

# LES PERQUISITIONS DANS LES CABINETS D'AVOCATS

## LES USAGES À L'ÉPREUVE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME\*

ANN JACOBS

*Professeur de droit pénal et de procédure pénale à l'Université de Liège*

### Introduction

Le cabinet d'un avocat peut de toute évidence constituer une source d'informations hors pair dans le cadre d'une instruction. L'avocat n'est-il pas là précisément pour recevoir les confidences de ses clients relatives aux faits pour lesquels ils sont poursuivis, pour élaborer avec eux une stratégie de défense, supposant au passage d'être parfaitement informé des tenants et aboutissants des faits donnant lieu aux poursuites? Depuis toujours, la règle veut cependant que les relations des clients avec leur avocat soient couvertes par le secret professionnel, de telle sorte qu'ils soient assurés que rien de ce qui se dit ou s'écrit dans le cadre de cette relation de confiance ne puisse jamais être utilisé contre eux.<sup>1</sup> Il en va du respect du droit de la défense ainsi que de la vie privée et du domicile garantis par les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il n'en reste pas moins que les cabinets d'avocats peuvent faire l'objet de perquisitions, non seulement dans l'hypothèse où l'avocat lui-même est inculpé ou soupçonné d'avoir commis une infraction, mais également lorsqu'il n'est question que de découvrir le *corpus delicti* de faits mis à charges de ses clients. Il va de soi que pareille mesure d'instruction interpelle et, s'il faut l'admettre, elle appelle des garanties procédurales toutes particulières.

Contrairement à plusieurs législations étrangères, le droit belge ne connaît aucune règle écrite spécifique applicable aux perquisitions dans les cabinets

\* Je tiens à remercier Michel FRANCHIMONT pour la relecture attentive et critique de la présente contribution; il y retrouvera ses inquiétudes et suggestions, manière de l'associer à l'hommage au Professeur DE NAUW; celui-ci voudra bien lire dans ces lignes l'expression de son estime, forgée de longue date.

<sup>1</sup> Sur le secret professionnel de l'avocat, voy. not. P. LAMBERT, "Secret professionnel", *R.P.D.B.*, compl., t. X, 2007, pp. 621-758, spéc. pp. 703-713; G.-A. DAL, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique", *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese Context – Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen – The Lawyer's Professional Secrecy in a European Context*, Larquier, 2003, p. 3 et s.

d'avocats, ou plus généralement chez les personnes tenues au secret professionnel. Ce sont les usages qui prévalent, non sans laisser place à la controverse.

La Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, été amenée à se pencher à de nombreuses reprises sur la compatibilité de pareilles perquisitions avec la Convention, que ce soit sous l'angle de l'article 8 ou de l'article 6.

La présente contribution se propose de mettre en perspective le droit et la pratique belges en matière de perquisitions dans les cabinets d'avocat et la jurisprudence strasbourgeoise.

## **I. Les perquisitions dans les cabinets d'avocats selon la Cour européenne des droits de l'homme**

La Cour européenne des droits de l'homme, appelée à se prononcer sur des perquisitions menées dans des cabinets d'avocats, a petit à petit précisé les garanties minimales requises pour que soient respectés tant l'article 8 que l'article 6 de la Convention. Il faut toutefois s'arrêter au préalable à la question de savoir dans quelle mesure elle admet le principe même de perquisitions dans les cabinets d'avocats, sachant qu'elle considère que le secret professionnel qui couvre les relations de tout client avec son avocat constitue un fondement du droit de se défendre.<sup>2</sup>

### **A. La légitimité des perquisitions dans les cabinets d'avocats**

A plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré comme contraires à l'article 8 de la Convention des perquisitions dans un cabinet d'avocat lorsque celles-ci n'avaient en définitive comme objectif que de rassembler les preuves d'une infraction que les enquêteurs ne parvenaient pas à prouver autrement.<sup>3</sup> Ainsi, dans l'arrêt *André et a. c. France*, la Cour observe que les avocats concernés n'avaient reçu la visite des fonctionnaires de l'administration fiscale que parce que celle-ci avait des difficultés à exercer son contrôle fiscal sur la société cliente des avocats, d'une part, et à trouver des documents de nature à confirmer les soupçons de fraude qui pesaient sur la

<sup>2</sup> Il s'agit d'une règle consacrée de manière générale au niveau international, et européen en particulier. Voy. not. la Recommandation R(2000)21 du 25 octobre 2000 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe; C.J.C.E., 19 février 2002, aff. Wouters.

<sup>3</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, *Série A*, n° 251-B, *R.T.D.H.*, 1993, p. 467 et obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX, *J.T.*, 1994, p. 66 et obs. E. JAKHIAN et P. LAMBERT; Cour eur. D.H., *André et a. c. France*, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY, "Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données!", *J.T.*, 2008, p. 550, *T. Strafr.*, 2008, P. DE HERT et A. HOEFMANS (reflet); voy. aussi T. BAUWENS, "De 'Zaak Alzheimer Bis': Over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", *T. Strafr.*, 2011, pp. 101-102.

société en question, d'autre part, et ce, sans qu'à aucun moment les avocats n'aient été accusés ou soupçonnés d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude commise par leur cliente. Il en résulte une disproportion entre la mesure et le but poursuivi, ce qui constitue une violation de l'article 8 de la Convention.<sup>4</sup> De manière plus générale, la Cour se montre particulièrement circonspecte lorsque l'avocat dont les locaux sont perquisitionnés n'est pas lui-même en cause.

Dans le même arrêt *André et a. c. France*, la Cour réaffirme<sup>5</sup> que le droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. Il en découle, comme on le verra, que les perquisitions et saisies dans les cabinets d'avocats doivent nécessairement s'accompagner de garanties particulières.

La Cour limite en conséquence considérablement la possibilité de perquisitionner un cabinet d'avocat. Il n'en reste pas moins qu'elle admet qu'une perquisition dans un cabinet d'avocat puisse constituer une mesure nécessaire dans une société démocratique et proportionnée aux buts visés par l'article 8. Partant du fait que la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients, notamment en cas d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction,<sup>6</sup> ou encore dans le cadre de la lutte contre le terrorisme<sup>7</sup> ou lorsqu'elles tendent à rechercher des preuves pour retrouver la trace d'une personne contre laquelle un mandat d'arrêt international a été lancé,<sup>8</sup> la Cour admet ces perquisitions, à condition toutefois qu'elles s'accompagnent de garanties spécifiques.

### *B. Rappel des exigences de l'article 8*

C'est dans une affaire *Niemietz c. Allemagne*<sup>9</sup> que la Cour a affirmé que les locaux professionnels – en l'espèce d'un avocat – entraînent dans la notion de "domicile" en considérant qu'interpréter les mots "vie privée" et "domicile"

<sup>4</sup> Voy. dans le même sens, Cour eur. D.H., *Xavier Da Silveira c. France*, 21 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 309 et note G.-A. DAL; Cour eur. D.H., *Sirnov c. Russie*, 7 juin 2007.

<sup>5</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., *Funke c. France*, 25 février 1993, *Série A*, n° 256-A, 6 44; Cour eur. D.H., *J.B. c. Suisse*, 3 mai 2001, § 64.

<sup>6</sup> Cour eur. D.H., *André et a. c. France*, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864, § 42 et note A. JACOBS et P. HENRY, "Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données!", *J.T.*, 2008, p. 550 et note, *T. Strafr.*, 2008, P. DE HERT et A. HOEFMANS (reflet).

<sup>7</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Erdem c. Allemagne*, 5 juillet 2001, à propos du contrôle de la correspondance du suspect avec son avocat.

<sup>8</sup> Cour eur. D.H., déc. *Turcon c. France*, 30 janvier 2007.

<sup>9</sup> Cour eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, *Série A*, n° 251-B, *R.T.D.H.*, 1993, p. 467 et obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX, *J.T.*, 1994, p. 66 et obs. E. JAKHIAN et P. LAMBERT; voy. A. JACOBS, "L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de perquisitions", *Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Mys & Breesch, 2000, pp. 27-77, spéc. pp. 73 et s.; *adde* not. Cour eur. D.H., *Petri Sallinen et a. c. Finlande*, 27 septembre 2005, §§ 70-73, *T. Strafr.*, 2006, p. 48 et note F.P. ÖLÇER et P. DE HERT.

comme incluant certains locaux professionnels ou commerciaux répond à l'objectif de l'article 8 de la Convention.<sup>10</sup>

Une perquisition dans un cabinet d'avocat, comme toute perquisition, est une dérogation au droit garanti par l'article 8; elle doit donc répondre aux exigences de l'article 8.2 de la Convention.

Ainsi, elle doit être prévue par la loi. La référence à une base légale en droit interne suppose non seulement l'existence d'une loi<sup>11</sup> mais vise aussi la qualité de cette loi: doivent à ce titre être garanties l'accessibilité de la loi à la personne concernée et sa prévisibilité, à savoir cette personne doit pouvoir prévoir les conséquences de la loi en ce qui la concerne. C'est ainsi que, dans une affaire *Petri Sallinen et autres*, la Cour a considéré que la loi finlandaise violait l'article 8 de la Convention car elle ne précisait pas clairement les circonstances dans lesquelles des documents confidentiels pouvaient faire l'objet d'une perquisition et d'une saisie.<sup>12</sup>

La perquisition doit également constituer une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à l'un des buts légitimes énoncés; en pratique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions (en dépit du fait que nous sommes dans une logique réactive et non proactive) peuvent justifier une perquisition. Toutefois, la Cour rappelle que les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite et leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante.<sup>13</sup>

Le respect de ces conditions se traduit par un certain nombre d'exigences posées par la Cour notamment quant à l'existence d'indices d'infraction, à la précision du mandat de perquisition et aux possibilités de contrôle de la mesure.<sup>14</sup> Dans ce contexte, la Cour se situe clairement sous l'angle de l'article 6 et pas seulement de l'article 8.

<sup>10</sup> D. SPIELMANN, "Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne – Legal Professional Privilege and European Case Law*, Larcier, 2011, p. 28; L. HUYBRECHTS, "Beroepsgeheim in de sfeer van de onderneming", *T. Strafr.*, 2004, p. 102.

<sup>11</sup> Comprise dans un sens "substantiel" et non "formel" (Cour eur. D.H., *Petri Sallinen et a. c. Finlande*, 27 septembre 2005, *T. Strafr.*, 2006, p. 48 et note F.P. ÖLÇER et P. DE HERT).

<sup>12</sup> Cour eur. D.H., *Petri Sallinen et a. c. Finlande*, 27 septembre 2005, § 76, *T. Strafr.*, 2006, p. 48 et note F.P. ÖLÇER et P. DE HERT.

<sup>13</sup> Cour eur. D.H., *Crémieux c. France*, 25 février 1993, § 38, *Série A*, n° 256-B; Cour eur. D.H., *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, 25 février 2003, § 68; Cour eur. D.H., *André et a. c. France*, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY, "Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données!"; Cour eur. D.H., *Moulin c. France*, 23 novembre 2010.

<sup>14</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., *Van Rossem c. Belgique*, 9 décembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 903 et s. et note A. JACOBS, "Perquisitions et droits de défense: une remise en question des pratiques par la Cour européenne des droits de l'homme".

Enfin, la perquisition doit être proportionnée au but poursuivi. Pour ce qui concerne les perquisitions dans un cabinet d'avocat, cette proportionnalité est assurée par des garanties procédurales spécifiques qui vont retenir plus particulièrement notre attention.

### *C. Les garanties particulières requises pour les perquisitions dans un cabinet d'avocat*

Etant donné que les perquisitions dans les cabinets d'avocats mettent en péril le secret professionnel, elles doivent impérativement être assorties de "garanties spéciales de procédure",<sup>15</sup> qui s'appliquent tant à la perquisition classique qu'à la recherche dans les systèmes informatiques des avocats.<sup>16</sup> La Cour n'en fait cependant pas un inventaire systématique. L'on observe simplement que certains éléments sont pris en considération pour conclure à la proportionnalité de la mesure, tandis que l'absence de certaines de ces garanties contribue à un constat de violation de la Convention.

Comme pour toute perquisition, la Cour exige un mandat précis, de manière tant à délimiter les pouvoirs des enquêteurs<sup>17</sup> qu'à permettre un contrôle en temps réel ou *a posteriori* de la part de celui dont les locaux font l'objet de la perquisition.<sup>18</sup> La précision du mandat de perquisition est d'autant plus nécessaire lorsque celle-ci a lieu dans un cabinet d'avocat que doit être protégé le secret professionnel,<sup>19</sup> sans quoi le mandat donnerait aux policiers toute latitude pour déterminer ce qui est à saisir;<sup>20</sup> c'est particulièrement vrai dans les systèmes procéduraux ne prévoyant pas de garanties spéciales, telle la présence d'un observateur indépendant.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., Xavier Da Silveira c. France, 21 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 309 et note G.-A. DAL; voy. aussi T. BAUWENS, "De 'Zaak Alzheimer Bis': Over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", *T. Strafr.*, 2011, p. 102.

<sup>16</sup> Voy. Cour eur. D.H., Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, 16 octobre 2007. Il est significatif de constater que, dans cette affaire, toutes les précautions utiles avaient été prises lors de l'examen des dossiers de l'avocat, alors que la saisie des documents informatiques qui avait suivi n'avait pas bénéficié de la même attention.

<sup>17</sup> Pour les cabinets d'avocats, voy. Cour eur. D.H., André et a. c. France, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY, "Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données!", *J.T.*, 2008, p. 550, *T. Strafr.*, 2008, P. DE HERT et A. HOEFMANS (reflet).

<sup>18</sup> Voy. en ce sens, Cour eur. D.H., déc. Jacquier c. France, 1<sup>er</sup> septembre 2009; dans ce cas, la Cour déclara la requête irrecevable tant sur la question de la nécessité de la mesure que de la proportionnalité, notamment en raison du fait que n'avaient été saisis que des documents reprenant des informations publiques accessibles par ailleurs.

<sup>19</sup> Cour eur. D.H., Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, *Série A*, n° 251-B, *R.T.D.H.*, 1993, p. 467 et obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX, *J.T.*, 1994, p. 66 et obs. E. JAKHIAN et P. LAMBERT; Cour eur. D.H., Smirnov c. Russie, 7 juin 2007; Cour eur. D.H., Roemen et Schmit c. Luxembourg, 25 février 2003.

<sup>20</sup> Cour eur. D.H., Smirnov c. Russie, 7 juin 2007.

<sup>21</sup> Cour eur. D.H., Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, *Série A*, n° 251-B, *R.T.D.H.*, 1993, p. 467 et obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX, *J.T.*, 1994, p. 66 et obs. E. JAKHIAN et P. LAMBERT; D. SPIELMANN, "Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne - Legal Professional Privilege and European Case Law*, Larcier, 2011, p. 29.

La principale garantie appréciée par la Cour est assurément la présence effective<sup>22</sup> d'un observateur indépendant<sup>23</sup> ou du bâtonnier ou de ses représentants.<sup>24</sup> Sa seule présence ne suffit toutefois pas; il ressort clairement notamment de l'arrêt *André et a. c. France* que la présence du bâtonnier doit empêcher la consultation et la saisie de documents couverts par le secret professionnel et que les observations qu'il formule doivent pouvoir être discutées devant un juge indépendant tel le juge des libertés et de la détention français.<sup>25</sup> A tout le moins, les observations du bâtonnier doivent être consignées au procès-verbal.<sup>26</sup> L'importance que la Cour attache à l'intervention du bâtonnier ou de son délégué ressort aussi du fait qu'elle considère l'absence de contestation de sa part comme un élément attestant de la régularité de la perquisition.<sup>27</sup>

Au titre de garantie spéciale, la Cour retient également la présence du magistrat ayant ordonné la visite domiciliaire.<sup>28</sup>

De même, le fait que les documents désignés par l'avocat concerné comme couverts par le secret professionnel soient scellés et remis à un magistrat indépendant est de nature à convaincre la Cour du respect des articles 6 et 8 de la Convention.<sup>29</sup>

La Cour s'arrête également aux saisies consécutives à la perquisition pour rappeler qu'elles doivent être en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, être destinées à apporter la preuve de la participation de l'avocat à cette seule infraction lorsque c'est lui qui est en cause, et être limitées aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité.<sup>30</sup>

Ayant réaffirmé l'exigence de garanties procédurales spécifiques pour pouvoir procéder à des perquisitions dans un cabinet d'avocat, la Cour, dans son arrêt *Xavier Da Silveira c. France* du 21 janvier 2010, considère qu'en l'absence de celles-ci, la condition de proportionnalité par rapport au but poursuivi requise par l'article 8 de la Convention n'est pas remplie.

<sup>22</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, 16 octobre 2007.

<sup>23</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, *Série A*, n° 251-B, *R.T.D.H.*, 1993, p. 467 et obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX, *J.T.*, 1994, p. 66 et obs. E. JAKHIAN et P. LAMBERT dans lequel la Cour regrette l'absence de pareil observateur.

<sup>24</sup> Cour eur. D.H., *André et a. c. France*, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY, "Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données!", *J.T.*, 2008, p. 550, *T. Strafr.*, 2008, P. DE HERT et A. HOEFMANS (reflet); Cour eur. D.H., *Xavier Da Silveira c. France*, 21 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 309 et note G.-A. DAL; Cour eur. D.H., *déc. Turcon c. France*, 30 janvier 2007; Cour eur. D.H., *Moulin c. France*, 23 novembre 2010. La seule présence de voisins ne suffit pas (Cour eur. D.H., *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, 22 mai 2008).

<sup>25</sup> Dans le même sens, Cour eur. D.H., *Moulin c. France*, 23 novembre 2010.

<sup>26</sup> Cour eur. D.H., *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, 25 février 2003.

<sup>27</sup> Cour eur. D.H., *déc. Turcon c. France*, 30 janvier 2007; dans le même sens, Cour eur. D.H., *déc. Jacquier c. France*, 1<sup>er</sup> septembre 2009.

<sup>28</sup> Cour eur. D.H., *André et a. c. France*, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY, "Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données!", *J.T.*, 2008, p. 550, *T. Strafr.*, 2008, P. DE HERT et A. HOEFMANS (reflet), arrêt dans lequel la Cour regrette l'absence du magistrat instructeur.

<sup>29</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, 16 octobre 2007.

<sup>30</sup> Cour eur. D.H., *Moulin c. France*, 23 novembre 2010.

Relevons néanmoins que, même si la perquisition au cabinet d'un avocat est entourée de garanties spécifiques, elle peut être contraire à l'article 8, comme en atteste l'arrêt *Roemen et Schmit c. Luxembourg*,<sup>31</sup> et ce en raison du but poursuivi; dans le cas d'espèce, il s'agissait d'identifier une source journalistique.<sup>32</sup>

La question la plus sensible, qui touche à la fois à l'article 8 et à l'article 6 de la Convention, reste de toute évidence celle de savoir à qui incombe le tri entre les informations couvertes par le secret professionnel de l'avocat et les autres. C'est à propos d'affaires mettant en cause des écoutes téléphoniques que la Cour a eu à se prononcer sur cette question. Dans l'arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, il s'est avéré que c'était un fonctionnaire qui opérait ce tri, sans contrôle par un magistrat indépendant, ce que la Cour a considéré comme constitutif d'une violation de l'article 8.<sup>33</sup> Dans l'arrêt *Erdem c. Allemagne* du 5 juillet 2001, qui concernait la surveillance de la correspondance, avec son avocat, d'un détenu poursuivi pour terrorisme, la Cour apprécie qu'en droit allemand, "contrairement à d'autres affaires, (...), en l'espèce, le pouvoir de contrôle est exercé par un magistrat indépendant, qui ne doit avoir aucun lien avec l'instruction, et qui doit garder le secret sur les informations dont il prend connaissance".<sup>34</sup>

#### *D. Les perquisitions dans un cabinet d'avocat sous l'angle de l'article 6*

De longue date, la Cour européenne affirme qu'il ne peut y avoir de procès équitable sans secret professionnel.<sup>35</sup> Dès lors, elle appréhende les perquisitions dans les cabinets d'avocats également sous l'angle de l'article 6 de la Convention, et en particulier du droit de ne pas s'auto-incriminer, qui devient progressivement le noyau dur du droit à un procès équitable.<sup>36</sup>

La Cour s'attache à vérifier si pareille mesure n'entrave pas de manière disproportionnée le droit de se défendre. En effet, toute intrusion dans un cabinet d'avocat se répercute sur la bonne administration de la justice et donc sur les droits garantis par l'article 6.<sup>37</sup> C'est plus spécialement dans l'arrêt *André et a. c. France* que la Cour a développé cet aspect en relevant que la protection du se-

<sup>31</sup> Cour eur. D.H., *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, 25 février 2003.

<sup>32</sup> D. VOORHOOF, "Mensenrechtenhof veroordeelt huiszoeking bij journalist én bij diens advocaat", *Juristenkrant*, 2003, n° 65, p. 12.

<sup>33</sup> Cour eur. D.H., *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998.

<sup>34</sup> Cour eur. D.H., *Erdem c. Allemagne*, 5 juillet 2001, § 67. L'arrêt fait référence aux arrêts *Campbell c. Royaume-Uni* du 25 mars 1992 (*Série A*, 1° 233) et *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984 (*Série A*, n° 80) dans lesquels elle avait constaté que le contrôle de la correspondance était exercé par les autorités pénitentiaires.

<sup>35</sup> Cour eur. D.H., *Campbell c. Royaume-Uni*, 25 mars 1992, § 46, *Série A*, n° 233.

<sup>36</sup> Voy. en ce sens, O. MICHIELS et A. JACOBS, "Les implications de la jurisprudence la Cour européenne des droits de l'homme sur la preuve – La jurisprudence *Salduz* et l'arrêt *Gäfgen*", *J.T.*, 2011, pp. 153-161, spéc. p. 154.

<sup>37</sup> D. SPIELMANN, "Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne – Legal Professional Privilege and European Case Law*, Larcier, 2011, p. 29.

cret professionnel de l'avocat est le corolaire du droit du client de ne pas contribuer à sa propre incrimination.<sup>38</sup>

Sous l'angle du respect de l'article 6, l'établissement, au moment même, d'un rapport<sup>39</sup> qui permettra un contrôle effectif de la mesure entre également en ligne de compte dans l'évaluation de la Cour, ainsi que l'information du requérant quant aux résultats de la perquisition.<sup>40</sup> Et la Cour de vérifier également que l'avocat concerné dispose d'un "contrôle efficace" pour contester les perquisitions et saisies dont il a fait l'objet, à savoir une action permettant à l'avocat de poursuivre l'annulation des perquisitions et saisies litigieuses.<sup>41</sup> C'est aussi dans cette perspective qu'elle demande qu'un temps suffisant soit laissé aux personnes concernées pour que ce contrôle puisse effectivement s'exercer.<sup>42</sup>

## II. Les perquisitions dans les cabinets d'avocats en droit belge<sup>43</sup>

En droit belge, la perquisition est sommairement régie par les articles 87, 88 et 89bis C.I.C. Aucune disposition spécifique, ni de ce Code ni d'aucune loi particulière, ne régit la perquisition dans un cabinet d'avocat.<sup>44</sup>

Quant à la légitimité des perquisitions dans un cabinet d'avocat, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 9 juin 2004,<sup>45</sup> que ni l'article 45 du Code pénal ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'oppose à la saisie et à l'exploitation par un juge d'instruction de documents en rapport avec les activités suspectes d'un avocat. Le secret professionnel n'est en effet pas absolu et ne peut servir à protéger l'avocat auteur d'infractions.<sup>46</sup> En

<sup>38</sup> Cour eur. D.H., André et a. c. France, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY, "Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données!", *J.T.*, 2008, p. 550, *T. Strafr.*, 2008, P. DE HERT et A. HOEFMANS (reflet).

<sup>39</sup> Voy. Cour eur. D.H., Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, 16 octobre 2007; dans ce cas, un rapport avait été établi au moment même pour la fouille et la saisie de documents papiers, rapport signé par l'avocat concerné et les fonctionnaires de police; en revanche, pareil rapport ne fut dressé que plus tard dans la journée pour ce qui concernait les données informatiques, ce que critique la Cour.

<sup>40</sup> Voy. Cour eur. D.H., Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, 16 octobre 2007.

<sup>41</sup> Cour eur. D.H., Xavier Da Silveira c. France, 21 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 309 et note G.-A. DAL. Tel ne serait pas le cas d'une action en responsabilité de l'Etat.

<sup>42</sup> Cour eur. D.H., Roemen et Schmit c. Luxembourg, 25 février 2003; Cour eur. D.H., Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, 16 octobre 2007.

<sup>43</sup> Voy. not. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd., La Charte, 2010, pp. 604-609; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2009, pp. 466-468; G.-A. DAL, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique", *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese Context – Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen – The Lawyer's Professional Secrecy in a European Context*, Larcier, 2003, p. 21-22.

<sup>44</sup> R. DE PUYDT, *Deontologie van de Vlaamse advocaat*, Intersentia, 2009, p. 149; T. BAUWENS, "De stafhouder als 'adviseur' en 'onafhankelijke' en 'onpartijdige' 'rechter'", *R.W.*, 2007-2008, p. 437; R. BOONE, "Inverdenkingstelling van advocaten dient niet om beroepsgeheim te doorprikken", *Juristenkrant*, 2010, n<sup>o</sup> 206, p. 7.

<sup>45</sup> Cass., 9 juin 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 103.

<sup>46</sup> De même, le détenteur du secret professionnel pourra faire état de documents confidentiels pour assurer sa défense et il en est également ainsi du client mis en cause (Cass., 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 5 et note R. RASIR).



revanche, si l'avocat n'est pas en cause, l'on observe que la jurisprudence admet en pratique des perquisitions dans les cabinets d'avocat; la doctrine précise que seuls les documents non couverts par le secret professionnel peuvent être saisis, ainsi que les pièces ou objets constituant le corps du délit, et ce en considération du fait que l'avocat a détourné le secret professionnel de sa finalité en les recevant.<sup>47</sup>

Il n'en reste pas moins que les locaux professionnels, tels les cabinets d'avocats, sont, aux yeux de la Cour de cassation, protégés tant par l'article 15 de la Constitution que par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.<sup>48</sup>

Il convient de rappeler que les conditions de toute perquisition doivent évidemment être réunies. Ainsi, celle-ci suppose l'existence d'indices d'infraction;<sup>49</sup> elle est, en d'autres termes, un moyen de rechercher des preuves et non des infractions. Le mandat de perquisition doit être correctement motivé.

En ce qui concerne en particulier la perquisition dans un cabinet d'avocat, elle doit être proportionnée aux objectifs recherchés et ciblée, c'est-à-dire que son objet doit être clairement délimité à l'avance et les recherches strictement limitées à l'objet recherché, comme le rappelle très bien le tribunal correctionnel de Bruxelles dans un jugement du 29 mars 2001.<sup>50</sup>

Pour le surplus, à défaut de dispositions légales organisant les perquisitions dans les cabinets d'avocat, ce sont les usages qui ont pris le relais.<sup>51</sup>

Ils sont constants et bien établis sur un point: dès qu'une perquisition a lieu au cabinet d'un avocat, mais aussi à son domicile privé,<sup>52</sup> elle est diligentée par le

<sup>47</sup> H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd., La Charte, 2010, p. 607; voy. dans le même sens, M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2009, p. 466; voy. aussi T. BAUWENS, "De 'Zaak Alzheimer Bis': Over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", *T. Strafr.*, 2011, p. 99.

<sup>48</sup> Cass., 19 février 2002, P.00.1100.N; Cass., 4 avril 2005, P.05.0537.N.

<sup>49</sup> Pour les perquisitions en général, voy. par exemple Cass., 5 avril 2011, P.11.0085.N; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2009, p. 457; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd., La Charte, 2010, p. 597. Pour les perquisitions dans les cabinets d'avocats, voy. not. O. KLEES, "Le secret professionnel de l'avocat et la justice pénale. Rappel de quelques principes et éléments de réflexion", *L'enquête financière*, Custodes - Politeia, 2003, p. 121. Cet auteur, insistant sur la relation de confiance devant exister entre le juge d'instruction et le barreau, suggère que ces indices soient communiqués au bâtonnier dès avant la perquisition de telle sorte que celui-ci puisse faire part de son avis relativement au caractère confidentiel ou non de certains documents en connaissance de cause et permettre, en outre, un contrôle juridictionnel ultérieur de la légalité de la perquisition et des saisies.

<sup>50</sup> 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".

<sup>51</sup> Pour une présentation synthétique de ceux-ci, voy. not. T. BAUWENS, "De 'Zaak Alzheimer Bis': Over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", *T. Strafr.*, 2011, pp. 102-103; R. DECLERCQ, *Handboek strafvordering*, Kluwer, 2007, pp. 130-138.

<sup>52</sup> G.-A. DAL, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique", *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese Context - Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen - The Lawyer's Professional Secrecy in a European Context*, Larcier, 2003, p. 21. Voy. dans le même sens Cour eur. D.H., 21 janvier 2010, Xavier Da Silveira c. France, *J.T.*, 2010, p. 309 et note G.-A. DAL.

juge d'instruction qui l'a ordonnée et non par les seuls enquêteurs.<sup>53</sup> La règle s'applique tant lorsqu'est en cause l'avocat lui-même qu'un de ses clients.

La doctrine et la jurisprudence sont également unanimes sur le principe voulant qu'aucun document couvert par le secret professionnel ne puisse en définitive se trouver dans le dossier répressif<sup>54</sup> – quel que soit le lieu de la saisie et quelle que soit la régularité de la perquisition<sup>55</sup> – et qu'une condamnation ne peut jamais s'appuyer sur un tel document.<sup>56</sup>

La pratique veut en outre que le bâtonnier ou son représentant soit averti de la perquisition de telle sorte qu'il puisse y assister.<sup>57</sup> Il ne s'agit toutefois là que d'un usage<sup>58</sup> et la chambre des mises en accusation de Liège considère 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" et de poursuivre: "L'absence d'un tel représentant n'a donc pas pour effet d'interdire au juge d'instruction de prendre connaissance de documents apparemment susceptibles de relever du secret professionnel, dès lors que ce magistrat est la seule autorité compétente qui, à ce stade de la procédure, peut apprécier les éléments utiles à la manifestation de la vérité et identifier les pièces qui, le cas échéant, se rapportent à ce secret".<sup>59</sup>

A cet égard, les pratiques sont loin d'être uniformes quant au rôle respectif du bâtonnier ou de son représentant et du juge d'instruction. Comme le relèvent certains auteurs, il arrive plus d'une fois qu'elles dépendent davantage des rela-

<sup>53</sup> Voy. par exemple F. LUGENTZ, "Les perquisitions en matière économique et financière", *Rev. dr. pén. entr.*, 2009, p. 228, n° 75; L. HUYBRECHTS, "Beroepsgeheim in de sfeer van de onderneming", *T. Strafr.*, 2004, p. 104.

<sup>54</sup> Voy. not. R. DE PUYDT, *Deontologie van de Vlaamse advocaat*, Intersentia, 2009, p. 150; P. TRAESE, *Het bewijs in strafzaken*, Gand, Mys & Breesch, 1992, n° 539, pp. 286-288; A. MASSET, "Les sanctions de la violation du secret professionnel", *Le secret professionnel*, La Charte, 2002, pp. 77-79; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 158-159; Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, p. 1102; Cass., 14 février 2001, P.00.1350.F; Corr. Bruxelles, 9 avril 1987, *J.T.*, 1987, p. 539 et note P. LAMBERT.

<sup>55</sup> L. KENNES, "Le secret professionnel de l'avocat", note sous Cass., 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 527; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, 2003, p. 697; R. DECLERCQ, *Procédure pénale, R.P.D.B.*, compl. t. IX, 2005, n° 1714, p. 697; Bruxelles (ch. mis. acc.), 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735.

<sup>56</sup> Voy. en ce sens Cass., 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 526 et note L. KENNES, "Le secret professionnel de l'avocat".

<sup>57</sup> T. BAUWENS, "De stafhouder als 'adviseur' en 'onafhankelijke' en 'onpartijdige' 'rechter'", *R.W.*, 2007-2008, p. 437; T. BAUWENS, "De 'Zaak Alzheimer Bis': Over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", *T. Strafr.*, 2011, p. 102.

<sup>58</sup> Voy. en ce sens Cass., 18 mai 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 435; R. DE PUYDT, *Deontologie van de Vlaamse advocaat*, Intersentia, 2009, p. 150. Les législations étrangères inscrivent généralement la règle dans les textes; voy. par exemple le paragraphe 121 (2) du Code de procédure pénale autrichien ou l'article 56-1 du Code de procédure pénale français.

<sup>59</sup> Liège (ch. mis. acc.), 26 février 2004, *Journ. proc.*, 2004, n° 479, p. 22 et note S. D'ORAZIO, "Cabinet d'avocat... 'asyle sacré' ou banque d'informations?".

tions entretenues par le barreau et le juge d'instruction que de règles bien établies.<sup>60</sup> La controverse, bien connue, reste néanmoins vive.<sup>61</sup>

Le barreau a toujours considéré que c'est au bâtonnier ou à son représentant qu'il appartient de prendre connaissance du contenu des pièces désignées par le juge d'instruction et d'en faire le tri de telle sorte que ne lui soient remis que des documents échappant au secret professionnel.<sup>62</sup> Des accords ayant existé dans certains ressorts de cours d'appel allaient en ce sens, alors que d'autres laissaient cette question ouverte.<sup>63</sup>

L'avantage manifeste de pareille solution au regard du droit à un procès équitable et de la nécessaire impartialité du magistrat instructeur réside dans le fait que le juge d'instruction ne prend pas connaissance de pièces dont il devra par la suite faire abstraction.<sup>64</sup> Observons toutefois que cette position n'empêche pas le débat ultérieur sur le fait que telle ou telle pièce est ou non couverte par le secret professionnel, en dépit de l'avis du bâtonnier ou de son représentant: ni les juridictions d'instruction ni les juridictions de fond ne seront en effet liées par cet avis tant qu'il a échappé à un débat contradictoire.<sup>65</sup>

La majorité de la doctrine soutient, en revanche, que c'est au juge d'instruction lui-même qu'il appartient de faire le tri entre les documents couverts par le secret professionnel et ceux qui ne le sont pas et ainsi de délimiter la saisie, éventuellement après avoir pris l'avis du représentant de l'Ordre.<sup>66</sup> Cette position se

<sup>60</sup> G.-A. DAL, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique", *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese Context – Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen – The Lawyer's Professional Secrecy in a European Context*, Larcier, 2003, pp. 21-22, P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruylant, 2005, pp. 205-207 et 208 et s.

<sup>61</sup> Pour un exposé systématique des différentes positions et de leurs fondements, voy. not. P. LAMBERT, "Perquisitions et saisies dans le cabinet d'un avocat", *J.T.*, 1979, pp. 621-625.

<sup>62</sup> Voy. en ce sens not. P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruylant, 2005, pp. 205-207 et 208 et s.; E. JAKHIAN et P. LAMBERT, obs. sous Cour eur. D.H., Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, *J.T.*, 1994, p. 66; P. LAMBERT, "Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeurs", *J.T.*, 2001, p. 61; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2009, p. 467; P. HENRY, "Glasnost: la seconde mort d'Antigone", *L'avocat et la transparence*, Bruylant, 2006, p. 18 et s.

<sup>63</sup> Voy. pour le ressort de la cour d'appel de Bruxelles, P. LAMBERT, "Perquisitions et saisies dans le cabinet d'un avocat", *J.T.*, 1979, p. 621 et les références citées; G.-A. DAL, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique", *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese Context – Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen – The Lawyer's Professional Secrecy in a European Context*, Larcier, 2003, p. 21 et les références citées; pour le ressort de la cour d'appel de Liège, voy. la circulaire du procureur général C.6/87D767 Cir.-Lg du 5 mai 1987, reproduite dans *Cahiers déontologie*, Barreau de Liège, n° 5, mai 2001. Voy. S. D'ORAZIO, "Cabinet d'avocat... 'asyle sacré' ou banque d'informations?", note sous Liège (ch. mis. acc.), 26 février 2004, *Journ. proc.*, 2004, n° 479, p. 23.

<sup>64</sup> O. KLEES relève toutefois que le juge d'instruction peut être amené à prendre connaissance de pièces confidentielles même en cas de perquisition dans un domicile ou au siège d'une société (O. KLEES, "Le secret professionnel de l'avocat et la justice pénale. Rappel de quelques principes et éléments de réflexion", *L'enquête financière*, Custodes – Politeia, 2003, p. 119).

<sup>65</sup> Voy. en ce sens O. KLEES, "Le secret professionnel de l'avocat et la justice pénale. Rappel de quelques principes et éléments de réflexion", *L'enquête financière*, Custodes – Politeia, 2003, p. 119.

<sup>66</sup> Voy. en ce sens, not. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd., La Charte, 2010, p. 606; L. VIAENE, "Huiszoeking en beslag in strafzaken", *A.P.R.*, Larcier, 1962, n° 485-489; F. LUGENTZ, "Les perquisitions en matière économique et financière", *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 228, n° 75; A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, Kluwer, 2008, pp. 379-380; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Maklu, 2005, p. 910; L. HUYBRECHTS, "Beroepsgeheim in de sfeer van de onderneming", *T. Strafr.*, 2004, p. 104; L. HUYBRECHTS, "Gebruik en misbruik van het beroepsgeheim inzonderheid door revisoren, accountants en advocaten", *T.B.H.*, 1995, p. 667.

justifie par le fait que le juge d'instruction est légalement chargé de l'instruction et est tenu de veiller à la légalité de son instruction;<sup>67</sup> il est aussi le seul à même de déterminer les preuves à rechercher et de décider ce qui doit être saisi. En outre, les perquisitions et saisies constituent des actes d'instruction par excellence et, à ce titre, des actes juridictionnels<sup>68</sup> échappant à la compétence du bâtonnier.

C'est en ce sens que se prononce aujourd'hui la jurisprudence, qui n'est cependant guère abondante. Ainsi, le tribunal correctionnel de Bruxelles, dans un jugement du 29 mars 2001, énonce "qu'il appartient au magistrat instructeur seul, après avis du représentant professionnel qualifié, de décider quelles sont les pièces couvertes par le secret professionnel et qui ne peuvent, dès lors, être saisies. Que, en dernier ressort, c'est à la juridiction de fond – et non au représentant de l'Ordre concerné – qu'il appartiendra de se prononcer sur le caractère confidentiel ou non de la pièce saisie".<sup>69</sup>

La Cour de cassation semble se rallier à cette position dans un arrêt du 9 juin 2004 en estimant que l'arrêt attaqué est régulièrement motivé et légalement justifié en considérant 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". Et de préciser que la décision de saisie de pièces dans un cabinet d'avocat est provisoire et susceptible de contrôle.<sup>70</sup>

A cet égard, tant les juridictions d'instruction que le juge du fond doivent veiller à ce que des pièces couvertes par le secret professionnel ne figurent pas au dossier.<sup>71</sup> Ainsi, la chambre des mises en accusation peut être saisie par le biais du référé pénal organisé par l'article 61<sup>quater</sup> C.I.C. par l'avocat dont le dossier a été saisi. Pourrait-elle être saisie par le client de cet avocat ou par le bâtonnier?

En toute hypothèse, la chambre des mises pourra annuler une perquisition et une saisie de pièces couvertes par le secret professionnel<sup>72</sup> ainsi que tout ce qui en découle – au risque de devoir constater l'irrecevabilité des poursuites<sup>73</sup> – sur la base de l'article 235<sup>bis</sup> C.I.C. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEER-

<sup>67</sup> Art. 56 C.I.C.

<sup>68</sup> O. KLEES, "Le secret professionnel de l'avocat et la justice pénale. Rappel de quelques principes et éléments de réflexion", *L'enquête financière*, Custodes – Politeia, 2003, p. 119.

<sup>69</sup> Coir. Bruxelles, 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 617 et note P. LAMBERT, "Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeurs"; voy. dans le même sens Corr. Bruxelles, 20 février 1998, *Journ. proc.*, 1998, n° 344, p. 11 et s. et notes P. LAMBERT et Y. HANNEQUART, *J.T.*, 1998, p. 361, *J.L.M.B.*, 1998, p. 802; Bruxelles (ch. mis. acc.), 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735; Gand, 26 juin 2007, *T.G.R.*, 2007, p. 334.

<sup>70</sup> Cass., 9 juin 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 103; voy. dans le même sens Cass. 18 mai 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 435.

<sup>71</sup> L. HUYBRECHTS, "Beroepsgeheim in de sfeer van de onderneming", *T. Strafr.*, 2004, p. 104.

<sup>72</sup> Des preuves ainsi irrégulièrement recueillies ne semblent pas pouvoir être admises au bénéfice de "la jurisprudence Antigone"; voy. en ce sens H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2010, p. 608, note 436.

<sup>73</sup> Voy. sur cette question M. FRANCHIMONT et A. JACOBS, "Quelques réflexions sur l'irrecevabilité des poursuites", *Liber amicorum Henri-D. Bosly*, La Chartre, 2009, pp. 197-210.

NAERT relèvent que, si la chambre des mises en accusation en arrivait à la conclusion que le juge d'instruction, par suite de cette perquisition, n'a plus l'impartialité requise, il lui serait toujours loisible, sur la base de l'article 235 C.I.C., d'évoquer l'affaire et de désigner un de ses membres en qualité de juge d'instruction.<sup>74</sup> Cette proposition ne peut être qu'approuvée mais semble rarement mise en œuvre en pratique.

Si la question de la confidentialité des pièces saisies est discutée devant le juge du fond, celui-ci devra, le cas échéant, écarter des débats les pièces couvertes par le secret professionnel.<sup>75</sup> Ce pouvoir du juge du fond ne prête à aucune discussion, à tel point qu'il peut écarter des pièces confidentielles en dépit de l'absence de réaction du bâtonnier lors de la perquisition,<sup>76</sup> c'est en effet au tribunal qu'il appartient en définitive de désigner les pièces soumises à un débat contradictoire.<sup>77</sup>

Il y a toutefois lieu de s'interroger quant à l'effectivité du contrôle ainsi organisé. En effet, dans ce système, l'intervention de la chambre des mises en accusation – que ce soit en cours d'instruction ou au moment du règlement de la procédure – n'aura pas empêché le juge d'instruction d'avoir pris connaissance des pièces litigieuses et, le cas échéant, d'avoir orienté ses recherches en conséquence<sup>78</sup> (sous réserve de la décision de la chambre des mises d'évoquer la cause). Que dire alors du juge du fond qui est censé faire totalement abstraction de pièces qu'il écarte mais qu'il a néanmoins examinées?<sup>79</sup> L'on touche ici au problème plus général de la sanction des irrégularités dans le système procédural belge car cette hypothèse d'un juge ayant eu connaissance de pièces qu'il est censé ignorer est loin d'être isolée.<sup>80</sup> L'effectivité de la sanction voudrait à tout le moins que le juge qui a connu de la pièce litigieuse et l'a écartée des débats n'aie plus à connaître de l'affaire qui serait alors renvoyée devant un autre juge. L'on aperçoit tout de suite le risque d'allongement de la procédure ainsi que l'intérêt à ce que celle-ci soit purgée de ses nullités avant même de venir devant le juge du fond.

<sup>74</sup> H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd., La Chartre, 2010, p. 609.

<sup>75</sup> 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".

<sup>76</sup> Bruxelles, 21 juin 1978, *J.T.*, 1979, p. 29; Bruxelles (ch. mis. acc.), 26 mai 2001, *J.T.*, 2001, p. 735.

<sup>77</sup> 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".

<sup>78</sup> Cela peut être vrai aussi pour d'autres intervenants, tels les enquêteurs, le parquet, l'expert, la partie civile et les autres personnes poursuivies. Voy. T. BAUWENS, "De 'Zaak Alzheimer Bis': Over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", *T. Strafr.*, 2011, p. 103.

<sup>79</sup> En ce sens, G.-A. DAL, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique", *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese Context – Le secret professionnel de l'avocat dans le contexte européen – The Lawyer's Professional Secrecy in a European Context*, Larcier, 2003, p. 22.

<sup>80</sup> Pour un autre exemple, voy. not. A. JACOBS, "Droits de la défense et informations relatives à la situation judiciaire du prévenu figurant indûment au dossier" note sous Corr. Verviers, 11 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 271.

### III. Confrontation du droit belge à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Confrontés à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les usages prévalant en Belgique posent manifestement des problèmes. Après en avoir fait le relevé, nous examinerons les pistes qui pourraient être exploitées pour les surmonter.

#### A. *Les difficultés*

Il est évident que si l'Etat belge était mis en cause devant la Cour strasbourgeoise dans une affaire de perquisition dans un cabinet d'avocat, il ne manquerait pas de moyens de défense, sous réserve évidemment des données concrètes de l'affaire et de la manière dont les règles auraient été appliquées dans le cas d'espèce.

Ainsi, il pourrait mettre en avant la nécessaire délimitation de la perquisition et la motivation de la décision qui y préside. De même, il ne manquerait pas de souligner la protection du secret professionnel par l'article 458 du Code pénal et une jurisprudence bien établie excluant dans un dossier pénal la présence de pièces confidentielles.

Au-delà de cela, une première difficulté à surmonter serait d'établir l'existence en droit interne d'une loi claire et prévisible. Certes, la loi ne doit pas s'entendre dans son sens formel et une coutume ou un usage bien établi et connu peut y suppléer. Il ne faut cependant pas perdre de vue la fragilité – attestée par la jurisprudence – et le manque de clarté à certains égards de l'usage en la matière, sans parler du fait que ni la loi ni la jurisprudence ne délimitent avec précision les possibilités de perquisition dans un cabinet d'avocat, en particulier lorsque l'avocat n'est pas mis en cause.

Au titre de garantie spécifique requise en cas de perquisition dans un cabinet d'avocat, l'Etat belge pourrait probablement invoquer, à son actif, la présence du magistrat instructeur en personne, mais ici encore, il faut rappeler qu'il ne s'agit que d'une habitude et non d'une règle contraignante.

Ainsi en est-il aussi de l'usage voulant que le bâtonnier ou son représentant soit averti de la perquisition et puisse y assister et des conséquences de son absence sur la validité de la perquisition et des preuves recueillies. Est encore plus flou, à cet égard, le rôle du représentant de l'Ordre et ce qu'il advient de son avis. Il est en général acté au procès-verbal de la perquisition et de la saisie mais aucune règle ne l'impose.

Or la Cour attache une importance certaine à la présence du bâtonnier et à ce qu'il ait pu formuler ses observations et elle retient, dans plusieurs arrêts,

qu'elles ont été examinées par un juge indépendant et impartial, tel, en France notamment, le juge des libertés et de la détention.<sup>81</sup> L'Etat belge, dans sa défense, devra sans doute prendre toute la mesure de ce que, dans l'affaire *André et a. c. France*, la Cour critique le fait que la présence de l'avocat concerné et du bâtonnier n'a pas empêché une consultation effective des documents par le juge d'instruction en charge de l'affaire.

Les observations du bâtonnier sont normalement prises en considération par le juge d'instruction pour éclairer sa décision de saisir ou non les documents litigieux. Certes, le juge d'instruction est un juge indépendant et impartial, par opposition aux enquêteurs ou au parquet.<sup>82</sup> Reste à savoir s'il l'est aussi dans l'affaire concernée.<sup>83</sup> En effet, la Cour a, à plusieurs reprises, estimé que seul le magistrat qui n'a "aucun lien avec l'instruction et qui doit garder le secret sur les informations dont il prend connaissance" peut être considéré comme indépendant dans ce contexte.<sup>84</sup> Tel n'est assurément pas le cas du juge d'instruction, et pas davantage du juge du fond lorsqu'il écarte lui-même des preuves irrégulièrement obtenues.<sup>85</sup> Pour ce dernier, cela pose toute la question de son pouvoir de statuer sur la régularité des preuves qui lui sont soumises.

Si l'on fait le compte des éléments dans la balance, et ce indépendamment des aspects particuliers de l'affaire concrète que défendrait l'Etat belge devant la Cour, il faut bien reconnaître que la défense de celui-ci ne serait pas dépourvue de moyens mais qu'elle risquerait bien d'achopper sur un certain nombre de points, qui même appréciés dans la globalité du procès, pourraient être considérés comme violant les articles 6 et 8 de la Convention.

### *B. Eléments de solution*

Comme on l'a vu, outre l'absence de dispositions légales, deux problèmes majeurs sont à relever: d'une part, le juge d'instruction est amené à prendre connaissance de documents confidentiels qui ne peuvent figurer au dossier car couverts par le secret professionnel et, d'autre part, le juge du fond devra, le cas échéant, écarter des preuves recueillies en violation du secret professionnel, mais qu'il aura examinées.

<sup>81</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., *André et a. c. France*, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY, "Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données!"; Cour eur. D.H., *Moulin c. France*, 23 novembre 2010.

<sup>82</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., *Moulin c. France*, 23 novembre 2010; Cour eur. D.H., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001.

<sup>83</sup> En ce sens, T. BAUWENS, "De 'Zaak Alzheimer Bis': Over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", *T. Strafr.*, 2011, p. 100.

<sup>84</sup> Cour eur. D.H., *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998; Cour eur. D.H., *Erdem c. Allemagne*, 5 juillet 2001.

<sup>85</sup> Voy. en ce sens, P. LAMBERT, "Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeurs", note sous *Corr. Bruxelles*, 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 621.



La difficulté n'est évidemment pas propre aux perquisitions dans les cabinets d'avocats, mais étant donné qu'elle est inéluctable dans ce cas, des règles spécifiques et plus strictes s'imposent.

Une première piste pourrait être de se tourner vers les législations plus récentes qui organisent de manière spécifique certains devoirs d'enquête lorsque sont concernés des avocats ou des médecins, tels l'article 90*octies* C.I.C. pour les écoutes téléphoniques et l'article 56*bis*, al. 2 C.I.C. en matière d'observation, d'infiltration et de contrôle visuel discret.

Ces devoirs d'instruction ne peuvent être autorisés que dans l'hypothèse où le titulaire du secret professionnel est lui-même soupçonné d'infractions visées à l'article 90*ter* C.I.C. ou si des faits précis laissent présumer que des tiers soupçonnés d'avoir commis pareilles infractions utilisent ses locaux ou sa résidence ou ses moyens de communication ou de télécommunication, pour ce qui est des écoutes téléphoniques. Il est précisé que la mesure ne peut être exécutée sans avertissement au bâtonnier, sans toutefois que la loi prévoit de sanction en cas de non-respect de cette disposition. L'article 90*octies*, al. 2 prescrit en outre que le bâtonnier soit informé par le juge d'instruction des éléments des communications ou télécommunications recueillis qu'il estime relever du secret professionnel et qui ne seront pas consignés au procès-verbal.

Le législateur pourrait à tout le moins reprendre ces dispositions pour les appliquer à la perquisition et ainsi délimiter le champ d'application de celle-ci et formaliser la garantie de la présence du bâtonnier.

Afin d'éviter que le juge d'instruction ne risque de prendre connaissance de documents qu'il ne pourra pas utiliser pour la suite de son instruction, l'on pourrait imaginer que la perquisition soit menée par un autre juge d'instruction, ou même par le président de la chambre du conseil, dès lors qu'elle doit avoir lieu dans un cabinet d'avocat. L'on voit toutefois immédiatement les limites de pareille solution tant au point de la durée de la procédure que d'une connaissance insuffisante du dossier concerné, avec le risque d'amplifier les saisies par crainte de voir échapper un élément pertinent. En outre, pareille solution qui s'inspire du système du juge de l'instruction, s'intégrerait mal dans le nôtre et désordonnerait encore un peu plus notre procédure pénale déjà tellement malmenée par d'innombrables réformes ponctuelles qui en altèrent la structure fondamentale.<sup>86</sup>

L'avant-projet de Code de procédure pénale, quant à lui, s'était attaché à réglementer de manière beaucoup plus précise les perquisitions en général. En ce qui concerne les perquisitions dans les cabinets d'avocats, l'article 173 prévoyait

<sup>86</sup> Il suffit de penser aux va-et-vient que peut dorénavant faire une affaire fixée devant le juge du fond lorsqu'intervient un témoin anonyme (art. 189*bis*, al. 2 et 294 C.I.C.) ou lorsqu'il a été recouru à une méthode particulière de recherche (art. 189*ter* C.I.C.)



des règles visant à préserver le secret professionnel, en particulier l'obligation pour le juge d'instruction, à peine de nullité, de déterminer l'objet précis ou l'intitulé du ou des dossiers soumis à perquisition, ainsi que la présence d'un représentant de l'ordre professionnel auquel appartient la personne dont les locaux font l'objet de la perquisition; c'était à ce représentant qu'il revenait de déterminer les documents couverts par le secret professionnel. Cette disposition ne permettait toutefois pas de surmonter l'écueil du juge du fond devant, à l'issue des débats, écarter une pièce confidentielle tout en ayant pris connaissance; l'on sait par ailleurs la réticence de beaucoup à confier au bâtonnier ou à son représentant le tri des documents.

L'on pourrait aussi imaginer que la chambre des mises en accusation, chaque fois qu'elle est amenée à annuler la saisie de pièces confidentielles,<sup>87</sup> ait l'obligation – et non plus la faculté – de dessaisir le juge d'instruction qui aurait pris connaissance de ces pièces. La solution peut paraître séduisante et devrait idéalement être généralisée, mais il est évident qu'elle constituerait une sérieuse entrave à l'instruction. Peut-être son application pourrait-elle être limitée aux pièces significatives ou ayant une importance déterminante au regard de l'instruction. L'on sait toutefois le caractère relatif de pareille appréciation.<sup>88</sup>

Ne pourrait-on dès lors s'inspirer du Code de procédure pénale français<sup>89</sup> qui, en son article 56-1, prévoit que seul le bâtonnier ou son représentant a le droit de prendre connaissance des documents découverts lors de la perquisition dans le cabinet de l'avocat; il peut s'opposer à la saisie d'une pièce qu'il estime confidentielle. Celle-ci est alors mise sous scellé et remise au juge des libertés et de la détention à qui il appartient de statuer.<sup>90</sup> Ainsi, ni le juge d'instruction, ni le juge du fond ne prend connaissance d'une pièce en définitive couverte par le secret professionnel. Rien ne fait toutefois obstacle à ce que la défense invoque encore la nullité de la saisie devant le juge du fond dans l'hypothèse où le juge des libertés et de la détention a, malgré les observations du bâtonnier ou de son délégué, décidé de verser les pièces litigieuses au dossier. Dans ce cas limité, l'affaire se poursuivra devant un juge qui a connu de pièces qui ne peuvent être prises en considération.

En l'absence de juge des libertés et de la détention, le législateur belge pourrait prévoir que les pièces controversées soient mises sous scellés et remises

<sup>87</sup> Que sa décision fasse suite à un référé pénal ou soit rendue sur la base de l'article 235bis C.I.C.

<sup>88</sup> En outre, un élément d'importance mineure pour l'instruction peut néanmoins convaincre le juge d'instruction de poursuivre ses investigations alors que sans cet élément, l'enquête aurait été clôturée.

<sup>89</sup> Voy. en ce sens, A. JACOBS et P. HENRY, "Non les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données", note sous Cour eur. D.H., André et a. c. France, 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 873.

<sup>90</sup> Voy. not. J. PRADEL, *Procédure pénale*, 12<sup>e</sup> éd., Cujas, 2004, p. 445 et s. La solution française retient l'attention de plusieurs auteurs belges; voy. R. BOONE, "Inverdenkingstelling van advocaten dient niet om beroepsgeheim te doorprikken", *Juristenkrant*, 2010, n° 206, p. 7; T. BAUWENS, "De 'Zaak Alzheimer Bis': Over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", *T. Strafr.*, 2011, pp. 103-105.

d'office<sup>91</sup> à la chambre des mises en accusation à qui il appartiendrait d'opérer le tri entre les documents couverts par le secret professionnel et ceux qui ne le sont pas et qui peuvent en conséquence être versés au dossier. En vertu de l'article 235bis, § 5 C.I.C., la question serait définitivement tranchée sans qu'elle puisse encore être soumise au juge du fond.<sup>92</sup>

Une telle solution constituerait un progrès significatif du point de vue des garanties exigées, à juste titre, par la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors que tant le juge d'instruction que le juge du fond ne se trouverait pas dans la situation de devoir faire abstraction de pièces dont il a néanmoins pris connaissance et qui pourraient être décisives pour la suite, comme c'est trop souvent le cas dans notre droit.

## Conclusion

Les perquisitions dans les cabinets d'avocats restent heureusement exceptionnelles. Néanmoins, elles divisent auteurs et jurisprudence à plus d'un titre.

Jusqu'à présent, la pratique Belge n'a jamais eu les honneurs de la Cour européenne des droits de l'homme, mais il est à craindre que, si tel était le cas, la réglementation belge – pour autant qu'elle existe – ne sortirait pas des enceintes strasbourgeoises sans égratignures.

En pratique, tout le système des perquisitions dans les cabinets d'avocats repose sur les bonnes relations généralement entretenues par le barreau et les juges d'instruction, ce qui permet de surmonter bien des difficultés,<sup>93</sup> mais l'on sait que les règles de droit sont précisément destinées à garantir un certain équilibre quand subsistent les dissensions.

Il serait dès lors nécessaire que le législateur se mette au travail, tant pour clarifier les règles que pour assurer la protection effective due au secret professionnel sur lequel doit pouvoir compter le client d'un avocat aussi bien pour assurer sa défense que pour garantir le respect de la vie privée et du domicile protégé par l'article 8 de la Convention. Cette protection pourrait passer par un contrôle accru de la chambre des mises en accusation – au détriment du juge d'instruction et du juge du fond – sur les pièces à saisir en cas de contestation quant à leur caractère confidentiel.

<sup>91</sup> Dans l'état actuel du droit, la question ne sera soumise à la chambre des mises en accusation que si elle est saisie par le biais du référé pénal, ce qui n'aura pas empêché le juge d'instruction de prendre connaissance des documents litigieux.

<sup>92</sup> Il y a en effet lieu de considérer qu'il ne s'agit pas ici de moyens touchant à l'appréciation de la preuve.

<sup>93</sup> Voy. en ce sens O. KLEES, "Le secret professionnel de l'avocat et la justice pénale. Rappel de quelques principes et éléments de réflexion", *L'enquête financière*, Custodes – Politeia, 2003, p. 119.

La question de l'autorité compétente pour sélectionner les pièces pouvant être saisies et le contrôle de pareille décision – question particulièrement délicate en cas de perquisition dans un cabinet d'avocat – est tout à fait emblématique d'un problème central de la procédure pénale belge, à savoir l'effectivité des contrôles et des sanctions.

Nul n'ignore l'absence criante et lancinante de théorie générale des nullités dans le Code d'instruction criminelle, contrairement au Code judiciaire. En outre, peu de dispositions légales sont prescrites à peine de nullité, ce qui rend la situation encore plus opaque et laisse la porte grande ouverte à une jurisprudence parfois plus soucieuse d'efficacité que de protection effective des droits et libertés.

La procédure pénale belge n'est pourtant pas dépourvue de moyens structurels de contrôle de la régularité de la procédure, que l'on pense au rôle que peut jouer le juge d'instruction, la chambre du conseil, la chambre des mises en accusation ou le juge du fond.

La loi du 12 mars 1998 tendait à rendre ce contrôle le plus effectif possible en le concentrant entre les mains de la chambre des mises en accusation, avec pour objectif d'opérer "la purge des nullités" dès avant la fixation de l'affaire devant le juge du fond, en sorte telle que celui-ci n'ait entre les mains que des preuves dont il puisse se servir. L'on sait que, malheureusement, la réforme n'a pas tenu ses promesses, trop d'éléments échappant à la chambre des mises, ne disposant pas toujours du temps nécessaire pour exercer ce contrôle au concret et avec toute l'attention requise. Comment, par ailleurs, concilier contrôle efficace et nécessaire célérité de la procédure?

Faudra-t-il donc attendre que la procédure pénale belge soit encore une fois bousculée par la Cour européenne des droits de l'homme pour qu'elle tende à un contrôle plus effectif des garanties reconnues au justiciable par la Convention européenne des droits de l'homme?

15 mai 2011