendre compte des conséquences légales pour ce qui la concerne¹²⁰.

De plus, la Cour exige le respect d'un certain nombre de critères afin d'effectuer cette perquisition, notamment le fait qu'il existe des indices d'infraction mais aussi que le mandat autorisant celle-ci soit suffisamment précis de façon à délimiter le pouvoir des enquêteurs, mais également à permettre qu'un contrôle juridictionnel effectif ou a posteriori puisse se réaliser¹²¹.

Ensuite, en ce qui concerne les garanties de procédures à proprement parler, l'une d'entre-elles est particulièrement importante pour la Cour et a notamment été mentionnée lors de son arrêt *André et autres c. France*¹²². En effet, celle-ci rappelle que « des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client »¹²³ mais que, dans le cas d'espèce, « la visite domiciliaire s'est accompagnée d'une garantie spéciale de procédure, puisqu'elle fut exécutée en présence du bâtonnier de l'Ordre des avocats dont relevaient les requérants »¹²⁴ mais qu'« en revanche, outre l'absence du juge qui avait autorisé la visite domiciliaire, la

¹¹⁸ En ce sens, voy. A. JACOBS, *op. cit.*, p. 417 et 418 et O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 208.

¹¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, §37 et N. COLETTE-BASECQZ, « La correspondance échangée entre l'avocat et son client : la règle du secret professionnel et ses dérogations », *J.T.*, 2011, p. 543.

¹²⁰ A. JACOBS, *op. cit.*, p. 418. A titre d'illustration voy. Cour eur. D.H., arrêt *Petri Sallinen et a. c. Finlande*, 27 septembre 2005, §76 dans lequel la cour condamne la Finlande sur base de l'article 8.

¹²¹ A ce sujet, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Van Rossem c. Belgique*, 9 décembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 903 et s., note A. JACOBS, « Perquisitions et droits de défense : une remise en question des pratiques par la Cour européenne des droits de l'homme ».

¹²² Cour eur. D.H., arrêt *André et a. c. France*, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 864, note de A. JACOBS et P. HENRY, « Non, les cabinets d'avocats ne sont pas une banques de données ! ».

¹²³ *Ibidem*, §41.

¹²⁴ *Ibidem*, §43.

présence du bâtonnier et les contestations expresses de celui-ci n'ont pas été de nature à empêcher la consultation effective de tous les documents du cabinet »¹²⁵.

En outre, plusieurs arrêts de la Cour strasbourgeoise indiquent que l'absence de ces différentes garanties de procédure, mentionnées ci-dessus, transgresserait la proportionnalité nécessaire qui doit exister entre d'une part, la mesure de contrainte et d'autre part, la finalité visée par celle-ci, ce qui entraînera de surcroît une violation de l'article 8 de la Convention¹²⁶.

Enfin, tout récemment encore, la Cour a rappelé les conditions strictes auxquelles sont tenues les autorités judiciaires afin de procéder à des perquisitions dans des cabinets d'avocats. En effet, dans son arrêt *Duyck c. Belgique*, elle rappelle qu'en ce qui concerne les perquisitions chez des avocats, dans le cas d'espèce, celles-ci « ont été effectuées par le juge d'instruction en personne, soit un magistrat indépendant, chargé d'instruire à charge et à décharge. De l'avis de la Cour, l'affaire se distingue ainsi d'autres affaires dans lesquelles des fonctionnaires et officiers de police judiciaire s'étaient vu reconnaître des pouvoirs étendus en raison de la rédaction en termes larges des autorisations de perquisition (a contrario *André et autre c. France*, §45) »¹²⁷.

Nous l'avons vu, la Cour européenne des droits de l'Homme n'interdit pas les perquisitions au sein de cabinets d'avocats mais les conditionnent au respect de règles extrêmement strictes afin de garantir le secret professionnel, principe fondamental garantissant l'état de droit auquel le Conseil de l'Europe est très attaché. Cependant, qu'en est-il de ces conditions dans notre législation belge ?

§2. Du point de vue de la législation belge

Au sein de la législation belge, pour ce qui concerne les perquisitions au sein de cabinets, aucune règle n'est spécifiquement prévue à cet égard que cela soit dans le Code d'instruction criminelle ou dans quelque loi particulière¹²⁸. Cependant, il est certain qu'en ce qui concerne

¹²⁵ *Ibidem*, §44.

¹²⁶ Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Xavier Da Silva c. France*, 21 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 309 ; Cour eur. D.H., arrêt *Smirnov c. Russie*, 7 juin 2007 et Cour eur. D.H., arrêt *Sommer c. Allemagne*, 27 avril 2017 cité par O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 209.

¹²⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Duyck c. Belgique*, 13 avril 2021, §29, *J.T.*, 2021, p. 905 à 907 et obs. T. BONTINCK, « La conventionnalité de la perquisition d'un cabinet d'avocat dépend du respect de conditions strictes ».

¹²⁸ Dans ce sens voy. A. JACOBS, *op. cit.*, p. 422 et O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 209.

ces perquisitions, celles-ci doivent être proportionnées aux différents objectifs recherchés par les enquêteurs et ciblées quant à l'objet recherché¹²⁹.

Afin de pallier cette absence de règles, un certain usage s'est développé au fil du temps et prévoit que cette perquisition soit effectuée par le juge d'instruction en personne, avec la présence de l'avocat dont le cabinet fait l'objet de cette mesure, ainsi que du bâtonnier de l'Ordre ou de son représentant¹³⁰.

Cependant, un certain nombre d'auteurs de doctrine relèvent à juste titre que ces usages, bien qu'ils soient ô combien souhaitables afin de garantir le secret professionnel, lorsqu'ils ne sont pas respectés, n'entraîneront aucune sanction au vu de cette carence législative constatée¹³¹. Ces pratiques relèvent d'avantage des relations entre d'une part, les barreaux et d'autre part, les juges d'instruction¹³². En pratique, ces constats se sont notamment révélés fondés dans des décisions judiciaires.

En effet, dans un arrêt du 26 février 2004, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège a considéré que « si la présence d'un représentant de la profession exercée par la personne chez qui a lieu la visite domiciliaire peut certes paraître souhaitable, elle ne relève que d'un usage non expressément consacré par la loi et dont la méconnaissance ne constitue, en soi, ni irrégularité ni cause de nullité »¹³³. En 2018, la Cour de cassation quant à elle, évoque même un « usage constant »¹³⁴.

Enfin, lorsque l'on met en parallèle l'état du droit belge et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, quelques difficultés peuvent apparaître... En effet, outre le manque de clarté des usages développés en matière de perquisitions, Ann JACOBS pointe notamment le fait que ni la législation, ni même la jurisprudence ne déterminent avec suffisamment de précision les possibilités de perquisitions au sein des cabinets d'avocats, ce qui pourrait entraîner une condamnation de la Belgique sur base de l'article 6 et 8 de la Convention¹³⁵. Nous reviendrons infra sur les différentes solutions envisagées quant à ces

¹²⁹ Corr. Bruxelles, 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 617 et note P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeurs ».

¹³⁰ A ce sujet voy. O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 209 ; A. JACOBS, *op. cit.*, p. 424 et P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 227.

¹³¹ O. MICHIELS, *ibidem*, p. 209 et A. JACOBS, *ibidem*, p. 424.

¹³² P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 205 à 207 et 208 et s.

¹³³ Liège (mis. acc.), 26 février 2004, *Journ. proc.*, 2004, p. 22 et note de S. D'ORAZIO, « Cabinet d'avocat... « asyle sacré » ou banque d'information ? ».

¹³⁴ Cass., 23 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2020, p. 311.

¹³⁵ A. JACOBS, *op. cit.*, p. 428 et 429.

mesures de perquisitions dans notre législation, tout en garantissant le respect du secret professionnel.

Brièvement et à titre de comparaison, nos voisins français ont quant à eux prévu spécifiquement à l'article 56-1 du Code de procédure pénale que « les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué »¹³⁶. De plus, afin de s'assurer du respect des droits de la défense, le magistrat doit avertir le bâtonnier que celui-ci pourra assister à la perquisition et ce, avant le début de celle-ci¹³⁷.

Sous-section 3. Les diverses saisies dans le cadre d'une perquisition

Dans le cadre d'une perquisition organisée au sein d'un cabinet d'avocat, les enquêteurs, mais surtout comme nous avons pu le voir, le magistrat, seront amenés à prendre connaissance d'un certain nombre de documents papier ou sous format électronique potentiellement couverts par le secret professionnel. Cependant, comment garantir le respect de ce secret alors que ce magistrat, d'une manière ou d'une autre, prendra connaissance de ceux-ci dans le cadre de ces recherches pendant le déroulement de cette dite perquisition ?

Au sein de nombreuses affaires pénales, notamment à caractère financier, l'avocat est amené à analyser des éléments de son dossier à son cabinet, en ce compris ceux qui pourraient établir l'existence d'une infraction, éléments qui, par la suite, pourraient être saisis régulièrement dans le cadre d'une perquisition, ce qui doit amener l'avocat à être prudent en évitant d'emporter ces pièces avec lui¹³⁸.

Malgré cela, dans le cadre d'une saisie, une majorité de la doctrine suivie par ailleurs par la jurisprudence considère que le juge d'instruction, seul, apprécie les éléments couverts par le secret professionnel et ainsi délimite la saisie, après avoir demandé l'avis du bâtonnier ou de son représentant¹³⁹. En effet, dans un jugement du 29 mars 2001, le tribunal correctionnel de Bruxelles précise « qu'il appartient au magistrat instructeur seul, après avis du représentant

¹³⁶ C. proc. pén. fr., art. 56-1.

¹³⁷ J. PRADEL, « Le secret professionnel de l'avocat devant la justice pénale. Le point sur l'état actuel du droit français », *Ann. dr.*, 2000, n°2, p. 169.

¹³⁸ P. HENRY, « Secret professionnel : condamnation de la technique de l'ouvre-boîte », *J.L.M.B.*, 2021/19, p. 858.

¹³⁹ A ce sujet voy. not. A. JACOBS, *op. cit.*, p. 425 et O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 209.

professionnel qualifié, de décider quelles sont les pièces couvertes par le secret professionnel et qui ne peuvent, dès lors, être saisies »¹⁴⁰. La Cour de cassation, dans un arrêt de 2004, semble approuver cette position en estimant que le juge d'instruction « est la seule autorité compétente qui, à ce stade, peut apprécier les éléments utiles à la manifestation de la vérité et identifier celles des pièces qui, le cas échéant, se rapportent à ce secret », tout en précisant que cette saisie est provisoire et peut faire l'objet d'un contrôle¹⁴¹.

Les barreaux ne sont quant à eux pas de cet avis et considèrent que ce tri de pièces et la prise de connaissance de celles-ci doivent être effectués par le bâtonnier ou le représentant de celui-ci, de manière à ce que seuls les documents qui échappent au secret professionnel soient remis au juge d'instruction¹⁴².

Cependant, malgré ce tri opéré par le juge d'instruction en personne, il appartiendra dans un premier temps à la chambre des mises en accusation, puis si nécessaire aux juridictions de fond, de contrôler la régularité de la perquisition et les éventuelles saisies réalisées afin d'apprécier si ces mesures ont respecté le secret professionnel de l'avocat¹⁴³. A ce titre, la Cour d'appel de Bruxelles a rappelé, dans un arrêt de 2001, 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 pièce à conviction ». Elle poursuit en indiquant que « la seule circonstance que le délégué du bâtonnier a estimé que les 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 »¹⁴⁴.

La Cour européenne des droits de l'Homme s'est montrée quant à elle, à plusieurs reprises, d'avantage plus claire en la matière. En effet, dans son arrêt *André et autres c. France*, celle-ci indiquait que « la saisie, dans le cabinet d'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

¹⁴⁰ Corr. Bruxelles, 29 mars 2001, *op. cit.*, p. 617.

¹⁴¹ Cass., 9 juin 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 103.

¹⁴² P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 228 et 229. L'auteur explique notamment les deux thèses qui s'affrontent sur le sujet.

¹⁴³ A ce sujet, voy. P. HENRY, « Secret professionnel : condamnation... », *op. cit.*, p. 860 et O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 210.

¹⁴⁴ Bruxelles, 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735. Cet arrêt a par ailleurs été confirmé par deux arrêts de la Cour de cassation des 2 novembre 2011 et 24 avril 2012.

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 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 »¹⁴⁵.

En outre, au vu de l'augmentation de l'utilisation de système informatique, la question se pose de savoir si ces principes s'appliquent également lors des recherches dans ce type de système. Dans son arrêt *Wieser et Bicos* de 2007, la Cour a confirmé sa jurisprudence en indiquant que ces principes s'appliquaient également à la saisie de données électroniques¹⁴⁶. Cependant cette saisie pose quelques problèmes pratiques étant donné le fait qu'il est difficile d'identifier à première vue, dans un disque dur ou une messagerie, les éléments couverts ou non par le secret professionnel¹⁴⁷.

De plus, s'agissant de la saisie de messageries électroniques, la juridiction de Strasbourg s'est également prononcée, dans l'arrêt *Vinci Construction et GTM Génie civil et Services c. France*¹⁴⁸. En effet, dans cette affaire, un certain nombre de documents mais aussi l'ensemble des messageries électroniques avaient été saisis bien que certains d'entre eux contenaient des informations couvertes par le secret professionnel entre un avocat et son client, la Cour ayant considéré que le juge saisi d'un recours par les requérants, alors qu'il avait constaté la présence de documents couverts par le secret professionnel, s'est cantonné d'apprécier la régularité formelle de la saisie sans pour autant effectuer un examen concret de celle-ci¹⁴⁹. En conséquence, elle a jugé que ces saisies litigieuses étaient disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi et qu'elles ont été exécutées en violation de l'article 8 de la Convention¹⁵⁰.

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle est également intervenue afin de garantir le respect du secret professionnel des avocats en ce qui concerne les systèmes informatiques. Dans son arrêt du 6 décembre 2018, la haute juridiction a annulé l'article 2 de la loi du 25 décembre 2016 visant à modifier l'article 39bis du Code d'instruction criminelle car cette modification ne

¹⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt *André et a. c. France*, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864. Cette jurisprudence fut notamment confirmée dans les arrêts *Heino c. Filande*, 15 février 2011 et *Robathin c. Autriche*, 3 juillet 2012.

¹⁴⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, 16 octobre 2007.

¹⁴⁷ P. HENRY, *op. cit.*, p. 859.

¹⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Vinci Construction et GTM Génie civil et Services c. France*, 2 avril 2015. Pour une analyse précise de cet arrêt, voy. T. BONTINCK et A. GUILLERME, « L'encadrement timide des « perquisitions concurrence » par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, p. 261.

¹⁴⁹ M. MORIS, « Le secret professionnel de l'avocat au regard de l'article 8... », *op. cit.*, p. 193 à 195.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 195.

prévoit nullement de disposition spécifique en vue de garantir le secret professionnel. La Cour indique qu'« il n'est pas justifié que la clause de protection du secret professionnel des avocats et des médecins ne soit prévue que lorsque la recherche dans un système informatique qu'ils utilisent à titre professionnel est menée en secret et non qu'elle est portée à leur connaissance. En effet, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des personnes qui leur ont confié des informations couvertes par leur secret professionnel intervient de la même manière, que la recherche soit menée à l'insu ou non de l'avocat ou du médecin concerné »¹⁵¹.

Sous-section 4. L'hypothèse dans laquelle l'avocat est soupçonné en personne

Dans certaines hypothèses, il est probable qu'un avocat face l'objet d'une enquête pénale, celui-ci étant soupçonné d'avoir commis certaines infractions. Cependant, les conditions prévues afin de garantir le secret professionnel sont-elles identiques que celles mentionnées supra ? L'avocat aurait-il le droit de révéler certaines informations afin de se défendre et de ce fait, violer en partie le secret professionnel ?

La Cour européenne des droits de l'Homme a eu à se prononcer sur cette question notamment dans son arrêt *Versini-Campichi et Crasnianski c. France*¹⁵². Dans cette affaire, il s'agissait de la faculté d'utiliser la transcription d'une écoute téléphonique qu'un avocat a eu avec son client, celui-ci étant légalement placé sur écoute et qui révélera que les propos tenus par l'avocat présument la participation de celui-ci à une infraction¹⁵³. Celle-ci a conclu à l'absence de violation de l'article 8 en rappelant toutefois que lorsqu'il est question des droits de la défense du client, les communications entre un avocat et celui-ci sont toujours couvertes, néanmoins, lorsqu'une quelconque présomption pèse sur l'avocat de sa participation à une infraction, ces communications ne sont pas couvertes¹⁵⁴.

En ce qui concerne la saisie de données électroniques, la Cour a eu à se prononcer dans une affaire concernant un avocat, lui aussi soupçonné d'avoir commis des infractions. En effet, dans l'arrêt *Kirdök et autres c. Turquie*, la Cour constate que « la saisie, puis le refus de restitution, d'un ensemble de données électroniques appartenant à des avocats qui ont un cabinet commun avec un de leurs confrères, soupçonné d'activités illégales, mais dont il a été clairement dénoncé, puis établi, qu'elles ne lui appartenaient pas, sans qu'aucune procédure de filtrage

¹⁵¹ C.C., 6 décembre 2018, n°174/2018, B.26.1.

¹⁵² Cour eur. D.H., arrêt *Versini-Campichi et Crasnianski c. France*, 16 juin 2016, J.L.M.B., 2016, p. 1252 et s.

¹⁵³ M. MORIS, *op. cit.*, p. 181.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 188.

n'ait été mise en œuvre, viole donc l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »¹⁵⁵.

En droit belge, dès lors qu'un avocat est soupçonné d'avoir commis une quelconque infraction, les mesures d'enquête qui pourraient porter atteinte au secret professionnel ne peuvent être réalisées, sans avoir au préalable averti le bâtonnier de l'Ordre¹⁵⁶. De plus, afin de respecter le secret professionnel, l'avocat faisant l'objet de mesures d'enquête peut solliciter lui-même la présence de son bâtonnier ou de son représentant, celui-ci pouvant ainsi déterminer les pièces couvertes par le secret professionnel qui ne pourront être consultées par les autorités judiciaires, afin que seules celles non couvertes puissent l'être¹⁵⁷.

Notons que l'avocat ne peut cependant pas détourner la finalité du secret professionnel en s'en prévalant, afin de dissimuler une infraction qu'il aurait commise ou dont il serait complice¹⁵⁸. A titre d'illustration, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré, dans une décision de 2015, qu'un avocat qui encaisserait des sommes dont la source est illégale afin de dissimuler l'origine de la provenance de celles-ci et ce, sur son compte tiers, pourrait être reconnu coupable de blanchiment d'argent¹⁵⁹. En d'autres termes, il n'est nullement question que le secret professionnel de l'avocat ne puisse servir à celui-ci pour soustraire aux enquêtes menées par les autorités judiciaires des éléments prouvant qu'il ait participé à une infraction¹⁶⁰.

Très récemment encore, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège s'est prononcée quant à la saisie d'un courrier entre un avocat et son bâtonnier, la Cour ayant considéré que celui-ci était couvert par le secret professionnel et que cette saisie était illégale et inexploitable, tout en rappelant les règles applicables lorsqu'un avocat est personnellement suspecté dans une affaire. En effet, la Cour énonce que « quand le dépositaire du secret professionnel est personnellement mis en cause, il appartient au juge d'instruction de décider quelles sont les pièces qui sont couvertes par le secret professionnel, après avoir recueilli l'avis du délégué de la profession. On sait que selon le bâtonnier C., ce courrier est couvert par le secret professionnel. Il est également constant que les pièces en relation directe avec l'infraction doivent être considérées comme non couvertes par le secret professionnel. Il va de soi que le

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Kırdök et autres c. Turquie*, 3 décembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 292 à 299.

¹⁵⁶ M. MORIS, *op. cit.*, p. 196.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 196.

¹⁵⁸ O. Michiels, *op. cit.*, p. 211.

¹⁵⁹ Bruxelles, 17 décembre 2015, *Rev. dr. pén.*, 2017, p. 187.

¹⁶⁰ M.-A. BEERNAERT, H.D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, t. I, 8^{ème} éd., Bruxelles, la Charte, 2017, p. 738.

secret professionnel n'a pas pour vocation de servir à couvrir des infractions dont un avocat est suspecté »¹⁶¹.

Dans l'observation¹⁶² qu'il consacre à cet arrêt, Patrick HENRY s'interroge quant aux dérives qui pourraient exister en la matière. En effet, afin d'avoir accès à certaines informations couvertes par le secret professionnel, ne suffirait-il pas d'inculper l'avocat personnellement de participation à l'infraction que l'on reproche à son client ? Ceci permettrait de considérer que les correspondances entre l'avocat et son client fondent le corps du délit, ce qui donnerait la possibilité au juge d'éplucher l'ensemble du dossier de l'avocat afin de vérifier si des indices de participation à une infraction ne s'y trouvent pas. C'est ce qu'il appelle la « technique de l'ouvre-boîte » qu'il considère comme étant clairement un détournement de la procédure en rappelant que pour qu'un avocat soit mis en prévention, il ne peut s'agir simplement que d'un soupçon ou d'une vague impression, mais bien d'indices matériels précis quant à sa participation à la commission d'une quelconque infraction.

SECTION 2. L'affaire dite des « écoutes » : illustration d'une rupture assumée du secret professionnel durant l'enquête pénale ?

Sous-section 1. Le contexte de l'affaire¹⁶³

Dans le cadre d'une enquête sur le prétendu financement du régime libyen de sa campagne présidentielle de 2007, Nicolas Sarkozy, avocat au barreau de Paris, est placé sur écoute téléphonique du mois de septembre 2013 au mois de mars 2014. En effet, par plusieurs commissions rogatoires, des juges d'instruction ont donné l'ordre que soient placées sur écoute trois lignes téléphoniques utilisées par l'intéressé. L'une d'entre elle, ouverte au nom de Bismuth, écoutée depuis le 22 janvier 2014, s'est avérée être utilisée par Nicolas Sarkozy afin de communiquer avec son avocat, Me Thierry Herzog.

Sur la ligne téléphonique en question, plusieurs propos enregistrés entre le 28 janvier et le 5 février 2014 ont fait soupçonner la commission de faits nouveaux, ceux-ci pouvant faire l'objet

¹⁶¹ Liège (mis. acc.), 18 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 854 à 857.

¹⁶² P. HENRY, *op. cit.*, p. 861 à 863.

¹⁶³ A ce sujet voy. J.-P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016/22, p. 1027 et 1028 ; P. NEUVILLE, *op. cit.*, p. 26 et 27 ; C. INGRAIN, R. LORRAIN et L. SAENKO, « Le secret professionnel de l'avocat balayé par les écoutes téléphoniques », *Gaz. Pal.*, 2016, n°14, p. 899 ; A.-S. LAGUENS, « Sarkozy et son avocat sur écoute : le secret professionnel est désacralisé », *Le Nouvel Observateur*, 10 mars 2014, disponible sur <https://leplus.nouvelobs.com/contribution/1156693-sarkozy-et-son-avocat-sur-ecoute-une-inquietante-desacralisation-du-secret-professionnel.html>.

d'une qualification pénale, dont les juges d'instruction n'étaient pas saisis originellement, mais dont ils ont été informés le 7 février 2014 après révélation par l'officier de police judiciaire délégué. Le 17 février, par une ordonnance de soit-communiqué, les juges d'instruction ont avisé le procureur de la République financier des faits nouveaux en question, celui-ci ayant pris la décision d'ouvrir une nouvelle information judiciaire pour trafic d'influence, complicité, violation du secret de l'instruction et recel de ces infractions. Dans un second temps, les juges d'instruction ont diligenté de nouvelles commissions rogatoires, aux fins de transcrire les propos recueillis lors des écoutes téléphoniques réalisées dans la procédure qui en était à l'origine, écoutes qui par ailleurs, s'étaient poursuivies entre le 7 février et le 26 février 2014.

Quelques jours plus tard, le 4 mars 2014, Me Thierry Herzog, avocat de Nicolas Sarkozy, a subi un certain nombre de perquisitions dans le cadre de l'instruction ouverte pour trafic d'influence et violation du secret de l'instruction dans lesquelles des téléphones, des courriels ainsi qu'un agenda furent saisis par la justice, saisie qui fut d'ailleurs contestée par le bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris. L'instruction ouverte pour trafic d'influence et violation du secret de l'instruction avait pour fondement des éléments et informations issus d'un autre dossier, à savoir l'enquête sur le prétendu financement libyen, qui précède les perquisitions contestées, et qui concerne le client de Thierry Herzog, à savoir l'ancien Président de la République.

Comme l'a très justement souligné le bâtonnier de Paris de l'époque, il n'est nullement question de réclamer la moindre mesure de faveur à l'endroit des avocats, si ceux-ci se rendent auteurs ou complices d'une quelconque infraction, mais bien de rappeler le principe fondamental du secret professionnel des avocats garantissant aux citoyens le respect de toutes leurs confidences. En effet, les avocats ne sauraient s'opposer à la pratique des écoutes, dès lors que celles-ci sont strictement encadrées, si des indices graves et concordants présument que l'avocat a commis une infraction pénale et ce, après en avoir informé le bâtonnier de l'Ordre comme le prévoit la procédure. Cependant, les écoutes ne doivent pas servir à débayer de potentielles infractions qui gravitent autour d'une infraction principale, or c'est bien le cas dans ce dossier.

Dans cette affaire, ce qui inquiète réellement les barreaux, c'est que les écoutes pratiquées sur cette ligne téléphonique sont issues du dossier du prétendu financement libyen et pas celui relatif au trafic d'influence et de la violation du secret de l'instruction. En effet, quand les écoutes ont été réalisées, elles l'ont été dans le cadre du dossier qui concernait Nicolas Sarkozy, client de Thierry Herzog, et pas Thierry Herzog en personne, celui-ci n'étant pas soupçonné, à ce moment-là, d'être complice de corruption. Par ailleurs, il s'avère que ces écoutes, contenant

des informations confidentielles échangées entre un avocat et son client, ont été pratiquées en dehors de tout cadre procédural et de tout avertissement du bâtonnier alors que cette formalité est prescrite à peine de nullité, l'information judiciaire n'ayant été ouverte pour ces faits que le 17 février 2014.

Ces écoutes incidentes entre l'ancien Président et son avocat font suspecter ceux-ci d'avoir cherché à obtenir des informations auprès d'un haut magistrat à la Cour de cassation sur l'état du dossier dit « Bettencourt », informations couvertes par le secret, en échange d'un poste de conseiller d'État dans la principauté de Monaco auquel ce magistrat souhaitait postuler. Finalement, aucune intervention n'a été faite de l'ancien Président, ni même la promotion de ce magistrat mais ceci suffirait à établir l'infraction de trafic d'influence.

Par la suite et sur la base de ces informations, Nicolas Sarkozy, son avocat Thierry Herzog ainsi que Gilbert Azibert, premier avocat général à la Cour de cassation seront mis en examen.

Un certain nombre d'actes de procédure s'en sont suivis, notamment la demande en nullité introduite par Nicolas Sarkozy, devant la chambre de l'instruction, visant les écoutes téléphoniques pratiquées sur la ligne destinée à échanger avec son avocat.

Cependant, dans son arrêt du 7 mai 2015, la deuxième chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris a rejeté cette requête la déclarant mal fondée et considérant par ailleurs, que le fait d'utiliser une ligne téléphonique prise sous le nom d'un tiers, à savoir « Bismuth », accordait aux juges d'instruction à estimer que celle-ci n'appartenait pas au cabinet ni au domicile d'un avocat et que dès lors, les garanties prévues par les articles 100-5 et 100-7 du Code de procédure pénale ne devaient pas être respectées. De plus, dans son arrêt, la chambre de l'instruction précise qu'au préalable, il existait un soupçon, en l'occurrence l'utilisation d'une ligne téléphonique sous un nom emprunté, qui s'était renforcé et même transformé en plusieurs présomptions pouvant faire l'objet de qualifications pénales, notamment celles de trafic d'influence et de recel de violation du secret professionnel.

Après cet arrêt de la Cour d'appel de Paris, chambre de l'instruction, plusieurs pourvois en cassation ont été introduits et la Cour de cassation a rendu trois arrêts successifs, arrêts que nous allons analyser infra.

Sous-section 2. Les trois arrêts du 22 mars 2016 de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers un affaiblissement du secret professionnel ?

Pendant la phase d'instruction de cette affaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu trois arrêts successifs¹⁶⁴, sur les pourvois introduits respectivement par Me Thierry Herzog, Nicolas Sarkozy et le haut magistrat, Gilbert Azibert.

Dans l'analyse qu'ils y consacrent¹⁶⁵, Christophe INGRAIN, Rémi LORRAIN et Laurent SAENKO pointent un certain nombre de problématiques notamment celle de l'objet des écoutes téléphoniques et du danger lié de violation du secret professionnel de l'avocat, mais également, celle du prolongement de ces écoutes téléphoniques après avoir découvert des « faits nouveaux » et du danger lié de violation du principe de saisine *in rem* du magistrat instructeur.

Tout d'abord, ceux-ci mentionnent que la Cour de cassation, afin de rejeter les arguments de nullités concernant l'interception de la ligne téléphonique utilisée par Nicolas Sarkozy avec son avocat Thierry Herzog, a dans un premier temps énoncé que Thierry Herzog n'assurait pas la défense de l'intéressé « qui n'est ni mis en examen ou témoin assisté ni même n'a été placé en garde à vue dans la procédure en cause »¹⁶⁶. Selon certains¹⁶⁷, cet argument est difficilement défendable dans la mesure où l'exercice des droits de la défense ne se cantonne pas au domaine pénal et que dans cette matière, il n'existe pas que des situations de mis en examen, de témoin assisté ou de gardé à vue... On peut penser à la personne suspectée qui sera entendue dans le cadre d'une audition libre prévue à l'article 61-1 du Code de procédure pénale. De plus, le fait de mentionner que Thierry Herzog ne défendait pas Nicolas Sarkozy est pour le moins étrange, quand il est de notoriété publique que celui-ci est son avocat depuis à peu près vingt ans et a assuré sa défense dans un certain nombre de procédures entre autres dans l'affaire Clearstream où l'ancien Président a été partie civile¹⁶⁸.

Les trois auteurs signalent que par ailleurs, la Cour de cassation affirme que la teneur des propos serait « étranger à tout exercice des droits de la défense dans ladite procédure ou dans toute

¹⁶⁴ Cass. fr. (crim.), 22 mars 2016, n°15-83205, n°15-83206 et n°15-83207 disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

¹⁶⁵ Concernant l'analyse qui suit dans cette sous-section 2 voy. C. INGRAIN, R. LORRAIN et L. SAENKO, *op. cit.*, p. 900 à 902.

¹⁶⁶ Cass. fr. (crim.), 22 mars 2016, n°15-83206, 3^{ème} moyen de cassation.

¹⁶⁷ J.-P. BUYLE et P. HENRY, *op. cit.*, p. 1028 et 1029. Les auteurs considérant par ailleurs que cet argument est contraire à la jurisprudence de la Cour eur. D.H. notamment l'arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012.

¹⁶⁸ J.-Y. DUPEUX, « L'affaire Sarkozy – Herzog ou la mise en péril du secret des conversations entre avocat et client », *J.T.*, p. 399.

autre » et que ceux-ci « révèlent des indices de participation à des faits susceptibles de qualification pénale ». Ils relèvent également la différence de traitement existant entre l’avocat et le magistrat (Thierry Herzog et Gilbert Azibert). Pour ce qui est de l’avocat, l’indice de participation à une infraction peut être ultérieur à la mesure contraignante (étant donné que ce sont bien les écoutes qui révèlent la suspicion de participation), tandis que pour le magistrat, l’indice doit être antérieur à la mesure contraignante (d’après l’arrêt, « il n’existait aucun indice de participation d’un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction »¹⁶⁹), ce qui veut dire que c’est l’indice de participation qui permet la perquisition¹⁷⁰.

De plus, ils mentionnent que la Haute juridiction française refuse d’utiliser la règle de l’avis du bâtonnier à Me Herzog en estimant futile le fait d’augmenter l’ensemble des garanties au stade de la captation aux écoutes indirectes d’un avocat, mais tolère que l’enregistrement des conversations pouvant contenir des informations faisant présumer une quelconque participation d’un avocat à une infraction, et pour laquelle le magistrat instructeur n’est pas saisi, s’élargisse aux écoutes incidentes, en estimant nécessaire d’augmenter l’ingérence au stade de l’enregistrement. Cette argumentation aboutit à considérer Nicolas Sarkozy comme avocat (ce qu’il est, mais dans cette affaire il est surtout client) et Thierry Herzog considéré comme ne l’étant pas... La Cour de cassation a cependant annulé la transcription des écoutes entre le bâtonnier et Thierry Herzog, le bâtonnier étant averti de celles-ci, alors que celles entre deux avocats à savoir Nicolas Sarkozy et Thierry Herzog est bien valide bien qu’aucun d’eux n’en soit informé.

Ensuite, Christophe INGRAIN, Rémi LORRAIN et Laurent SAENKO évoquent que selon la chambre criminelle, l’article 8 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l’Homme « n’a pas été méconnu » aux motifs que ces captations constitueraient « une ingérence nécessaire » et que la législation relative à celles-ci répondrait à « des exigences précises ». Sur ce premier élément, « pour ne pas dépasser les bornes de la nécessité », la juridiction du Conseil de l’Europe veille au respect de la « prééminence du droit » et de « la proportionnalité de l’ingérence au but légitime poursuivi »¹⁷¹. Sur le deuxième élément, ces trois arrêts de la Cour de cassation démontrent le côté imprévisible de cette notion de « nécessités de l’information » : celle-ci est tout d’abord imprécise en ce qui concerne son champ d’application personnel car

¹⁶⁹ Cass. fr. (crim.), 22 mars 2016, n°15-83207, 8^{ème} moyen de cassation.

¹⁷⁰ La Cour de cassation ayant été perquisitionnée dans cette affaire suite à l’implication du haut magistrat.

¹⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012, §120.

elle donne la possibilité d'écouter, avocat ou pas, « toute personne, impliquée ou témoin (...) même s'il n'existe à son encontre aucun indice laissant présumer sa participation à la commission d'une infraction ». Elle est ensuite ambiguë pour ce qui concerne son champ d'application matériel étant donné que celle-ci permet de couvrir un certain nombre d'informations : aussi bien l'information initiale découlant des diverses commissions rogatoires prises dans le cadre de l'affaire libyenne, que celle provoquée venant des commissions rogatoires visant la retranscription des différentes écoutes accomplies au sein de la procédure initiale. Enfin, celle-ci n'est pas contrôlée étant donné que cette décision de captation n'est pas motivée et n'est susceptible d'aucun recours.

La seconde problématique pointée par les trois auteurs concerne le prolongement des écoutes téléphoniques après avoir découvert des « faits nouveaux » ainsi que l'atteinte au principe de la saisine *in rem* du magistrat instructeur.

En effet, il est prévu que le magistrat instructeur (devant instruire sur des faits dont il a été saisi soit par le parquet, soit par la partie civile et seulement sur cesdits faits) est saisi *in rem*¹⁷². Cependant, si à l'occasion de ces recherches, il fait la découverte de faits nouveaux pouvant être qualifiés pénalement, celui-ci « doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent, conformément à l'article 80, alinéa 3 du Code de procédure pénale. La jurisprudence lui permettant par ailleurs de vérifier sommairement ces faits nouveaux avant une quelconque communication au parquet comme à titre d'exemple, le fait de demander certaines précisions à la personne mis en examen, en procédant à un interrogatoire ou en auditionnant certains témoins, mais rien de plus ».

Dans cette affaire, le problème visé par les auteurs est que les magistrats instructeurs ont communiqué, en date du 17 février 2014, au procureur de la République financier des faits nouveaux que ceux-ci avaient décelés.

Afin de valider les écoutes téléphoniques qui ont été effectuées avant comme après avoir découvert ces faits nouveaux, la Cour de cassation de France effectue une étrange analyse de la situation. En effet, celle-ci commence par réaliser une analyse formelle de la licéité des écoutes téléphoniques effectuées avant cette découverte des faits nouveaux, la haute juridiction les déclarant recevables en alléguant que celles-ci ont été diligentées en exécution d'une commission rogatoire ayant été délivrée régulièrement dans la procédure originale et ce, aux fins de chercher la manifestation de la vérité « relativement aux faits dont les juges d'instruction

¹⁷² Cass. fr. (crim.), 22 mars 2016, n°15-83205, 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} moyens de cassation.

étaient saisis » à savoir, le prétendu financement illégal de campagne. Dans un second temps, la Cour de cassation réalise une analyse substantielle de l'aboutissement des écoutes téléphoniques qui ont été réalisées cette fois après la naissance de divers indices de commission de faits différents. D'après la Cour, la « poursuite » des écoutes téléphoniques originaires « après l'apparition d'indices de commission de faits distincts » a « permis d'en vérifier la substance et de s'assurer qu'ils étaient susceptibles d'une qualification pénale ». Enfin, la haute juridiction effectue une analyse contextuelle de la requête du 7 février 2014, celle par laquelle l'officier de police judiciaire délégué a reçu les fadettes de Me Herzog, la Cour considérant celle-ci comme n'étant pas un acte contraignant.

Ces différentes justifications données par la Cour de cassation ne convainquent absolument pas les trois auteurs. Tout d'abord, ceux-ci regrettent que la Cour de cassation appréhende les écoutes téléphoniques effectuées après le 7 février 2014 comme étant simplement la « poursuite » des écoutes téléphoniques effectuées avant, étant donné qu'entre ces deux moments, il y a bien eu une cassure, c'est-à-dire la prise de connaissance, par les magistrats instructeurs, de faits autres étant susceptibles de revêtir une qualification pénale distincte de celle dont ils étaient saisis initialement. Cependant, cet élément modifie aussi bien l'objet que la finalité des écoutes téléphoniques effectuées entre le 7 février et le nouveau réquisitoire introductif, délivré en date du 26 février. Le contenu des divers propos qui ont été recueillis lors desdites écoutes, ceux-ci n'ayant aucun rapport avec l'objet même de la procédure initiale, amène à penser que le maintien de celles-ci n'étaient plus forcément justifié par la volonté de rapporter la preuve des faits initiaux, mais, plutôt, d'établir le caractère crédible des faits nouveaux. La référence, comme fondement juridique, à la commission rogatoire du 24 septembre 2013 et ce, même de manière indirecte, des diverses écoutes effectuées après le 7 février paraît assez étrange.

Deuxièmement, les divers motifs énoncés par l'arrêt donnent le sentiment que la recevabilité des différentes écoutes réalisées après cette date se fonde sur leur efficacité et oublie également le fait que la conformité d'un acte d'instruction s'examine par sa seule conformité à la loi et pas par le résultat obtenu en la matière. L'argument développé par la Cour est en effet fragile, étant donné que la poursuite des diverses écoutes a entraîné la mise en examen des trois intéressés sur le fondement des faits nouveaux, non pas des faits initiaux.

Enfin, en réponse au cinquième moyen de cassation, la Cour estime que la réquisition effectuée le 7 février 2014 ne constitue en rien un acte contraignant. Cela insinue qu'en y ayant recours, les magistrats instructeurs ont effectué un contrôle sommaire en attendant de saisir le parquet.

Assurément, il est permis que le magistrat instructeur ait la possibilité, dans ce cadre précis, d'être poussé à effectuer un certain nombre de vérifications auprès de par exemple, un opérateur téléphonique ou diverses administrations. Cependant, dans cette affaire, ce n'est pas la réquisition en question qui matérialise véritablement la contrainte, mais précisément les écoutes téléphoniques effectuées à partir du 7 février 2014, comme le soutenait d'ailleurs le pourvoi. Pour le reste, c'est en raison de l'atteinte grave à l'intimité de la vie privée que les écoutes téléphoniques ne sont prescrites qu'en matière de lutte contre la criminalité organisée et ce, au stade de l'enquête, conformément à l'article 706-95 du Code de procédure pénale. La chambre criminelle de la Cour de cassation a malgré tout estimé que les écoutes téléphoniques effectuées après cette prise de connaissance, par les juges d'instruction, des faits nouveaux, que celles-ci étaient la simple « poursuite » des écoutes réellement effectuées dans l'esprit et le cadre de la procédure initiale.

En guise de conclusion, cette considération amène Christophe INGRAIN, Rémi LORRAIN et Laurent SAENKO à faire deux observations.

La première d'entre elles s'exprime sous la forme d'un regret. En effet, dans cette affaire, par son mutisme, la haute juridiction se refuse explicitement à réaliser le moindre contrôle sur le temps que le magistrat instructeur met à avertir le procureur de la République des faits nouveaux, alors que conformément à l'article 80, alinéa 3, du Code de procédure pénale, celui-ci doit « immédiatement » avertir le procureur de la République. Or, dans cette affaire, avisés de ces faits le 7 février 2014, les magistrats instructeurs n'ont communiqué l'information que le 17 février, à savoir dix jours plus tard. Est-ce cela « immédiatement », sachant que traditionnellement, la Cour de cassation interprète ce terme de manière très restrictive ?

La seconde, quant à elle, s'exprime sous la forme d'une crainte, à savoir celle de voir la portée de ces trois arrêts de la Cour de cassation vider de toute sa substance l'article 80, alinéa 3, du Code de procédure pénale. Cette disposition a pourtant le mérite de la clarté : elle édicte au magistrat instructeur de suivre une certaine chronologie (celui-ci « doit » saisir le procureur de la République avant de potentiellement instruire, et non pas instruire pour, après coup, avertir le procureur) et une autorité définie (à savoir être saisi par le procureur de la République et non pas le procureur de la République financier). Le fait de contourner cette règle chronologique risquerait d'entraîner un double cataclysme : entériner la pratique des « filets dérivants » (à savoir le fait de chercher sans savoir exactement ce que l'on cherche mais dans l'espoir de trouver quelque chose) mais également de changer le rôle des différents acteurs de la procédure pénale (le procureur de la République devenant ainsi un simple intermédiaire dans le jeu des

magistrats instructeurs, qui trouveront là une façon astucieuse de s'auto-saisir). Mais de surcroît, le fait de contourner cette règle organique permettrait aux magistrats instructeurs parisiens de profiter d'une sorte de « procureur shopping », leur permettant ainsi de saisir un autre parquet que celui qui les a désignés, en cas de découverte de faits nouveaux.

Tous ces contournements, toutes ces dispositions légales vidées de leur substance ont pour simple effet de porter gravement atteinte, une fois de plus, au secret professionnel de l'avocat. Une fois encore, tout espoir réside du côté de la Cour strasbourgeoise.

SECTION 3. Les solutions envisagées afin de renforcer le secret professionnel durant l'enquête pénale

Afin d'améliorer le respect du secret professionnel des avocats, certains auteurs de doctrine mais aussi des acteurs du monde judiciaire ont formulé un certain nombre de propositions en ce qui concerne la façon dont les mesures d'enquête, notamment celles que nous avons abordées supra, peuvent être améliorées, complétées ou encore renforcées dans le cadre légal actuel. Nous aborderons dans un premier temps les différentes solutions possibles en Belgique avant de se pencher sur la réforme adoptée fin 2021 dans l'hexagone venue tenter de renforcer le secret professionnel.

Sous-section 1. Les diverses solutions envisagées au niveau belge

Tout d'abord, pour ce qui concerne les écoutes téléphoniques, Jean-Pierre BUYLE et Patrick HENRY forment deux propositions en la matière¹⁷³. En effet, ceux-ci font le constat qu'à l'heure actuelle, ce sont les enquêteurs qui exécutent les écoutes et qu'il conviendrait, afin de trouver un meilleur équilibre entre les nécessités d'une instruction et le respect du secret professionnel, que ce soit le juge d'instruction personnellement qui écoute les conversations de l'avocat à l'instar de ce qui se pratique lors d'une perquisition au sein d'un cabinet d'avocats. Ils indiquent par ailleurs, que ce magistrat se ferait assister par le bâtonnier ou le représentant de celui-ci, le juge devant tenir compte des éventuelles observations formulées par le bâtonnier, sans pour autant remettre en cause le pouvoir décisionnel de ce juge, ni même le contrôle s'opérant a posteriori par les juridictions de fond.

De plus, une autre proposition de leur part serait la création d'un organe indépendant, à l'instar de ce qui se déroule aux Pays-Bas, composé d'avocats expérimentés et de magistrats qui ont le

¹⁷³ J.-P. BUYLE et P. HENRY, *op. cit.*, p. 1029 à 1032.

pouvoir d'annuler des ordres d'interception. En effet, cette solution est, de leur point de vue, efficace et proportionnelle et permettrait d'éviter la violation du secret professionnel, à l'heure où un nombre important de communications, informatiques ou téléphoniques, sont captées par des moyens automatiques qu'il n'est pas toujours possible d'écarter lorsqu'elles s'adressent à des avocats. En fonction des caractéristiques de l'ordre juridique en présence, ce type d'organe pourrait être l'Ordre des avocats, ou une quelconque institution spécifique.

Ensuite, en ce qui concerne les perquisitions au sein des cabinets d'avocats, Ann JACOBS, dans la contribution¹⁷⁴ qu'elle y consacre, relève notamment qu'outre le vide juridique existant en la matière, un problème majeur existe en ce que le juge d'instruction, lorsqu'il effectuera la perquisition, sera amené à prendre connaissance d'un certains nombres de documents de nature confidentielle, ne pouvant figurer dans le dossier répressif étant donné que ceux-ci sont couverts par le secret professionnel.

Afin pallier le problème, une première solution pourrait être de s'inspirer de la législation applicable en matière d'écoute téléphonique prévue à l'article 90octies du Code d'instruction criminelle, législation consacrant par ailleurs un rôle actif du bâtonnier. Au minimum, le législateur pourrait appliquer les dispositions prévues en matière d'écoute aux perquisitions, ce qui permettrait de délimiter leur champ d'application, mais aussi de consigner la garantie de la présence du bâtonnier de l'Ordre pendant le déroulement de celles-ci.

En effet, dès lors qu'une perquisition doit être effectuée dans un cabinet d'avocat et ce, afin d'éviter que le magistrat instructeur ne puisse prendre connaissance de certains documents que celui-ci ne pourra utiliser dans la suite de l'instruction, la solution pourrait être que cette perquisition soit opérée par un autre juge d'instruction ou par le président de la chambre du conseil en personne. Cependant, Ann JACOBS pointe d'emblée les limites d'une telle solution aussi bien du point de vue de la durée de la procédure, qui pourrait être désordonnée considérablement, que d'une connaissance faible du dossier en question, avec le risque sérieux d'un accroissement des saisies afin d'éviter d'échapper à un élément essentiel.

Par ailleurs, elle indique qu'au sein de l'avant-projet de Code de procédure pénale, une disposition prévoyait quelques règles qui visaient à protéger le secret professionnel, notamment l'obligation pour le magistrat instructeur, de déterminer l'énoncé du ou des dossiers étant soumis à la perquisition ou à tout le moins l'objet précis et ce, à peine de nullité. Il était

¹⁷⁴ A. JACOBS, *op. cit.*, p. 429 à 431.

également prévu qu'un représentant de l'Ordre soit présent, celui-ci devant déterminer les documents protégés par le secret professionnel.

Enfin, dans la matière des saisies effectuées dans les cabinets d'avocats lors d'une perquisition et afin d'augmenter la protection du secret professionnel, Patrick HENRY, rejoint d'ailleurs par Pierre LAMBERT, évoquent la création du juge du secret¹⁷⁵. En effet, ceux-ci pointent le côté un peu schizophrénique dans lequel le juge d'instruction se trouve lorsque celui-ci examinera un certain nombre de documents et pièces, potentiellement couverts par le secret professionnel, sans pour autant les saisir mais dont il a inévitablement pris connaissance. Comment demander à un magistrat instructeur d'effacer de sa mémoire des éléments qui se révèlent être couverts par le secret, mais dont il a pris connaissance, alors que celui-ci est en charge de recueillir le maximum d'informations dans le cadre de l'instruction ?

D'où cette proposition de créer un juge du secret, indépendant du juge d'instruction et du juge du fond, qui serait en charge de déterminer si une pièce ou un document peut être saisi, lorsque ce document est potentiellement couvert par le secret professionnel.

Ann JACOBS nous indique également la possibilité de s'inspirer du Code de procédure pénale français en son article 56-1¹⁷⁶. Cependant, étant donné l'absence de juge des libertés et de la détention dans notre système belge, nous pourrions prévoir que les pièces potentiellement couvertes par le secret professionnel soient placées sous scellés et transmises à la chambre des mises en accusation qui opérera le tri entre les documents non couverts par le secret professionnel pouvant ainsi être versés au dossier et ceux couverts par le secret.

Sous-section 2. La loi du 22 décembre 2021 : tentative de renforcement du secret professionnel de l'avocat

Sous l'impulsion du nouveau Garde des Sceaux, Éric Dupont-Moretti, la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire fut adoptée et est venue renforcer le secret professionnel des avocats en son article 3¹⁷⁷.

Désormais, en matière de perquisitions, l'article 56-1 du Code de procédure pénale prévoit que : « Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite

¹⁷⁵ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 230 à 232 et P. HENRY, « Secret professionnel : condamnation... », *op. cit.*, p. 863.

¹⁷⁶ A. JACOBS, *op. cit.*, p. 431 et 432.

¹⁷⁷ Loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *J.O.*, 23 décembre 2021, article 3.

et motivée prise par le juge des libertés et de la détention saisi par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition, l'objet de celle-ci et sa proportionnalité au regard de la nature et de la gravité des faits. Le contenu de cette décision est porté à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué dès le début de la perquisition par le magistrat effectuant celle-ci. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité ».

En effet, cet article vient renforcer le secret professionnel en ce qu'il ne permet plus aux enquêteurs d'aller à la « pêche » aux informations au sein des cabinets d'avocats car il faudra préalablement attester de raisons vraisemblables de soupçonner l'avocat, en tant qu'auteur ou complice, d'avoir commis ou tenté de commettre une quelconque infraction faisant l'objet de la procédure ou connexe à celle-ci et ce, sur autorisation préalable du juge des libertés et de la détention¹⁷⁸.

L'alinéa 2 de cet article prévoit par ailleurs que : « Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soit saisi et placé sous scellé ».

En complément de l'article 56-1, le législateur est notamment venu insérer l'article 56-1-1 et 56-1-2. Cet article 56-1-2 prévoit que : « Dans les cas prévus aux articles 56-1 et 56-1-1, sans préjudice des prérogatives du bâtonnier ou de son délégué prévues à l'article 56-1 et des droits de la personne perquisitionnée prévus à l'article 56-1-1, le secret professionnel du conseil n'est

¹⁷⁸ D. LECOMTE, « Le(s) secret(s) professionnel(s) et la démocratie, quel rapport ? », *Rev. eur. intern. dr. fisc.*, 2021/4, p. 614. Bien qu'il y ait un renforcement du secret professionnel, l'auteur relève cependant que c'est bien le magistrat effectuant la perquisition qui prendra connaissance des différents dossiers, celui-ci pouvant en exploiter le souvenir malgré leur potentielle restitution et exclusion du dossier décidée par le JLD.

pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et aux articles 421-2-2, 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 du Code pénal ainsi qu'au blanchiment de ces délits, sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions ».

Si le premier semble renforcer le secret professionnel, il n'en va pas de même en ce qui concerne l'article 56-1-2 mentionné ci-dessus. En effet, en ce qui concerne les infractions listées dans l'article (infractions correspondant à la fraude fiscale, le financement du terrorisme, ainsi que la corruption et le blanchiment de celles-ci), il n'est plus essentiel d'attester de la présence « de raisons plausibles de soupçonner l'avocat d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice », ce qui permet aux enquêteurs d'aller à la pêche aux informations¹⁷⁹.

S'agissant des écoutes téléphoniques, plusieurs dispositions du Code de procédure pénale ont été complétées par la loi du 22 décembre 2021. En effet, un alinéa a été ajouté à l'article 100 dudit Code afin de préciser la procédure en cas d'écoute téléphonique visant un avocat. En effet, celui-ci prescrit que : « Aucune interception ne peut porter sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sauf s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203 et à la condition que la mesure soit proportionnée au regard de la nature et de la gravité des faits. La décision est prise par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par ordonnance motivée du juge d'instruction, prise après avis du procureur de la République ».

De plus, l'article 100-5, troisième alinéa a été complété et mentionne désormais que : « A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et couvertes par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, hors les cas prévus à l'article 56-1-2 du présent code ».

Globalement, nous considérons que cette loi adoptée fin de l'année 2021 est venue renforcer de manière assez significative le secret professionnel de l'avocat en ce qu'elle donne au juge des

¹⁷⁹ D. LECOMTE, *ibidem*, p. 615. L'auteur mentionne la contrariété de cet article avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme notamment son arrêt *André et autres c. France*.

libertés et de la détention un rôle majeur de gardien du secret, celui-ci étant indépendant et se trouvant à équidistance entre l'accusation et la défense.

CHAPITRE 2. Le secret professionnel à l'épreuve du jugement

SECTION 1. La validité de la preuve obtenue en violation du secret professionnel

Sous-section 1. La preuve obtenue illégalement : quelques rappels

Dans les matières pénales et ce, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2003, dit « arrêt Antigone », un élément de preuve obtenu de manière irrégulière ne peut être écarté des débats, sous réserve de trois exceptions énoncées par la Cour à savoir : lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, lorsque l'usage de la preuve contrevient au droit à un procès équitable et enfin, lorsque certaines formes prescrites à peine de nullité n'ont pas été respectées¹⁸⁰.

Cette décision de la Cour de cassation opère une réelle révolution par rapport à ce qui était prévu en matière de légalité de la preuve instaurée par celle-ci qui, dans son arrêt de principe datant de 1923, prévoyait l'exclusion de la preuve illicite qui ne pouvait produire aucun effet¹⁸¹. Par la suite, cette jurisprudence de 2003 fut consacrée par la loi du 24 octobre 2013, insérant un nouvel article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale¹⁸². D'autre part, dans son arrêt très critiqué du 30 avril 2014, la Cour de cassation semble avoir ajouté un quatrième critère qui permettrait de sauver la production d'une preuve reconnue comme étant irrégulière : il faudrait que l'écartement de celle-ci soit conforme à « l'idéal de justice »¹⁸³.

Sous-section 2. La preuve obtenue en violation du secret professionnel : consécration du « test Antigone » ?

Pour ce qui concerne les éléments de preuve recueillis en violation du secret professionnel, il est assez regrettable de constater que les textes ne prévoient rien à cet effet à l'exception des

¹⁸⁰ O. KLEES, « La preuve en droit pénal : une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone ? « Asseyons-nous sur les principes, ils finiront bien par céder » (Édouard Herriot) », *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 641. Notons par ailleurs que la Cour européenne des droits de l'Homme a validé cette jurisprudence dans son arrêt *Lee Davis c. Belgique* du 28 juillet 2009.

¹⁸¹ M. MORIS, « La jurisprudence dite « Antigone » de la Cour de cassation, inapplicable en matière fiscale », *T.F.R.*, 2018, p. 314.

¹⁸² Loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, *M.B.*, 12 novembre 2013, art. 3.

¹⁸³ P. HENRY, « Une preuve recueillie en violation du secret professionnel de l'avocat porte atteinte au caractère équitable du procès », *J.L.M.B.*, 2021/39, p. 1773 et 1774. Pour d'avantage d'informations concernant cet arrêt, voy. obs. M.-A. BEERNAERT, « Antigone, le prince et « l'idéal de justice » », *J.L.M.B.*, 2014, p. 1364 et s.

écoutes directes et les écoutes téléphoniques conformément à l'article 90sexies paragraphe 3 du Code d'instruction criminelle, ceci, bien sûr, sous réserve de la jurisprudence Antigone¹⁸⁴.

La question qui se pose est de savoir comment concilier les principes dégagés par la jurisprudence dite « Antigone » avec l'article 458 du Code pénal ?

Dans un arrêt rendu en 2011, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles estimait que l'utilisation de procès-verbaux contenant des correspondances entre un avocat et son client, que « l'usage d'une telle preuve compromettrait en outre, dans ces circonstances, le droit des inculpés à un procès équitable », ces procès-verbaux devant être écartés du dossier répressif sur base de l'article 235bis, paragraphe 6 du Code d'instruction criminelle¹⁸⁵.

Il semble qu'a priori, toute preuve recueillie en violation du secret professionnel de l'avocat, puisqu'elle porte atteinte au procès équitable, devrait être écartée¹⁸⁶. Cependant, rien ne permet d'affirmer que ce sera le cas de manière systématique¹⁸⁷.

A cet effet, l'arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 2017¹⁸⁸ est pour le moins interpellant. Par son arrêt du 4 mai 2016, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles avait écarté une plainte déposée par un avocat à l'encontre de son ancienne cliente en observant que pour appuyer ces allégations, celui-ci avait déposé un rapport d'expertise psychiatrique que lui avait fait parvenir sa cliente à l'occasion de sa défense. Dans un premier temps, la juridiction d'instruction a constaté, à juste titre, que l'état de nécessité ne pouvait expliquer cette violation du secret avant de considérer, dans un second temps que cette production avait, de façon irrémédiable, compromis au droit à un procès équitable de la cliente étant donné que l'écartement de ladite pièce ne pourrait empêcher que les juges saisis du dossier en aient eu connaissance, vidant ainsi de sa substance le principe de la présomption d'innocence¹⁸⁹.

La Cour de cassation censure cette décision estimant que « la chambre des mises en accusation, d'une part, ne fait état que d'une hypothèse et, d'autre part, n'indique pas pourquoi l'application des sanctions prévues par les articles 47bis, §6, 9), et 235bis, §6, du Code d'instruction

¹⁸⁴ J.-N. BASTENIÈRE, G. CRUYSMANS, M. GHISLAIN, J. MAUSEN, P. HENRY et P. PICHAULT, *op. cit.*, p. 119.

¹⁸⁵ Bruxelles (mis. acc.), 26 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 542.

¹⁸⁶ P. HENRY, « Une preuve recueillie... », *op. cit.*, p. 1774.

¹⁸⁷ A ce sujet, voy. L. KENNES et D. HOLZAPFEL, « La déloyauté d'un enquêteur peut justifier l'écartement des procès-verbaux rédigés par celui-ci sans pour autant impliquer l'irrecevabilité des poursuites », *J.L.M.B.*, 2020/31, p. 1473.

¹⁸⁸ Cass. (2^{ème} ch.), 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 630 et obs. O. KLEES.

¹⁸⁹ Pour ce résumé de la procédure, voy. P. HENRY, « Une preuve recueillie... », *op. cit.*, p. 1774.

criminelle ne suffirait pas à permettre au juge du fond, dans l'hypothèse du renvoi, de statuer dans le respect du droit de la défenderesse à un procès équitable ».

Dans son analyse, Olivier MICHIELS considère que par cette décision, la Cour décrète que « la preuve obtenue en violation du secret professionnel doit être soumise au « test Antigone » »¹⁹⁰. Par ailleurs, Laurent KENNES le rejoint sur ce point¹⁹¹. Après avoir formulé « que la juridiction d'instruction ne peut prononcer l'irrecevabilité de l'action publique que si, nonobstant le retrait des éléments de preuve annulés, (...) il est devenu irrémédiablement impossible de poursuivre l'action publique dans le respect du droit à un procès équitable » et que « l'examen imparti au juge implique la prise en considération du poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction et au jugement de son auteur, mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à sa charge soient recueillies régulièrement ». La Cour ajoute également que « le droit du prévenu à un procès équitable (...) peut ainsi, dans certaines circonstances, être tout entier atteint de façon irrémédiable de sorte qu'aucune autre sanction que l'irrecevabilité de l'action publique ne peut en découler »¹⁹².

Patrick HENRY, rejoint d'ailleurs par Nathalie COLLETTE-BASECQZ¹⁹³, pense quant à lui que, fort heureusement, par cet arrêt, la Cour semble avoir voulu soutenir que le « test Antigone » devait être employé afin d'analyser si la production d'une preuve obtenue en violation du secret professionnel de l'avocat altérerait le caractère équitable du procès de telle manière que seule une irrecevabilité pure et simple des poursuites devait être décidée, la Cour n'ayant nullement convenu qu'une preuve obtenue en violation de ce secret professionnel pourrait être produite¹⁹⁴.

Dans un arrêt récent du 19 octobre 2021¹⁹⁵, la Cour semble aller dans le même sens que sa jurisprudence de 2017 lorsqu'elle déclare que « les conversations confidentielles avec un avocat ne peuvent être utilisées dans une procédure pénale », celle-ci cassant la décision de la Cour d'appel d'Anvers au motif que « l'arrêt, qui fonde la déclaration de culpabilité du demandeur,

¹⁹⁰ O. MICHIELS, « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour... », *op. cit.*, p. 212.

¹⁹¹ L. KENNES, « L'impertinence Antigone ou le défaut de pertinence du critère d'équité du procès pour décider de l'exclusion d'une preuve irrégulière », *J.T.*, 2008, p. 1.

¹⁹² Cass. (2^{ème} ch.), 18 janvier 2017, *op. cit.*, p. 638 et 639.

¹⁹³ N. COLLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en droit pénal : quoi de neuf ? », *Le pli juridique*, 2015, p. 29.

¹⁹⁴ P. HENRY, *op. cit.*, p. 1775. L'auteur mentionne par ailleurs que la Cour de cassation de France a, quant à elle, admis, dans un arrêt du 31 mars 2012, la licéité de la production, d'un enregistrement d'une conversation entre un employeur et son avocat, par un employé, celle-ci s'appuyant à nouveaux sur sa conception restrictive du secret professionnel à savoir seulement celle du domaine de la défense en justice.

¹⁹⁵ Cass. (2^{ème} ch.), 19 octobre 2021, *Rev. dr. pén. crim.*, 2022, n°2, p. 148 à 151. Pour une analyse de cet arrêt voy. V. LAFARQUE, « L'avocat peut-il se servir d'une preuve obtenue par une violation du secret professionnel ? », *Bull. jur. soc.*, Limal, Anthemis, p. 16.

notamment sur l'écoute de la conversation téléphonique du conseil d'un coprévenu avec un autre coprévenu, sans vérifier si l'irrégularité ainsi commise n'a pas entaché la fiabilité de la preuve ou si l'usage de cette preuve obtenue irrégulièrement n'est pas contraire au droit à un procès équitable, n'est pas légalement justifié ».

A l'heure actuelle et au vu de l'absence de législation spécifique distinguant les différentes catégories d'irrégularité pouvant affecter une preuve, notamment l'hypothèse de la violation du secret professionnel, Frédéric LUGENTZ soutient que le champ d'application de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale s'étend également au cas de la violation de cedit secret et que par conséquent, une telle irrégularité de la preuve devra s'analyser au regard de l'article 32, comprenant également ces différents sous-critères développés par la jurisprudence¹⁹⁶.

Enfin, du côté de la Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *Versini-Campinchi et Crasnianski c. France* mentionné supra, la Cour a déclaré que « le secret professionnel des avocats, qui trouve son fondement dans le respect des droits de la défense du client, ne fait pas obstacle à la transcription d'un échange entre un avocat et son client dans le cadre de l'interception régulière de la ligne du second lorsque le contenu de cet échange est de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à une infraction, et dans la mesure où cette transcription n'affecte pas les droits de la défense du client », la Cour poursuivant en indiquant que « ce qui importe avant tout dans ce contexte est que les droits de la défense du client ne soient pas altérés, c'est-à-dire que les propos ainsi transcrits ne soient pas utilisés contre lui dans la procédure dont il est l'objet »¹⁹⁷.

SECTION 2. Coup de tonnerre : le jugement de la 32^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Paris du 1^{er} mars 2021 ou la condamnation sur la base d'écoutes téléphoniques entre un avocat et son client

Dans cette affaire dite des « écoutes » et ce, malgré tous les recours déposés pendant la phase d'instruction de ce dossier, recours que nous avons abordé supra, les trois prévenus ont été renvoyés, par ordonnance rendue le 26 mars 2018, devant le tribunal correctionnel de Paris, pour répondre des faits qui leur étaient reprochés. Dans un premier et deuxième temps, nous

¹⁹⁶ F. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale – sanction des irrégularités*, Limal, Anthemis, 2017, p. 171 et 172.

¹⁹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Versini-Campinchi et Crasnianski c. France*, 16 juin 2016, §79 et 80, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1263.

rappellerons les infractions reprochées et leurs qualifications, puis nous mentionnerons les positions des intéressés face à ces accusations. Dans un troisième et dernier temps, nous aborderons les divers éléments soulevés par la défense et enfin nous examinerons les attendus du tribunal et la décision prise.

Sous-section 1. Qualifications des diverses infractions reprochées¹⁹⁸

Dans ce dossier, plusieurs infractions sont reprochées aux trois prévenus.

Pour ce qui concerne Nicolas Sarkozy, celui-ci est prévenu des chefs de : trafic d'influence actif (à savoir, proposition ou fourniture d'avantage à une personne dépositaire de l'autorité publique pour qu'elle abuse de son influence auprès d'une autorité ou administration publique) et de corruption active (à savoir, proposition ou fourniture d'avantage à une personne dépositaire de l'autorité publique).

Concernant Thierry Herzog (avocat de Nicolas Sarkozy), celui-ci est prévenu des chefs de : violation du secret professionnel, corruption active et trafic d'influence actif.

Enfin, pour Gilbert Azibert (magistrat à la Cour de cassation), celui-ci est prévenu des chefs de : recel de biens provenant d'un délit puni d'une peine n'excédant pas 5 ans d'emprisonnement, corruption passive (à savoir, sollicitation ou acceptation d'avantage par une personne dépositaire de l'autorité publique) et de trafic d'influence passif (à savoir, sollicitation ou acceptation d'avantage par une personne dépositaire de l'autorité publique pour abuser de son influence auprès d'une autorité ou administration publique).

Sous-section 2. Les divers arguments développés par les prévenus

Lors des différents interrogatoires dans le cadre de l'enquête ainsi que pendant le procès, les trois prévenus ont fait part de leur point de vue face aux accusations dont ils étaient l'objet. Nous nous limiterons à évoquer les arguments qui concernent le secret professionnel de l'avocat.

Tout d'abord, en ce qui concerne Thierry Herzog, celui-ci a déclaré, lors de la perquisition dont il a fait l'objet le 4 mars 2014, que le téléphone contenant la puce au nom de Bismuth servait « à contacter M. Nicolas Sarkozy en raison des risques d'écoutes sauvages »¹⁹⁹. Par la suite, dès

¹⁹⁸ Corr. Paris (32^{ème} ch.), 1^{er} mars 2021, disponible sur https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2021/03/jugement_delibere_01-03-2021_pdf-07-03-2021.pdf, p. 3 et 4. Pour ce qui concerne les faits amenant ces différentes qualifications, voy. ce que nous indiquons supra à propos du contexte de cette affaire. Pour un rappel détaillé, voy. p. 5 à 8 du jugement.

¹⁹⁹ Corr. Paris (32^{ème} ch.), 1^{er} mars 2021, *ibidem*, p. 112.

sa première audition il déclare ceci : « Je conteste formellement les faits que vous m’avez notifiés. Les reproches qui me sont faits le sont sur la base de retranscriptions de conversations téléphoniques entre l’un de mes clients, le Président Nicolas Sarkozy et moi-même. Je conteste formellement la régularité de ces écoutes téléphoniques, lesquelles sont également gravement attentatoires à l’exercice des droits de la défense. Sachant que je n’ai rien fait, répondre à l’une de vos questions serait violer le secret professionnel dont personne ne peut me délier. J’estime donc que je ne peux pas répondre à vos questions »²⁰⁰. De plus, s’agissant de l’utilisation d’une ligne téléphonique spécifique, il mentionne avoir pris la décision, en juillet 2012, d’assurer la confidentialité des différentes conversations avec son client, craignant que des officines ne veuillent violer la confidentialité des échanges qu’ils pourraient avoir avec lui, notamment au moyen d’écoutes sauvages²⁰¹. Il déclare également avoir eu recours à ce téléphone dédié pour aborder, avec son client, « de la stratégie de défense concernant les dossiers en cours dans lesquels M. Nicolas Sarkozy était mis en cause, mis en examen ou partie civile »²⁰². Ensuite, il explique que le journal *Le Monde* avait publié un certain nombre d’écoutes entre M. Brice Hortefeux (ancien Ministre de l’Intérieur) et un commissaire de police et que si l’intéressé avait été placé sur écoute, Nicolas Sarkozy devait l’être également, sachant qu’en plus, de nombreux journalistes affirmaient qu’il était sur écoute depuis plusieurs mois²⁰³. Enfin, même s’il a pris note de la teneur de l’arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 2016, il persiste à considérer que les retranscriptions des conversations entre un avocat et son client sont contraires aux différents principes du droit interne et conventionnel, tout en indiquant qu’au sein même d’un procès-verbal, il a été retranscrit un échange dans lequel Nicolas Sarkozy l’interroge sur une affaire en cours (l’affaire Karachi), Thierry Herzog considérant cette retranscription comme totalement prohibée²⁰⁴.

Ensuite, pour ce qui concerne Nicolas Sarkozy, il indique²⁰⁵ que son avocat lui a bel et bien fourni un téléphone et confirme l’avoir utilisé étant donné que celui-ci l’a mis en garde contre des risques d’écoutes sauvages, Me Herzog voulant ainsi qu’ils puissent échanger discrètement afin d’évoquer tous les problèmes de procédures pouvant se poser ainsi que d’évoquer leur stratégie de défense, notamment dans l’affaire « Bettencourt ». Ensuite, il déclare qu’il a eu connaissance de son placement sur écoute de ses différentes lignes officielles au début de

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 125.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 129.

²⁰² *Ibidem*, p. 130.

²⁰³ *Ibidem*, p. 130.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 131.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 137 et 138, 143 et 144.

l'année 2014 lors de la conférence de presse de la Garde des Sceaux, Mme Taubira, au cours de laquelle celle-ci a montré un document qui s'est révélé être le rapport effectué par le procureur général sur le contenu des écoutes dites « Sarkozy », mais qu'auparavant, il n'avait entendu que « des bruits » sur son éventuel placement sur écoute. Cependant, il indique n'avoir absolument pas été mis au courant du placement sur écoute de la ligne Bismuth. De plus, à l'audience et s'agissant du contenu des écoutes, Nicolas Sarkozy rappelle que sur les 160 conversations captées sur la ligne Bismuth, il existe moins de 10 conversations dans lesquels le nom de Monsieur Azibert est prononcé et que ces écoutes sont tronquées, reconstruites et peuvent « pervertir la vérité ». Enfin, il déclare qu'il a eu connaissance des projets professionnels de Gilbert Azibert (sa probable candidature à un poste à Monaco, candidature à laquelle il ne s'est finalement pas pourvu) au détour d'une conversation avec son avocat, celui-ci lui demandant un service pour son ami. Il certifie que ce « coup de pouce » envisagé n'avait strictement rien à voir avec l'affaire (Bettencourt), qu'il n'y avait aucun pacte de corruption et que finalement, il n'a effectué aucune démarche auprès des autorités monégasques.

Sous-section 3. Les éléments procéduraux soulevés par les avocats de la défense

Dans les conclusions déposées à l'audience par la défense de Thierry Herzog et Nicolas Sarkozy, outre la demande de nullité de l'intégralité des actes et des pièces de la procédure ainsi que l'ordonnance de renvoi subséquente, celle-ci a demandé que soit jointe l'enquête préliminaire²⁰⁶ (ouverte au début de l'année 2014 et qui consistait à identifier une taupe ayant informé Thierry Herzog ou Nicolas Sarkozy que la ligne Bismuth était sur écoute, enquête faisant l'objet d'un classement sans suite le 4 décembre 2019 et qui contenait des éléments à décharge) au dossier d'instruction dont le tribunal est saisi aujourd'hui²⁰⁷. De plus, « elle souligne qu'elle n'a eu accès au contenu de cette enquête que postérieurement à l'ordonnance de renvoi, ce qui constitue un élément nouveau dont elle ne pouvait avoir connaissance au jour de la signature de celle-ci »²⁰⁸.

S'agissant des écoutes téléphoniques à proprement parlé entre Nicolas Sarkozy et son avocat, la défense de l'ancien Président demande qu'un certain nombre d'entre elles soient écartées des

²⁰⁶ Pour davantage d'informations concernant cette enquête voy. M. LEPLONGEON et A. ZEMOURI, « Espionnage et règlements de compte au PNF », *Le Point*, n°2532, 25 février 2021, p. 38 à 42.

²⁰⁷ Concernant l'ensemble des demandes de la défense, voy. Corr. Paris (32^{ème} ch.), 1^{er} mars 2021, *op. cit.*, p. 158 à 161.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 158.

débats et ce, sur le fondement de l'article 6 de la CEDH en citant la jurisprudence de la CEDH, notamment l'arrêt *Bykov c. Russie* du 10 mars 2009 et *Kaçan c. Turquie* du 12 juillet 2016, qui impose au tribunal de s'assurer que « la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble »²⁰⁹ et que « pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation »²¹⁰. Ensuite, concernant le bien-fondé de la demande²¹¹, la défense évoque le caractère disproportionné du placement sur écoute ainsi que leur durée au regard du but poursuivi. Ces écoutes ont en effet couvert une période de plus de six mois, représentant au minimum 3500 conversations téléphoniques et ce, dans le but d'établir des faits allégués qui remontent à 2007. De plus, elle martèle que la retranscription des conversations entre Nicolas Sarkozy et son avocat sont en totale contravention aux exigences européennes telles qu'interprétées par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 juin 2016 (Crim., 15 juin 2016, n° 15-86.043) par lequel la chambre criminelle a cassé un arrêt de la chambre de l'instruction qui refusait d'annuler la transcription des conversations d'une personne écoutée avec son avocat, au motif que « le contenu des conversations litigieuses (...) ne révélait pas, au moment de l'écoute, des indices de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction, l'existence de ceux-ci ne pouvant se déduire d'éléments postérieurs »²¹². Enfin, Me Jacqueline Laffont fait valoir que l'utilisation de ces retranscriptions à l'encontre de Nicolas Sarkozy viole la jurisprudence de la CEDH et notamment son arrêt *Versini-Campinchi et Crasnianski c. France* rendu le 16 juin 2016 estimant que cette décision consacre l'inopposabilité au client des conversations échangées avec son conseil.

Contestant également l'utilisation de ces écoutes et en complément de ce que Me Laffont a allégué, la défense de Thierry Herzog demande que le tribunal procède à « une analyse conversation par conversation afin de déterminer si, au moment de la première écoute, c'est-à-dire dans le cadre de la procédure libyenne et sans mise en relation des conversations entre elles, il existait des indices de participation de Thierry Herzog à une infraction pénale »²¹³.

²⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009.

²¹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009 et *Kaçan c. Turquie*, 12 juillet 2016.

²¹¹ Corr. Paris (32^{ème} ch.), 1^{er} mars 2021, *op. cit.*, p. 165 et 166.

²¹² Cass. fr. (crim.), 15 juin 2016, n°15-86.043.

²¹³ Corr. Paris (32^{ème} ch.), 1^{er} mars 2021, *op. cit.*, p. 166.

Malgré l'ensemble des arguments développés par les conseils de Nicolas Sarkozy et de Thierry Herzog, le tribunal considère que ceux-ci sont irrecevables à soulever les nullités formulées.

Sous-section 4. Les attendus du tribunal et sa décision

Le tribunal, ayant rejeté les demandes en nullité formulées par la défense, se base donc sur un peu plus de dix conversations téléphoniques entre Nicolas Sarkozy et Thierry Herzog afin de démontrer que ceux-ci se sont rendus coupables des faits reprochés. En effet, la 32^{ème} chambre correctionnelle évoque que cesdites conversations permettent de présumer, de suspecter ou que dans certaines d'entre elles, figure(nt) un ou plusieurs indices permettant d'affirmer que les intéressés ont commis les différentes infractions reprochées²¹⁴.

En conséquence de tout ce qui précède, le tribunal déclare coupable : Gilbert Azibert du délit de corruption passive par magistrat ainsi que de trafic d'influence, Thierry Herzog et Nicolas Sarkozy du délit de corruption par particulier sur un magistrat ainsi que de trafic d'influence²¹⁵. S'agissant de la peine, ceux-ci sont condamnés à 3 ans d'emprisonnement dont 2 ans assortis d'un sursis simple ainsi que pour Thierry Herzog, une peine complémentaire d'interdiction, pendant 5 ans, d'exercer la profession d'avocat²¹⁶.

Quelques heures après le verdict, Nicolas Sarkozy, Thierry Herzog et Gilbert Azibert ont interjeté appel. Le procès devant la Cour d'appel de Paris s'est déroulé fin de l'année 2022 et l'affaire a été mise en délibéré. Concernant le verdict, celui-ci est attendu ce 17 mai 2023, mais il semble que l'épilogue de cette affaire se fera sans doute à Strasbourg...

²¹⁴ *Ibidem*, p. 168 à 193.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 241.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 242 à 245.

CONCLUSION

Depuis la nuit des temps, les secrets ont toujours fasciné, intrigué, mais surtout suscité l'envie de les découvrir afin de les révéler. Face à cela, le secret professionnel de l'avocat dénote et entrave cette volonté de vouloir savoir ce que cache une personne, notamment ses secrets les plus intimes. D'une certaine manière, le secret professionnel est un rempart qui se dresse afin de protéger l'information confiée par un client à son avocat et dont ce dernier est le garant.

Face à la transparence de plus en plus présente au sein de nos sociétés, nous avons voulu connaître, à travers ce mémoire, quels étaient les contours de ce secret professionnel de l'avocat aussi bien dans la relation entre ce dernier et son client que vis-à-vis des autorités judiciaires durant leurs enquêtes et ce, dans le but de se rendre compte si cette société de la transparence absolue a pris le dessus sur des principes aussi cardinaux que celui du secret professionnel de l'avocat.

Tout d'abord, nous avons fait le constat, regrettable de notre point de vue, que bien que ce secret professionnel ait un caractère fondamental, celui-ci n'était pourtant pas prévu spécifiquement au sein de notre législation belge et ce, contrairement à nos voisins français, créant ainsi une certaine insécurité juridique. Cependant, la Convention européenne des droits de l'Homme semble constituer le véritable fondement légal de ce secret. Ensuite, concernant les exceptions prévues, outre celles concernant la protection de la vie humaine, la loi anti-blanchiment est venue quelque peu restreindre le secret professionnel de l'avocat, ce dernier étant dans l'obligation de dénoncer son client dans certains cas, traduisant ainsi un certain recul de ce secret malgré l'encadrement prévu.

Deuxièmement, concernant le secret professionnel de l'avocat face aux différentes mesures d'enquête pénale à savoir, les écoutes téléphoniques, les perquisitions ainsi que les saisies, nous avons pu constater, au travers de nos recherches, une certaine fragilité existante étant donné l'absence de dispositions légales spécifiques, laissant la place aux usages et à l'interprétation de la part des cours et tribunaux. Face à un tel principe fondamental, ne conviendrait-il pas de sanctuariser ces pratiques de manière précise au sein de notre Code d'instruction criminelle ? Nous y voyons au moins deux avantages à savoir celui de rassurer le justiciable ainsi que son avocat en ce sens que ces mesures d'enquêtes et la manière dont elles sont mises en œuvre seraient définies clairement dans la loi, délimitant ainsi leurs étendues et protégeant le secret

professionnel. Le second serait d'encadrer le travail des magistrats afin que ceux-ci puissent enquêter librement tout en respectant ce secret.

Fort heureusement, nous avons pu observer à quel point la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme comme celle des juridictions internes permettaient, dans certains cas, de protéger le secret professionnel en limitant, voir en interdisant certaines pratiques des autorités judiciaires lorsque celles-ci portaient atteintes notamment au caractère équitable du procès. A l'instar de ce qui est prévu chez nos voisins français, il conviendrait de légiférer en la matière ce qui permettrait d'augmenter drastiquement la prévisibilité mais également la sécurité juridique à laquelle tout justiciable peut légitimement s'attendre dans un état de droit digne de ce nom.

Concernant l'utilisation d'une preuve obtenue en violation du secret professionnel, nous avons remarqué à quel point la jurisprudence Antigone est venue bouleverser les pratiques en la matière. En effet, avant celle-ci, il était prévu qu'une preuve obtenue illégalement devait être écartée et ne pouvait être utilisée. A l'heure actuelle, une telle utilisation est admise et ce, conformément à l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, cependant, rien n'est prévu concernant la preuve obtenue en violation du secret professionnel de l'avocat. La jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation, semble être venue combler le vide en consacrant que cette preuve doit être soumise au « test Antigone » d'après l'expression même d'Olivier MICHIELS²¹⁷. Une nouvelle fois, il nous semble que le législateur devrait se saisir de cette question afin d'éviter des interprétations divergentes qui, là encore, mettent à mal le principe de sécurité juridique et ne peuvent garantir totalement le respect dû au secret professionnel.

Au travers de l'affaire dite des « écoutes », nous avons pu illustrer mais également comprendre à quel point le secret professionnel de l'avocat pouvait être remis en cause et n'était pas acquis d'avance. En effet, dans la phase d'instruction de ce dossier, nous craignons que par les trois arrêts rendus en 2016, la chambre criminelle de la Cour de cassation soit venue d'une certaine façon tuer le secret professionnel de l'avocat, dès lors que ces écoutes téléphoniques ont été validées. Ensuite, dans la phase de jugement, nous regrettons que ces écoutes aient été utilisées comme preuve à l'encontre des protagonistes ce qui semble contraire à l'interprétation que nous faisons de la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise. Au prétexte qu'il s'agisse d'un ancien Président de la République ou d'une personne ayant une certaine notoriété, la fin justifie-t-elle

²¹⁷ O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 212.

les moyens ? Devons-nous nous asseoir sur des principes tels que le secret professionnel de l'avocat au nom de la transparence voulue par l'époque actuelle ?

Après y avoir longuement réfléchi, notamment grâce à nos recherches, nous pensons que ces principes ne peuvent céder au nom de la transparence car l'efficacité de la réponse pénale face aux infractions ne peut se traduire par une violation des principes, le secret professionnel de l'avocat étant l'un des premiers d'entre eux.

Enfin, la parole revient à la défense et pour conclure, voici ce qu'écrivait Hervé TEMIME, ténor du barreau français, disparu le 10 avril dernier et auquel nous souhaiterions rendre un hommage appuyé : « Par rapport à mon échelle de valeurs, une des choses les plus graves que je pourrais commettre serait de violer un secret »²¹⁸.

²¹⁸ H. TEMIME, *Secret défense*, Gallimard, 2020.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

1.1. Normes internationales

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *err.*, 29 juin 1961.

Directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *J.O.C.E.*, L166/77, 28 juin 1991.

Directive 2001/97/CE du Parlement et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *J.O.C.E.*, L344/76, 28 décembre 2001.

Directive 2005/60/CE du Parlement et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *J.O.C.E.*, L309/15, 25 novembre 2005.

1.2. Normes nationales

C. i. cr., art. 90*sexies*.

C. i. cr., art. 90*octies*.

C. pén., art. 458.

C. pén., art. 458*bis*.

C. pén., art. 458*ter*.

C. pén., art. 458*quater*.

Loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, *M.B.*, 12 novembre 2013.

Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *M.B.*, 6 octobre 2017.

1.3. Normes étrangères

C. proc. pén. fr., art. 56-1.

C. proc. pén. fr., art. 100-5.

C. proc. pén. fr., art. 100-7.

C. proc. pén. fr., art. 706-95.

C. pén. fr. art. 226-13.

Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques modifiée par la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, *J.O.*, 29 mars 2011.

Loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *J.O.*, 23 décembre 2021.

2. Jurisprudence

2.1. Jurisprudence internationale

Cour eur. D.H., arrêt *Duyck c. Belgique*, 13 avril 2021.

Cour eur. D.H., arrêt *Klaus Müller c. Allemagne*, 19 novembre 2020.

Cour eur. D.H., arrêt *Kirdök et autres c. Turquie*, 3 décembre 2019.

Cour eur. D.H., arrêt *Sommer c. Allemagne*, 27 avril 2017.

Cour eur. D.H., arrêt *Kaçan c. Turquie*, 12 juillet 2016.

Cour eur. D.H., arrêt *Versini-Campichi et Crasnianski c. France*, 16 juin 2016.

Cour eur. D.H., arrêt *Vinci Construction et GTM Génie civil c. France*, 2 avril 2015.

Cour eur. D.H., arrêt *Pruteanu c. Roumanie*, 3 février 2015.

Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012.

Cour eur. D.H., arrêt *Robathin c. Autriche*, 3 juillet 2012.

Cour eur. D.H., arrêt *Heino c. Filande*, 15 février 2011.

Cour eur. D.H., arrêt *Xavier Da Silvera c. France*, 21 janvier 2010.

Cour eur. D.H., arrêt *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009.

Cour eur. D.H., arrêt *André et a. c. France*, 24 juillet 2008.

Cour eur. D.H., arrêt *Zagaria c. Italie*, 7 juillet 2008.

Cour eur. D.H., arrêt *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, 16 octobre 2007.

Cour eur. D.H., arrêt *Smirnov c. Russie*, 7 juin 2007.

Cour eur. D.H., arrêt *Petri Sallinen et a. c. Finlande*, 27 septembre 2005.

Cour eur. D.H., arrêt *Van Rossem c. Belgique*, 9 décembre 2004.

Cour eur. D.H., arrêt *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998.

Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992.

Cour eur. D.H., arrêt *S. c. Suisse*, 28 novembre 1991.

Cour eur. D.H., arrêt *Huvig c. France*, 24 avril 1990.

Cour eur. D.H., arrêt *Kruslin c. France*, 24 avril 1990.

C.J.C.E., arrêt *Wouters et autres*, 19 février 2002, C-309/99, *Rec.*, 2002, I, p. 1577.

C.J.C.E., arrêt *AM & S Europ Limited c. Commission européenne*, 18 mai 1982, C-155/79, *Rec.*, 1982, p. 1575.

2.2. Jurisprudence nationale

C.C., 24 septembre 2020, n°114/2020.

C.C., 6 décembre 2018, n°174/2018.

C.C., 5 décembre 2013, n°163/2013.

C.C., 26 septembre 2013, n°127/2013.

C.C., 23 janvier 2008, n°10/2008.

Cass. (2^{ème} ch.), 29 juin 2022, *J.T.*, 2022, p. 551 à 553.

Cass. (2^{ème} ch.), 19 octobre 2021, *Rev. dr. pén. crim.*, 2022, n°2, p. 148 à 151.

Cass., 23 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2020, p. 311.

Cass. (2^{ème} ch.), 3 octobre 2018, *Rev. dr. pén. crim.*, 2019, n°3, p. 352 et 353.

Cass. (2^{ème} ch.), 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 630 à 639.

Cass., 17 novembre 2015, (P.15.0880.N), *Cour de cassation de Belgique – Rapport annuel 2015*, 2015, p. 92.

Cass., 25 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 340.

Cass., 9 juin 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 103.

Cass., 13 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165.

Liège (mis. acc.), 18 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 854 à 857.

Bruxelles, 17 décembre 2015, *Rev. dr. pén.*, 2017, p. 187.

Bruxelles (mis. acc.), 26 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 541 et 542.

Liège (mis. acc.), 26 février 2004, *Journ. proc.*, 2004, p. 22.

Bruxelles (mis. acc.), 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735.

Gand, 16 décembre 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 270.

Bruxelles, 18 juin 1974, *J.T.*, 1976, p. 11.

Corr. Bruxelles, 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 617.

2.3. Jurisprudence étrangère

Cass. fr. (crim.), 15 juin 2016, n°15-86.043.

Cass. fr. (crim.), 22 mars 2016, n°15-83205, n°15-83206 et n°15-83207 disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

Cass. fr. (crim.), 27 mars 2012, pourvoi n°11-88.321, *Bull. crim.*, n°82.

Cass. fr. (crim.), 18 janvier 2006, pourvoi n°05-86.447, *Bull. crim.*, n° 22.

Cass. fr. (crim.), 1^{er} octobre 2003, pourvoi n°03-82.909, *Bull. crim.*, n° 177.
Cass. fr. (crim.), 21 mai 2003, pourvoi n°02-86.819.
Cass. fr. (crim.), 8 novembre 2000, pourvoi n°00-83.570, *Gaz. Pal.*, 24-28 août 2001, p. 25.
Corr. Paris (32^{ème} ch.), 1^{er} mars 2021, disponible sur https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2021/03/jugement_delibere_01-03-2021_pdf-07-03-2021.pdf, p. 3 à 245.

3. Doctrine

3.1. Ouvrages

BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.D. et VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, t. I, 8^{ème} éd., Bruxelles, la Charte, 2017, p. 738.

GARÇON, E., *Code pénal annoté*, art. 378, n°7.

JACOBS, A., « Les perquisitions dans les cabinets d’avocats – Les usages à l’épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme », *Het Strafrecht bedreven. Liber Amicorum Alain De Nauw*, Brugge, die Keure, p. 417 à 432.

LAMBERT, P., *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 12 à 232.

LUGENTZ, F., *La preuve en matière pénale – sanction des irrégularités*, Limal, Anthemis, 2017, p. 171 à 178.

NEUVILLE, P., « Le secret professionnel de l’avocat », *Les secrets professionnels*, I. BOUIOUKLIEV (dir.), Anthemis, 2015, p. 13 à 30.

TEMIME, H., *Secret défense*, Gallimard, 2020.

3.2. Revue

BEERNAERT, M.-A., « Antigone, le prince et « l’idéal de justice » », *J.L.M.B.*, 2014, p. 1364 et s.

BONTINCK, T., « La conventionnalité de la perquisition d’un cabinet d’avocat dépend du respect de conditions strictes », *J.T.*, 2021, p. 907 et s.

BONTINCK, T., « Le secret professionnel de l’avocat ne peut être levé que dans des circonstances exceptionnelles », *J.T.*, 2019, p. 145 et 146.

BONTINCK, T. et GUILLERME, A., « L’encadrement timide des « perquisitions concurrence » par la Cour européenne des droits de l’homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, p. 261.

BRAUNSCHWEIG, J.-M., « Le secret professionnel de l’avocat », *LÉGICOM*, n°33, 2005/1.

BUYLE, J.-P., « La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité », *R.D.C.*, 2013/10, p. 1088.

- BUYLE, J.-P. et HENRY, P., « L'affaire Bismuth : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », *J.L.M.B.*, 2016/22, p. 1027 à 1032.
- BUYLE, J.-P. et VAN GERVEN, D., « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.T.*, 2012, p. 327 à 330.
- COLETTE-BASECQZ, N., « La correspondance échangée entre l'avocat et son client : la règle du secret professionnel et ses dérogations », *J.T.*, 2011, p. 542 à 544.
- COLLETTE-BASECQZ, N., « Nullité de la preuve en droit pénal : quoi de neuf ? », *Le pli juridique*, 2015, p. 29.
- DAL, G.-A., « La Cour constitutionnelle belge et le secret professionnel de l'avocat », *L'Observateur de Bruxelles*, 2022/3, n°129, p. 34 et 35.
- DEJEMEPPE, B., « Une tentative infructueuse de violation du secret professionnel n'est pas punissable », *J.T.*, 2022, p. 553.
- DEROUDILLE, A., « RGPD et secret professionnel des avocats », *R.D.U.E.*, 2018/1, p. 235 et 236.
- D'ORAZIO, S., « Cabinet d'avocat... « asyle sacré » ou banque d'information ? », *Journ. proc.*, 2004, p. 22 et s.
- DUPEUX, J.-Y., « L'affaire Sarkozy – Herzog ou la mise en péril du secret des conversations entre avocat et client », *J.T.*, p. 399.
- HENRY, P., « Secret professionnel : condamnation de la technique de l'ouvre-boîte », *J.L.M.B.*, p. 857 à 863.
- HENRY, P., « Une preuve recueillie en violation du secret professionnel de l'avocat porte atteinte au caractère équitable du procès », *J.L.M.B.*, 2021/39, p. 1773 et 1774.
- INGRAIN, C., LORRAIN, R. et SAENKO, L., « Le secret professionnel de l'avocat balayé par les écoutes téléphoniques », *Gaz. Pal.*, 2016, n°14, p. 899 à 902.
- JACOBS, A., « Perquisitions et droits de défense : une remise en question des pratiques par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 903.
- JACOBS, A. et HENRY, P., « Non, les cabinets d'avocats ne sont pas une banques de données ! », *J.L.M.B.*, 2009, p. 864 et s.
- KENNES, L., « L'impertinence Antigone ou le défaut de pertinence du critère d'équité du procès pour décider de l'exclusion d'une preuve irrégulière », *J.T.*, 2008, p. 1.
- KENNES, L. et HOLZAPFEL, D., « La déloyauté d'un enquêteur peut justifier l'écartement des procès-verbaux rédigés par celui-ci sans pour autant impliquer l'irrecevabilité des poursuites », *J.L.M.B.*, 2020/31, p. 1473.

KLEES, O., « La preuve en droit pénal : une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone ? « Asseyons-nous sur les principes, ils finiront bien par céder » (Édouard Herriot) », *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 641.

LAFARQUE, V., « L'avocat peut-il se servir d'une preuve obtenue par une violation du secret professionnel ? », *Bull. jur. soc.*, Limal, Anthemis, p. 16.

LAMBERT, P., « Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeurs », *J.T.*, 2001, p. 617 et s.

LECOMTE, D., « Le(s) secret(s) professionnel(s) et la démocratie, quel rapport ? », *Rev. eur. intern. dr. fisc.*, 2021/4, p. 610 à 615.

LEPLONGEON, M. et ZEMOURI, A., « Espionnage et règlements de comptant au PNF », *Le Point*, n°2532, 25 février 2021, p. 38 à 42.

MARIANO, M., « Le respect du secret professionnel des avocats dans le cadre d'une saisie-contrefaçon : un contrepoids au caractère unilatérale de la saisie », *R.D.C.*, 2020, p. 396 et 397.

MICHIELS, O., « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *Rev. dr. ULg.*, 2018/1, p. 205 à 212.

MORIS, M., « La jurisprudence dite « Antigone » de la Cour de cassation, inapplicable en matière fiscale », *T.F.R.*, 2018, p. 314 à 319.

MORIS, M., « Le secret professionnel de l'avocat au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, p. 181 à 196.

NIORÉ, V., « L'heureuse obligation faite au magistrat de motiver sérieusement sa décision de perquisitionner l'avocat », *Gaz. Pal.*, 1^{er} mars 2016, p. 33.

PIWNICA, E., « Interceptions judiciaires et secret professionnel des avocats », *EHESS*, 2017/1 n°4, p. 21 à 28.

PRADEL, J., « Le secret professionnel de l'avocat devant la justice pénale. Le point sur l'état actuel du droit français », *Ann. dr.*, 2000, n°2, p. 169 et 170.

ROYEN, G., « Correspondance des avocats Entre secret professionnel, confidentialité et prudence », *Le Pli juridique*, 2017, p. 16 et 17.

SOETAERT, J., « Le secret professionnel de l'avocat face à l'obligation de déclaration reprise dans la loi anti-blanchiment », *La semaine fiscale*, n°458, 2021, p. 3 et 4.

VERBIST, J. et VANLERBERGHE, B., « Le droit de l'avocat de se taire en matière disciplinaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *J.L.M.B.*, 2012, p. 342 à 350.

4. Sources internet

BASTENIÈRE, J.-N., CRUYSMANS, G., GHISLAIN, M., MAUSEN, J., HENRY, P. et PICHAULT, P., « Déontologie », juin 2021, p. 56 à 127 disponible sur <https://carrefourdesstagiaires.com/wp-content/uploads/2021/09/Syllabus-deontologie-2021.pdf>.

BURGUBURU, J.-M., « Contenu et limites du secret professionnel », novembre 2012, p. 2 à 4 disponible sur <https://www.cercle-du-barreau.org/media/01/02/992576139.pdf>.

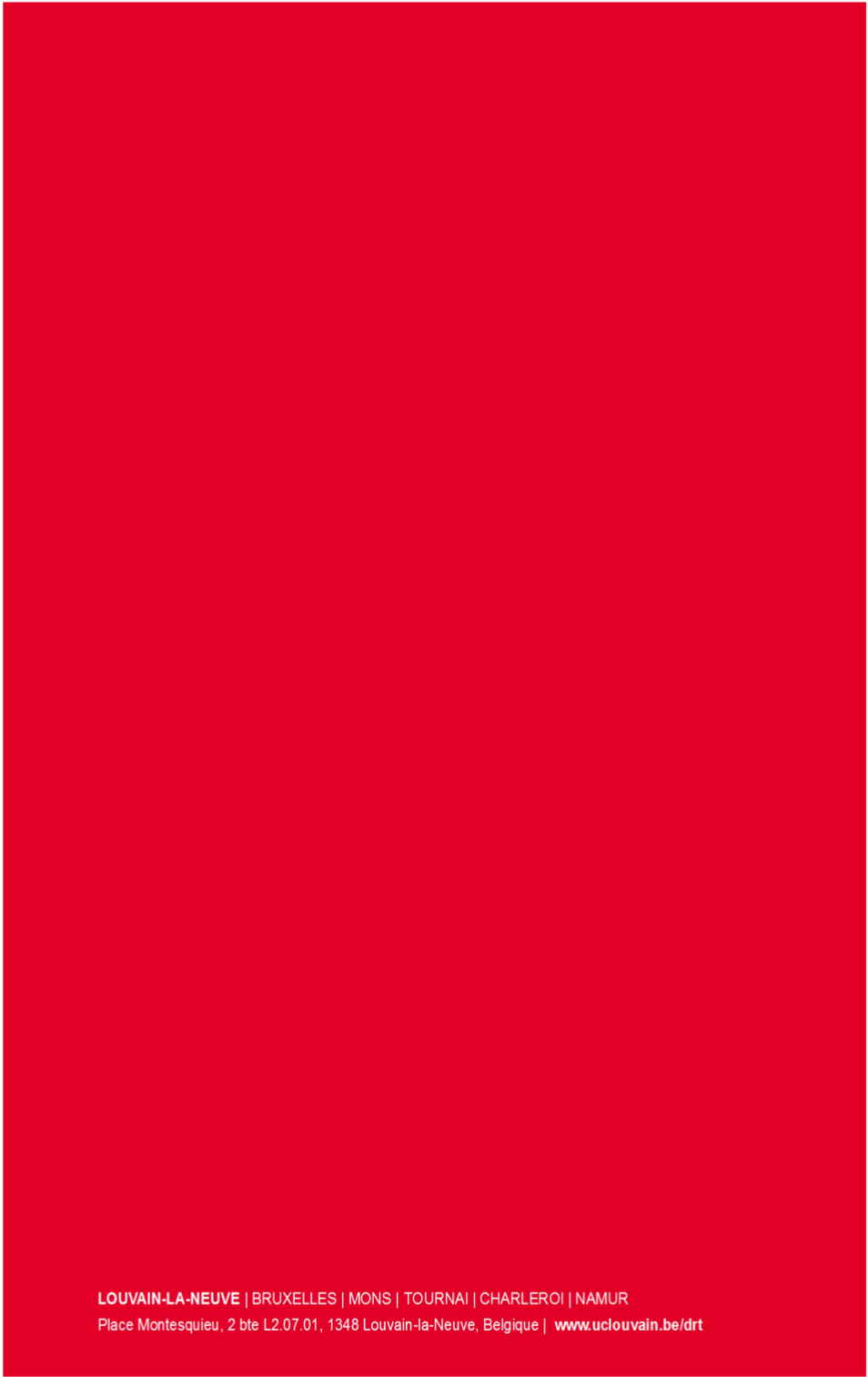
BUYLE, J.-P., « Deux lois récentes limitent le secret professionnel des avocats : ce n'est pas souhaitable », 14 novembre 2012 disponible sur <https://www.justice-en-ligne.be/Deux-lois-recentes-limitent-le>, consulté le 5 mai 2023.

BUYLE, J.-P., « Les exigences de confidentialité et de secret professionnel des avocats », p. 36 disponible sur https://www.buylelegal.be/doc_publications/642.pdf.

LAGUENS, A.-S., « Sarkozy et son avocat sur écoute : le secret professionnel est désacralisé », *Le Nouvel Observateur*, 10 mars 2014, disponible sur <https://leplus.nouvelobs.com/contribution/1156693-sarkozy-et-son-avocat-sur-ecoute-une-inquietante-desacralisation-du-secret-professionnel.html>.

STORME, M., « Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès », *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXème Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, Antwerpen, Kluwer, 1992, p. 36 à 50 disponible sur <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/rapportcoimbra.pdf>.

X, « La protection du secret professionnel de l'avocat par la CEDH et la CJUE », 6 mai 2021, p. 1 disponible sur <https://www.dbfbruxelles.eu/wp-content/uploads/2021/05/SECRETPROFESSIONNEL.pdf>.



LOUVAIN-LA-NEUVE | BRUXELLES | MONS | TOURNAI | CHARLEROI | NAMUR
Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique | www.uclouvain.be/drt