

PAS DE JUSTICE SANS

AVOCATS INDEPENDANTS

Journee Européenne de l'avocat 2021

Un colloque au Senat



**/OVB
ORDE VAN
VLAAMSE
BALIES**

GEEN JUSTITIE ZONDER

ONAFHANKELIJKE ADVOCATEN

Europese dag van de advocatuur 2021

een colloquium in de Senaat

Inhoudstafel

<i>Welkomstwoord</i> Stephanie D'Hose, voorzitter van de Senaat	4
<i>Discours de bienvenue</i> Maître Paul Lefebvre, Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation	6
<i>Welkomstwoord</i> Mr. Peter Callens, voorzitter Orde van Vlaamse Balies	7
<i>Discours de bienvenue</i> Maître Xavier Van Gils, président d'AVOCATS.BE	8
<i>Toespraak</i> De heer Didier Reynders, Europees Commissaris voor Justitie	11
<i>Inleiding van de zitting</i> Professor em. baron André Alen	13
<i>Onafhankelijkheid van de advocaat: essentieel onderdeel van de democratie</i> Mr. Kati Verstrepen	15

Table des matières

<i>Het onderzoek ten aanzien van de verdachte advocaat: een delicate aangelegenheid</i> Professor Raf Verstraeten	19
<i>L'expérience française</i> Maître Vincent Nioré	24
<i>La position du parquet</i> Monsieur Frédéric Van Leeuw	44
<i>Secret professionnel de l'avocat : état de la question</i> Maître Patrick Henry	51
<i>Visie van de journalist</i> Dirk Leestmans	55
<i>Synthèse de la séance</i> Professeur ém. baronne Françoise Tulkens	58

Credits

Photos/Foto's

(c) Kevin Oeyen

Illustraties/Illustrations

(c) Urban Ink.





Welkomstwoord / **Stephanie D'Hose, voorzitter van de Senaat**

Discours de Bienvenue
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,
Chers invités,

C'est avec un plaisir tout particulier qu'en ma qualité de Présidente du Sénat, je vous souhaite la bienvenue au cœur même de notre pouvoir législatif. La journée européenne de l'avocat célèbre chaque année la contribution de cette noble profession au système judiciaire et son rôle essentiel dans la défense et la promotion de l'État de droit à travers l'Europe.

Toevallig herdenken we dit jaar ook de twintigste verjaardag van de inwerkingtreding van de wet van 4 juli 2001, die een logisch gevolg was van de richting die ons land uitging. Die wet verving de toenmalige nationale Orde van advocaten door twee communautaire ordes.

Om de relaties tussen de leden van de verschillende balies te organiseren, kregen deze communautaire ordes de opdracht om de regels en gebruiken van het beroep vast te stellen, ze eenvormig te maken en, elk op hun niveau, passende regelgeving uit te vaardigen voor bepaalde bevoegdheden zoals rechtsbijstand, stage en tuchtregeling.

Er werd ook besloten dat eventuele aanvullende regels van de plaatselijke balies, op geen enkele manier mochten indruisen tegen de regels die deze ordes zouden uitvaardigen. Er mag daarvan niet worden afgeweken, ook niet onder het mom van

verduidelijking. Want uiteenlopende regels kunnen leiden tot een afzwakking van de deontologie.

Or, nous n'insisterons jamais assez sur le fait que les avocats ont besoin d'une déontologie claire et aussi universelle que possible.

Cette journée me semble donc être l'occasion rêvée, de faire un premier bilan de cette réforme. Et, de nous pencher notamment sur la cohérence et la complémentarité des règles déontologiques en vigueur au sein des différents Ordres.

L'une de ces règles, fera d'ailleurs l'objet d'une attention toute particulière, puisqu'elle fait partie du thème de ce colloque. Il s'agit du respect du secret professionnel.

Qualifié par d'aucuns d'âme ou de noyau dur de la profession d'avocat, le secret professionnel se situe au carrefour de valeurs conflictuelles. Parmi lesquelles, l'impératif de vérité et les droits de la défense.

De tout temps, il a paru indispensable que toute personne puisse, quand elle est confrontée au pouvoir, se défendre de manière efficace en se confiant sans détour à un conseil. De sorte que celui-ci puisse l'aider à faire entendre sa vérité, et sa subjectivité.

Historisch gezien gaat het begrip beroepsgeheim terug tot de eed van Hippocrates. Maar het belang dat aan het beroepsgeheim wordt gegeven, wordt anders ingevuld

naargelang het tijdperk, en het rechtsstelsel. Dit komt omdat "het beroepsgeheim geen waarde op zich is", zoals Pierre Lambert schrijft. Het moet worden gezien als "een proces, een techniek, een middel om bepaalde specifieke waarden te beschermen".

Elke samenleving beweert immers bepaalde waarden te verdedigen, die doorgaans universeel worden aanvaard. De vraag zal dan zijn welke waarden de samenleving ondergeschikt maakt aan andere waarden. Is dat bijvoorbeeld vrijheid, privacy, veiligheid, rechtvaardigheid of gelijkheid? De hiërarchie tussen deze waarden is uiteindelijk maar de hypothese op een bepaald moment en de gehanteerde waardenschaal kan altijd opnieuw worden geëvalueerd.

Het belang van het beroepsgeheim hangt dus af van de waarde die men hecht aan de normen, die de procedureregels bepalen in een rechtsstelsel. Het is die verscheidenheid die verklaart waarom de bescherming van het beroepsgeheim niet uitdrukkelijk vermeld wordt in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. In de praktijk bekrachtigt de rechtspraak van het Europees Hof de bescherming van het beroepsgeheim eerder op basis van artikel 8 van het EVRM, dat betrekking heeft op de eerbiediging van het privéleven.

Hoog tijd dus om even stil te staan bij de waardenschaal in onze samenleving!

Le secret doit-il céder devant la liberté d'informer de la manière la plus complète ? Devant les nécessités de la protection de la vie, lorsque celle-ci est confrontée à un péril grave imminent et imparable ? Devant les exigences de la répression du terrorisme international, ou de la répression des infractions en général ?

Doit-il céder devant les nécessités de la bonne organisation du bureau d'aide juridique ? Du bon fonctionnement des assurances responsabilité professionnelle ? Ou de celle d'une institution comme celle du règlement collectif de dettes, par exemple ?

Le secret, doit-il toujours prendre le pas sur la transparence ou, à l'inverse, la transparence doit-elle toujours prévaloir ?

Ce premier cas de figure a largement prévalu pendant la seconde moitié du dix-neuvième et la première partie du vingtième siècle, dans nos sociétés occidentales.

Le second modèle est celui des états totalitaires. Le secret n'y a pas de place. Le bien commun y prime toujours sur l'intérêt de l'individu.

En dan is er nog de tendens, die bij ons momenteel de meeste aanhang vindt, om het beroepsgeheim en de transparantie te zien als middelen, ten dienste van andere waarden. Dat is een tussenweg, en dus een complexer model. Het overwicht van het beroepsgeheim is hier relatief, omdat bij elk conflict de betrokken waarden moeten worden afgewogen om te bepalen welke waarde doorslaggevend zal zijn.

Volgens deze visie kunnen de waarden die door het beroepsgeheim worden verdedigd, ondergeschikt worden gemaakt aan elke andere hogere waarde. Het is aan de wetgever, en vervolgens aan de rechter, om per geval de betrokken belangen af te wegen en te beslissen of het beroepsgeheim ondergeschikt moet worden gemaakt. Hij of zij beslist over het

gewicht dat aan waarden zoals de rechten van de verdediging, het vermoeden van onschuld, het recht op een eerlijk proces of de bescherming van de fysieke of morele gezondheid van personen wordt gegeven.

Zo heeft de wet van 20 november 2000 betreffende de bescherming van minderjarigen, op grond van de theorie van de noodtoestand, een artikel 458bis ingevoegd in het Strafwetboek. Dat voorziet in een belangrijke uitzondering op de geheimhoudingsplicht.

Op grond van dit artikel kan iedere houder van geheimen, die kennis heeft genomen van een ernstig misdrijf dat is gepleegd op een kwetsbaar persoon, de procureur des Konings daarvan in kennis stellen. Die kan dit, wanneer er een ernstig en dreigend gevaar bestaat voor de psychische of fysieke integriteit van de betrokkene, en hij deze integriteit niet kan beschermen.

Cette première brèche fut élargie, en ce qui concerne les abus sexuels sur des mineurs, « à toutes les victimes potentielles » par la loi du trente novembre deux mille onze. Donc non plus exclusivement aux situations dans lesquelles il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité de l'intéressé. Le législateur a aussi clairement précisé que celui qui n'use pas de son droit d'informer, alors que les conditions de cette dérogation au respect du secret professionnel sont réunies, peut se rendre coupable de non-assistance à personne en danger conformément à l'article quatre cent vingt-deux bis du Code pénal.

En deux mille treize, cette loi fut annulée par la Cour constitutionnelle. Uniquement en ce qu'elle s'applique à l'avocat dépositaire de confidences de son client, auteur de l'infraction, lorsque ces informations sont susceptibles d'incriminer, ce dernier. La Cour aura donc marqué ainsi implicitement une certaine différenciation entre la garantie que constitue le secret professionnel du médecin et de l'avocat.

De fil en aiguille, plusieurs dérogations légales au secret professionnel ont été prévues par le législateur qui a entendu protéger, dans un équilibre évolutif, des valeurs qu'il considère supérieures.

Zo is er de wet van 23 februari 2012 die de werkingssfeer van deze uitzondering uitbreidt tot het partnergeweld, en de wet van 18 juni 2018 die hetzelfde doet met geweld gepleegd omwille van cultuur, gewoonte en religie. Er is ook artikel 458ter van het Strafwetboek dat de regeling van het casusoverleg beoogt. Maar dat is niet van toepassing op de advocaat met betrekking tot de communicatie van vertrouwelijke informatie van zijn cliënt, wanneer die informatie zijn cliënt aan strafvervolgning kan blootstellen.

Er kan dus alleen maar worden vastgesteld dat het beroepsgeheim in de loop der tijd door praktijken en wetten ernstig ter discussie is gesteld en dat de deontologie van de advocaat voortdurend evolueert.

La Cour de Cassation tient toutefois à rappeler, que le secret professionnel repose sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui se confient à eux. La Cour ajoute aussi que la règle du secret professionnel imposée à l'avocat, est un élément fondamental des droits de la défense.

Le Droit de l'Union européenne consacre le secret professionnel comme étant un principe général de droit, ayant valeur de droit fondamental. Même si celui-ci semble parfois menacé par les autorités publiques européennes. Ils donnent parfois la priorité à d'autres impératifs, tels que la sécurité et la lutte contre les infractions comme, par exemple, l'évasion fiscale et le blanchiment de capitaux.

Het beroepsgeheim is, samen met de onafhankelijkheid, één van de twee pijlers van de advocatuur. Het is ingevoerd in het belang van het beroep en de cliënt maar ook van goede rechtsbedeling. Het beroepsgeheim miskennen, is het werk van de advocaat miskennen en geen rekening houden met zijn onafhankelijkheid. Het is dus zaak om bijzonder waakzaam te zijn.

Maar de wereld verandert, de samenleving verandert en het recht verandert voortdurend. Het is dus van cruciaal belang te weten hoe transparantie zich verhoudt ten opzichte van geheimhouding.

Ik hoop dat de werkzaamheden van dit colloquium, dat zeer kwaliteitsvol belooft te zijn, zullen bijdragen tot een verrijking van ons denken over deze delicate kwestie, die zich situeert op het kruispunt van de waarden van onze samenleving.

Ik dank u.



Discours de bienvenue / **Maître Paul Lefebvre, Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation**



Journée de l'avocat:

1. Je tiens à remercier madame la présidente du Sénat qui, avec beaucoup de grâce, a mis ce magnifique et prestigieux hémicycle à la disposition des orateurs et auditeurs de notre journée consacrée à l'avocat.

Le défi sera d'élever les débats au même niveau que celui de nos sénateurs. Que nos travaux ont lieu au Sénat est un symbole en soi car le Sénat s'est toujours voulu la Chambre de réflexion, celle qui n'agit pas dans la précipitation.

Ce défi peut être relevé étant donné que nous allons parler de notre belle profession avec des intervenants de qualité!

2. Le métier d'avocat n'est pas la plus ancienne profession du monde mais une des plus importantes du moins dans un Etat de droit.

C'est-à-dire, défendre le justiciable, tous les justiciables avec tous leurs défauts... des personnes les plus admirables aux monstres dont l'histoire de notre pays a démontré qu'ils habitent pas seulement dans des grands pays mais aussi chez nous.

C'est une profession qui devient de plus en plus difficile..., Pour différentes raisons.

De steeds groter wordende complexiteit van het Recht dat thans op verschillende niveaus evolueert in het bijzonder in ons land : internationaal, Europees, federaal, regionaal, communautair, provinciaal en gemeentelijk. Sommigen denken eraan om ook wijkcomités in het leven te roepen.

Er is verder de nooit aflatende technologische evolutie die ons voortdurend dwingt de maatschappelijke mutaties die deze evolutie teweeg brengen bij te benen.

Er is, tenslotte, de permanente evolutie van de mentaliteiten die een aantal basis beginselen van onze Rechtsstaat onder druk zet ten gunste van een ander beweerdelijk beginsel: ik som er maar drie op : de parlementaire democratie ten gunste van het referendum (gedroomde vijver voor populistten), de onafhankelijkheid van ons beroep, ten gunste van vrije concurrentie en beweerdelijke efficiëntie, en het beroepsgeheim van de advocaat ten gunste de strijd tegen de criminaliteit.

Deze evolutie in de mentaliteit wordt in belangrijke mate beïnvloed door de klassieke media maar de dag van vandaag nog meer door de sociale media die een grote invloed hebben op onze politici. Deze evolutie maakt mij nog het meest bang.

Welkomstwoord / **Mr. Peter Callens, voorzitter**

Orde van Vlaamse Balies

Mevrouw de voorzitter van de Senaat,
MMevrouw de voorzitster van de Senaat,
Mijnheer de eurocommissaris,
Geachte dames en heren, stafhouders en confraters, in al uw titels en hoedanigheden,

Twintig jaar geleden, met de wet van 4 juli 2001, zagen de Ordre des barreaux francophones et germanophone en de Orde van Vlaamse balies, de zogenaamde communautaire Ordes, het levenslicht. Vandaag, in de prestigieuze setting van de Senaat, zetten wij die verjaardag luister bij.

Wij doen dat niet, dames en heren, met de opmaak van een balans van twintig jaar splitsing van de toenmalige Nationale Orde van advocaten van België. Vandaag doen wij niet aan introspectie, maar kijken wij naar het heden en de toekomst van de rol die de advocaat speelt in het rechtsbestel. En zoals de Argentijnse tangozanger Carlos Gardel zong in zijn onovertroffen liedje Volver uit 1935 : “veinte años no es nada” – twintig jaar is niets: de tijd vliegt en er valt nog zoveel te doen en te gebeuren.

Over de twee communautaire Ordes zal ik mij dus beperken tot enkele woorden. De OVB en de OBFVG hebben inmiddels sinds 20 jaar een eigen werking, een eigen zeggenschapsstructuur, een eigen begroting, een eigen territorium en eigen reglementen. Alles is dus aanwezig om ons uiteen te laten groeien, en toch is dat niet gebeurd. De mechanismen die op het einde van de vorige eeuw geleid hebben tot verstarring en blokkering zijn verdwenen, met dank aan de founding fathers and mothers die de moed gehad hebben om de Gordiaanse knoop van de Nationale Orde te ontwarren.

Deze staat immers haaks op de zo nodige reflexie.

Ons Koninkrijk staat niet alleen in deze evolutie. De problemen die ik daarnet opsomde teisteren alle Europese rechtstaten hetgeen de goede keuze onderstreept van de organisatoren van deze studiedag door het debat op Europees niveau te tillen.

3.Een artikel van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, ingeval van onenigheid tussen de communautaire ordes, een vergadering wordt samengeroepen onder het voorzitterschap van de Stafhouder van de Balie bij het Hof van Cassatie.

Het was verstandig vanwege de wetgever om dergelijke hypothese te voorzien. Maar ik heb vandaag het immense voorrecht om U, geacht publiek, te informeren dat dit artikel bedolven is onder een dikke laag stof dank zij het talent van de respectieve voorzitters van de communautaire ordes...

C'est ainsi bien volontiers que je cède la parole aux 2 présidents des ordres communautaires qui assument leurs rôles dans la plus parfaite des harmonies et en pleine concertation!



au-delà de cette autonomie même, nous sommes unis. Certes, rassurez-vous, Mesdames et Messieurs, comme dans tout bon ménage nous ne sommes pas toujours d'accord sur tout, mais n'avons-nous pas vu tellement souvent que de ce choc des idées, la lumière a pu jaillir ? Sur les thèmes qui touchent à l'essence de la profession, à sa place dans la société contemporaine, aux droits des justiciables, nous nous concertons et dans ce concert nous nous mettons à l'unisson. Soyez-en chaleureusement remerciés.

“Twintigjaar is niets: de tijd vliegt en er valt nog zoveel te doen en te gebeuren”.

Peter Callens

Inderdaad, geachte aanwezigen en toehoorders via de livestream, het wezen van de advocaat blijft hetzelfde, van Stalhille tot Stavelot, van Arendonk tot Arlon. De twee Ordes werken samen op tal van domeinen, in het belang van de maatschappelijke positie van de advocaat en in het belang van de rechtzoekende. Wij slaan de handen in elkaar op belangrijke gemeenschappelijke digitaliseringsprojecten, onder meer rond de controle van de derdengelden maar ook op tal van domeinen die het dagelijkse werk van de advocaten en dus ook van hun cliënten vergemakkelijken. Wij aligneren onze posities over wetgevende initiatieven en zien daar de complementariteit tussen onze twee benaderingen. En wij streven naar een eenmaking van de deontologische regels zodat een advocaat in

het ene landsdeel niet stuit op verrassingen in het andere.

En op een dag als vandaag, op deze Europese dag van de advocaat, trekken wij dat geografisch nog verder open met een reflectie rond de onafhankelijkheid van de advocaat, waar hij of zij ook kantoor houdt. De centrale vraag daarbij is: wat blijft er over van het rechtssysteem als de advocaat onder druk gezet of bedreigd wordt, wanneer hij beperkt wordt in zijn vrijheid om te zeggen wat hij wil voor de verdediging van zijn cliënt. En wat blijft er over van de rechtsbescherming van de burger wanneer de advocaat zelf in verdenking gesteld wordt en hij zijn beroepsgeheim moet prijsgeven om zijn eigen belangen te verdedigen in plaats van die van zijn cliënt? Een onafhankelijke, zelfregulerende advocatuur is en blijft een onmisbare garantie voor de werking van de rechtstaat. Daarover biedt het colloquium van vandaag de gelegenheid om na te denken.

Het colloquium dat zo dadelijk van start gaat is opgevat als een open forum, met stemmen uit de advocatuur en daarbuiten, wars van elke vorm van corporatisme of zelfbescherming, laat staan van zelfverheerlijking. Het is een brede, juridische maar ook algemeen-maatschappelijke kritische oefening vanuit diverse invalshoeken. Die reflectie zal ons allen helpen om naderhand de juiste conclusies te trekken.

Mevrouw de voorzitter van de Senaat, ik dank u voor uw bijzondere gastvrijheid.

Ik wens u allen een vruchtbaar en verrijkend colloquium toe.

Discours de bienvenue / **Maître Xavier Van Gils, président**

d'AVOCATS.BE

Madame la Présidente du Sénat,
Monsieur le Commissaire européen,
Mesdames et messieurs, en vos titres et qualités,

Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour de Cassation et Monsieur le Président de l'Orde van Vlaamse Balies vous ont déjà tout dit, ou presque.

Je voudrais remercier tant le barreau de Cassation que l'O.V.B. pour cette collaboration. Monsieur le Bâtonnier Lefebvre, mon cher Paul, la participation d'un membre de votre barreau à nos assemblées générales est une véritable richesse pour notre institution. Monsieur le Président Callens, mon cher Peter, depuis que nos Ordres sont séparés, nous ne nous sommes jamais aussi bien entendus. Je voulais très solennellement vous en remercier.

Permettez-moi de remercier très chaleureusement nos équipes administratives pour l'organisation de cet événement et plus spécialement Mesdames Hanan Bakkioui, Ilse De Cuyper, Karlien Malfait, Laurence De Zutter, Melina Bartolomeo et Sofie Demeyer.

Je tiens à y associer l'équipe technique et l'équipe administrative du Sénat.

Madame la Présidente du Sénat, à mon tour de vous





remercier pour cette invitation à tenir notre colloque dans ce remarquable hémicycle. C'est évidemment très symbolique de nous retrouver dans ce lieu prestigieux, aujourd'hui, comme nous l'avions été il y a dix ans pour fêter, ensemble déjà, notre dixième anniversaire.

Mes remerciements s'adressent également à vous toutes et vous tous ici présents ainsi qu'à toutes celles et tous ceux qui nous suivent à distance. Votre participation, ici ou ailleurs, sont la marque évidente de votre intérêt pour notre belle profession.

Mes prédécesseurs à cette tribune vous l'ont dit : c'est un panel extraordinaire d'intervenants de qualité que nous allons avoir le plaisir d'entendre. Des visions distinctes, des analyses percutantes, des approches personnelles et variées. Que tous nos orateurs soient remerciés d'avance pour leurs interventions.

Chacun d'entre eux sera présenté par ceux qui ont accepté de jouer le jeu de la coprésidence de cette après-midi d'étude. Mais eux, qui va les présenter ?

“ Le thème de la journée européenne des avocats est clair : « pas de justice sans avocats indépendants ». Un avocat indépendant mais aussi un barreau indépendant sont des garanties indispensables d'un Etat de droit. ”

Xavier Van Gils

Madame Françoise Tulkens et Monsieur André Alen ont très aimablement, et très rapidement, accepté de coprésider ce colloque. Tant l'un que l'autre ont des curriculum vitae impressionnants tant par la quantité des activités menées et de leurs publications que par la qualité des mandats qui furent les leurs. Nos souverains Baudouin et Albert II ne se sont pas trompés en leur accordant à titre personnel le titre de baronne ou baron.

Permettez-moi de retenir de vous vos qualités respectives de vice-présidente à la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de président de la Cour constitutionnelle belge, fonctions prestigieuses s'il en est. Prestigieuses mais aussi particulièrement importantes en ce que, plus d'une fois, vos juridictions respectives ont dû rappeler les principes fondamentaux de l'indépendance de l'avocat et du respect du secret lié à sa profession.

Oserais-je dès lors dire, sans attirer les foudres de la bien-pensance, que vous comptez parmi les amis les plus chers du barreau ? Au nom des barreaux de cassation, de l'OVB et d'AVOCATS.BE, je vous remercie d'avoir accepté de relever le défi lancé.

De défi, il y en a un autre : celui de vous présenter le premier intervenant, Monsieur le Commissaire européen Didier Reynders.

Monsieur le Commissaire, vous comprendrez qu'il m'est impossible de présenter quelqu'un qu'on ne présente plus. Je m'abstiendrai donc d'évoquer votre brillante carrière tant sur le plan national que sur le plan international.

Permettez-moi de retenir de cette très belle carrière, vos quelques années, au début des années 80 comme avocat au barreau de Liège. Permettez-moi également de croire que vous n'en avez rien oublié !

Comme Commissaire à la justice, vous avez en charge de garantir la défense de l'Etat de droit, notamment grâce au mécanisme européen de protection de l'Etat de droit. Comme vous l'indiquez vous-même, à ce titre, vous devez prévenir et détecter les violations de l'Etat de droit. Depuis votre installation comme Commissaire, en 2019, vous avez porté haut et fort, avec parfois des solutions novatrices, cette notion d'Etat de droit.

Le thème de la journée européenne des avocats est clair : « pas de justice sans avocats indépendants ». Un avocat indépendant mais aussi un barreau indépendant sont des garanties indispensables d'un Etat de droit.

Nous vous remercions très chaleureusement d'avoir dégagé du temps pour nous entretenir de ce thème. Je vous cède très volontiers la parole et souhaite à toutes et tous une très belle après-midi de travail.



Toespraak / De heer Didier Reynders, Europees Commissaris voor Justitie

Madame la Présidente,
Dames en Heren, Mesdames et Messieurs les bâtonniers, chers présidents et membres de l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone, van de Orde van de Vlaamse Balies et du barreau de cassation,

Je tiens tout d'abord à vous prier d'excuser mon léger retard au début de cette séance. Comme cela vous arrive plus fréquemment qu'à moi, j'attendais une décision de justice. La Cour de Justice de l'Union européenne vient de condamner la Pologne à 1.000.000 d'euros d'astreintes par jour de retard dans l'application des décisions de cette même Cour concernant les mesures provisoires relatives au régime disciplinaire des juges polonais.

Ik wil jullie hartelijk bedanken voor jullie uitnodiging om jullie vandaag toe te spreken in het kader van deze Europese Dag van de Advocaten. Het thema van dit jaar - "geen justitie zonder onafhankelijke advocaten" - is actueler dan ooit en verdient onze volle aandacht. Hoewel het duidelijk is dat een rechtsstelsel onafhankelijke rechters moet hebben om aan de criteria van de rechtsstaat te voldoen, is het evenzeer van essentieel belang dat advocaten hun beroep onafhankelijk en vrij van externe druk kunnen uitoefenen.

En effet, en tant que praticiens du droit et défenseurs des intérêts juridiques de leurs clients, les avocats sont les premiers intermédiaires entre les citoyens et le système judiciaire national. Ils jouent donc un rôle essentiel dans le fonctionnement de l'État de droit.

Comme indiqué dans le deuxième rapport annuel sur l'État de droit, adopté par la Commission européenne le 20 juillet dernier, un système judiciaire efficace exige que :

- les avocats soient libres d'exercer leurs activités de conseil et de représentation de leurs clients, et que
- les barreaux contribuent dans une mesure importante à garantir l'indépendance et l'intégrité professionnelle des avocats.

Nous sommes donc bien conscients du rôle déterminant que les barreaux et les associations professionnelles d'avocats jouent dans la promotion de l'État de droit, notamment au travers d'événements tels que celui qui nous réunit aujourd'hui. Pour la préparation de la deuxième édition du rapport annuel sur l'État de droit, les services de la Commission ont rencontré des barreaux et des associations professionnelles d'avocats de chacun des 27 États membres de l'Union, en ce compris en Belgique.

Ik wil dus de Vlaamse orde van advocaten en de orde van Franstalige en Duitstalige balies hartelijk bedanken voor hun deelname aan deze bijeenkomsten en voor hun schriftelijke bijdrage. Deze uitwisselingen zijn zeer nuttig voor mijn diensten om inzicht te krijgen in de ontwikkelingen op nationaal niveau. In de editie 2021 van het verslag over de rechtstaat hebben de hoofdstukken over 7 lidstaten betrekking op verschillende aspecten die invloed hebben op de activiteiten van advocaten

[BE, BG, FR, LT, ES, IE, PL]. In het hoofdstuk over België wordt nota genomen van de incidenten die zich in mei dit jaar hebben voorgedaan, en die de eerbiediging van het beroepsgeheim van advocaten in twijfel trekken, alsook van de klacht die de Vlaamse orde van advocaten hierover heeft ingediend bij het P-comité. In het verslag 2021 wordt het ook opgemerkt dat hervormingen plaatsgevonden hebben in andere lidstaten, namelijk in Frankrijk, om het beroepsgeheim te versterken. Dergelijke hervormingen zijn belangrijk voor de consolidering van de rechtsstaat, evenals hervormingen om de beloning van advocaten voor rechtsbijstand te verbeteren.

De Europese Commissie blijft nauwlettend toezien op hervormingen die invloed hebben op de professionele activiteiten van advocaten en op ontwikkelingen die invloed kunnen hebben op hun onafhankelijkheid of de goede uitvoering van hun taken. Bij voorbaat wil ik de Belgische ordes van advocaten en de andere beroepsorganisaties bedanken voor hun bijdrage aan de voorbereiding van het verslag over de rechtsstaat 2022 – dus de volgende editie - die in principe in juli volgend jaar zal worden gepubliceerd.

Mesdames et Messieurs,

La profession d'avocat fait actuellement face à de nombreux défis, notamment dans le domaine de la justice pénale. Non seulement les enquêtes se basent de manière croissante sur des données et des preuves numériques, mais il est fait de plus en plus recours à la voie électronique dans les contacts entre les professionnels, les juridictions et les personnes concernées par les enquêtes.

Ces développements ont été accentués par la crise liée à la pandémie de Covid-19, qui a mis en lumière les avantages mais aussi les limites de la numérisation dans une période où des juridictions ont parfois fermé leurs portes et où les cabinets d'avocats ont dû gérer les contraintes liées au confinement. Les avantages de la numérisation sont évidents :

- l'accès au dossier peut se faire de manière électronique
- des informations peuvent être échangées plus rapidement,
- et le nombre des déplacements peuvent être diminués, notamment dans un contexte transfrontalier.

Tout ceci favorise une accélération des procédures, qui ne peut être que dans l'intérêt de tous. Dans ce contexte, je me réjouis que les autorités belges aient inclus un certain nombre de réformes et d'investissements liés à la numérisation de la justice dans le plan national de relance.

En ce qui concerne la coopération judiciaire transfrontière au sein de l'Union européenne, la Commission prévoit d'adopter, à la fin de cette année, des propositions législatives ambitieuses visant à introduire un canal numérique de communication au bénéfice des autorités et des parties à une procédure.

À certains égards, ces propositions profiteront également aux avocats qui représentent des clients dans des affaires transfrontières au sein de l'Union.

Tegelijkertijd moet aandacht worden besteed aan de uitdagingen in verband met de digitalisering van juridische procedures. Deze uitdagingen houden verband met de behoefte aan adequate en voldoende beveiligde uitrusting, met de daaraan verbonden kosten, en de behoefte aan permanente opleiding van de advocaten. Bovendien zijn ze intrinsiek verbonden met de eerbiediging van de rechten van de verdediging. De afgelopen tien jaar heeft de Europese Unie een aanzienlijk “acquis” ontwikkeld ten gunste van de rechten van verdachten en beklaagden in strafprocedures.

Six directives européennes ont été adoptées en matière de droits procéduraux. Elles prévoient des normes minimales communes en ce qui concerne: le droit à l'interprétation et à la traduction, le droit à l'information, le droit d'accès à un avocat, et le droit à l'aide juridictionnelle. Elles garantissent le principe de la présomption d'innocence et le droit d'être présent au procès. Enfin, elles prévoient des garanties procédurales pour les enfants impliqués dans des procédures pénales. Les droits garantis en application de ces directives ne doivent en aucun cas être compromis par le recours à des moyens électroniques.

Si, par exemple, certaines audiences peuvent être tenues virtuellement, ceci ne devrait en aucun cas mettre en péril le droit de la personne suspectée ou poursuivie de rencontrer son avocat – physiquement et en privé – et de communiquer avec celui-ci, y compris avant un interrogatoire. La possibilité pour l'avocat de participer de manière effective à l'interrogatoire doit être assurée. L'avocat doit donc avoir le droit de poser

des questions, de demander des clarifications et de faire des déclarations, peu importe le cadre – virtuel ou physique – de l'interrogatoire. La confidentialité des communications entre les suspects ou les personnes poursuivies et leur avocat doit être pleinement respectée.

C'est la raison pour laquelle le tableau de bord européen de la justice pour 2021, le « EU Justice Scoreboard », examine notamment si des solutions numériques existent dans les États membres, qui permettent une communication confidentielle entre les avocats et les accusés en détention. Il s'agit de trouver le bon équilibre, en droit et en pratique, entre les nécessités liées à la procédure et aux enquêtes, et le respect scrupuleux des droits de la défense, garantis par un important acquis européen.

Dans la recherche d'un tel équilibre, nous sommes parfois placés dans une situation schizophrénique comme c'est mon cas lorsque je reçois les demandes des procureurs pour un accès plus aisé à des preuves électroniques alors que je dois, en même temps, assurer le respect du Règlement Général pour la Protection des Données. Quoiqu'il en soit, si au cours de vos travaux, vous identifiez des propositions de réformes à mettre en oeuvre au niveau européen, n'hésitez pas à me les faire parvenir.

Je vous remercie pour votre invitation et pour votre attention, et je vous souhaite des échanges fructueux au cours de la journée.



Geachte heer Europees commissaris,
Geachte mevrouw Voorzitter van de Senaat,
Geachte heren voorzitters van de Ordes van advocaten,
Geachte dames en heren, in al uw titels en hoedanigheden,

De rechterlijke onafhankelijkheid staat in sommige lidstaten van de Europese Unie onder druk. Hopelijk kan dankzij het Hof van Justitie (hierna: HvJ) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) de rechtsstaat er overeind blijven.

Van de rechtsstaat maakt ook de advocaat deel uit. Het is goed dat het onderwerp van de Europese dag van de advocatuur de onafhankelijke advocaat is. Ik wil in mijn inleiding kort handelen over het beroepsgeheim van de advocaat waarbij ik me beperk tot de interactie van het Belgische Grondwettelijk Hof (hierna: GWH) en de voormelde Europese hoven.

Het GWH heeft ter zake tot nu toe een twintigtal arresten in uiteenlopende materies¹ geweest. Meestal hebben de Orde van Vlaamse balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophone bij hun totstandkoming een actieve rol gespeeld.

De belangrijkste zaak, zowel voor de interne als voor de Europese rechtsorde, is wellicht deze ivm het witwassen van geld. In die zaak heeft het GWH, bij zijn arrest nr.126/2005 van 13 juli 2005, een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ over de overeenstemming van de desbetreffende Europese richtlijn met het recht op een eerlijk proces. Bij een arrest van de grote kamer² heeft dat Hof voor recht gezegd dat het recht op een eerlijk proces niet is geschonden door de verplichting voor de advocaten om de verantwoordelijke autoriteiten voor de bestrijding van het witwassen van geld te informeren en met hen samen te werken, doch enkel rekening houdend met de bepaling in de richtlijn dat de lidstaten er niet toe gehouden zijn de verplichtingen toe te passen op advocaten mbt de inlichtingen die zij van een cliënt ontvangen die zij ivm een rechtsgeding verdedigen of vertegenwoordigen, met inbegrip van een advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding. Met verwijzing naar andere arresten van het HvJ³ en van het toenmalige Gerecht van eerste aanleg⁴, die de vertrouwelijkheid van de mededelingen tussen de advocaten en hun cliënten beklemtonen, is het GWH, in zijn eindarrest nr.10/2008 van 23 januari 2008⁵, van oordeel dat het beroepsgeheim van de advocaat een algemeen beginsel is dat verband houdt met de naleving van de fundamentele rechten (B.7.10), inzonderheid de rechten van verdediging (B.7.1) en het recht op eerbiediging

van het privéleven⁶. De vertrouwensrelatie die moet bestaan tussen de advocaat en zijn cliënt kan alleen tot stand komen en worden behouden indien de rechtzoekende de zekerheid heeft dat de vertrouwelijke mededelingen aan zijn advocaat door de laatstgenoemde niet openbaar zullen worden gemaakt (B.7.1 en B.7.9).

Het beroepsgeheim strekt niet ertoe enig voorrecht toe te kennen⁷. Het is ook niet absoluut: het moet wijken wanneer dat noodzakelijk blijft of een hoger geachte waarde er mee in conflict treedt. Maar om met de fundamentele beginselen van de Belgische rechtsorde verenigbaar te zijn, moet het opheffen van het beroepsgeheim van de advocaat door een dwingende reden worden verantwoord en strikt evenredig zijn (B.7.2). Het GWH besluit dat de gegevens die de advocaat verneemt tijdens de uitoefening van de wezenlijke activiteiten van zijn beroep, nl. het verdedigen of vertegenwoordigen in rechte van de cliënt en het verlenen van juridisch advies, zelfs buiten elk rechtsgeding, door het beroepsgeheim gedekt blijven en dus niet ter kennis kunnen worden gebracht van de overheden (B.9.6). Het oordeelt ook dat iedere mededeling van informatie aan de Cel voor financiële informatieverwerking via de stafhouder dient te verlopen (B.14.3 en 4)⁸.

Met betrekking tot de door een EU-richtlijn opgelegde verplichting tot uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied inzake meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies, heeft het GWH opnieuw een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ over de overeenstemming ervan met het recht op een eerlijk proces en het recht op eerbiediging van het privéleven wanneer een advocaat die optreedt als intermediair verplicht wordt gegevens die hij verneemt tijdens de uitoefening van de wezenlijke activiteiten van zijn beroep te delen met een andere intermediair die niet zijn cliënt is⁹.

Uit het voorgaande blijkt dat het GWH, dankzij het stelsel van prejudiciële vragen, een zeer interactieve verhouding met het HvJ heeft. Het GWH is overigens koploper van de Europese grondwettelijke hoven in het stellen van prejudiciële vragen: het deed dit reeds in 39 arresten.

De techniek van de samenlezing met rechten en vrijheden in internationale verdragen, hetzij via de artikelen 10 en 11 GW, hetzij via de analogie met de grondrechten in Titel II GW, heeft tot gevolg dat het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het EHRM

¹ Zoals het witwassen van geld, terrorisme, de collectieve schuldenregeling, seksueel misbruik en huishoudelijk geweld.

² HvJ(grote kamer), 26 juni 2007, C-305/05.

³ AM&S, 18 mei 1982; Wouters e.a., 19 februari 2002.

⁴ Akzo Nobel Chemicals Ltd, 17 september 2007

⁵ Zie de bespreking van het arrest door de oud- stafhouders Jo Stevens en Georges-Albert Dal in RW, 2008-09, 90-108.

⁶ In die zin eveneens de conclusie van de advocaat-generaal Poiares Maduro bij het arrest C-305/05 van het HvJ (Jur, 2007, I-5308, §44); GWH nr.127/2013, 26 september 2013, B.29.1. Zie eveneens D. Van Gerven en J-P Buyle, "Grondslag en draagwijdte van het beroepsgeheim van de advocaat in het belang van de cliënt", RW, 2011-12, 1662-1668.

⁷ GWH nr.127/2013, 26 september 2013, B.29.1.

⁸ Hierover handelt ook het arrest nr.114/2020 van 24 september 2020.

⁹ Indien de cliënt van de advocaat een andere intermediair is, verhindert het beroepsgeheim niet dat de advocaat zijn cliënt wijst op zijn meldingsplicht: GWH nr.167/2020, 17 december 2020.



¹⁰, eveneens ruim aan bod komt in de rechtspraak van het GWH omtrent het beroepsgeheim van de advocaat. Ik beperk me opnieuw tot twee voorbeelden.

Het eerste voorbeeld is de verwijzing naar het bekende Straatsburgse arrest-Michaud tegen Frankrijk van 6 december 2012, waarin het EHRM voor het eerst op grond van artikel 8 EVRM een versterkte bescherming voor de uitwisselingen tussen de advocaten en hun cliënten alsook het beroepsgeheim van de advocaat erkent (§§ 92 en 117-119)¹¹. Het GWH parafraseert gewoonlijk twee overwegingen uit dat arrest¹² in de hiernavolgende zin:

- De eerste betreft § 123: "Ook al is het niet onaantastbaar, het beroepsgeheim van de advocaat vormt een van de grondbeginselen waarop de organisatie van het gerecht in een democratische samenleving berust".
- De tweede betreft §118 en komt onmiddellijk na de eerste: "Dat geldt des te meer in strafzaken, waarin het recht om zichzelf niet te beschuldigen, onrechtstreeks maar noodzakelijkerwijs afhangt van de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt en van de vertrouwelijkheid van hun uitwisseling".

Het tweede voorbeeld vindt men in het arrest nr.66/2021 van 29 april 2021 ivm de niet-geheime zoeking in een

informaticasysteem. Bij een vroeger arrest¹³ had het GWH weliswaar geoordeeld dat er voldoende jurisdictionele waarborgen waren verbonden om bestaanbaar te zijn met het recht op eerbiediging van het privéleven, doch ook dat die zoeking geen afbreuk mocht doen aan het beroepsgeheim van de advocaten, dat het voorwerp van een bijzondere bescherming diende uit te maken. Om die reden heeft de wetgever de bepaling aangenomen die met name de procureur des Konings machtigt vast te stellen of de elementen die hij in het informaticasysteem van een advocaat wenst in te zien, al dan niet gedekt worden door het beroepsgeheim, onder de voorwaarde van het optreden van de vertegenwoordiger van de betrokken orde. Bij de beoordeling van deze wetsbepaling vermeldt het GWH uitgebreid de rechtspraak van het EHRM, volgens welke het controleert of een onafhankelijke deskundige derde, zoals een vertegenwoordiger van de Orde van advocaten, aanwezig was bij de tenuitvoerlegging van de maatregel, teneinde te vermijden dat door het beroepsgeheim gedekte documenten worden mee genomen én of die waarnemer de bevoegdheid heeft om elke eventuele inmenging in het beroepsgeheim van de advocaat wiens kantoor wordt doorzocht, te voorkomen (arrest nr.66/2021, B.8.3.4). Onder voorbehoud van een interpretatie in die zin (B.11.2) én omwille van een daadwerkelijke jurisdictionele controle (B.12), acht het GWH de bestreden wetsbepaling grondwettig.

Ik heb getracht beknopt aan te tonen dat de incorporatie door het GWH van de Luxemburgse en Straatsburgse waarborgen én rechtspraak heilzaam is voor de bescherming van de rechten en vrijheden, in casu het beroepsgeheim van de advocaat, dat het GWH expliciet bestempelt als "een fundamenteel beginsel van de Belgische rechtsorde". Ik weet dat die Europeesvriendelijke houding niet door iedereen wordt toegejuicht, ja zelfs wordt bekritiseerd, doch dit is volgens mij grotendeels ten onrechte, zeker in het licht van mijn inleiding.

Ik dank u voor uw aandacht.

¹⁰ Voor een overzicht van de Straatsburgse rechtspraak op grond van de artikelen 6 en 8 EVRM: zie D. Spielmann, "Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", in G.A. Dal (ed.), *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Brussel, Larcier, 2011, 2e ed., 27-44; F. Tulkens, "Le secret professionnel de l'avocat et les droits fondamentaux. Entre legal privilege et vigilance", in *Liber amicorum Patrick Henry*, Brussel, Larcier, 2019, 85-96.

¹¹ Nochtans ziet het EHRM in de verplichte mededeling door advocaten van een verdenking van witwassen geen onevenredige inbreuk op hun beroepsgeheim, omdat zij niet "de essentie zelf van de taak van verdediging" betreft (§§ 128 en 131).

¹² Zie bv. de arresten nr.127/2013, 26 september 2013, B.29.2 en 3; nr. 163/2013, 5 december 2013, B.20.2 en 3; nr. 114/2020, 24 september 2020, B.9.1 en 2.

¹³ GWH nr.174/2018, 6 december 2018

Onafhankelijkheid van de / **Mr. Kati Verstrepen** *advocaat: essentieel* *onderdeel van de democratie*

Geachte aanwezigen in al uw functies en hoedanigheden,

Geachte heer voorzitters, namens de Liga voor Mensenrechten dank ik u voor de uitnodiging om aanwezig te zijn op dit verjaardagsfeest. Als één van de eerste afgevaardigden in de algemene vergadering van wat toen nog de Vereniging van Vlaamse Balies was, is het voor mij een grote eer om hier vandaag mee met u te mogen vieren dat de OVB en de OBFNG de volwassen leeftijd bereikt hebben en eindelijk hun plaats in het maatschappelijk debat veroverd hebben. Stafhouder Callens, toen u mij enkele maanden geleden telefoneerde met de vraag of ik zin had om naar dit feestje te komen nam u meteen van de gelegenheid gebruik om me – op de u zo kenmerkende bijzonder beminlijke wijze - te laten weten welk cadeau u van me verwachtte. U vroeg me of ik u en de andere genodigden zou willen trakteren op een reflectie over de onafhankelijkheid van de advocaat als essentieel onderdeel van de democratie. Uit liefde voor de OVB, de OBFNG en de rechtstaat heb ik de voorbije dagen met heel veel plezier aan dit cadeau geknutseld. Ik kijk er naar uit om de komende twintig minuten samen met u het pak langzaam te ontdoen van strik en papier.

Eén van de belangrijkste kenmerken van een democratie is het respecteren van het principe van de scheiding der machten. De wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht houden zich aan hun taak. Zij waken er voor geen bevoegdheden die toekomen aan één van de andere machten in te palmen. Op deze manier houden de machten elkaar in evenwicht, ze controleren en versterken elkaar en zorgen zo voor een beleid dat de burger dient. Dat is de theorie, de praktijk is anders. Doorheen de recente geschiedenis zien we de drang van de uitvoerende macht om steeds meer macht naar zich toe te trekken en dit ten koste van zowel de wetgevende als de rechterlijke macht. Vooral in tijden van crisis lijkt het erg moeilijk om de expansiedrang van de uitvoerende macht in te tomen. De voorbeelden zijn legio. Zo werden in een reactie op de aanslagen in Londen, Parijs en Brussel heel wat maatregelen genomen om ons te behoeden voor nieuwe terroristische aanslagen. Daarbij werden heel wat grondrechten geschonden, voornamelijk het recht op privacy. Meer recent gaf de coronacrisis aanleiding tot nieuwe en ernstige schendingen van het principe der scheiding van machten. Zonder enige tussenkomst van het parlement, werden onze meest fundamentele rechten, geschorst bij ministeriële besluiten.

Ook al voorziet onze Grondwet erg duidelijk dat onze grondrechten niet mogen geschorst worden, toch bleken de talrijke beroepen die werden ingediend bij de Raad van State tegen deze maatregelen een slag in het water: ondertussen zijn de meeste maatregelen niet meer van kracht, maar een uitspraak ten gronde is er nog steeds niet. Jammer genoeg is het niet alleen in tijden van onrust dat deze trend zich voordoet. Ook op rustigere momenten zien we de onweerstaanbare drang van sommige ministers om het parlement of de rechter buiten spel te zetten. Zo kondigde onze eigen minister van justitie,

nochtans zelf een jurist, dat het systeem van gasboetes zal uitgebreid worden naar fietsdiefstallen. Vanaf 1 januari zal elke politieagent meteen een boete van 250 euro kunnen innen van diegene die ze betrappen op een fietsdiefstal. Dit kan banaal lijken, maar dat is het niet. Het systeem van gasboetes is een systeem van onmiddellijke inning waarbij de gemeentelijke overheid optreedt als wetgever, uitvoerder en rechter tegelijkertijd. Zeer terecht wezen onze voorzitters op het gevaar van de slippery slope. Het systeem dat aanvankelijk enkel gebruikt werd voor overlast, zoals belleketrek, het zitten op de rugleuning van bankjes of het gebruik maken van de glijbaan in het zwembad met meer dan één persoon tegelijk, werd vervolgens gebruikt voor het afdwingen van de naleving van de coronamaatregelen en wordt vanaf januari alweer gebruikt voor iets totaal anders. Dagelijks merk ik in mijn praktijk het gevaar hiervan. Wie een dergelijke boete krijgt ervaart een zeer groot gevoel van onrecht net omdat er geen weerwoord is. Een verhaal bij de rechter is mogelijk, maar doorgaans zijn het de eerder gefortuneerden die het er voor over hebben om de kosten van een procedure te maken voor een boete die het bedrag van 350 euro niet kan overschrijden. Voor wie moet rondkomen met een leefloon van net iets meer dan 1.000 euro per maand is een bedrag van 350 best wel veel. Het feit dat ze dit onrecht nergens kunnen aanklaarten, hun ongenoegen niet kunnen uiten ten aanzien van een rechter die naar hen luistert maakt mensen boos. Ze voelen zich buiten de samenleving geplaatst en krijgen de neiging alsmaar minder respect te kunnen opbrengen voor de geldende regels. Uiteraard heeft, wie recht heeft op een leefloon ook recht op de bijstand van een pro Deo advocaat, maar de administratieve last die komt kijken bij het aanvragen van zo'n bijstand doet mensen erg vaak afhaken.

Deze evolutie is zorgwekkend. Het respect voor de scheiding der machten is de basis voor de rechtstaat. De samenlevingsvorm waarin iedereen zich aan de wet houdt, ook de overheid. Essentieel daarbij is dat de burger die het slachtoffer wordt van een schending van dit principe dit kan aanklaarten bij een rechtbank en daar genoegdoening kan vragen. Het wezenlijke kenmerk van een rechtstaat is dat rechtzoekenden niet alleen rechten hebben, maar dat ze die ook kunnen afdwingen. Het steeds complexer wordende rechtssysteem leidt er echter toe dat de burger dit niet alleen aankan, maar daarbij de hulp nodig heeft van een advocaat. Zonder advocaat loopt de rechtzoekende hopeloos verloren in het doolhof van procedures, waar ontoelaatbaarheids- en onontvankelijkheids-exceptions als wolfjzers verspreid liggen. De rol van de advocaat is belangrijk. Zonder advocaat is er geen efficiënte toegang tot de rechter, zonder toegang tot de rechter is er geen rechtstaat.

Opdat de advocaat zijn taak naar behoren zou kunnen vervullen is het noodzakelijk dat deze advocaat dat in alle onafhankelijkheid kan doen. En daarmee komen we tot de kern van dit betoog: de onafhankelijkheid van de advocaat.

Alhoewel zo wat alle auteurs het er over eens zijn dat dit één van de kernwaarden van het beroep is, toch wordt deze onafhankelijkheid niet verankerd in een wettekst. We vinden het begrip wel terug in de deontologische codes van beide Ordes. Zo lezen we in de Codex Deontologie van de OVB 'dat de advocaat het beroep uitoefent met eerbiediging van het beroepsgeheim, van de essentiële plichten van onafhankelijkheid en partijdigheid en met het vermijden van belangenconflicten.'

In zijn boek 'de dikke Stevens' een werk dat u in de bibliotheek kan terugvinden onder de titel 'Advocatuur, regels en deontologie', wijst stafhouder Stevens er op dat de onafhankelijkheid van de advocaat niet alleen moet gezien worden als een recht maar ook als een plicht in hoofde van de advocaat zelf. Die moet elke vorm van afhankelijkheid vermijden, niet alleen ten aanzien van de cliënt, maar ook ten aanzien van justitie én van de media. Hij ziet het behoud van een vrije advocatuur als één van de hoekstenen van een vrije samenleving gegrondvest op de 'rule of law'.

In de openingsrede die confrater Bertold Theeuwes gaf aan de Brusselse balie met als titel: 'de onafhankelijkheid van de advocaat, over het gekwaak van de ganzen van het capitol' ontwikkelt hij verschillende theorieën om de nood aan onafhankelijkheid te verklaren. Eén van deze theorieën is die van de drie pijlers van de rechtsbedeling: de rechter, het openbaar ministerie en de advocaat. Enkel indien de rechtstaat de nodige garanties kan bieden dat die drie pijlers hun taak in alle onafhankelijkheid kunnen uitoefenen kan men tot een goede rechtsbedeling komen waarin men, met gelijkheid van wapens, door de rechter een conflict kan laten beslechten.

Om de advocaat toe te laten zijn werk in alle onafhankelijkheid te kunnen verrichten geniet de advocatuur van een aantal prerogatieven, zoals de immuniteit van het pleidooi of het beroepsgeheim. In het eerder geciteerde boek wijst stafhouder Stevens er op dat deze prerogatieven voor de advocaten slechts afgeleide voorrechten zijn, ze komen in eerste instantie de cliënten toe.

Om die onafhankelijkheid te vrijwaren moet de individuele advocaat kunnen terugvallen op en gesteund worden door een goed werkende en onafhankelijke balie. In artikel 444 van het Gerechtelijk Wetboek lezen we dan ook dat 'advocaten hun ambt vrij uitoefenen ter verdediging van het recht en de waarheid.' Het is immers niet alleen noodzakelijk dat de advocaat in alle onafhankelijkheid kan werken, het is ook nodig dat de beroepsorganisatie waarop de advocaat moet kunnen terugvallen gevrijwaard blijft van inmenging door één van de drie staatsmachten. Daarvoor voorziet het Gerechtelijk Wetboek in autoregulering en in tuchtrechtelijke autonomie. Zo zijn het de OVB, de OBFG en de lokale balies die de regels opstellen waaraan advocaten zich dienen te houden, zijn zij het die waken voor de naleving en de toepassing ervan en wordt de gebeurlijke overtreding ter beoordeling voorgelegd aan de stafhouder, de tuchtraden en de tuchtraad van beroep.

Ook al lijkt het belang van de onafhankelijkheid van de advocaat en de beroepsorganisatie ervan als een evidentie te worden beschouwd, toch worden regelmatig aanvallen gedaan op dit principe. Deze aanvallen komen uit verschillende hoeken.

Zo zijn er reeds verschillende wetgevende initiatieven genomen



die deze onafhankelijkheid in het gedrang brengen. Denken we aan de witwaswetgeving die de advocaten verplichten melding te doen bij een vermoeden van witwaspraktijken, een verplichting die haaks staat op de plicht tot het bewaren van het beroepsgeheim. Hetzelfde geldt voor de verplichte in het kader van het UBO-register. Tegen deze laatste verplichting is nog beroep hangende bij de Raad van State. Een eerder ingesteld beroep bij het Grondwettelijk Hof tegen de uitbreiding van de meldingsplicht in het kader van de aanpak van seksueel misbruik en pedofilie werd – tot ons groot genoegen – gegrond verklaard. Recent bevestigde het Hof van Beroep in Antwerpen gelukkig ook het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling tussen de advocaat en de cliënt in het kader van een fiscale controle. Tegelijkertijd erkent het hof daarmee de rol van de stafhouder in dat verband.

Maar de aanvallen gaan niet alleen uit van de wetgever. Ook sommige onderzoeksrechters durven zich wel eens te bezondigen aan grensoverschrijdend gedrag en proberen advocaten te gebruiken als bron van informatie. Zo worden advocaten soms in verdenking gesteld en zelfs in hechtenis genomen om hen onder druk te zetten te verzaken aan hun plicht tot beroepsgeheim.

Sommige leden van de uitvoerende macht laten zich niet onbetuigd. Zo kon Vlaams minister-president Jambon het niet laten om zich erg laatdunkend uit te spreken over de wijze waarop confrater Sven Mary de verdediging op zich nam van Salah Abdeslam. Als toenmalig minister van binnenlandse zaken verklaarde hij dat hij niet begreep hoe mr Mary het aandurfde om een procedurefout in te roepen en hij daarmee ‘twee bruggen te ver ging’. Hierop volgde een stroom van haatberichten aan het adres van mr Mary. De politiebewaking die hij eerder al kreeg werd opgevoerd en uitgebreid naar zijn gezinsleden toen ook zij doodsb bedreigingen kregen. De hele hetze heeft er uiteindelijk toe geleid dat mr Mary de handdoek in de ring heeft gegooid en de verdediging van zijn cliënt op het terreurproces in Parijs heeft overgelaten aan zijn Franse collega's. Het spreekt voor zich dat in deze situatie niet alleen de betrokken minister een verantwoordelijkheid heeft, ook de trollen die dergelijke haatberichten en bedreigingen uiten via sociale en andere mediakanalen dragen bij aan de totstandkoming van een klimaat waar advocaten hun taak niet meer naar behoren kunnen vervullen.

Een ander, maar daarom niet minder belangrijk probleem is dat van de tweedelijnsbijstand. Door een structurele onderwaardering van bepaalde prestaties zijn er rechtstakken waar er nauwelijks nog advocaten te vinden zijn die hun diensten pro Deo willen verlenen. Ik denk daarbij uiteraard aan het vreemdelingenrecht. Zo wordt voor het verlenen van een advies aan vreemdelingen in administratieve detentie zo weinig vergoeding voorzien dat het onmogelijk is voor advocaten hen nog van degelijk juridisch advies te voorzien. Zij kunnen enkel maar hopen op de bijstand van vrijwilligers die hun vrije tijd aan caritatief werk willen besteden.

Na zowel de wetgevende, de uitvoerende als de rechtelijke macht met de vinger te hebben gewezen is het tijd voor enige zelfreflectie. Heel wat advocaten zijn zich immers onvoldoende bewust van het belang van hun afhankelijkheid. In ruil voor de zo begeerde media-aandacht gaan advocaten

vaak veel te ver in het verschaffen van uitleg over de zaken die hen toevertrouwd worden. Als journalisten zeggen dat de advocaten hun belangrijkste bron van informatie is dan wijst dat op een zeer ernstig probleem. Maar het is niet alleen de drang naar bekendheid die de aandacht voor de kernwaarden doet verzwakken. Ook de druk uitgeoefend door cliënten, al dan niet in het vooruitzicht van bepaalde financiële voordelen, doet sommige advocaten vergeten wat het belang van het beroepsgeheim is.

Het zou al te gemakkelijk zijn om alleen de advocaten die het strafrecht beoefenen te visereren. Denken we ook aan de advocaten die voor het voortbestaan van hun kantoor afhankelijk zijn van één enkele cliënt. Hoe kunnen zij de afgelegde eed om geen zaak te verdedigen die hen niet gerechtvaardigd lijkt naleven? En wat met de advocaten die zich in financiële moeilijkheden bevinden? Hoe onafhankelijk is hun advies over het al dan niet voeren van bepaalde procedures?

“Hoe onafhankelijk zijn advocaten die voor het voortbestaan van hun kantoor afhankelijk zijn van één (grote) cliënt?”

Kati Verstrepen

Al deze aanvallen op de onafhankelijkheid van de advocaat zijn niet zonder gevaar. Zoals reeds eerder gezegd is het de advocaat die er voor zorgt dat de burger zijn grondrechten kan afdwingen voor de rechter. Dat die rechten kunnen afgedwongen worden is nodig. De geschiedenis heeft ons geleerd waarom. Daarvoor gaan we terug naar 1948. Na afloop van de tweede wereldoorlog bracht Eleonore Roosevelt mensen van verschillende origine, van verschillende geloofsovertuigingen en politieke strekkingen bij elkaar met als opdracht een antwoord te vinden op de vraag hoe een derde wereldoorlog kon vermeden worden. Hun antwoord was verrassend en moedig. Ze waren het er allemaal over eens dat een wapenwedloop geen vrede bracht, dat repressie niet tot vrijheid leidde. De enige manier om wereldvrede te bereiken was volgens hen het respect voor de waardigheid van elke burger. Artikel 1 van de UVRM luidt dan ook als volgt: alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en in rechten geboren. In de volgende artikelen worden dan de rechten opgesomd die moeten gerespecteerd worden opdat mensen in waardigheid zouden kunnen leven: het recht op vrijheid, op privacy, op gezinsleven, op vereniging, op vrije meningsuiting, op onderwijs, werk, gezondheidszorg en zo veel meer. Worden burgers het slachtoffer van schendingen van deze grondrechten en kunnen zij de naleving ervan niet afdwingen voor een rechter dan verliezen zij hun waardigheid en komt op die manier de wereldvrede in het gedrang. Mensenrechten zijn dus geen doel op zich, ze zijn een middel om iedereen op een vreedzame manier met elkaar te laten samenleven.

Bij dat alles is het belangrijk dat er advocaten zijn die vrij en onafhankelijk kunnen optreden voor hun cliënten wanneer die hun grondrechten geschonden zien.

In mijn voorbereiding op deze tussenkomst stuitte ik op ‘het

manifest van Brussel, een tekst uit 1971 opgemaakt door de Union Internationale des Avocats. De tekst doet een oproep aan de publieke opinie om in de gehele wereld te waken over de handhaving van de rechten vervat in de UVRM en brengt in herinnering dat het de fundamentele plicht is van de volkeren om de onafhankelijkheid van de advocaat onverkort te handhaven. Na 50 jaar zijn deze woorden nog steeds actueel. Het is de taak van ons allen, de drie machten, de individuele advocaten en de beroepsorganisaties om die onafhankelijkheid te waarborgen en te versterken waar nodig.

Ik zou vandaag dan ook opnieuw dezelfde oproep willen doen en heb daarbij volgende suggesties:

1. Er moet werk gemaakt worden van het Europees Verdrag ter bescherming van het beroep van de advocaat. Voor ons in België lijkt het misschien voorlopig nog overbodig, maar voor heel wat Europese advocaten is het nodig dat de bijzondere positie die advocaten innemen in het maatschappelijk bestel verankerd wordt in een verdrag. Bij ons in België moet de onafhankelijkheid van de advocaat en de daarmee verbonden plicht tot beroepsgeheim wettelijk verankerd worden, zoals voorgesteld door confraters Hofströssler en Henry in hun rapport aan minister Koen Geens over de toekomst van het advocatenberoep. Het is nodig iedereen te wijzen op het belang van de onafhankelijkheid van de advocaat voor het behoud van de rechtstaat en de democratie.
2. Er moet voldoende budget voorzien worden voor de tweedelijnsbijstand, zodat iedereen die zijn rechten geschonden weet toegang heeft tot het recht, met de bijstand van een advocaat, ook diegenen die dat zelf niet kunnen betalen.
3. De OVB en de OBFV moeten het belang van de onafhankelijkheid van de advocaat meer benadrukken. In die zin zou kunnen gedacht worden aan de invoering van de deontologische regel, zoals deze reeds vrijwillig gehanteerd wordt door sommige kantoren, dat een cliënt slechts een bepaald percentage van het zakencijfer mag vertegenwoordigen.
4. Stafhouders, tuchtraden en de tuchtraad van beroep moeten streng toezien op de naleving van de kernwaarden van ons beroep en ingrijpen van zodra inbreuken vastgesteld worden. Hoe kunnen we verwachten van politici, rechters, journalisten of anderen om respect te hebben voor deze onafhankelijkheid als we er zelf zo slordig mee omgaan? Stafhouders moeten alert zijn voor de sociale situatie van hun advocaten en ingrijpen wanneer er signalen zijn dat bepaalde kantoren in financiële moeilijkheden zitten. Al te loslippige advocaten die het niet kunnen laten hun zaken te pleiten in de media moeten streng gewezen worden op hun plicht tot beroepsgeheim.
5. We moeten ons blijven verzetten tegen de mogelijkheid om vreemdkapitaaltoetelateninadvocatenvennootschappen.
6. Als we al zouden accepteren dat advocaten in dienstverband kunnen werken mogen we dat enkel toelaten als dat in dienst is van een andere advocaat. In dit debat moet elke hypocrisie vermeden worden. Ik

ben ervan overtuigd dat vandaag heel wat medewerkers die nu als zelfstandigen werken meer onafhankelijk zouden zijn als ze hun werk zouden kunnen verrichten met de bescherming die verbonden is aan een arbeidscontract. Advocaten toelaten te werken in dienst van niet-advocaten zou echter op ernstige wijze onze onafhankelijkheid in het gedrang brengen.

7. Jonge advocaten moet het belang van onze onafhankelijkheid bijgebracht worden zodat ze beseffen wat we kunnen verliezen als we er zelf niet zorgvuldig mee omgaan. Hen moet duidelijk gemaakt worden dat cliënten hen niet betalen voor een bepaalde vorm van vriendschap, wel voor een onafhankelijk juridisch advies. Om het met de woorden van stafhouder Herman Buysens te zeggen: er zijn grenzen aan de empathie die een advocaat moet opbrengen ten aanzien van de cliënt. In de opleiding moet aandacht zijn voor het gebruik van nieuwe communicatievormen en hoe daarmee voldoende afstand kan bewaard worden met de cliënt.

*“Jonge advocaten moeten
gewezen worden op het belang
van onafhankelijkheid zodat ze
beseffen wat ze verliezen als ze
er niet correct mee omgaan.”*

Kati Verstrepen

Dames en heren, ik sluit af. Ik ben heel blij dat ik vandaag vrij en onafhankelijk heb kunnen spreken. Ik heb, in deze senaat, openlijk kritiek kunnen geven en de bedreigingen voor de onafhankelijkheid van de advocaat aan de kaak kunnen stellen. Het kan zijn dat ik op een volgend feest niet meer uitgenodigd wordt, maar ik kan er gelukkig nog wel zeker van zijn dat ik niet zal aangehouden worden of zal verhinderd worden om mijn werk als advocaat verder te zetten. Ik besef zeer goed hoe comfortabel dit is. Op dit ogenblik zitten in de hele wereld confraters van ons in de gevangenis, enkel en alleen omdat zij de belangen van hun cliënten behartigden en daarmee door de overheid als medeplichtig beschouwd worden. We mogen hen niet vergeten! Voor hen, maar ook om er voor te zorgen dat volgende generaties deze vrijheid en onafhankelijkheid kunnen behouden – in het belang van de rechtstaat – hield ik dit pleidooi. En om echt te eindigen gebruik ik graag een citaat van Martin Niemöller:

Toen de Nazis in Duitsland de communisten oppakten, heb ik gezwegen, want ik was geen communist. Toen ze de Joden oppakten, heb ik gezwegen, want ik was geen Jood. Dan kwamen ze de vakbondsmensen halen, en ik heb niks gezegd want ik was geen vakbondslid. Dan kwamen ze voor de katholieken en ik was protestant, dus heb ik niks gezegd. Toen ze voor mij kwamen was er niemand meer om nog iets te zeggen.

Het onderzoek ten aanzien / Professor Raf Verstraeten van de verdachte advocaat: een delicate aangelegenheid

Madame la présidente, mijnheer de voorzitter,

U zou de vraag kunnen stellen waarom dit thema een delicate aangelegenheid is, nu advocaten mensen zijn zoals u en ik. Wel, dat is zo, maar niet in de context van de werking van justitie.

Dat zegt ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In een recent arrest luidt het dat *“the proper functioning of the courts would not be possible without relations based on consideration and mutual respect between the various protagonists in the justice system, at the forefront of which are judges and lawyers”*.¹ In een iets ouder arrest gaf het Hof mee dat *“The freedom of lawyers to practise their profession without undue hindrance is an essential component of a democratic society (...). Persecution or harassment of members of the legal profession thus strikes at the very heart of the Convention system”*.²

Ik wens, evident, geen pleidooi te houden om de potentiële strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de advocaat te leggen op een ander niveau dan dat van de gewone sterveling -niet in het minst-, maar wel om de juiste procedurele waarborgen te plaatsen en om de onderzoekshandelingen ten aanzien van de advocaat -gelet op het beroepsgeheim- toe te passen met uiterste loyaliteit en zorgvuldigheid, teneinde de functie zoals omschreven door het EHRM te beschermen.

Niets menselijks is de advocaat vreemd. Hij is dus vatbaar voor dezelfde emoties die elke mens er kunnen toe brengen om een misdrijf te plegen. Hij verdient dan dezelfde behandeling. Maar hij is ook degene die de degenen kruist met de actoren van het strafrechtelijk onderzoek, in het conflictmodel dat strafrecht nu eenmaal is. Hij zal dus, onvermijdelijk, irriteren en hinderlijk gedrag vertonen. Dat is geen misdrijf; dat is zijn taak. Men zal soms beweren dat hij misbruik maakt van de door de wet zelf voorziene procedurele mogelijkheden. Dat is geen misdrijf; dat is een al dan niet adequate processtrategie van de verdediging, die zij -de verdediging- bepaalt en niet de procureur of onderzoeksrechter.

België kent geen specifieke zogenaamde “advocatenmisdrijven”. Moge het zo blijven. Ze bestaan nochtans, minstens worden ze in licht van hun potentiële toepassingsgebied wel eens zo genoemd. Zo kent Duitsland het misdrijf van *Strafvereitelung*³, m.a.w. het hinderen van de strafprocedure. Daaronder valt bijvoorbeeld het verbergen van bewijsmateriaal⁴. Dergelijk gedrag kan in Engeland strafrechtelijk worden aangepakt als

¹ Deze bijdrage vormde de basis voor de uiteenzetting op de Europese dag van de advocatuur 2021 op 27 oktober 2021 in de Senaat – Paleis der Natie.

² EHRM, *Namazov/Azerbeidjan*, 30 januari 2020, §46.

³ Artikel 258 StGB.

⁴ Zie J. STEVENS, “Strafverdediging. Wettelijk en deontologisch statuut van de strafpleiter”, *Geboeid door het strafrecht. De advocaat en de strafrechtspleging*, Brussel, Larocier, (153), 170.

perversion en in de Verenigde Staten als obstruction of justice⁵.

Natuurlijk moet de advocaat ageren binnen de grenzen van de wet. Die zijn minder duidelijk dan voorheen. Dat heeft te maken met op feitelijk vlak diffuse situaties en op *juridisch* vlak soms betwiste contouren van bepaalde strafbaarstellingen die minder scherp zijn afgetekend dan voorheen. Twee feitelijke voorbeelden: een advocaat ontvangt een ereloon waarvan nadien blijkt dat het afkomstig is uit voor de fiscus onbekende gelden. Hij stelde geen verdere proactieve vragen en ontving het geld. Een andere advocaat vraagt aan zijn cliënt bepaalde stavingsstukken, krijgt die en maakt die aan de onderzoekers of aan de rechter over. De stukken blijken vals te zijn. Eén sprekend juridisch voorbeeld: waar ligt voor de verdedigende advocaat de grens van artikel 324ter §2 Sw. als het gaat over het deelnemen aan de voorbereiding of de uitvoering van enige geoorloofde activiteit van een criminele organisatie, wetende dat de deelneming bijdraagt aan de oogmerken van de organisatie. Het in de Belgische onderzoekspraktijk opvallend veelvuldig gebruik van de notie “criminele organisatie”, kan de advocaat in strafzaken slapeloze nachten bezorgen.

De grenzen zijn m.a.w. wat vervaagd. Het beeld doemt op van de advocaat wiens beroepsgeheim te grabbel kan worden gegooid voor de onderzoekers. Bovendien oogt het kabinet van een advocaat voor sommige onderzoekers wellicht wat als de grot van Ali Baba.

Het Europees Hof voor de rechten van de mens toont zich bijzonder gevoelig wanneer het gaat om huiszoeken bij



⁵ Zie J. HUYSMANS, *Legitieme verdediging. Gebruik en misbruik van de procedurele rechten door de verdediging in strafzaken*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 52-58.

een advocaat⁶. Zijn kabinet wordt beschermd door artikel 8 EVRM. Zijn telefoon en zijn informaticasysteem -minstens even belangrijk⁷ - ook. Maar de aloude ruw samengevatte jurisprudentiële⁸ regel is dat beroepsmisdrijf beroepsgeheim uitsluit. En dus de modaliteiten van een eventuele huiszoeking grondig wijzigt.

Het Grondwettelijk Hof stipte in zijn arrest van 29 april 2021 aan dat "het beroepsgeheim hoofdzakelijk bestemd is om de belangen te beschermen van de cliënt. Dat geheim vormt voor de houder ervan geen voorrecht waarop hij zich zou kunnen beroepen om zich te onttrekken aan de vervolging die tegen hem zou worden ingesteld"⁹. Dat is op zich een zeer logische regel. Maar de onderzoeksrechter wordt wel

"Bij een huiszoeking bij een advocaat bepaalt de stafhouder wat er onder het beroepsgeheim valt en wat niet. Maar hoe kan hij de grenzen van dat beroepsgeheim afbakenen als hij de grenzen van het strafdossier niet kent?"

Raf Verstraeten

6 Zie bijvoorbeeld EHRM, Roemen en Schmidt/Luxemburg, 25 februari 2003, §70.

7 Zie EHRM, Petri Sallinen/Finland, 27 september 2005, §§ 88-89: "The Government sought to resolve this by noting that in any case, the search and seizure were carried out for the purposes of investigation of a serious offence. A lawyer suspected of a severe crime could not, on their view, be treated differently from other suspects. The Court, however, is not persuaded by this argument. In the present case, hard disks were searched, copied and seized. They contained information passing between the first applicant and his clients, who had no role in the investigated offence. While the seized hard disks were returned to the first applicant, however, a copy of the fourth hard disk remained with the police for some considerable time. The Court notes that the search and seizure were rather extensive and is struck by the fact that there was no independent or judicial supervision."

8 In recentere bepalingen dan deze met betrekking tot de huiszoeking, met name in artikel 39bis Sv. betreffende de informaticazoeeking en artikel 90octies Sv. betreffende het onderscheppen, kennisnemen, doorzoeken en opnemen van niet voor het publiek toegankelijke communicatie of gegevens van een informaticasysteem of een deel ervan, wordt deze regel ook wetgevend uitgedrukt.

9 GwH 29 april 2021, arrest nr. 66/2021, overweging B.10. Het Hof van Cassatie oordeelde reeds dat noch artikel 458 van het Strafwetboek, noch artikel 8 EVRM de inbeslagname en het gebruik door een onderzoeksrechter beletten van stukken die betrekking hebben op de verdachte activiteiten van een advocaat (Cass. 9 juni 2004, P.04.0424.F; Cass. 13 juli 2010, P.10.1096.N; Cass. 24 april 2012, P.12.0064.N). Ook het EHRM huldigt de regel dat huiszoeking kan wanneer plausibele aanwijzingen bestaan van betrokkenheid van een advocaat bij een misdrijf (EHRM 24 juli 2008, André e.a./Frankrijk, §42; zie T. OPGENHAFFEN, "De huiszoeking en inbeslagname bij advocaten. Voldoet België aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens?", T. Strafr. 2014, 346; A. JACOBS, « Les perquisitions dans les cabinets d'avocat. Les usages à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », Liber amicorum Alain De Nauw, Brugge, die Keure, 2011, 415.

geacht om, alvorens ingrijpende maatregelen te bevelen, de proportionaliteit te beoordelen en dus de redelijke verhouding tussen de maatregel en het betreffende misdrijf en ook de subsidiariteit, m.a.w. de vraag of eenzelfde resultaat niet kan worden bereikt met minder verregaande démarches. Ook wordt hij geacht zich bij de zoeking en inbeslagname strikt te beperken tot die bewijsmiddelen die noodzakelijk zijn om de betrokkenheid van de advocaat bij het misdrijf te staven.

De conceptuele uitgangspunten zijn dus de *lege lata* niet fout. Het schoentje wringt -le bât blesse- bij de uitvoering en de omringende structurele waarborgen.

Ik wil graag drie kwesties aansnijden en twee beschouwingen maken.

De eerste kwestie betreft de drempelvoorwaarde.

Betrokkenheid bij een misdrijf betekent in de onderzoeksfase een verdenking. Dat is een flexibele notie. Artikel 61bis Sv. koppelt het begrip inverdenkingstelling aan het bestaan van "ernstige aanwijzingen van schuld". Het is nuttig om te benadrukken dat die aanwijzingen er moeten zijn op het vlak van elk van de bestanddelen van een misdrijf en in het bijzonder dus ook op het vlak van het moreel element, m.a.w. de wilcomponent die de advocaat maakt tot een bewuste deelnemer aan een misdrijf.

Het Hof van Cassatie omschreef in een recent arrest¹⁰ de ernstige aanwijzingen van schuld als "het voorhanden zijn van gegevens die een objectieve waarnemer ervan zouden overtuigen dat de betrokkene mogelijks een strafbaar feit heeft gepleegd. Er moeten dus plausibele redenen zijn om de betrokkene te verdenken". En het Hof voegt er geruststellend aan toe: "Niet-objectiveerbare, vage verdenkingen kunnen op zichzelf beschouwd geen ernstige aanwijzingen van schuld opleveren". Dat is een zeer verdienstelijke poging om een moeilijk vatbare grens met woorden zichtbaar te maken. Maar ook niet meer dan dat. De beoordelende onderzoeksrechter zal dit bepalen.

De Franse wetgever probeert op dit vlak subtieler te zijn dan de Belgische en maakt het onderscheid tussen "la personne mise en examen"¹¹ en de "témoin assisté"¹². Bij de eerste is er sprake van « une personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer à une infraction »; bij de tweede -de témoin assisté- van « des indices rendant vraisemblable » dat er aan een misdrijf werd deelgenomen. Die aanwijzingen zijn dan niet (of niet voldoende) ernstig en overeenstemmend.

Belangrijk is wel dat een pijnlijke statuswijziging in België ook geldt ten aanzien van hen die voorwerp zijn van een nominatieve vordering tot gerechtelijk onderzoek of een nominatieve burgerlijke partijstelling. In België volstaat zulk initiatief van het parket of van de burgerlijke partij om een statuut te genieten dat gelijkgesteld wordt met de inverdenkinggestelde. Dat is in ons systeem een wel heel lage drempel. Frankrijk evacueerde dit terecht naar de "témoin assisté", waarbij een enkel initiatief

¹⁰ Cass. 7 april 2021, P.21.0453.N, Rev. Dr. Pén. 2021, 851.

¹¹ Artikel 80-1 Code de procédure pénale.

¹² Artikelen 113-1 tot 113-8 Code de procédure pénale.

van het parket of de burgerlijke partij dus niet leidt tot een gelijkstelling met de in verdenking gestelde.

Oprispingen worden in België vaak gepareerd met de beschouwing dat alles bewaakt wordt door de onderzoeksrechter, die in alle sereniteit de zeer ingrijpende stap zal beoordelen naar de huiszoeking bij de advocaat of de nog ingrijpender stap naar het kennismaken of opnemen van privé-communicatie. De wet legt de onderzoeksrechter -naast het à charge en à décharge karakter van zijn onderzoek- in artikel 56§2 Sv. immers een loyaliteitsplicht op. Maar dat doet de wetgever in artikel 28bis §3 Sv. ook ten aanzien van de procureur. En toch leeft blijkbaar het gevoel dat er een probleem is; getuige daarvan is dat dit onderwerp door de advocatuur op de agenda van vandaag werd geplaatst.

Een tweede kwestie betreft de rol van de stafhouder.

Een oud en mooi gebruik wil dat de stafhouder of zijn vertegenwoordiger aanwezig is bij een huiszoeking. Bij een informaticazoeking houdt de wet nu in dat de stafhouder voorafgaand aan de uitvoering van de maatregel op de hoogte moet worden gebracht.¹³

In oudere versies van het gebruik wil de overlevering dat de stafhouder bepaalt wat onder het beroepsgeheim valt en wat dus wel of niet in beslag kan worden genomen. Dit luik van het verhaal is achterhaald. Het is volgens de rechtspraak -Hof van Cassatie¹⁴ en Grondwettelijk Hof¹⁵ - de onderzoeksrechter die uiteindelijk hierover beslist. Dat is volkomen normaal. Hoe kan een stafhouder overigens -hoe hard hij ook zijn best doet- bij gebrek aan kennis van het straf dossier en de daarin aanwezige feitelijke elementen precies weten waar, in het licht van de reikwijdte van de saisine en de onderzoekspistes, de grens ligt van de pertinentie van bepaalde stukken?

De noodzaak om het beroepsgeheim te doorbreken in het kader van een gerechtelijk onderzoek is een jurisdictionele beslissing waarover een rechter oordeelt en niet een vertegenwoordiger van de beroepsgroep. In geval het gaat om reeds in een opsporingsonderzoek in beslag genomen IT-materiaal is het de procureur die beslist en komt er geen onderzoeksrechter bij kijken. Het Grondwettelijk Hof zag hier geen graten in en beklemtoonde de jurisdictionele controle die nadien kan plaatsvinden door de kamer van inbeschuldigingstelling en de vonnisgerechten.¹⁶

Het Europees Hof aanvaardt eveneens dat aan de stafhouder geen beslissingsmacht toekomt. Het vereist de aanwezigheid van een "independent observer" en die moet bekleed zijn met "powers to be able to prevent (...) any possible interference with the lawyer's professional secrecy".¹⁷ Daaruit volgt geen beslissingsrecht, maar wel dat aan de tussenkomst van de stafhouder die bezwaar oppert, daadwerkelijk een gevolg wordt gehecht. De logische en wenselijke gang van zaken is dat

¹³ Artikel 39bis §9, tweede lid Sv.

¹⁴ Zie o.m. Cass. 24 april 2012, P.12.0064.N.

¹⁵ GwH 29 april 2021, arrest nr. 66/2021, overweging B.12.

¹⁶ GwH 29 april 2021, arrest nr. 66/2021, overwegingen B.11.2 en B. 12.

¹⁷ EHRM, 5 juli 2012, Golovan/Oekraïne, §§ 62-63; zie ook EHRM, 4 oktober 2018, Leotsakos t. Griekenland, § 37.

de litigieuze stukken tot nader order worden verzegeld, dat de advocaat eerst wordt gehoord en dat een rechter er vervolgens uitspraak over doet. Het Grondwettelijk Hof spreekt -misschien iets te soft- enkel over het door de stafhouder "akte laten nemen van zijn voorbehoud" en niet over verzegeling.¹⁸

Delicater nog wordt het bij een informaticazoeking. De goed voorbereide en loyaal handelende onderzoeksrechter kan via positieve zoektermen maximaal vermijden dat materiaal wordt in beslag genomen dat onder het beroepsgeheim valt,



maar al te vaak gaan dergelijke zoekingen gepaard met het massaal kopiëren van mail- en documentenverkeer, gekoppeld aan verhalen over tijdsgebrek en efficiëntie. De taak van de stafhouder wordt dan in de praktijk wel heel erg moeilijk.¹⁹ Tussen droom en daad staan o.m. praktische bezwaren in de weg, wist Willem Elsschot al -zij het in een heel andere context-

Wie zoekt, die vindt, die kijkt en leest. Dat brengt ons bij de derde kwestie.

¹⁸ GwH 29 april 2021, arrest nr. 66/2021, overweging B.11.2 in fine.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM, 16 oktober 2007, Wieser en Bicois/Beteiligungen / Oostenrijk, §63: « (...) les mêmes garanties n'ont pas été appliquées pour les données électroniques. Plusieurs éléments montrent que les droits des requérants à cet égard ont subi des restrictions. D'abord, bien qu'il ait été présent un moment pendant la fouille des installations informatiques, le membre de l'ordre des avocats fut principalement occupé à surveiller la saisie des documents et n'a donc pu s'acquitter correctement de la surveillance des données électroniques qu'il était censé assurer. En second lieu, le rapport indiquant les critères de recherche qui avaient été utilisés et les fichiers qui avaient été copiés et saisis n'a pas été établi au terme de la perquisition mais seulement plus tard le même jour. »

Auteurs stonden reeds stil bij het feit dat de onderzoeksrechter die bij een huiszoeking de dossiers van een advocaat doorneemt, kennis krijgt van de inhoud van stukken²⁰. Stukken die achteraf blijken niet (of niet allemaal) in beslag te kunnen worden genomen of gehouden. Dat is in ons bestaande systeem onvermijdelijk. In het recent arrest van 29 april 2021 werd dit uitdrukkelijk gethematiseerd en door het Grondwettelijk Hof aanvaard. Het Hof verwees naar de loyaliteitsverplichting in het onderzoek en de controle van het eerlijk proces door de later optredende rechter.²¹

Het lijkt niet zinvol om een regeling uit te bouwen -zoals ooit in Frankrijk werd voorgesteld- om een andere rechter dan de behandelende onderzoeksrechter -*un juge du secret ou de la confidentialité*, werd gezegd²² - op te zadelen met de taak om een huiszoeking uit te voeren in een dossier dat hij niet of niet voldoende kent. De lezende onderzoeksrechter wordt dus eventueel -zoals BAUWENS het uitdrukte- aan gedwongen selectief geheugenverlies onderworpen²³. M.a.w. de plicht tot vergeten van wat hij niet had mogen lezen, maar eerst moest lezen om dat te beseffen. Dit is eigen aan de loyaliteitsplicht die de wet oplegt.

De aan het bovenstaande wel pertinent gekoppelde vraag is welke instantie uitspraak moet doen over die stukken waarover al dan niet op aangeven van de stafhouder betwisting bestaat en die dus in een zorgvuldige benadering voorlopig werden verzegeld. Het Grondwettelijk Hof vindt het geen probleem dat in een gerechtelijk onderzoek dit de onderzoeksrechter zelf is.²⁴ M.i. kan ons strafprocedureel systeem beter en hoort dat niet diezelfde onderzoeksrechter of procureur te zijn dan deze die de huiszoeking en/of het beslag doorvoerde. Ook al kan die magistraat -zoals het Grondwettelijk Hof aangeeft, maar dan zijn we minstens enkele maanden later- a posteriori tegengesproken worden door de kamer van inbeschuldigingstelling die de teruggave van de stukken kan bevelen.

In een arrest Erdem/ Duitsland waardeerde het Europees Hof ten eerste dat de controle werd uitgevoerd door "*un magistrat indépendant, qui ne doit avoir aucun lien avec l'instruction*".²⁵ Ook Frankrijk heeft deze kwestie beter ingeschat, door voor te schrijven dat de beslagbaarheid van de betwiste en verzegelde stukken beoordeeld wordt door een andere rechter -*de juge des libertés et de la détention*- teneinde een neutrale blik te verzekeren en ook maximaal een intellectuele besmetting van

20 Zie T. OPGENHAFFEN, "De huiszoeking en inbeslagname bij advocaten. Voldoet België aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens?", T. Strafr. 2014, (346), 351.

21 GwH 29 april 2021, arrest nr. 66/2021, overwegingen B.5.2 en B.11.3.

22 Zie het verslag van de « GROUPE DE TRAVAIL SUR LES CONDITIONS DE LA PERQUISITION DANS UN CABINET D'AVOCAT » overhandigd aan de minister van Justitie op 1 oktober 1999, blz. 10 (<https://www.vie-publique.fr/rapport/25685-les-conditions-de-la-perquisition-dans-un-cabinet-d-avocat-rapport-a-Mme-le-Garde-des-sceaux>).

23 T. BAUWENS, "De zaak 'Alzheimer Bis': over geheugenverlies tijdens het gerechtelijk onderzoek. Beroepsgeheim en onderzoekshandelingen ten aanzien van advocatenkantoren", T. Strafr. 2011, (99), 100.

24 GwH 29 april 2021, arrest nr. 66/2021, overweging B.11.3. In geval van inbeslagname van IT-materiaal door de procureur des Konings is het deze procureur die erover oordeelt.

25 EHRM 5 juli 2001, Erdem/Duitsland, §67.

het dossier te vermijden.²⁶

De Commissie tot hervorming van het strafprocesrecht pakte deze problematiek aan in het kader van een globale hervorming. Dat brengt mij bij mijn twee beschouwingen over onze huidige regeling.

Het is voor sommigen een halve blasfemie om het statuut van de onderzoeksrechter in vraag te stellen. Dat is wat de Commissie tot hervorming van het strafprocesrecht deed. Zij ging uit van de gedachte dat de huidige regeling een gezonde afstand mist tussen het voeren van het onderzoek en het controleren van het onderzoek.²⁷ Die problematiek wordt scherp zichtbaar in de context van de benadering van de verdachte advocaat.

De onderzoeksrechter verenigt in één enkele persoon -hijzelf-vooreerst de gedreven onderzoeker die het onderzoek leidt en die op het terrein onderzoekt, die daarbij onderzoekpistes uitbouwt en die overtuigingen opdoet over de betrokkenheid van de een en de ander. Daarbij is hij tegelijk de rechter die beslist over het bestaan van een verdenking -in voorkomend geval in hoofde van de advocaat- en die eventueel de formele inverdenkingstelling uitspreekt. Vervolgens is hij ook diegene die beoordeelt of dwangmaatregelen zoals een huiszoeking -in voorkomend geval in het kabinet van een advocaat- passend zijn. En tenslotte is hij ook tegelijk degene die beslist over de rechten van de betrokken partijen inzake onder meer inzage in het dossier en aanvullend onderzoek.

Vele onderzoeksrechters vinden die vereniging van machten prima. En -nogmaals- het gaat er niet om de persoonlijke ambitie te betwisten van onderzoeksrechters die trachten al deze invalshoeken harmonisch te combineren. Maar zelfkennis leidt steevast tot de conclusie dat niemand bovenmenselijke capaciteiten geniet. Dat geldt voor alle actoren van justitie. En het denken van mensen -zo leert ons de rechtspsychologie- leent zich niet tot rechtstreekse observatie. Enkel het resultaat is zichtbaar, niet hoe het tot stand gekomen is.

Geloof en vertrouwen zijn m.a.w. goed, maar het voorzien van eigentijdse structuren en waarborgen is nog veel beter.

Daarom is het betoog van de Commissie om de functies van actieve speurder en rechter te scheiden m.i. ook pertinent in onze materie vandaag. Waar het op aankomt is om aan de onderzoeksrechter een volwaardig rechterlijk profiel te geven. Dit verzekert de gezond afstandelijke rechterlijke blik die niet vertroebeld wordt door de gedrevenheid om wat vandaag "zijn zaak" is, op te lossen. Hij zou, als onafhankelijke rechter die al dan niet een machtiging tot dwangmaatregelen zal afleveren, door de aanvragende procureur moeten overtuigd worden

26 Zie artikel 56-1 Code de procédure pénale, derde tot vijfde lid: « Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. (...) Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours. A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes. »

27 Wetsvoorstel houdende het wetboek van strafprocesrecht, Parl.St. Kamer, 2019-2020, nr. 55-1239/1, 8 e.v.

van de eventuele aanwijzingen van schuld in hoofde van de advocaat en -als dat zo is- van de proportionaliteit van een huiszoeking. Dat betekent dat -in tegenstelling tot vandaag- een *prelabelle* beoordeling wordt gedaan door een *rechter die niet zelf het onderzoek voert*.

Even ter vergelijking. In Spanje wordt vandaag een precies gelijklopende hervorming voorgesteld en beklemtoond dat de noodzakelijke procedurele waarborgen slechts doeltreffend kunnen worden indien de rechter de positie bij uitstek inneemt die hem in de grondwettelijke orde toekomt, namelijk als orgaan dat buiten het procesbelang staat.²⁸

De Europese Verordening over het Europees Openbaar Ministerie hanteert hetzelfde uitgangspunt.²⁹

En wanneer we kijken naar een zeer recent arrest van 2 maart 2021 van de Grote Kamer van het Europees Hof van Justitie, leest men dat het Hof in geval van inbreuken op grondrechten zoals het privéleven, een externe en onafhankelijke rechterlijke toetsing vraagt door een autoriteit die niet betrokken is bij het voeren van het strafrechtelijk onderzoek.³⁰

Het door de Commissie uitgewerkte systeem is dus geen heiligschennis maar een m.i. zeer wenselijke evolutie. Mijn tweede en laatste beschouwing betreft de sanctie in geval van een schending van het beroepsgeheim.

De tijd van automatische bewijsuitsluiting van elk onrechtmatig verkregen bewijs is lang voorbij -en dat is terecht-. Maar het bewijsrecht werd nu geperst in het strakke keurslijf van Antigoon. De regel is dat onrechtmatig verkregen bewijs als principe mag worden gebruikt, tenzij een van de drie uitsluitingscriteria vervat in artikel 32 V.T.Sv. aan de orde is. De rechter mag geen andere in aanmerking nemen. Dat voorschriften vroeger als fundamenteel of substantieel golden, betekent in deze context niets meer.

Er werd nochtans gepleit om een schending van het beroepsgeheim buiten het Antigoon-kader te plaatsen. Adv. Gen. VANDERMEERSCH betoogde in de beginfase van Antigoon nog dat er vrijheden of grondrechten zijn *“waarvan men de miskennis niet mag relativeren op gevaar af deze te banaliseren, en dat in die gevallen alleen bewijsuitsluiting een aangepaste sanctie (kan) zijn voor de onregelmatigheid”*.³¹ Hij gaf daarbij als voorbeeld o.m. een bewijs dat is verkregen met miskennis van het beroepsgeheim. Het Hof van Cassatie geeft echter geen krimp en maakte duidelijk dat Antigoon, ook in de materie van het beroepsgeheim, de (enige) invalshoek is.³²

The proof of the pudding -in dit geval die van het beroepsgeheim- is in the eating. Het eerste Antigoon-criterium is bij schending van een beroepsgeheim niet aan de orde. Niemand ontkent het fundamenteel belang van het beroepsgeheim, maar er staat geen nietigheidssanctie in de wet... Betrouwbaarheid

²⁸ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal, november 2020, goedgekeurd door de Spaanse ministerraad op 24 november 2020.

²⁹ Verordening EU/20127/1939.

³⁰ EHV 2 maart 2021, arrest nr. C-746-18 (m.b.t. het Estlandse strafprocesrecht).

³¹ Concl. Adv.Gen. VANDERMEERSCH voor Cass. 2 maart 2005, Arr. Cass. 2005, nr. 130.

³² Cass. 29 mei 2018, P.17.0762.N

-het tweede Antigooncriterium- zal echt niet het probleem zijn. De bedoeling bij een contact met een beroepsgeheimhouder zoals een arts of een advocaat is precies dat doorheen de vertrouwensband informatie wordt toevertrouwd die zéér betrouwbaar is. Zoals bijna steeds het geval is gaat het dus ook op het terrein van het beroepsgeheim onder *Antigoon* om een beoordeling van het *eerlijk proces*.

Het scrupuleus en blijvend eerbiedigen van het beroepsgeheim lijkt mij daarbij een essentiële waarde.

Raf Verstraeten

Nochtans zijn eerlijk proces en bewijsrecht twee onderscheiden kwesties.

Dat zet de waardenafweging onder druk. Gezaghebbende rechtsleer merkte reeds op dat *“ce n'est pas parce qu'une règle importante de la procédure pénale ou un droit fondamental sont méconnus à la suite d'un acte d'information ou d'instruction illégal que le droit à un procès équitable est en cause”*.³³

Uiteraard is aan te nemen dat in flagrante gevallen van schending van het beroepsgeheim in de relatie tussen cliënt en advocaat, de kern van het recht van verdediging is aangetast. Maar *wat* in geval van twijfel, *wat* wanneer de regel dat de stafhouder moet tussenkomen niet werd nageleefd, *wat* wanneer de meegenomen informatie ook een niet-verdachte kantoorgenoot betreft, *wat* wanneer na een huiszoeking bij een advocaat onder verdenking later blijkt dat de advocaat helemaal niet bij een misdrijf was betrokken?

De huidige antigoonregeling, met de quasi stelselmatige kanalisering van de discussies over onrechtmatig bewijs naar de notie eerlijk proces, is een verenging van een waardevol debat over wat een rechtsstaat kan tolereren op het vlak van bewijsgaring.³⁴

Daarom hanteert het wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafprocesrecht een andere benadering inzake de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs. Het vraagt o.m. van de rechter om op een positief affirmatieve wijze vast te stellen dat het gebruik van onrechtmatig bewijs geen afbreuk doet aan de *“integriteit van justitie”*.³⁵ Uiteraard vraagt ook dit begrip om jurisprudentiële invulling, maar het dwingt het gerecht om kleur te bekennen en uit te komen voor wat in een rechtsstaat aanvaardbaar wordt geacht in het licht van de fundamentele inzake bewijsvoering. Het scrupuleus en blijvend eerbiedigen van het beroepsgeheim lijkt mij daarbij een essentiële waarde.

Raf Verstraeten

Gewoon hoogleraar - Instituut voor strafrecht KU Leuven

³³ F. LUGENTZ, «Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale. Trois ans de l'application de la loi du 24 octobre 2013», JT 2017, 61 e.v.

³⁴ Zie ook R. VERSTRAETEN, “De granaataanslag, het beroepsgeheim en Antigoon”, noot onder KI Antwerpen, 25 juni 2020, NC 2021, (62), 66.

³⁵ Wetsvoorstel houdende het wetboek van strafprocesrecht, Parl.St. Kamer, 2019-2020, nr. 55-1239/1, 69 e.v.

Le texte ci-dessous correspond aux réserves de principe du bâtonnier ou de son délégué aux fins de contestation des saisies pratiquées en perquisition prévues par l'article 56-1 du Code de procédure pénale français.

La mission du Bâtonnier ou de son délégué : Défense du libre exercice de la profession d'avocat, du secret professionnel et des droits de la défense :

Le Bâtonnier Jean Lemaire écrivait dans son traité sur « Les règles de la profession d'avocat » (LGDJ 1975 n°463) : « Le Bâtonnier assistera lui-même à la perquisition ou délèguera un membre du Conseil de l'Ordre pour le représenter et veillera à ce que soient respectés les intérêts des tiers étrangers à la perquisition (...) Le Bâtonnier doit veiller au respect du secret professionnel et des droits de la défense ».

Le Bâtonnier ou son délégué agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense (Crim. 8 janvier 2013, n°12-90.063) :

« Attendu que le Bâtonnier de l'ordre des avocats n'est pas, au sens de l'article R. 49-21 du code de procédure pénale, une partie lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 dudit code à l'occasion d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, dès lors qu'il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense ».

Crim. 9 février 2016 n° 15-85063 : « Le Bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense » et que la CEDH définit comme étant une « garantie spéciale de procédure » (notamment CEDH DA SILVEIRA c. France 21 janvier 2010).

Par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88.021), la Chambre Criminelle maintenant l'arrêt de la Chambre de l'Instruction retient que « le Bâtonnier ou son délégué est présent et exerce tout au long de la perquisition son contrôle avant toute éventuelle saisie d'un document en exprimant son opposition à la saisie lorsque celle-ci peut concerner d'autres infractions que celle mentionnée dans la décision ».

L'ordonnance de perquisition doit mentionner tous les faits compris dans la saisine du juge d'instruction afin que le Bâtonnier ou son délégué soit informé de l'étendue de la perquisition qui ne peut porter sur des faits différents de ceux appartenant à la saisine du magistrat instructeur.

Par arrêt rendu le 8 août 2007 (n°07-84252), la Chambre criminelle a jugé qu'il incombait au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 du CPP « afin de rechercher si la saisie des données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense ».

Par deux ordonnances du 29 avril 2019, le JLD de Paris a défini les principes qui gouvernent les saisies en perquisition chez l'avocat et leurs contestations :

MOTIFS

Les principes en cause :

Il résulte des dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale que les contestations émises par le Bâtonnier ou son délégué à l'encontre de la saisie d'un document ou d'un objet effectuée lors d'une perquisition dans le cabinet d'un avocat ou au domicile de ce dernier sont tranchées par le juge des libertés et de la détention ;

Il appartient au Juge des libertés et de la détention de vérifier si les conditions légalement requises pour la saisie de documents et de pièces lors d'une perquisition au sein d'un cabinet d'avocat sont réunies ;

La perquisition au sein d'un cabinet d'avocat est un acte grave car ce cabinet est le lieu où l'avocat reçoit ses clients et prépare la défense de ces derniers et à ce titre le cabinet d'avocat présente un caractère d'inviolabilité qui préserve le droit pour tout homme de bénéficier de la défense d'un avocat ;

En cas de perquisition au sein d'un cabinet d'avocat, les règles gouvernant le versement à la procédure des pièces saisies, obéissent à un régime particulier qui se distingue de celui de la défense d'un avocat ;

Lorsque la perquisition est faite dans un local autre qu'un cabinet d'avocat, toute pièce saisie peut être versée à la procédure d'information ou au Parquet si elle est utile à la manifestation de la vérité ;

En revanche, s'agissant d'un cabinet d'avocat, il convient de distinguer entre divers documents :

- d'une part, les documents qui ne sont pas couverts par le secret professionnel et qui peuvent être versés à la procédure s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité,
- d'autre part, les documents couverts par le secret professionnel et qui ne peuvent être versés à la procédure d'instruction qu'à la condition qu'ils manifestent l'indice de la participation de l'avocat à l'infraction objet de la poursuite,

Pour être versé à la procédure d'information, un document couvert par le secret professionnel doit porter en soi l'indice ou la présomption rendant plausible la participation ou l'implication de l'avocat dans la commission de l'infraction objet de la poursuite ; hors cette condition, le document couvert par le secret professionnel ne pourra être versé à la procédure ;

Il faut rappeler que tant en matière de conseil que de défense sont couvertes par le secret professionnel : les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à ce dernier, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et son confrère, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier ; ce sont là les dispositions de l'article 66-5 modifié par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires ;

Lors de l'audience de contestation de la saisie, il a été produit (par les magistrats saisissants) un arrêt de la Cour de cassation, dans le cadre d'une perquisition au cabinet d'un avocat, permettrait la saisie de toutes pièces utiles à la manifestation de la vérité, même si cette pièce était couverte par le secret professionnel ;

Cet arrêt du 4 octobre 2016 ne permet pas, contrairement à ce qui est allégué, que toute pièce couverte par le secret professionnel puisse être saisie par le seul fait qu'elle serait utile à la manifestation de la vérité ; au contraire la Cour de cassation reprend bien le principe acquis, et posé par la CEDH ; qu'une pièce couverte par le secret professionnel ne peut être saisie que si elle est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction ».

A propos de l'arrêt isolé de la Chambre criminelle du 4 octobre 2016, le JLD a précisé, désavouant les magistrats saisissants parties adverses du Bâtonnier ou de son délégué : « Cet arrêt du 4 octobre 2016 ne permet pas, contrairement à ce qui est allégué, que toute pièce couverte par le secret professionnel puisse être saisie par le seul fait qu'elle serait utile à la manifestation de la vérité ; au contraire la Cour de cassation reprend bien le principe acquis, et posé par la CEDH ; qu'une pièce couverte par le secret professionnel ne peut être saisie que si elle est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction ».

Cette solution a été confirmée par une ordonnance du 22 juillet 2019 qui précise en outre que « la perquisition... doit rester une

procédure exceptionnelle, un moyen exceptionnel d'obtention de pièces ». « ...Les pièces susvisées ne caractérisent en soi aucune implication plausible de Maître X dans les opérations de blanchiment ».

La perquisition, par sa nature intrusive, génère systématiquement une atteinte excessive aux droits de la défense que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat d'en saisir le JLD que le rapport sur la procédure pénale « Jacques BEAUME » (page 84, juillet 2014) définit comme « le juge de la loyauté et de la régularité de l'enquête, à travers la protection des droits fondamentaux et l'appréciation du contradictoire à l'égard de tel ou tel mis en cause ».

Le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale institue la présence du Bâtonnier susceptible de contester une saisie « irrégulière » :

L'article 59 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que le respect des formalités de l'article 56-1 du Code de procédure pénale est à peine de nullité.

Cette présence du Bâtonnier constitue, pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, une « garantie spéciale de procédure » en faveur de l'avocat perquisitionné.

Il s'agit de préserver non seulement le secret professionnel mais aussi les droits de la défense.



Pour la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la perquisition en cabinet d'avocat constitue une « ingérence » dans le « domicile » que constitue le domicile ou le cabinet d'avocat destinée à porter atteinte au secret professionnel et aux droits de la défense dont le Bâtonnier ou son délégué est le garant par sa présence qualifiée par la CEDH de « garantie spéciale de procédure ».

Elle ne doit pas méconnaître les principes de nécessité et de proportionnalité.

Elle doit être « proportionnée » au but poursuivi ainsi que le juge la CEDH.

Pour la CEDH, ce texte comporte « une garantie spéciale de procédure », à savoir la présence contestataire du Bâtonnier qui aboutira à la saisine par le magistrat qui perquisitionne du JLD dont toutefois l'ordonnance « motivée » est insusceptible de recours et ce, en violation caractérisée des dispositions de l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui prévoient le droit à un « recours effectif » : « Toute personne dont les droits (et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles »).

En effet, l'article 56-1 du Code de procédure pénale matérialise une ingérence au sens où l'entend la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme au visa de l'article 8 de la convention, lequel dispose :

«Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

S'agissant des avocats, la CEDH a jugé par un arrêt du 21 janvier 2010 (Xavier Da Silveira c. France, requête n° 43757/05) que « les avocats occupent une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice ».

De plus, par un autre arrêt rendu le 23 novembre 2010 (Affaire MOULIN c/France – requête n°37104/06), la CEDH a estimé que « des perquisitions et des saisies chez un avocat sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client (André et autre, précité, § 41). Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans un cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières. De même, la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les

relations avec leurs clients. Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction. Reste qu'il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice (André et autre, précité, § 42) ».

Elle souligne à nouveau le rôle du Bâtonnier en retenant que « la perquisition s'est accompagnée d'une garantie spéciale de procédure, puisqu'elle fut exécutée en présence du Bâtonnier de l'Ordre des avocats, et que les observations formulées par celui-ci ont pu être ensuite discutées devant le juge des libertés et de la détention ».

*“Faire la révolution aujourd’hui,
c’est revendiquer l’application
de la règle de droit.”*

Vincent Nioré

La visite domiciliaire commencée dès la garde à vue hors la présence du Bâtonnier ou de son délégué est irrégulière :

Il est de jurisprudence constante que « Toute introduction au domicile d'une personne en vue d'y constater une infraction constitue une visite domiciliaire » (Cass.crim 3juin 1991 pourvoi n°90-81435).

Par décision du 22 mars 2016, le JLD du Tribunal de grande instance de Bobigny a consacré cette solution au visa de l'article 56-1 du CPP, en restituant à un avocat gardé à vue à son domicile puis perquisitionné, l'ensemble des éléments saisis et contestés dans les termes suivants : « Attendu que toute introduction au domicile d'une personne en vue d'y constater une infraction constitue une visite domiciliaire... que les perquisitions au domicile d'un avocat ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier... que les enquêteurs ont forcé la porte du domicile de Maître X... à 6h05 du matin ...et ont donc dès lors ...débuté la perquisition à son domicile à cette heure ...qu'il n'est pas contesté que ces opérations ont débuté en l'absence du procureur de la République qui devait lui-même procéder à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier...que le début de la perquisition en l'absence du magistrat et du représentant du bâtonnier ne peut que conduire à la constatation de l'irrégularité de la dite perquisition, peu important que des documents ne soient saisis qu'ultérieurement dans la même opération lorsque le procureur de la république et le bâtonnier arriveront ;...qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'accueillir l'opposition à saisie formulée par le Bâtonnier de Paris, d'ordonner la restitution immédiate des documents et objets saisis et la cancellation de toute référence aux documents et objets saisis qui figurent dans le dossier de la procédure...».

La visite domiciliaire ne saurait débiter hors la présence du magistrat instructeur ou du Parquet et du délégué du Bâtonnier.

L'impossibilité d'apprécier l'existence ou non d'indices fautive d'accès au dossier par le Bâtonnier ou son délégué :

La perquisition, par sa nature intrusive, génère nécessairement

une atteinte excessive aux droits de la défense et au secret professionnel que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat de saisir le JLD.

En outre, le délégué du Bâtonnier se heurte en fait à l'impossibilité d'apprécier l'existence ou non des indices mentionnés à la décision de perquisition ou invoqués en cours de perquisition comme en l'occurrence, faute d'accès au dossier pénal dont aucune règle d'ailleurs n'interdit la communication lors de la perquisition comme lors de l'audience du JLD à son profit.

En effet, qu'il s'agisse des pièces et objets, documents papiers ou dématérialisés copiés ou non sur un support par le magistrat saisissant, couverts par le secret professionnel ou officiels, le Bâtonnier ou le délégué du Bâtonnier est par principe dans l'incapacité d'apprécier si ces objets et éléments contiennent ou non l'indice de la participation de l'avocat - présumé innocent - à la commission d'une infraction faute d'avoir accès au dossier pénal dont l'absence de communication empêche l'exercice d'un contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et au respect du secret professionnel.

La condition de l'existence d'indices effectifs préexistants à la perquisition : L'exigence impérative de motivation de l'ordonnance de perquisition

« Les raisons qui justifient la perquisition doivent être établies dans le dossier de la procédure antérieurement à la mesure de perquisition ; elles doivent être objectives et sérieuses, et ne doivent pas résulter de seules hypothèses ou d'une suspicion que la perquisition aurait pour but d'étayer ; enfin, la mesure de perquisition doit être absolument nécessaire pour la suite de l'instruction judiciaire ; elle doit n'être donc envisagée qu'à défaut de tout autre mode d'investigation possible. Ces critères de nécessité, de proportionnalité et de légitimité dans une société démocratique doivent impérativement gouverner l'usage des perquisitions des locaux d'avocats » (Doctrine François SAINT-PIERRE).

« 2. Modifications relatives aux perquisitions concernant les avocats - Raisons justifiant la perquisition

Les informations qui figureront dans la décision devront être suffisamment explicites pour justifier l'opération (en indiquant par exemple que l'avocat est mis en cause par certaines personnes comme coauteur ou complice de telle ou telle infraction).

Pour autant, elles ne devront pas consister en des révélations qui seraient de nature à gêner les investigations en cours (l'identité de ces personnes pouvant par exemple ne pas être précisée).

Il convient à cet égard d'observer qu'une motivation jugée insuffisamment explicite par le bâtonnier ou son délégué pourra conduire celui-ci à contester le bien fondé de la perquisition et à s'opposer en conséquence à toute saisie, ce qui amènera le juge des libertés et de la détention à se prononcer sur la contestation au vu de l'ensemble du dossier de la procédure, en application des dispositions, inchangées, des alinéas trois à sept (anciennement deux à six) de l'article 56-1 ».

Circulaire relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales renforçant les droits de la

défense.

Par arrêt du 23 octobre 2019 (n°18-84738), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a également jugé que : Vu l'article 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que tout arrêt de la chambre de l'instruction doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, dans le cadre d'une enquête préliminaire ouverte à la suite de dénonciations de faits de corruption et favoritisme lors de l'attribution du marché public de la construction de la Nouvelle route du Littoral à la Réunion, le parquet national financier a ordonné plusieurs perquisitions dans les locaux du Conseil régional de la Réunion, au cours desquelles des documents papiers, la copie de fichiers informatiques et des messageries électroniques ont été saisis ; que le Conseil régional de la Réunion a sollicité, le 27 juillet 2017, que lui soit restitué l'ensemble des éléments couverts par le secret professionnel attaché aux correspondances avocat-client saisi par les enquêteurs lors des opérations de perquisition des 8 octobre 2015 et 3 mai 2016 ; que, par décision en date du 31 août 2017, le procureur de la République financier a rejeté cette demande ; que le Conseil régional de la Réunion a relevé appel de cette décision ;

Attendu que, pour rejeter la demande du Conseil régional de la Réunion en restitution des éléments saisis couverts par le secret professionnel, l'arrêt retient que la décision de refus de restitution est motivée par le fait que l'enquête préliminaire, ouverte le 13 mars 2014, est toujours en cours et que la conservation des données saisies demeure utile à la manifestation de la vérité, motif se rattachant à la dernière catégorie visée par le deuxième alinéa de l'article 41-4 du code de procédure pénale qui indique que la décision de non restitution peut être prise par le procureur de la République pour l'un des motifs explicitement énoncés ainsi que pour tout autre motif ; que les juges ajoutent que, sous couvert de la demande de restitution, qui, indéterminée dans sa portée, ne leur permettrait même pas d'en apprécier la pertinence, étant précisé que seules des copies ayant été appréhendées, les originaux des données placées sous main de justice sont restés en possession du Conseil régional, il leur est ainsi demandé de s'immiscer dans l'enquête préliminaire pour en apprécier l'opportunité de certains actes d'enquête ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le contenu des documents dont la restitution était sollicitée, s'agissant de correspondances entre la personne visée par l'enquête et son avocat, était étranger à l'exercice des droits de la défense et si l'atteinte portée au secret des correspondances invoqué était nécessaire et proportionnée au but recherché, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale ».

Nonobstant les termes de la décision de perquisition, il n'est pas démontré que préexistaient à la perquisition des indices de la participation de l'avocat à la commission des

infractions mentionnées à l'ordonnance de perquisition, ces indices devant être appréciés de manière intrinsèque dans les documents saisis, (Crim 25 juin 2013, n°12-88.021, arrêt de la Chambre de l'instruction de Douai du 29 octobre 2015 et ordonnance du Président du TGI de Paris du 9 octobre 2014 ; Crim 8 juillet 2015, n°15-81.179 qui confirme l'arrêt de la Chambre de l'instruction de Bordeaux du 5 février 2015 qui avait jugé que « le 14 janvier 2003, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que le respect du secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptibles d'établir sa participation éventuelle à une infraction pénale. Il résulte de cette jurisprudence que si, pour qu'ils puissent être valablement saisis, les objets ou documents doivent comporter la révélation intrinsèque de la participation de l'avocat à l'infraction, cela ne doit pas s'entendre comme devant concerner les seuls éléments constitutifs de celle-ci sauf à méconnaître la jurisprudence précitée de la Cour de cassation qui vise les pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de l'intéressé à une infraction pénale, le terme intrinsèque indiquant que la vraisemblance de l'implication doit ressortir de la pièce saisie en elle-même » ; Crim 27 septembre 2011, n°11-83.755, « qu'en ce qui concerne ce courrier, la levée du secret professionnel entre avocats est permise lorsqu'une pièce révèle intrinsèquement la commission par l'avocat d'une infraction » Crim. 8 septembre 2015, n°14-83.306) ; et précisément de manière explicite :

« Mais attendu qu'en refusant d'annuler la saisie de l'avis du rapporteur et du projet rédigé par lui, alors que cette appréhension n'était pas indispensable à la recherche de la preuve d'un trafic d'influence, dont seul était suspecté un magistrat étranger à la chambre criminelle, qu'il n'existait aucun indice de participation d'un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction et qu'en conséquence, en procédant ainsi, les juges d'instruction avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe énoncé ci-dessus » (Crim. 22 mars 2016, n°15-83.207).

L'usage de l'imparfait par cet arrêt suffit à démontrer la nécessité de l'antériorité à la perquisition des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Ainsi, elle a estimé par application du principe de nécessité et de proportionnalité, que les magistrats saisissants avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré en perquisitionnant sans la moindre démonstration contre les magistrats la composant, d'indices antérieurs à la mesure intrusive.

Par arrêt du 9 février 2016 (n°15-85063), elle a jugé que :
« Il résulte des articles 56-1 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'absence, dans la décision, prise par un magistrat, de perquisition du cabinet d'un avocat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné.

Encourent la censure les motifs par lesquels la chambre de l'instruction qui, pour rejeter le moyen de nullité tiré de ce qu'une décision de perquisition dans le cabinet d'un avocat ne répond pas aux exigences de l'article 56-1 du code de procédure pénale précité, énonce que, si elle ne comporte pas la désignation du lieu exact des investigations, cette difficulté n'a pas été soulevée lors de la perquisition tant par l'avocat que par le délégué du bâtonnier, qui n'ont pu se méprendre sur l'objet de cette mesure d'instruction, alors que la décision de perquisition, portée à la connaissance de l'autorité ordinaire, ne contient pas les motifs précis justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci ni ne mentionne le lieu où doivent être effectuées les investigations ».

« L'arrêt précité du 9 février 2016 exige que l'information du bâtonnier de l'ordre des avocats soit précise, s'agissant des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons qui justifient la perquisition et l'objet de celle-ci, cette information devant être contenue dans la décision qui ordonne la perquisition, et qui est communiquée au bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense.

La rédaction de cet arrêt du 9 février 2016 est claire :

« Vu les articles 56-1 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
Attendu qu'il résulte de ces textes 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 et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci et dont le contenu est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué ; que l'absence, dans la décision prise par le magistrat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné.

Or, selon les termes de l'article 56-1 du code de procédure pénale, la décision ordonnant la perquisition : « indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci ».

Pour la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 9 février 2016 :
« l'absence, dans la décision prise par le magistrat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné ».

Le maintien de cette jurisprudence devrait conduire la Chambre criminelle à considérer que l'imprécision de l'ordonnance de perquisition du juge d'instruction, qui ne mentionne pas les faits dont il est saisi, en particulier la prise illégale d'intérêts à

l'occasion du marché public (...), ne satisfait pas aux exigences de l'article 56-1 du code de procédure pénale, car cette ordonnance n'indique pas que la perquisition vise la recherche et la saisie de documents relatifs au marché public de la (...). Il est incontestable que la perquisition du cabinet d'avocat visait la recherche et la saisie de documents relatifs au marché public de la (...). Cette information sur les motifs justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci n'était pas contenue dans l'ordonnance de perquisition ».

Cette solution a été confirmée par arrêt du 8 juillet 2020 (n°19-85491) dans les termes suivants sur le recours en excès de pouvoir de l'avocat perquisitionné contre l'ordonnance de validation des saisies du JLD : « Il résulte des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 56-1 du code de procédure pénale que les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées, par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, qu'à la suite d'une décision écrite et motivée prise par le magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué. L'absence dans la décision des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi d'une contestation, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné.

Excède en conséquence ses pouvoirs le juge des libertés et de la détention qui ordonne le versement au dossier de l'information de documents saisis au cours de cette perquisition irrégulièrement menée ».

Par arrêt du 16 mars 2021 (n° 20-87.092), la Chambre criminelle a jugé qu'une raison plausible n'est pas un indice :

« Le droit européen exige que le juge qui prononce une mesure de détention provisoire constate l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne a bien participé aux faits. Il s'oppose également à ce qu'une personne soit détenue en dehors des voies légales.

En conséquence, les critères au regard desquels le contrôle du juge est effectué en vertu du droit européen ne sauraient être moins exigeants que ceux définis par le droit national.

Or, en droit français, seule une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants de participation aux faits reprochés peut faire l'objet d'une détention provisoire.

Dès lors, le juge doit constater l'existence de tels indices et non de seules raisons plausibles, cette dernière exigence étant moins stricte que la première.

À rapprocher du commentaire « Pas de mesure de sûreté sans contrôle des indices de participation aux faits » (à propos de Crim., 27 janvier 2021, pourvoi n° 20-85.990 ; lettre n° 7, p. 3).

Les mesures de sûreté ne peuvent être prononcées qu'à l'égard de la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi.

La chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit s'assurer, même d'office, que les conditions légales des mesures de sûreté sont réunies, en constatant expressément l'existence de tels indices.

La constatation de l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis les infractions reprochées ne permet pas de déduire l'existence d'indices graves ou concordants de sa participation à ces mêmes faits, cette dernière exigence étant plus stricte que la première.

Encourt en conséquence la censure la chambre de l'instruction qui se borne à relever l'existence de raisons plausibles sans s'assurer de celle d'indices graves ou concordants ».

S'agissant de la jurisprudence du JLD, une première ordonnance du JLD de Rennes du 8 mars 2013 a consacré le principe de la présomption d'innocence au bénéfice des avocats :

« S'agissant plus particulièrement des pièces échangées entre un avocat et son client dans le cadre de la défense pénale de ce dernier, la saisie n'est susceptible de concerner que les pièces qui sont de nature à faire suspecter l'implication de l'avocat lui-même dans la commission de l'infraction reprochée à son client. Il n'est évidemment pas nécessaire au stade de la perquisition que soit démontrée la culpabilité de l'avocat, lequel est présumé innocent, mais simplement qu'il existe au regard des pièces, des indices de la possible commission d'une infraction dont l'information devra confirmer ou infirmer l'existence. A cet égard, il convient d'observer que les pièces éventuellement versées à la procédure peuvent constituer des éléments à charge comme à décharge ».

Une autre ordonnance du JLD de Paris du 9 octobre 2014 retient qu'au stade de la perquisition qu'il n'est « aucunement démontré que les téléphones portables utilisés par Me X ont été utilisés à des fins délictueuses ou criminelles, ou dans la préparation des faits, objets de l'information en cours » et les restitue.

Cette ordonnance ajoute, concernant le rôle du JLD, que ce magistrat doit « exercer un contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter, sous quelque forme que ce soit, que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense mais aussi au respect de la confidentialité qui s'attache aux fonctions de Bâtonnier en exercice, dans sa relation avec l'ensemble des confrères de son Barreau ».

Il a été jugé par ordonnance du JLD de Paris du 7 octobre 2016 que : « Le secret professionnel d'un avocat ne peut être évincé que s'il existe des indices effectifs de la participation de cet avocat à la commission d'une infraction, indices qui doivent préexister à la perquisition et résulter intrinsèquement du contenu de chacune des pièces saisies ». En outre, par cette même décision, le JLD a jugé que « la protection du secret professionnel fait obstacle à la saisie de pièces uniquement utiles à la détermination des circonstances d'une infraction ayant pu être commise par ailleurs ».

Relevons en outre l'ordonnance du JLD de Versailles du 26 mai 2017 qui retient que : « Le secret professionnel de l'avocat n'a pas un caractère absolu et les dispositions précitées (article 66-5 loi de 1971) ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des



pièces :

- qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité,
- mais à la condition que celles-ci ne soient pas relatives à l'exercice des droits de la défense,
- cette dernière restriction pouvant être levée seulement en cas de suspicion d'implication de l'avocat concerné dans l'infraction (...)

Qu'ainsi, le document saisi, nonobstant son utilité pour la manifestation de la vérité, bénéficie de la protection absolue des droits de la défense s'agissant d'une correspondance entre avocats où sont abordées des données confidentielles relatives à leurs clients respectifs et leurs intérêts.

Que faute d'éléments constitutifs d'une présomption d'implication de l'avocat dans l'infraction concernée, il ne saurait être dérogé au principe de la protection du secret professionnel.

Qu'il convient par conséquent d'invalider la saisie..., d'en ordonner la restitution... et d'ordonner la cancellation de toutes références aux documents restitués ou à leur contenu qui figureraient dans le dossier de la procédure ».

Relevons également une ordonnance du JLD de Paris du 2 avril 2017 qui décide qu'il y a lieu de « considérer que la perquisition litigieuse, qui par sa nature intrusive pourrait générer une atteinte excessive à la renommée du cabinet d'avocats, a été conduite en l'espèce avec mesure et célérité, sans priver l'avocat des originaux nécessaires au libre exercice de sa profession ».

Par conséquent, un document couvert par le secret professionnel, même s'il est objectivement utile à la manifestation de la vérité, ne peut être versé en procédure que s'il permet de caractériser « une présomption d'implication », en d'autres termes, des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, appréciation qui devra se faire de manière intrinsèque.

Par ordonnance du 30 octobre 2018, le JLD de Paris a jugé « qu'il (l'élément saisi) ne contient pas d'indice suffisant et déterminant de la participation de Maître X aux infractions visées, étant observé par ailleurs, la faiblesse des éléments ayant motivé la perquisition de son cabinet, que l'atteinte portée au secret professionnel de l'avocat apparaît disproportionnée ».

Par une ordonnance du 17 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « si le secret ainsi défini ne peut revêtir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du Code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogation concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence, la révélation intrinsèque des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat ».

Par ordonnance rendue le 19 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « si le secret... ne peut revêtir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du Code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles

d'établir ou non l'existence la révélation intrinsèque des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat ».

Par ordonnance rendue le 26 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « attendu néanmoins que le secret professionnel de l'avocat ne saurait avoir un caractère absolu et que les dispositions précitées ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des pièces qui seraient de nature à démontrer son implication dans l'infraction, ou des pièces qui, dès lors qu'elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense, sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec l'infraction ».

Par ordonnance rendue le 29 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « si le secret ainsi défini ne peut revêtir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis dans le cadre de l'information judiciaire sont susceptibles en l'espèce d'établir ou non à l'encontre de Maître X les infractions de (...) ».

Par une autre ordonnance rendue le 29 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « s'agissant des échanges entre avocats, il faut rappeler qu'ils sont couverts par le secret professionnel et que ce secret ne peut être surmonté que si les échanges en question manifestent l'indice d'une implication de Maître Z ou des autres avocats, dans la commission des infractions visées par la poursuite (...) ».

Ces échanges entre avocats sont succins et laconiques ; en tout état de cause en aucun endroit ils ne portent l'indice d'une implication de Maître Z ou des autres avocats. Ce scellé ne sera donc pas versé à la procédure d'instruction (...).

Ce sont là des conversations entre avocats qui sont intervenus pour la défense de W ; à ce titre ces conversations sont couvertes par le secret professionnel ; ainsi qu'il a été dit plus haut, ce secret professionnel ne peut être levé qu'à la condition que ces conversations montrent l'indice de la participation d'un avocat à la commission des infractions visées par la poursuite, tel n'est pas le cas en l'espèce (...).

Il faut observer que le scellé est bien constitué par des conversations entre avocats s'agissant de la défense de W et qu'à ce titre ces conversations sont protégées par le secret professionnel sauf si leur teneur manifeste l'indice de la participation de Maître Y à la commission des infractions visées dans la poursuite ».

Et plus précisément, sur le rôle du JLD quant à l'appréciation de l'inexistence d'indices et la déclaration d'innocence à propos des avocats perquisitionnés : « il ressort de cet échange de courriel que ni Maître X ni aucun autre des avocats de la défense n'ont connaissance que ces documents qu'ils reçoivent seraient des faux ».

« Il apparaît que cet échange pourrait être utile puisqu'il montre que les documents concernant W n'ont pas été forgés par Maître Z mais viennent d'une tierce personne ».

Par une ordonnance du 3 juillet 2019, le JLD de Paris a jugé à

propos des documents officiels, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas relatifs à l'exercice des droits de la défense, que : « Si le secret ainsi défini ne peut revêtir aucun caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat.

Ainsi, il y a lieu de distinguer d'une part, les documents qui ne sont pas couverts par le secret professionnel et qui peuvent être versés à la procédure s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité, et d'autre part, les documents couverts par le secret professionnel et qui ne peuvent être versés à la procédure d'instruction qu'à la condition qu'ils manifestent l'indice de la participation de l'avocat à l'infraction objet de la poursuite (...).

Attendu que le secret professionnel de l'avocat ne saurait avoir un caractère absolu et que les dispositions précitées ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des pièces qui seraient de nature à démontrer son implication dans l'infraction, ou des pièces qui, dès lors qu'elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense, sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec l'infraction.

Attendu que les pièces présentées par le Ministère public n'apparaissent pas couvertes par le secret professionnel, qu'aucun des fichiers n'est en lien direct avec l'exercice des droits de la défense (...).

Attendu néanmoins que pour être versé à la procédure, un document doit connaître une utilité dans le cadre de la recherche de la vérité ; qu'il ne résulte pas des documents présentés une utilité à la présente procédure ni, au surplus, la caractérisation directe d'une infraction pénale ; que l'infraction d'origine n'est pas concernée par ces pièces ; que les faits de blanchiment ne sont pas non plus concernés par ces pièces à défaut de flux financiers dont il serait fait la démonstration par le Ministère public ; qu'il est évoqué un réemploi de fonds... en l'absence de flux démontrés ou a minima tracés ».

Par ordonnance du 28 septembre 2020, le JLD de Paris a jugé que « S'agissant d'un cabinet d'avocat, il convient de distinguer entre trois sortes de documents :

- d'une part, les documents qui ne sont pas couverts par le secret professionnel et qui peuvent être versés à la procédure s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité,
- d'autre part, les documents couverts par le secret professionnel à condition qu'ils soient utiles à la manifestation de la vérité,
- enfin, les documents qui ont trait aux droits de la défense et que ne peuvent être versés à la procédure que s'ils portent en soi l'indice ou la présomption rendant plausible la participation ou l'implication de l'avocat dans la commission de l'infraction objet de la poursuite ; hormis cette condition, le document touchant aux droits de la défense ne pourra être versé à la procédure ;

Il faut rappeler que tant en matière de conseil que de défense sont couvertes par le secret professionnel les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à ce dernier, les correspondances échangées entre le client et son avocat,

entre l'avocat et son confrère, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier ; ce sont là les dispositions de l'article 66-5 modifié par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires ».

Par ordonnance du 5 octobre 2020, le JLD de Marseille a jugé que « l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit explicitement l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée lorsqu'elle est nécessaire à la prévention des infractions pénales et qu'elle répond au principe de proportionnalité par rapport au but visé. Qu'il résulte de la combinaison de ces textes (56-1 CPP et article 8 CEDH) que peuvent être saisis au cabinet d'un avocat, d'une part, les documents qui ne bénéficient pas de la protection du secret professionnel et, d'autre part, ceux qui bien que couverts par cette protection sont en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, sont nécessaires à la manifestation de la vérité ou de nature à établir ou rendre vraisemblable la preuve de l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice, sous réserve toutefois des documents concernant l'exercice des droits de la défense, constitutifs d'un droit supérieur, devant à ce titre, bénéficier d'une protection renforcée ».

Par ordonnance du JLD de Bobigny du 17 mars 2021, il a été jugé que « le simple fait que des personnes suspectées de fraude s'adressent à un avocat ou en recherchent le concours ne suffit pas plus à suspecter cet avocat de fraude, que l'acquiescement d'un criminel habile par une Cour d'assises ne saurait suffire à suspecter son avocat de recel de cadavre ou de subornation de témoins. Qu'en conséquence, les documents saisis ne peuvent pas être regardés comme participants à la manifestation de la vérité et doivent être restitués à leur propriétaire ».

Par ordonnance du 16 avril 2021, le JLD de Paris a jugé que les fichiers saisis « sont en lien avec la défense pénale assurée par un avocat et donc sont insaisissables dès lors qu'ils concernent les droits de la défense et qu'ils ne manifestent pas l'implication de l'avocat dans une quelconque infraction ».

2.4) S'agissant précisément des perquisitions en enquête préliminaire et de l'application des dispositions de l'article 76 alinéa 4 du Code de procédure pénale, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé deux arrêts des 23 novembre 2016 (n°15-83649), 14 novembre 2017 (n°17-81688) et 10 janvier 2018 (n°17-83932) que l'ordonnance du JLD qui autorise la perquisition sans assentiment ne peut se borner à se référer à la requête présentée par le Procureur de la République et doit contenir une motivation justifiant de la nécessité de la mesure :

« Vu l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Attendu que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention décidant, sur requête du procureur de la République à l'occasion d'une enquête préliminaire, que les opérations prévues par le premier de ces textes seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu, doit être motivée au regard des éléments de fait et de droit justifiant de leur nécessité ;

Que cette exigence d'une motivation adaptée et circonstanciée

s'impose au regard des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et en tenant compte de l'évolution du statut et du rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur ;

Que cette motivation constitue une garantie essentielle contre le risque d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la personne concernée et doit permettre au justiciable de connaître les raisons précises pour lesquelles ces opérations ont été autorisées ;

Attendu qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, qui se borne à se référer à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition, en application de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, n'est pas conforme aux exigences de ce texte ;

Attendu que, pour rejeter l'exception de nullité tirée de l'absence de motivation de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention en date du 7 décembre 2015, autorisant la perquisition au domicile du mis en examen, l'arrêt énonce notamment que si cette décision doit, conformément aux dispositions de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, être motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant la nécessité de ces opérations, elle peut se référer expressément à la requête présentée par le procureur de la République lorsque celle-ci comporte toutes les indications exigées par le texte et qu'en l'espèce, la requête du procureur de la République datée du 7 décembre 2015 et qui figure au dossier après avoir été annexée par procès-verbal de jonction de pièces, indique, après mentions de la qualification de l'infraction et de l'adresse des lieux, que les nécessités de l'enquête exigent qu'il soit procédé aux opérations de perquisitions et de saisies sans l'assentiment des personnes concernées, en ce que "le couple s'il était simplement convoqué par le service enquêteur pourrait être tenté de faire aisément disparaître des preuves, s'agissant essentiellement de données informatiques"

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ne contient aucune motivation justifiant de la nécessité de la mesure, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;

Par son arrêt Leotsakos c/ Grèce 4 octobre 2018, requête n°30958/13, la CEDH a jugé que :

« 47. La Cour note d'abord que la perquisition litigieuse a été effectuée en application du même mandat que celui que la Cour a eu à examiner dans l'arrêt Modestou précité.

48. Dans cet arrêt, la Cour a souligné qu'une perquisition effectuée au stade de l'enquête préliminaire doit s'entourer des garanties adéquates et suffisantes afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction (ibid. § 44) ».

Par l'arrêt Modestou c. Grèce du 16 mars 2017 (Requête n°51693/13), elle a déjà jugé que :

« 44. La Cour relève d'abord que la perquisition en question a eu lieu au stade de l'enquête préliminaire, un stade antérieur à l'instruction préparatoire et donc particulièrement précoce de la procédure pénale. La Cour considère qu'une perquisition

effectuée à un tel stade doit s'entourer des garanties adéquates et suffisantes afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction.

La Cour estime aussi opportun de distinguer la présente affaire de certains arrêts de la Cour cités par le requérant et qui concernent des cas de perquisition dans des cabinets d'avocats ; les garanties devant entourer les perquisitions dans ce type de lieu pouvant être plus strictes que celles dans un appartement privé ou un local professionnel, compte tenu de la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients.

45. En application de sa jurisprudence, la Cour se doit d'examiner les modalités d'émission et les termes mêmes du mandat de perquisition pour vérifier si des précautions suffisantes ont été prises pour garantir que celle-ci ne dépassât pas le but de prévention et de répression des infractions envisagées par la mesure. Un mandat de perquisition doit être assorti de certaines limites pour que l'ingérence qu'il autorise dans les droits garantis par l'article 8, et en particulier le droit au respect du domicile, ne soit pas potentiellement illimitée et, partant, disproportionnée. Par conséquent, un mandat de perquisition doit comporter des mentions minimales permettant qu'un contrôle s'exerce sur le respect, par les agents qui l'ont exécuté, du champ d'investigation qu'il détermine. En outre, la personne visée doit disposer d'informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'acte en cause pour lui permettre d'en déceler, prévenir et dénoncer les abus (Van Rossem c. Belgique, précité, §§ 45 et 47) ».

Au plan conventionnel, la CEDH a également condamné l'Azerbaïdjan notamment au visa de l'article 8 de la Convention à la suite d'une perquisition pratiquée chez un avocat, sans que soient préalablement caractérisées contre lui des raisons plausibles de soupçonner sa participation à la commission d'une infraction, dans les termes suivants :

« La Cour souligne que la perquisition des cabinets d'avocats requiert un contrôle particulièrement rigoureux en ce que la persécution et le harcèlement de gens de loi touche le cœur



même du système de la Convention.

La Cour relève en particulier que le tribunal a autorisé la perquisition en se fondant sur des motifs vagues, sans aucune mention de faits en lien avec les infractions spécifiques d'abus de pouvoir et de faux qui étaient reprochées à M. Aliyev. Il n'apparaît pas que le tribunal se soit assuré de l'existence de raisons plausibles de soupçonner M. Aliyev ni de la possibilité de trouver des éléments de preuve pertinents à son bureau ou à son domicile.

Dans son ensemble, la perquisition ne poursuivait aucun des buts légitimes énumérés dans l'article 8 pour justifier une ingérence dans la vie privée d'une personne. Il y a donc eu violation de cette disposition » (CEDH 20 septembre 2018, Aliyev contre Azerbaïdjan, req. 68762/14 et 71200/14).

En tout état de cause, une perquisition ne saurait avoir pour but la découverte chez l'avocat en sa seule qualité d'avocat d'un client soupçonné, d'éléments susceptibles d'établir l'indice d'une infraction et d'être utilisés à charge contre ce dernier alors qu'à aucun moment l'avocat n'a été soupçonné d'avoir participé à la commission d'une quelconque infraction antérieurement à la perquisition (Arrêt CEDH André c. France 24 juillet 2008 requête n°18630/03).

Cette solution a été réaffirmée par la CEDH par arrêt du 3 décembre 2019 (Affaire KIRDÖK ET AUTRES c. TURQUIE, Requête n 14704/12) :

« 49. La Cour rappelle que les mesures imposant aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients, par exemple dans le cadre de la lutte contre les infractions pénales, doivent être impérativement encadrées d'une façon stricte, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice (voir, inter alia, Heino c. Finlande, n 56720/09, § 43, 15 février 2011, et Kolesnichenko c. Russie, n 19856/04, § 31, 9 avril 2009). 50.

Quant au cas particulier des saisies opérées dans le cabinet d'un avocat, la Cour rappelle qu'elles doivent impérativement être assorties des garanties spéciales de procédure, puisque ces saisies portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. D'ailleurs, la protection du secret professionnel fait partie des droits de la défense au sens de l'article 6 de la Convention : elle est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui 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 » (voir, inter alia, Niemietz, précité, § 37, et André et autre c. France, n 18603/03, §§ 41-42, 24 juillet 2008) (...)

52. En l'espèce, la Cour constate que les requérants, de profession avocat, n'étaient pas visés eux-mêmes par une enquête pénale, mais qu'ils partageaient leurs bureaux avec un autre avocat qui faisait l'objet des poursuites pénales dans le cadre desquelles la perquisition litigieuse avait été ordonnée. Les requérants ont fait valoir devant les autorités judiciaires que les données électroniques saisies lors de cette perquisition, à savoir celles sur le disque dur de l'ordinateur de bureau (indiqué au début comme ayant l'usage collectif, ensuite indiqué comme ayant l'usage exclusif des requérants) et sur la clé USB, leur appartenaient et relevaient de leur secret professionnel entre

avocats et clients (...)

54. La Cour observe en outre que l'ampleur large de l'ordonnance s'est reflétée dans la manière dont elle a été exécutée. Bien qu'un représentant du barreau d'Istanbul et l'une des requérants, M Kirdök, aient assisté à la perquisition et que les données saisies aient été placées dans un sac scellé, aucune autre mesure de protection spéciale n'était en place contre l'ingérence dans le secret professionnel. En effet, aucune procédure de filtrage des documents ou des données électroniques protégés par le secret professionnel ne semble pas être suivie et/ou aucune interdiction explicite de saisir des données protégées par ce secret n'avaient été imposées pendant la perquisition en cause (voir Kolesnichenko c. Russie, précité, § 34, et Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH, précité, § 63). Au contraire, l'ensemble des données se trouvant sur le disque dur de l'ordinateur utilisé conjointement par les avocats qui partageaient les locaux ainsi que sur une clé USB ont été saisies (voir paragraphe 12 ci-dessus).

55. La Cour observe ensuite qu'une fois le secret professionnel des relations avocats-clients invoqué et le retour des données électroniques saisies demandé, la loi imposait aux autorités judiciaires une obligation de procéder rapidement à un examen des données saisies, et, le cas échéant, de restituer aux intéressés ou de détruire les données protégées par ce secret. Cependant, la législation et la pratique du droit national n'étaient pas claires sur les conséquences attribuées à un éventuel manquement par les autorités judiciaires à cette obligation (...)

58. A la lumière de l'ensemble de ces éléments, la Cour estime qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 8 de la Convention, les mesures imposées aux requérants quant à la saisie de leurs données électroniques et au refus de les restituer ou de les détruire n'ayant répondu à aucun besoin social impérieux, qu'elles n'étaient pas, en tout état de cause, proportionnées aux buts légitimes visés et que, de ce fait, elles n'étaient pas nécessaires dans une société démocratique ».

Le secret professionnel s'applique en matière de conseil et de défense ainsi qu'aux honoraires de l'avocat :

Le secret professionnel s'applique en toutes matières, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique...) comme exposé plus loin .

Par ordonnance du JLD de Paris du 30 octobre 2018, il a été jugé que « la protection du secret professionnel de l'avocat est un principe de portée générale qui vise à protéger l'exercice de la profession d'avocat. Il ne saurait être restreint au motif que les saisies sont opérées dans le cadre d'une information judiciaire ouverte sur constitution de partie civile d'un client de l'avocat concerné ».

Le secret a pour fondement de protéger - par la présence contestataire du Bâtonnier - la confiance du justiciable que ce soit en matière de défense ou de conseil.

Le professeur à l'Ecole Nationale Supérieure de Police Louis LAMBERT dans son ouvrage « Traité théorique et pratique de police judiciaire » (1951 Editions J.DESVIGNE LYON), précise que « La perquisition est, du point de vue juridique, l'acte

le plus délicat que nous ayons à accomplir au cours de nos enquêtes » et que les cabinets d'avocats « ne sont nullement inviolables, nullement soustraits à la perquisition judiciaire. Ce qui est seulement inviolable, c'est-à-dire insaisissable dans ces cabinets, ce sont les documents ayant le caractère de confidences de clients, car ces documents sont protégés par le secret professionnel. Avocats, notaires, avoués, médecins se trouvent en effet tenus par l'article 378 du code pénal, sous peine d'un à six mois de prison et de 12000 à 60000 francs d'amende, de garder les secrets que les particuliers leur ont confiés à raison de leurs fonctions ; et ces secrets, ils sont obligés de les garder même vis-à-vis de la justice : saisir les papiers qui contiennent les dits secrets, les extraire du cabinet dans lequel ils sont en dépôt sous la protection de la loi pénale, serait violer le secret professionnel, plus exactement contraindre le dépositaire des documents à trahir, au préjudice de ses clients, la promesse de secret en vertu de laquelle avaient eu lieu des confidences. Les professions d'avocat, de notaire, d'avoué, de médecin se verraient gênées et dépréciées si les particuliers savaient que les secrets confiés par eux à ces personnes tenues au secret professionnel courent le risque d'être un jour divulgués à l'occasion d'une recherche policière ou judiciaire : le secret est absolu ou il n'est pas. Mais hors les pièces ayant ce caractère de confidences protégées par l'article 378 du Code pénal, tout est saisissable chez un avocat... Il est parfaitement régulier, par exemple, de rechercher des sommes d'argent chez un avocat inculpé de vol ou d'escroquerie... S'il vous advient un jour d'avoir à perquisitionner chez un avocat, souvenez-vous que l'usage est de ne procéder qu'en la présence du bâtonnier, ou du moins, qu'après l'avoir prié d'assister à la perquisition. Cette présence... constitue une garantie contre toute saisie inconsidérée de documents protégés par le secret professionnel » (Traité pages 494 et 495).

C'est donc bien la confiance qui est protégée qu'il s'agisse d'une activité de défense ou de conseil.

S'agissant de la défense comme du conseil, le secret professionnel s'applique dès le premier contact entre l'avocat et le client quelles qu'en soient les modalités (correspondances électroniques, conversations, rendez-vous, SMS etc...).

PRINCIPES

« L'avocat est le confident nécessaire du client.

Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps.

Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

ETENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL

Art. 2.2 modifié par DCN n°2007-001, AG du Conseil national du 28-04-2007

« Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique ...) :

- les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci ;
- 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, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat ;
- les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 ;
- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

Dans les procédures d'appels d'offres publics ou privés et d'attribution de marchés publics, l'avocat peut faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable.

Si le nom donné en référence est celui d'un client qui a été suivi par cet avocat en qualité de collaborateur ou d'associé d'un cabinet d'avocat dans lequel il n'exerce plus depuis moins de deux ans, celui-ci devra concomitamment aviser son ancien cabinet de la demande d'accord exprès adressée à ce client et indiquer dans la réponse à appel d'offres le nom du cabinet au sein duquel l'expérience a été acquise.

Aucune consultation ou saisie de documents ne peut être pratiquée au cabinet ou au domicile de l'avocat, sauf dans les conditions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale ».

La jurisprudence

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 3 mai 2012 (n°11-14008) la solution suivante dans le cadre d'opérations de visites l'administration fiscale chez un client :

« Il résulte 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 consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, 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 ».

Par arrêt rendu le 4 octobre 2016 (n°16-82308), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction (cf arrêt rendu le 3 avril 2013 n° Y12-88.021 : « Ne peuvent être saisis que des documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve, hors le cas où l'avocat est soupçonné d'avoir pris part à l'infraction, de ne pas porter atteinte à la libre défense »). Elle a maintenu l'arrêt de la Chambre de l'instruction qui avait retenu que « chacune des pièces saisies comporte

intrinsèquement des indices d'implication de l'avocat dans le système X et se trouve ainsi en lien direct avec les faits objets de l'enquête ».

Par arrêt rendu le 12 mai 2017 (n°15-28.943 ; 15-29.129), la Chambre Sociale de la Cour de cassation a réaffirmé que : « Vu les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, et 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 ; Attendu, selon ces textes, qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, 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 ; que, sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévus ou autorisés par la loi, l'avocat ne peut commettre, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

Par arrêt rendu le 15 mars 2017 (n°15-25.649), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a également réaffirmé que : « Mais attendu que selon l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, seules sont couvertes par le secret professionnel des avocats les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères ».

S'agissant de la jurisprudence du JLD, il faut préciser que deux ordonnances rendues le 16 mars 2012 en faveur de deux avocats fiscalistes ont déjà consacré le secret professionnel tant dans le domaine de la défense que dans celui du conseil :

« Attendu qu'il résulte notamment des dispositions de l'article 66-5 modifié de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, 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 ; que peuvent cependant être saisis au cabinet d'un avocat, d'une part, les documents qui ne bénéficieraient pas de la protection du secret professionnel, d'autre part, ceux qui, couverts par cette protection, seraient susceptibles de se rattacher directement à la commission d'une infraction et de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice (...).

Attendu que pour solliciter le versement au dossier de ces documents, le juge d'instruction fait valoir qu'ils sont utiles pour connaître l'étendue des revenus et du patrimoine de X, que X a régularisé sa situation fiscale dans le courant du mois de janvier 2012 mais que les avoirs susceptibles de faire l'objet d'une imposition ne paraissent pas déclarés en totalité, le montant éludé apparaissant supérieur à celui déclaré détenu à l'étranger.

Attendu que pour s'opposer au maintien sous scellé de ces documents, le représentant du Bâtonnier fait d'abord valoir

qu'ils sont couverts par le secret professionnel ; qu'il ajoute qu'il n'est pas démontré qu'ils se rattacheraient directement à la commission des infractions dont est saisi le juge d'instruction et qu'ils ne seraient pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en tant qu'auteur ou complice ;

Attendu que ces documents consistent essentiellement en des relevés de comptes de sociétés ouverts dans des banques sises à Zurich ; qu'il résulte des termes de l'ordonnance de saisine du juge d'instruction qu'une commission rogatoire internationale a été délivrée aux autorités suisses afin d'obtenir les relevés bancaires des sociétés dans la mouvance des consorts X ; que les autorités suisses ont refusé de coopérer dans la mesure où le délit de soustraction à l'impôt n'entre pas dans le champ de l'entraide judiciaire ; que ces documents sont donc couverts par le secret bancaire qui, en l'état, n'est pas susceptible d'être levé ;

Attendu que les relevés bancaires ont été remis par X à son avocat, dont il n'est pas contesté qu'il a effectué une déclaration de régularisation auprès de l'administration fiscale, dans le cadre notamment de sa défense pénale ; qu'ils sont donc couverts par le secret professionnel ;

Attendu que les autres documents constituent des pièces du dossier de l'avocat, reçues de son client dans le cadre de l'exercice de sa profession, qu'ils sont donc également à ce titre couverts par le secret professionnel ;

Attendu qu'il ressort de l'ordonnance de saisine du magistrat instructeur que la fraude présumée a consisté en la souscription de déclarations minorées d'impôt sur le revenu et d'impôt sur la fortune pour les années (...); qu'il convient de relever que la déclaration de régularisation de (...), à supposer qu'elle soit minorée et qu'elle soit susceptible de faire l'objet d'une plainte de l'administration fiscale, n'entre pas en l'état dans la saisine du juge d'instruction, qu'aucun document saisi ne permet de contester que Maître Z n'est intervenu dans le dossier de X, comme il le déclare, qu'à partir de (...), suite aux perquisitions effectuées notamment au domicile des consorts X dans le cadre de la présente instruction ; que Maître Z n'est donc pas susceptible d'être impliqué en tant qu'auteur ou complice dans les faits concernés (...);

Attendu que ces documents seront restitués étant couverts par le secret professionnel et n'étant pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés en tant qu'auteur ou complice ».

« Attendu qu'il résulte, pour ces documents de la description donnée ci-dessus, qu'ils sont couverts par le secret professionnel, s'agissant de courriels échangés entre avocats, de correspondance entre client et son avocat ou encore d'accusés de réception adressés par un client à son avocat ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que ces documents ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de Maître Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués ;

Attendu qu'il s'agit des documents suivants saisis dans le dossier (...), que ces documents constituent des pièces du



dossier de l'avocat, remises dans le cadre de l'exercice de sa profession ; qu'ils sont donc à ce titre couverts par le secret professionnel ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que ces documents ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de Maître Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués ;

Attendu que s'agissant d'un courrier entre un client et son avocat et d'un projet de contrat remis par le client à ce dernier, ils sont couverts par le secret professionnel ;

Attendu que ces documents ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de Maître Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués.

Par ordonnance rendue le 5 septembre 2018, le JLD de Rennes a jugé que « le secret couvre par ailleurs l'intégralité des activités professionnelles de l'avocat sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les activités de défense pénale ou civile et les activités de gestion ou de conseil. Il n'y a plus lieu de distinguer entre les documents échangés entre avocats et ceux échangés entre un avocat, ses clients ou des tiers. En revanche, ne sont pas couverts par le secret professionnel, tous les documents extérieurs à l'activité judiciaire ou juridique de l'avocat ».

Par ordonnance rendue le 25 septembre 2018, le JLD de Paris a jugé que « il appartient au Juge des libertés et de la détention de vérifier si les conditions légalement requises pour la saisie de documents et de pièces lors d'une perquisition au sein d'un cabinet d'avocat sont réunis. Il incombe au Juge des libertés et de la détention d'établir une balance entre des intérêts duals ; d'une part, le secret professionnel qui est une prérogative de l'avocat et un principe absolu, d'autre part les nécessités de l'enquête et la recherche de la manifestation de la vérité lorsque l'avocat pourrait être suspecté d'avoir commis une infraction ;

Le secret professionnel est certes absolu en son principe mais peut trouver dérogation dès lors qu'il existe des présomptions que l'avocat ait commis une infraction ; présomptions sérieuses ou à tout le moins des indices qui rendent plausibles la mise en cause de l'avocat ; en ce cas, le secret professionnel ne peut faire obstacle au code pénal, aux intérêts de la société et à la manifestation de la vérité ;

La perquisition ne peut donner lieu à saisine de documents couverts par le secret professionnel que dans la seule et stricte mesure où un lien est caractérisé entre le document saisi et l'infraction reprochée à l'avocat ;

Il faut rappeler, à cet égard, que tant en matière de conseil que de défense sont couvertes par le secret professionnel : les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à ce dernier, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et son confrère, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier ; ce sont là les dispositions de l'article 66-5 modifié par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires ».

Toutefois, par trois ordonnances des 10 et 11 décembre 2019,

le JLD qui reconnaît que le secret professionnel s'applique en matière de conseil et de contentieux fiscal, l'évince cependant lorsqu'il apparaît que les pièces saisies sont utiles à la manifestation de la vérité.

Il est argué de ce que la nature fiscale de l'activité objet de la perquisition n'est pas assimilable à une activité de défense pénale couverte par le secret.

Ces solutions sont totalement contestables et participent d'un excès de pouvoir au regard de la loi mais méritent d'être rappelées pour la clarté du débat étant précisé que les contestations seront maintenues dans ce type d'hypothèses :

Par une ordonnance du 10 décembre 2019, le JLD a rappelé les principes dégagés par les ordonnances précitées du 16 mars 2012 mais en ajoutant à propos d'une activité de conseil en matière fiscale et précisément de constitution de trusts à l'étranger, que « si le secret ainsi défini ne peut revêtir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis dans le cadre de l'information judiciaire sont susceptibles d'établir ou non à l'encontre de Maître X les infractions d'association de malfaiteurs en vue de la préparation des délits de fraude fiscale, de blanchiment aggravé en bande organisée de fraude fiscale aggravée et de fraude fiscale aggravée en bande organisée qu'elles aient été commises par Maître X en qualité d'auteur ou de complice (...).

L'ensemble des documents saisis relèvent du devoir de conseil entre l'avocat et son client ou se rapportent à des échanges de mails entre avocats au sujet du trust (...). En tant que tels, ils sont bien évidemment couverts par le secret professionnel de l'avocat mais ne ressortent aucunement de l'exercice des droits de la défense. Ils apparaissent particulièrement utiles à la manifestation de la vérité dans la mesure où ils précisent les liens entre les différents intervenants, sont en lien direct avec les infractions poursuivies alors que leur saisie est proportionnée aux buts recherchés. Ils seront dans ces conditions versés à la procédure ».

Par une deuxième ordonnance du même jour, le JLD à propos de courriels que l'avocat s'adresse à lui-même en matière fiscale relative à des trusts, a décidé que « ce sont là des documents qui ont trait à l'intimité de la pensée de l'avocat et de l'idée qu'il se fait d'une défense qui pourrait être suggérée à son client ; ce sont donc là des documents qui sont nécessairement couverts par le secret professionnel, l'avocat étant évidemment libre d'émettre ses réflexions sur un dossier en ayant la garantie que ses pensées seront couvertes par le secret professionnel ; en revanche, ces deux courriels ne touchent pas aux droits de la défense ; le courriel qui retrace l'historique du trust ne concerne évidemment pas les droits de la défense, il est en revanche utile à la manifestation de la vérité... S'agissant de la question du secret professionnel, il faut remarquer que les documents saisis sont des pièces de travail avec des listings d'opérations et de trusts ; en ce sens, ces documents ne sont pas couverts par le secret professionnel et ils n'intéressent pas les droits de la défense ».

Par une ordonnance du 11 décembre 2019, le JLD rappelle les

règles précitées en précisant que « les missions de conseil d'un avocat, notamment en matière fiscale même dans le cadre d'une assistance dans un contentieux fiscal, ne paraissent pas assimilables à l'activité de défense pénale telle que définie par la Cour de cassation dans une décision du 3 avril 2013 suite à une QPC et que les pièces en relevant, même couvertes par le secret professionnel, peuvent dès lors être saisies dès lors qu'elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec les infractions recherchées sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'indices ou d'éléments attestant d'une participation de ou des avocats concernés par ces pièces à une quelconque infraction ».

En l'espèce, le JLD retient « qu'aucune des pièces saisies ne relève de la défense pénale de sorte que ce sont les règles relatives à la protection du secret professionnel qui trouveront à s'appliquer selon les principes ci-dessus rappelés ».

Précisément, s'agissant des honoraires d'avocat, y compris ceux payés en espèces même au-delà des limites des articles L112-6 et D112-3 du CMF, ceux-ci sont couverts par le secret professionnel : Jurisprudence du JLD :

- Ordonnance JLD Paris 20 juin 2011 : « Sur les conventions d'honoraires, les notes d'honoraires et les justificatifs de paiement d'honoraires entre Me X et... Attendu que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel, qu'ils ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice, qu'ils seront restitués à Me X... ».
- Ordonnance JLD Paris 16 juin 2012 : « Les justificatifs de paiement d'honoraires sont par nature soumis au secret professionnel ».
- Ordonnance JLD Paris 22 juin 2012 : « Que ces documents concernent les managements de fonds (CARPA) de l'avocat pour le compte de son client ; qu'ils sont couverts par le secret professionnel ».
- Ordonnance JLD Paris 30 octobre 2012 : « Attendu que ces pièces sont constituées de mémorandums détaillant les services rendus accompagnés de notes d'honoraires, qu'il s'agit en fait de conventions d'honoraires très détaillées, que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel ».
- Ordonnance JLD Paris 18 janvier 2013 : « S'agissant des notes d'honoraires, ces documents sont par nature soumis au secret professionnel ».
- Ordonnance JLD Bobigny 22 mars 2016 : Qui restitue des espèces saisies (2.810 €) et contestées comme étant couvertes par le secret dans une affaire de blanchiment de trafic de stupéfiants au motif que la perquisition a débuté « en l'absence du procureur de la République qui devait procéder lui-même à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier de Paris ».
- Ordonnance JLD Paris 7 octobre 2016 : « Les honoraires payés par un client à un avocat sont couverts par le secret professionnel et d'une manière générale, les bordereaux CARPA relatifs aux honoraires ou dépens versés à d'autres intervenants (y compris les honoraires de l'avocat) émis par l'avocat dans l'exercice de sa mission de défense et de conseil sont couverts par le secret professionnel sauf à ce qu'ils contiennent l'indice d'une infraction susceptible d'avoir été commise par l'avocat »...
- Ordonnance JLD Paris 8 novembre 2016 : « Les factures

d'honoraires (...) n'ont fait l'objet d'aucune contestation par la cliente, laquelle les a dûment payées et en a déjà versé des copies à la procédure pénale. Ainsi, sans autre considération tirée du secret professionnel afférent aux dites factures d'honoraires, il y a lieu d'en conclure que leur versement en procédure n'apparaît pas utile à la manifestation de la vérité. Il y a donc lieu d'en ordonner la restitution à Maître X ».

- Ordonnance JLD Paris 11 juin 2017 : « Les notes d'honoraires (...) peuvent être considérées comme parties intégrantes du dossier de conseil et dès lors, couvertes par le secret professionnel ».
- Ordonnance JLD Paris 6 juillet 2017 : « Les originaux des factures d'honoraires de Maître... sont certainement couverts par le secret professionnel ».
- Ordonnance JLD de Senlis 16 octobre 2017 : « Les conventions d'honoraires sont par nature soumises au secret professionnel mais qu'elles peuvent être saisies si elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et si elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense ».
- Ordonnance JLD Paris 8 décembre 2017 : « Qu'au surplus, cette note d'honoraires ne peut être rapprochée en l'état, notamment au regard de sa date... largement postérieure à la période des faits reprochés..., des infractions visées dans l'acte de saisine... Que le secret professionnel lié à ce dernier document ne saurait être ainsi levé ».
- Ordonnance JLD Paris 22 mars 2018 : « L'ensemble de ces pièces sous scellés (notes d'honoraires, conventions d'honoraires, relevés de diligences), couvertes par le secret professionnel, seront restituées à Me X... ».
- Ordonnance JLD Rennes 5 septembre 2018 : « S'agissant de conventions d'honoraires entre un avocat et son client, et de documents relatifs au paiement d'honoraires, soumis par nature au secret professionnel ».
- Ordonnance JLD Paris 5 décembre 2018 : A propos de saisie d'espèces (1.500 €) en réalité retirées d'un compte bancaire professionnel dans une enquête du chef de fraude fiscale et blanchiment : « Il y a lieu d'observer que le document (relevé de compte professionnel) faisant état de mouvements pour l'année (...) comporte trois retraits de 500 euros chacun en date des (...) ; que si on ne saurait en inférer par principe qu'ils ont le caractère d'honoraires couverts par le secret professionnel, aucune note d'honoraire n'étant jointe et peu de mouvements apparaissant au crédit du compte, il n'en demeure pas moins que la période de prévention des faits visés par l'enquête (...) est antérieure de plusieurs années aux dits retraits ; que la somme saisie n'apparaît pas nécessaire à la manifestation de la vérité ni clairement en relation directe avec les infractions ; que dans ces conditions, il y a lieu d'en ordonner la restitution ».
- Ordonnance JLD Paris 26 avril 2019 : A propos de la saisie d'espèces (3.050 €) dans une affaire de blanchiment d'abus de confiance, le JLD retient que « Attendu qu'il est établi lors de la saisie, Me X n'a versé aucun élément permettant d'attester de l'origine de cette somme ; que toutefois, elle s'est présentée à l'audience en présentant une note d'honoraires, établie par elle-même, mais sur lequel figure le nom de son client ; que ces informations sont donc vérifiables ; que la somme saisie n'apparaît en tout état de cause pas nécessaire à la manifestation de la

- vérité, ni clairement en relation directe avec les infractions, nonobstant les faits de blanchiment sur lesquels porte l'enquête ».
- Ordonnance JLD Paris 3 juillet 2019 : « Attendu qu'il apparaît que les scellés 1 et 2 sont des notes d'honoraire entre les Conseils et leur client ; que les factures contenues dans les scellés 1 et 2 sont couvertes par le secret professionnel ; qu'elles ne manifestent pas l'indice de la participation des avocats à l'infraction objet de la poursuite ; qu'elles ne seront pas versées aux débats et restituées aux parties ; que le scellé 3 n'est pas requis par le Ministère public ; qu'il ne sera pas versé au dossier et reversé aux Conseils ».
 - Ordonnance JLD Paris 22 juillet 2019 : « Il faut rappeler que les honoraires d'un avocat sont soumis au régime des documents couverts par le secret professionnel, c'est dire que les sommes trouvées en l'espèce (10.000 €) ne peuvent être saisies que si elles sont en lien avec le blanchiment d'argent allégué ; en l'espèce, un tel lien n'est pas démontré, les sommes trouvées pouvant correspondre à des honoraires donnés par des clients, par ailleurs, Maître X fait valoir de façon pertinente qu'il pourrait justifier de la provenance des sommes si on lui en laissait le temps ».
 - Ordonnance JLD Paris 10 décembre 2019 qui retient une solution nuancée s'agissant du devoir de conseil d'un avocat fiscaliste en matière de trust : « Il faut considérer que la note d'honoraires même accompagnée d'un memorandum n'est pas couverte par le secret professionnel ; elle ne reprend pas en effet des éléments qui auraient pu être confiés à l'avocat sous le coup du secret par un client ; la note d'honoraires ne met pas d'avantage en cause les conseils qui ont pu être donnés par l'avocat dans l'exercice des droits de la défense... ce scellé n'est pas couvert par le secret professionnel et... peut donc être saisi dès lors qu'il est utile à la manifestation de la vérité, ce qui est le cas en l'espèce puisqu'il permet de constater les relations, à tout le moins de conseil, existant entre Maître X et son client, gestionnaire important d'un trust ».
 - Ordonnance JLD Paris 7 juillet 2020 : « Attendu que le délégué du Bâtonnier s'est opposé à la saisie de ces éléments en faisant valoir notamment que les espèces en euros saisies correspondent à des honoraires, par principe couverts par le secret professionnel, comme mentionné aux réserves annexées au procès-verbal d'opposition à saisie, que la correspondance saisie est échangée entre un avocat tenu au secret professionnel et une journaliste protégée par le secret des sources ; Attendu qu'aux termes de l'article 66-5 alinéa 1 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 7 avril 1997, « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celle portant la mention officielle, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, sont couvertes par le secret professionnel (...) Attendu que Monsieur X a justifié à l'audience du 2 juillet 2020, au moins en partie, l'origine des espèces en euros, en indiquant qu'elles provenaient d'honoraires perçus au moment où il exerçait la profession d'avocat ; qu'il n'est pas démontré à ce stade que ces sommes ont un lien avec les faits qui lui sont reprochés ; qu'il convient de les restituer ».
 - Ordonnance JLD Paris 16 avril 2021 : « S'agissant des honoraires du cabinet d'avocats, il s'agit là de documents strictement réservés à l'activité confidentielle de l'avocat et au demeurant ces documents ne sont pas utiles à la manifestation de la vérité ».
- Jurisprudence de la Cour de cassation :
- Cass. Crim 14 janvier 2003 n°02-87062 : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, le 22 mai 2000, lors d'une perquisition effectuée au cabinet de Vincent Y..., les juges d'instruction ont saisi plusieurs documents, parmi lesquels, notamment, des "listings" relatifs à la comptabilité de ce cabinet entre 1992 et 1997 ; que Vincent Y... a demandé l'annulation de cette saisie, soutenant qu'en violation des articles 96 du Code de procédure pénale et 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, avaient été appréhendées des pièces étrangères à l'information et que le secret professionnel avait été méconnu ; Attendu que, pour écarter cette argumentation, la chambre de l'instruction énonce, notamment, que le secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale ; qu'elle relève que tel est le cas en l'espèce, l'information ayant pour objet de vérifier la réalité d'une "machination" qui aurait été conçue avec la participation de Vincent Y..., afin d'obtenir de la société Lagardère qu'elle accepte, par une transaction, le versement d'une importante somme d'argent en réparation d'un préjudice imaginaire, allégué par cet avocat devant la Commission des opérations de bourse, le tribunal de commerce et la cour d'appel de Paris au nom de la société GPSC, de la société Calpers et, prétendument, des "petits actionnaires français" de la société Matra ; Sue les juges retiennent que la saisie des éléments comptables précités était nécessaire pour comparer la liste exhaustive des clients du cabinet de Vincent Y... avec celle de ses prétendus mandants dans les actions en justice précitées ; Attendu qu'en l'état de ces motifs, d'où il résulte que la saisie effectuée, en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, était limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ».
 - Cass. Civ. 1ère 13 mars 2008 N°05-11314 : « Le secret professionnel, qui couvre la convention d'honoraires et les facturations y afférentes intervenues entre un comité d'établissement et une société civile professionnelle d'avocats, n'est pas opposable à la présidente de ce comité d'établissement qui, en tant que membre, a accès aux documents et pièces de cet organe représentatif ».
 - Cass. Com. 6 décembre 2016 N°15-14554 : « Vu les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et L. 16 B du livre des procédures fiscales ; Attendu que pour confirmer la saisie des factures d'honoraires d'avocat, le premier président retient qu'il s'agit de pièces comptables devant être émises par tout prestataire de services ; Qu'en statuant ainsi alors que les demandeurs faisaient valoir que ces factures étaient jointes à une correspondance d'avocat, de sorte qu'elles étaient couvertes par le secret professionnel de ce dernier sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre la correspondance elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes, le premier président a violé les textes susvisés ; PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer

sur l'autre grief : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'elle déclare irrecevables les recours de MM. Y... et Eric X... contre le déroulement des opérations au Plessis-Robinson et en ce qu'elle confirme la saisie de factures d'honoraires d'avocat jointes à une correspondance de ce dernier ainsi qu'en ce qu'elle condamne MM. Y... et Eric X... aux dépens et à paiement sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, l'ordonnance rendue le 19 février 2015, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Versailles ; Remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et, pour être fait droit, les renvoie devant le premier président de la cour d'appel de Paris ».

La saisie d'éléments confidentiels est par nature irrégulière:

L'obligation d'instruire ou d'enquêter « à charge et à décharge » ne peut avoir sa place lors d'une saisie chez un avocat d'éléments confidentiels, qui intervient toujours à charge, le secret professionnel de l'avocat ne pouvant être évincé que contre la démonstration effective d'indices préexistants de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Dès lors, toute saisie d'éléments confidentiels s'effectuant par nature à charge, est intrinsèquement entachée d'« irrégularité » au sens des dispositions de l'article 56-1 du CPP et oblige le bâtonnier ou son délégué à une contestation qu'il appartiendra au JLD de trancher.

(Comparer avec Crim 26 avril 2017, n°16-86.840 : « Vu l'article 6§1, de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble les articles préliminaires et 81 du code de procédure pénale ; Attendu qu'il résulte de ces textes que le juge d'instruction doit effectuer tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité en veillant à l'équilibre des droits des parties et au caractère équitable de la procédure et en instruisant, de façon impartiale, à charge et à décharge...

Mais attendu que... alors que la commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction ne visait qu'à établir les seuls éléments à charge des infractions poursuivies, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé »).

Par ordonnance du 23 mars 2018, le JLD de Paris a jugé que les pièces couvertes par le secret « ne comportent en outre intrinsèquement aucun indice d'implication de l'avocat dans le délit de ... et constitueraient plutôt des éléments à décharge, que, dès lors, l'ensemble de ces pièces sous scellés, couvertes par le secret professionnel, seront restituées à Me X... ».

Le rôle du JLD

Le respect du libre exercice de la profession d'avocat, du secret professionnel et des droits de la défense :

Par arrêt rendu le 8 août 2007 (n°07-84252), la Chambre criminelle a jugé qu'il incombait au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 du CPP « afin de rechercher si la saisie des données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense ».

Également, par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88021), la Chambre

criminelle a jugé : « Vu l'article 56-1 du code de procédure pénale ; Attendu qu'il résulte de ce texte que, d'une part, le magistrat, qui effectue une perquisition dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, doit veiller à ne pas porter atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et que, d'autre part, le juge des libertés et de la détention ne peut qu'ordonner la restitution immédiate des documents pour lesquels il estime qu'il n'y a pas lieu à saisie, ou, dans le cas contraire, ordonner le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure ».

« C'est ainsi que le juge doit garantir la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense (Crim. 13 décembre 2006, n°06-87.169, Bul. n°313). La confidentialité des documents saisis lors d'une perquisition faite au cabinet d'un avocat doit être assurée : « par la circonstance que leur consultation est réservée au magistrat instructeur et au bâtonnier ou à son délégué et que ce dernier peut s'opposer à la mesure envisagée, toute contestation étant soumise au juge des libertés et de la détention » (Crim. 8 juillet 2015, no15-81.179).

Mais des pièces échangées entre l'avocat et son client peuvent être saisies lorsqu'elles sont de nature à caractériser la participation de l'avocat à une infraction (Crim. 18 juin 2003, n°03-81.979, Bul. no129 ; Crim. 4 octobre 2016, n°16-82.308). La saisie effectuée doit être en relation directe avec l'infraction, objet de la poursuite, être destinée à apporter la preuve de la participation éventuelle de l'avocat à cette infraction, et être limitée aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité (Crim. 1er mars 2006, n°05-87.252, Bul. n°60).

Il revient au juge des libertés et de la détention, en cas de contestation d'une saisie de documents au cabinet d'un avocat : « de prendre personnellement connaissance des documents saisis et de décider s'ils doivent être restitués ou versés dans le dossier de la procédure » (Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021, Bul. n°155).

Il est rappelé que « le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière » si bien que « l'irrégularité » dénoncée par le délégué du Bâtonnier doit être tranchée par le JLD qui devient par définition le juge de la « régularité » ou de « l'irrégularité » - à ne pas confondre avec la « nullité » de la saisie pratiquée dont le contentieux ressort théoriquement de la compétence de la chambre de l'instruction alors que le contentieux de la « régularité » ressort en cette matière spécifique de la compétence du JLD.

Par ordonnance du 16 octobre 2017, le JLD de Senlis a jugé qu'il lui appartient « dans l'exercice de son contrôle de s'interroger sur la proportionnalité de la perquisition et des saisies réalisées au regard de l'atteinte portée au secret professionnel et de se prononcer sur l'utilité des éléments saisis à la manifestation de la vérité ».

Également, par ordonnance du 30 octobre 2018, le JLD de Paris a jugé par l'appréciation des éléments à l'origine de la perquisition « qu'il (l'élément saisi) ne contient pas d'indice suffisant et déterminant de la participation de Maître X aux infractions visées, étant observé par ailleurs, la faiblesse des éléments ayant motivé la perquisition de son cabinet, que

l'atteinte portée au secret professionnel de l'avocat apparaît disproportionnée ».

L'irrégularité doit s'entendre du non-respect du libre exercice de la profession d'avocat, du secret professionnel et des droits de la défense.

Par exemple, par ordonnance du 22 mars 2016, le JLD Bobigny a restitué des espèces saisies (2.810 €) et contestées comme étant couvertes par le secret dans une affaire de blanchiment de trafic de stupéfiants au motif du non-respect de la procédure de l'article 56-1 du CPP en ce que la perquisition a débuté « en l'absence du procureur de la République qui devait procéder lui-même à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier de Paris ».

Par ordonnance rendue le 16 avril 2021, le JLD a jugé que « la saisie n'apparaît pas proportionnée puisque le document peut être obtenu par d'autres moyens et n'apparaît pas utile à la manifestation de la vérité ».

En effet, la sanction de « l'irrégularité » par le JLD consiste en la restitution à l'avocat des pièces, objets ou éléments irrégulièrement saisis.

La décision du JLD de ne pas restituer un élément irrégulièrement saisi serait sanctionné par la nullité de la perquisition par la Chambre de l'Instruction.

Ainsi, lorsque le Bâtonnier conteste, le contentieux de la régularité des saisies s'opère de deux manières, devant le JLD par la restitution des pièces irrégulièrement saisies et, à défaut, par la Chambre de l'Instruction par l'annulation de la saisie si la procédure le permet.

La faculté de désignation de l'expert par le seul JLD à l'exclusion du magistrat saisissant en cas de saisie informatique :

Qu'en ce qui concerne la saisie de données dématérialisées effectuée de manière globale, qui emporte nécessairement la saisie d'éléments étrangers à l'infraction poursuivie qui est à l'origine de la perquisition, la contestation s'impose et pourra conduire le juge des libertés et de la détention qui en a seul la faculté à l'exclusion du juge saisissant :

- Ou bien à restituer les éléments saisis : Par ordonnance en date du 25 juin 2018 le JLD de BAR LE DUC a jugé que « le juge des libertés et de la détention ne peut, comme le prévoit l'article 56-1 précité, qu'ordonner la restitution des documents saisis ou leur versement immédiat en procédure. S'il lui est loisible d'ordonner une mesure d'expertise pour faire extraire le contenu des éléments informatiques saisis et de différer sa décision à une date ultérieure, en l'espèce, au regard de la violation cumulée des principes de libre exercice de la profession d'avocat, violation qui a pris naissance depuis la perquisition et que le juge des libertés et de la détention ne saurait faire perdurer, de respect du secret professionnel et de celui des droits de la défense, il n'y a pas lieu d'ordonner une expertise ».
- Ou bien à désigner un expert en informatique afin que, à partir de mots-clés contradictoirement débattus, il trie et sélectionne les éléments informatiques directement en

rapport avec l'objet de la perquisition (Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021), en assurant une impression sur support papier des seuls éléments en rapport avec les mots clés adoptés, sans donner d'avis, et en prenant soin d'assurer une restitution immédiate des objets informatiques et électroniques saisis après en avoir effectué sans délai à partir de sa désignation une copie (de travail) préalable de leur contenu pour les besoins de l'expertise.

Il est exclu que soient versés en procédure des documents présents sur les supports informatiques et qui n'auraient pas fait l'objet de l'extraction ciblée par l'expert dans la mesure où par hypothèse ces documents sont potentiellement couverts par le secret professionnel et /ou étrangers à l'information conduite par le magistrat instructeur (Ordonnance du JLD de RENNES du 8 mars 2013).

La prohibition de la saisie informatique indifférenciée :

Par ordonnance du 25 juin 2018, le JLD a jugé 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 :

« Il découle de l'article 56-1 que le secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptible d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale, dès lors que la saisie est en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite et est limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité.

Le juge des libertés et de la détention se doit de rechercher si la saisie de données informatiques ne porte pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense.

En l'espèce, il ressort du procès-verbal de mise sous scellé que la saisie au domicile de Maître X porte exclusivement sur des données informatiques qui n'ont pas été copiées, ni a fortiori exploitées dans le cadre de la perquisition. Ainsi, le contenu de ce matériel et la nature des documents qu'il recèle sont ignorés tant du juge d'instruction que du juge des libertés et de la détention.

Par ailleurs, il n'est pas contesté que l'ensemble du matériel informatique présent au domicile a été saisi sans distinction, alors même qu'il est indiqué que ce n'est pas en sa qualité d'avocat que le domicile de Maître X a été perquisitionné. Cependant, il n'existe commencement de preuve que le matériel saisi ne servirait pas à l'exercice de la profession d'avocat mais uniquement à des fins personnelles, en dépit des déclarations de Maître X dont on ne peut que souligner qu'elles ne sont contredites par aucun élément du dossier.

Il en découle que cette saisie indistincte de l'ensemble du matériel informatique utilisé par un avocat dans le cadre de son activité professionnelle, sans que soit rapportée la preuve à ce stade qu'il est susceptible de contenir des éléments en lien avec les infractions dont la preuve est recherchée, infractions qui datent au demeurant (...), porte une atteinte injustifiée et démesurée au libre exercice de la profession d'avocat.

En outre, il ne peut qu'être souligné que la saisie doit être limitée aux seuls et uniques éléments, y compris couverts par le secret professionnel, en lien direct avec les infractions objets de la procédure. En l'espèce, le juge des libertés et de la détention est dans l'incapacité de veiller au respect du secret professionnel à ce stade de la procédure et au cantonnement de la saisie aux éléments en lien avec les infractions dont la

preuve est recherchée, à supposer même qu'ils existent. Au surplus, la perquisition pratiquée dans le cabinet ou au domicile de l'avocat ne saurait entraîner la saisie des pièces déposées chez l'avocat, en sa qualité, par une partie qui lui a confié sa défense, y compris de manière dématérialisée.

En effet, le droit de saisie rencontre une limite dans le droit supérieur de la défense, qui commande d'affranchir de toute entrave les communications des mis en cause avec leurs conseils. En l'espèce, il importe de veiller au respect des communications confidentielles de l'avocat avec ses clients, ce que ne permet pas la saisie litigieuse (...). La restitution immédiate de l'intégralité des scellés sera ordonnée ».

L'hypothèse de l'excès de pouvoir :

« La décision du juge des libertés et de la détention statuant sur la contestation de la saisie d'un document, effectuée lors de la perquisition au cabinet d'un avocat est insusceptible de recours, selon l'article 56-1 du code de procédure pénale.

Cependant, la Chambre criminelle admet la recevabilité du pourvoi en cassation contre une telle décision, en cas d'excès de pouvoir du juge des libertés et de la détention (Crim. 8 août 2007, n°07-84.252, Bul. n°188 ; Crim. 8 juillet 2020, n°19-85491: « Excède en conséquence ses pouvoirs le juge des libertés et de la détention qui ordonne le versement au dossier de l'information de documents saisis au cours de cette perquisition irrégulièrement menée »).

Dans l'affaire ayant donné lieu au prononcé de l'arrêt du 8 août 2007, le juge des libertés et de la détention, saisi d'une contestation de la saisie d'un ordinateur portable, avait déclaré cette contestation irrecevable, au motif qu'elle ne portait pas sur la saisie d'un document et sa décision avait été annulée, au motif que le juge des libertés devait rechercher si la saisie de données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice

de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et des droits de la défense.

Il a été jugé par la Cour de cassation : « qu'aucun principe ni aucune disposition légale ne fait obstacle » à ce que le juge des libertés et de la détention, appelé à statuer sur l'opposition à la saisie d'un document dans le cabinet d'un avocat, appartienne à la même juridiction que le juge d'instruction qui a procédé à la perquisition et à la saisie litigieuse (Crim. 22 juin 2005, n°05-82.759, Bul. n°190).

En l'absence d'excès de pouvoir, le pourvoi contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention rejetant la contestation de la saisie est irrecevable (même arrêt). Au-delà de ces deux décisions très isolées, portant sur des pourvois contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention, l'essentiel de la jurisprudence relative au régime des perquisitions dans les cabinets d'avocats provient d'arrêts rendus par la Cour de cassation sur des pourvois formés contre des arrêts de chambres de l'instruction.

Il appartiendra à la Cour de cassation d'en tirer les conséquences sur l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, et de déterminer s'il a commis un excès de pouvoir en validant la saisie de documents, effectuée dans un cabinet d'avocat, lors d'une perquisition ordonnée par une décision présentant ces lacunes ».

L'absence de condition de nécessité et de proportionnalité:

En l'espèce, la perquisition entreprise n'est pas nécessaire. Elle est disproportionnée et non nécessaire par rapport au but visé et contraire à l'article 8 de la CEDH.

Le Bâtonnier ou son délégué

Le vice-Bâtonnier ou son délégué



La position du parquet / Monsieur Frédéric Van Leeuw

“We cannot solve our most intractable problems unless we are honest about what they are, unless we are willing to have difficult conversations and accept what facts may plain.”

Kamala Harris¹

En guise d'introduction...

Je suis très honoré d'être invité à prendre la parole devant un panel aussi relevé sur ce sujet au combien important de l'indépendance de l'avocat. L'idée d'inviter un procureur provient sans doute du noble souci d'assurer le principe du contradictoire. En ce qui me concerne, le but de ce principe n'est pas la pure confrontation de positions opposées, mais l'opportunité inestimable d'ouvrir le regard à des perspectives différentes. Lorsqu'on réussit à faire converger des voies, a priori séparées, en faisant admettre à chacun qu'il a en partie tort et en partie raison, même en matière pénale, c'est cela faire œuvre de Justice car cela recrée le lien indispensable. C'est dans cette démarche que s'inscrivent les réflexions qui vont suivre. Elles sont formulées sine ira et studio avec, je le dis d'emblée, mon plus profond respect pour la profession d'avocat, qui est un rempart indispensable contre toute forme d'arbitraire. Sans avocat indépendant, pas de démocratie!

Si mon expérience de magistrat de parquet me donne d'avoir un point de vue particulier sur le sujet de l'indépendance de l'avocat, j'éviterai cependant, pour des raisons que tout le monde devine, l'écueil d'évoquer des affaires en cours, en tout cas trop explicitement. Les réflexions qui suivent ne partent néanmoins pas d'un quelconque imaginaire abstrait, mais bien de situations concrètes malheureusement pas toujours anecdotiques. Je suis cependant conscient que ma position d'observation privilégiée ne permet pas un tour d'horizon complet des nombreuses facettes du métier d'avocat et se réduit en fait au champ principalement pénal pratiqué par une petite partie de la profession. L'exercice qui suit est donc en ce sens quelque peu tronqué. Il est amusant de constater qu'à cet égard la vision du grand public n'est pas foncièrement différente, puisque l'impact médiatique de l'avocat pénaliste semble également disproportionné par rapport à celui de ses confrères pratiquant les autres matières et qui sont pourtant bien plus nombreux.

L'indépendance en questions

Ceci-dit, je remercie les organisateurs de ce colloque et je félicite les deux Ordres pour leurs vingt bougies. J'ai moi-même exercé la fonction d'avocat dans une vie antérieure, mais à l'époque de l'Ordre national. Déjà à cette époque, en tant que jeune professionnel, fort dépendant de mon maître de stage, je me posais la question fondamentale de ce qu'était au juste mon indépendance. Se confond-elle avec une liberté absolue bien illusoire? Comment se positionne l'indépendance de l'avocat par rapport à d'autres indépendances, comme par

exemple celle du Ministère public? Ce colloque a suscité chez moi la réminiscence de ces interrogations essentielles. Ce sujet de l'indépendance de l'avocat ricoche inévitablement sur la même question au regard de ma profession actuelle de magistrat. Ce fut au départ – je l'avoue bien volontiers – la source d'une certaine frustration devant une page très longtemps trop blanche à mon goût. Mais ce cadre (im)posé à mon indépendance, l'a finalement nourrie en orientant ma liberté de réflexion, sans pour autant la brider, vers des sujets que je n'aurais autrement probablement jamais – ou alors très superficiellement – abordés.

Ceci m'amène vers une première demande : l'indépendance sans limites ne renferme-t-elle pas un germe autodestructeur? Pour le dire autrement, la réelle indépendance ne trouve-t-elle pas sa pleine réalisation que lorsqu'elle se déploie au sein d'un cadre prudemment fixé à l'intersection de l'intérêt particulier et de l'intérêt général? C'est ce questionnement qui va orienter les lignes qui suivent, sans la moindre prétention d'y apporter une réponse, mais plutôt d'alimenter modestement la réflexion. Pour essayer de structurer les différentes pensées que ces interrogations m'ont inspirées, j'ai choisi d'adopter la distinction proposée par Madame O'Regan, responsable de la Law Society of Ireland¹. Celle-ci distingue trois niveaux d'indépendance de l'avocat qui se définissent au regard de trois types de limites:

- L'indépendance collective des avocats vis-à-vis notamment de la domination gouvernementale ;
- L'indépendance individuelle vis-à-vis des clients et des tiers ;
- L'Indépendance vis-à-vis du pouvoir judiciaire ;

L'indépendance collective

L'indépendance collective des avocats envers la puissance publique, ce que Madame O'Regan appelle « la domination gouvernementale »², est garantie à travers le rôle des Ordres dans la régulation interne de la profession. Ces principes sont consacrés dans le Titre III du code judiciaire dont nous fêtons aujourd'hui les vingt ans sous sa forme actuelle³. L'Ordre doit,

¹ A. O'REGAN, « Accès à la Justice et indépendance professionnelle des avocats : une union nécessaire et symbiotique des droits humains », in *Manuel de la Journée européenne des avocats 2021 – Pas de Justice sans avocats indépendants*, COBE, pp. 9-14.

² Je sais que certains avocats ont le fantasme de placer le ministère public dans la catégorie « domination gouvernementale », mais je crois sincèrement que c'est mal connaître comment fonctionne le parquet en Belgique. Nous examinerons, comme il se doit, certains aspects du rapport avec le ministère public sous l'angle de l'indépendance vis-à-vis du pouvoir judiciaire ; cfr infra.

³ Loi du 4 juillet 2001, MB, 25 juillet 2001.

¹ K. HARRIS, *The truths we hold*, Vintage, 2019, p. 13: « Nous ne pouvons pas résoudre nos problèmes les plus insolubles si nous ne sommes pas honnêtes sur ce qu'ils sont, si nous ne sommes pas prêts à avoir des conversations difficiles et à accepter ce que les faits peuvent montrer. » (traduction libre)

en effet, être lui-même indépendant pour, comme le précise l'article 499 du Code judiciaire, veiller à l'application des règlements qu'il édicte.

Le principe est simple, mais peut sembler contradictoire: pour être indépendant individuellement l'avocat doit confier une partie de sa liberté à la communauté de ses pairs, qui va édicter certaines règles applicables à l'exercice de la profession. Cette faculté de s'auto-réglementer, en dehors de toute pression extérieure, garantit, et rend même plus réaliste, l'indépendance individuelle des avocats⁴ et, à travers elle, le libre accès à la Justice. Quoiqu'ancrée depuis longtemps dans notre culture, cette indépendance n'est jamais gagnée et peut toujours être insidieusement remise en question. Les Ordres ont ainsi introduit au nom de l'ensemble des avocats de nombreux recours devant les cours et tribunaux et la Cour constitutionnelle. Ces actes ont, à plusieurs reprises, posé des limites à l'intervention législative de l'Etat par rapport, entre autres, à la nécessité absolue de protéger leur indépendance dont le secret professionnel est un pilier⁵.

Il y a en fait beaucoup de pressions exercées par l'Etat sur l'indépendance des acteurs de la Justice. Un grand classique est le (sous-)financement, qui érode insidieusement par la voie budgétaire des principes pourtant érigés en vrais remparts de l'Etat de droit. Je pense par exemple aux effets de l'enveloppe fermée pour les pro-deo. Dans le même ordre d'idées, la suppression, en 2013, de l'exemption des avocats à l'assujettissement à la TVA⁶, même si elle a permis aux avocats de récupérer la taxe en amont, a eu pour effet d'augmenter les coûts pour les clients, et par là de limiter l'accès à la Justice. Cette réforme a ainsi rendu plus difficile la vie de beaucoup d'avocats dont la clientèle n'avait plus les moyens du fait de l'augmentation des honoraires en proportion de la taxe prélevée. La difficulté d'une frange de plus en plus large de nos concitoyens à faire face à des frais de défense en Justice a amené certains à se poser, à juste titre, la question de créer une sorte d'assurance protection juridique obligatoire, qui serait à la Justice ce que sont les mutuelles à la santé. Même si l'idée mérite d'être concrétisée, nous savons aussi que le rapport avec les compagnies d'assurances pose également certaines questions quant à l'indépendance, individuelle cette fois-ci, de l'avocat.

A la veille de ce colloque, Monsieur le Bâtonnier Krings, a dénoncé via des médias, des cas, qui constitueraient, selon son analyse, des atteintes portées par des juges d'instruction au secret professionnel de certains avocats⁷. Il invoque deux exemples: l'inculpation de l'avocat, qui le forcerait à violer

4 « De individuele onafhankelijke advocaat vindt zich immers terug in de vereniging van zijn beroepsgenoten », J. MEERT, "De Advocaat, een oud beroep in een modern landschap", *Interscientia*, 2021, p. 59

5 Un exemple très récent est l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 24 septembre 2020 qui annule partiellement la 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, Arrêt n° 114/2020. Cet arrêt souligne par ailleurs la fonction de contrôle du bâtonnier, qui doit garantir le respect du secret professionnel par l'avocat.

6 L'article 60 de la Loi du 30 juillet 2013 portant des dispositions diverses qui modifie l'article 44 du Code TVA, MB, 01/08/2013, p. 48270.

7 Voir J. BALBONI, « En défense des avocats, le bâtonnier de Bruxelles veut une 'chambre du secret' », *L'Echo*, 26 octobre 2021.

son secret professionnel pour se défendre et la perquisition chez l'avocat. Sans juger de la pertinence des conclusions tirées des cas concrets cités, je rejoins Monsieur le Bâtonnier sur le principe que la demande est fondamentale: le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat sont indissociables d'une démocratie dont une des garanties les plus centrales est le respect du procès équitable⁸. J'aurais pu aborder ce débat sous l'angle de l'indépendance de l'avocat par rapport au pouvoir judiciaire, mais ce qui m'a interpellé est que ces exemples sont cités comme autant de raisons de relancer l'idée de consacrer une chambre ou un juge de la cour d'appel à la seule tâche de juger si oui ou non une action d'un autre juge porte atteinte au secret professionnel de l'avocat.

Cette proposition de « chambre du secret » questionne tout autant l'indépendance collective des avocats: elle tend finalement à plus externaliser un contrôle qui, jusqu'à présent, s'effectue en général même parfois de lege ferenda avec le bâtonnier⁹, représentant de l'indépendance collective. Actuellement, en droit belge, lors d'une perquisition chez un avocat ou d'écoutes, c'est le juge d'instruction qui décide ce qu'il va utiliser ou non en procédure¹⁰. Cela le met dans la position difficile de lire et d'adopter une attitude d'amnésie sélective en fonction de ce qu'il aura retenu comme étant protégé ou non par le secret dans la limite de sa saisine¹¹. Sans prendre position sur le caractère souhaitable de la proposition, je me serais plutôt attendu, dans la logique de l'indépendance collective dont les avocats sont, à juste titre, très jaloux, à ce que le Barreau propose de dégager les moyens nécessaires à instituer ce juge du secret en son sein¹². Mais n'est-ce pas pour l'avocat individuel donner trop de poids à la collectivité de ses pairs et par là sacrifier trop de son indépendance individuelle? Dans ce cas, l'appel à un juge externe, souvent réalisé de façon très pragmatique via un contrôle demandé à la chambre des mises en accusation¹³, est compréhensible, mais je souhaitais

8 Il est d'ailleurs étonnant qu'un grande partie de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme relative au secret professionnel de l'avocat se fonde sur l'article 8 de la Convention, soit le respect à la vie privée, qui permet plus d'exceptions légales que sur l'article 6 qui consacre le droit au procès équitable.

9 Voir par exemple les articles 56bis ou 90octies du code d'Instruction criminelle qui imposent de prévenir le bâtonnier avant que des méthodes particulières de recherches ne soit exercées sur un avocat.

10 Voir M.-A. BERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 9ème éd. T. II, 2021, p. 807 : « Il appartient au magistrat instructeur seul, éventuellement après avis du représentant qualifié, de décider quelles sont les pièces qui sont couvertes par le secret professionnel et qui ne peuvent pas être saisies. »

11 Cet exercice est néanmoins courant dans les métiers de Justice. En tant que procureur il m'est souvent demandé de faire abstraction d'informations inutilisables en procédure qu'il s'agisse par exemple de l'information d'une source à protéger ou encore d'informations classifiées.

12 Je constate le même phénomène d'externalisation dans la coopération internationale entre avocats. Il arrive en effet fréquemment qu'il soit reproché au procureur belge de ne pas être en mesure de garantir l'accès à un client incarcéré à l'Etranger. J'aide volontiers lorsque je peux, mais une telle question relève à mon sens d'abord de la compétence du barreau de créer un cadre et de mettre en place ou de suggérer les accords internationaux nécessaires pour que l'avocat puisse exercer ses activités dans un autre pays.

13 Voir art. 235bis §1er du Code d'instruction criminelle. Ce contrôle de la régularité de la procédure peut se faire à la demande du Ministère public ou d'une des parties ou être exercé d'office par la Chambre des mises en accusation.

néanmoins pointer ce paradoxe.

En tout état de cause, pour que le secret professionnel de l'avocat soit mieux gardé, l'une ou l'autre modification législative ponctuelle pourrait être envisagée plutôt que de changer le système¹⁴. On mélange souvent la question de l'accès des données sensibles avec celle des garanties procédurales conditionnant cet accès. Quand les actes d'instruction sont utiles à la manifestation de la vérité, et surtout si l'avocat lui-même est en cause, des actes tels que la perquisition ou l'interception des conversations téléphoniques/électroniques sont légitimes et ne doivent pas être rendus impossibles du seul fait du statut de conseil de l'avocat et du secret professionnel particulier qui lui est attaché. Ce même statut doit par contre justifier des garanties procédurales particulières et solides. Un arrêt déjà assez ancien de la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'arrêt Kopp vs Suisse du 25 mars 1998, fixe sur la base de l'article 8.2 de la Convention européenne, des limites claires pour un Etat lorsqu'il édicte des lois susceptibles de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat: suite à des écoutes réalisées sur un cabinet d'avocat, la Cour a condamné la Suisse en motivant que « la loi n'explique 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. »¹⁵ C'est un tel

exercice qu'a effectué le législateur belge en introduisant, par la loi de 25 décembre 2016¹⁶, un article 90octies dans le Code d'instruction criminelle, qui prévoit justement une procédure de concertation entre le juge d'instruction et le bâtonnier à propos des communications qui relèveraient ou non du secret professionnel. Ne pourrait-on pas envisager de revoir avec la même grille de lecture les articles relatifs à la perquisition chez un membre du barreau si l'on venait à juger nécessaire de consacrer ce qui se fait déjà de manière empirique¹⁷?

L'angle de l'indépendance collective permet aussi d'aborder d'autres débats. On pourrait ainsi placer dans cette catégorie la question du rapport des avocats avec le cinquième pouvoir c'est-à-dire les médias. Je ne parle pas du moment où ils interviennent dans l'intérêt dans la défense de l'un ou l'autre client, j'y reviendrai plus loin, mais bien de la participation répétée à l'un ou l'autre programme de divertissement ou un l'un ou l'autre débat. La publicité recherchée par quelques-uns ne les amène-t-il pas parfois à sacrifier une partie de leur indépendance sur l'autel de la notoriété?¹⁸ Un pénaliste célèbre décrit remarquablement bien cette tentation à laquelle succomber peut être fort compromettant : « Vous pouvez être

14 D'autant plus que les propositions de réformes vont vers le juge de l'instruction, qui pourrait finalement être ce juge du secret

15 CEDH, 25 mars 1998, (Kopp/Suisse), Jour. Proc., 1998, liv. 347, p. 22 et note JONGENF.

16 Article 22 de la Loi du 25 décembre 2016 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code pénal, en vue d'améliorer les méthodes particulières de recherche et certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications et créant une banque de données des empreintes vocales, MB, 17 janvier 2017, p. 2738.

17 Voir par exemple l'article 56-1 du Code de procédure pénale français qui impose la présence du bâtonnier ou de son délégué en cas de perquisition dans un cabinet ou au domicile de l'avocat.

18 Je m'empresse de préciser qu'un danger similaire peut aussi guetter certains magistrats médiatisés.

aussi laid que le péché, le succès et la notoriété vous érotisent. Vous devenez une proie. Soit vous construisez un mur autour de vous, soit vous entrez dans le jeu et vous en profitez. Mais vous pouvez aussi vous-même construire ce mur et en profiter en respectant certaines règles. Sauf si vous détruisez vous-mêmes le mur : alors tout vous échappe. Vous vous éloignez de plus en plus. »¹⁹

Ce n'est bien évidemment pas au procureur qu'il appartient de fixer les limites à de telles démarches, il s'agit pour moi d'une tâche relevant de l'indépendance collective, mais ce contrôle est-il effectif ou perçu comme tel? Il y a quelques années, j'avais lâché une petite phrase choc dans un long interview qui en est un peu malheureusement devenu le titre: « certains avocats doivent choisir entre le métier de star ou celui d'avocat. »²⁰ Je m'attendais à un tollé. A mon grand étonnement, j'ai, au contraire, reçu des messages de pas mal de membres du barreau, me félicitant d'avoir enfin remis certains à leur place. A contrario ces réactions ne démontrent-elles pas le manque de confiance de certains avocats en ceux qui doivent défendre collectivement leur indépendance, surtout lorsqu'il s'agit de figures médiatiques ou éminentes de la profession jugées à tort ou à raison plus intouchables que d'autres?

Le client n'est pas roi

Passons au deuxième type d'indépendance, celle vis-à-vis des clients et des tiers. L'indépendance de l'avocat doit l'empêcher de continuer à intervenir dans le cas où un client lui donnerait des instructions qui vont à l'encontre de son avis. L'avocat doit rester maître de son dossier²¹. Le Code de déontologie des avocats européens énonce que « le conseil donné au client par l'avocat n'a aucune valeur, s'il n'a été donné que par complaisance, par intérêt personnel ou sous l'influence d'une pression extérieure. »²²

Il y a, à cet égard, plusieurs situations critiques. La première étant celle de l'expérience et de l'indépendance financière de l'avocat. Dans un livre publié récemment, Me Sven Mary soulignait qu'il n'était pas évident de conserver son indépendance face à un client et, en cas de désaccord avec lui sur la stratégie de défense, de refuser de travailler avec lui. « Mais ce n'est pas donné à tout le monde. Le jeune avocat qui est en train de se faire une place réfléchira sans doute à deux fois. La concurrence est terrifiante! »²³ Lorsqu'on a besoin de clients, l'indépendance peut en prendre un coup, mais la pente est alors dangereusement glissante...

Nous rencontrons aussi parfois des cas plus extrêmes dans certains dossiers. Il y a par exemple la situation de plus en plus fréquente où l'avocat lui-même est mandaté non-pas par un client en particulier, mais par l'organisation criminelle elle-même. En tant qu'acteur du procès pénal, il m'arrive de temps en temps, à mes collègues et moi-même, de froncer les sourcils, dans certains cas où un avocat, que nous soupçonnons d'être

19 S. MARY, *L'avocat rebelle – entretiens avec Erwin Verhoeven, Loverval, Kennes, 2021, p. 102-103.*

20 L. BOVE, "Topmagistraat haalt zwaar uit naar 'steradvocaten'", *De Tijd*, 21 août 2015.

21 J. MEERTS, *op. cit.*, *De advocaat ? Een oud beroep in een modern landschap Intersentia* p. 58

22 art 2.1 du Code de déontologie des avocats européens

23 S. MARY, *op. cit.*, p. 96.

ainsi mandaté, conseille clairement son client contre ses propres intérêts, en protégeant ainsi l'organisation elle-même et, surtout, en violant le secret qui doit régir les échanges avec son client pour partager des informations avec l'organisation qui le paie²⁴. Dans le même ordre d'idées, un autre cas rencontré à plusieurs reprises ces dernières années, est celui où un avocat, qui défend un personnage important d'une organisation criminelle, ou quelqu'un qui exerce une certaine autorité sur des co-prévenus, semble disposer d'un pouvoir de direction et donner des instructions aux avocats des autres membres de l'organisation criminelle ou du groupe. Ces avocats agissent alors dans un lien de subordination avec la défense principale. Je pointe également ici ce que des dossiers récents ont révélé et qui suscite une grande inquiétude: il arrive parfois que l'avocat soit tellement mis sous pression par son client qu'il est presque contraint de poser tel ou tel acte ou d'adopter tel moyen de défense qu'il n'aurait jamais choisi dans l'absolu. Si les différents cas de figure précités, qui restent exceptionnels, vont trop loin, la frontière avec l'infraction de participation à une organisation criminelle²⁵ par le conseil pourrait être franchie.

Les exemples précités me conduisent à regarder d'un œil critique la demande parfois exprimée d'obtenir une immunité plus importante pour l'avocat: interdiction d'écoutes, de perquisitions, d'observation, etc... ont été réclamées comme par exemple dans le débat sur la data retention où l'on a exigé que les données des avocats ne soient pas conservées. On comprend aisément le fondement de la revendication. Permettez-moi cependant d'endosser un instant le costume de l'avocat du diable: n'est-on pas aussi en droit de se demander si cela ne mettrait pas l'avocat dans une situation de vulnérabilité telle que personne ne soit plus en mesure de le protéger? Si aucun contrôle n'est possible, l'avocat, pénaliste ou non, ne devient-il pas une cible de choix pour les criminels de tous poils désireux de se mettre hors d'atteinte de la Justice? Nous voyons dans un dossier récent dans lequel nous avons eu accès au contenu d'innombrables communications entre criminels que la corruption ne se fait pas toujours dans le seul but de lucre, mais aussi souvent suite à de sérieuses menaces contre la famille, l'intégrité physique etc... « Il n'est pas souhaitable ni possible de perdre de vue le fait que les avocats peuvent être exposés à des risques particuliers découlant d'une ingérence, de pressions et de menaces qui peuvent prendre la forme de violences physiques, psychologiques et sociales à leur égard et à celle de leurs proches.»²⁶ Récemment face à mon étonnement qu'aucun conseil n'ait entrepris de démarches pour obtenir le statut de repent, justement dans le cadre de cet important dossier lié au trafic international de drogue, plusieurs avocats m'ont répondu qu'ils n'osaient pas, vu les menaces qui pourraient en résulter pour eux-mêmes ou pour leur famille. Au Pays-Bas, en effet, l'avocat d'un « Kroongetuige », Me Derk Wiersum, à qui je tiens d'ailleurs à rendre hommage ici, a payé de sa vie les déclarations de son client ayant permis l'arrestation

24 Voir p.ex. article 47bis §68) du Code d'instruction criminelle: « Sans préjudice des droits de la défense, l'avocat est tenu de garder secrètes les informations dont il acquiert la connaissance en apportant son assistance pendant les auditions effectuées au cours de l'information ou de l'instruction et en apportant son assistance lors des confrontations et des séances d'identification des suspects. Celui qui viole ce secret est puni des peines prévues à l'article 458 du Code pénal. »

25 Art. 324ter du Code pénal.

26 O'Regan, op. cit., p. 9.

à Dubaï d'un baron de la Mocrromafia.²⁷

L'intention des Ordres de lutter contre cela ne fait aucun doute. L'indépendance et la confidentialité des contacts entre avocats et entre les avocats et leurs clients, et la surveillance déontologique du bâtonnier est primordiale. La question est de savoir s'ils disposent vraiment de tous les outils pour détecter ce genre de situation ; ces outils étant souvent l'apanage du juge.

Par ailleurs, l'indépendance et le secret professionnel ne peuvent être absolu au point de servir à protéger l'avocat auteur d'une infraction. Je ne partage dès lors pas la critique de l'inculpation de certains avocats. Cet acte de procédure, visé à l'article 61bis du Code d'instruction criminelle, est censé donner un droit d'accès au dossier²⁸ et ne doit bien sûr pas être utilisé pour forcer quelqu'un à violer son secret professionnel même si le secret professionnel est parfois (très) lourd à porter. Si l'inculpation d'un avocat soupçonné d'être l'auteur d'une infraction n'était plus possible, il y aurait une inégalité par rapport aux autres inculpés non-membres du barreau qui disposeraient de plus de droits que l'avocat soupçonné d'avoir commis une infraction. Une telle situation ne serait pas saine non-plus. L'on pourrait à la limite songer à étendre aux avocats le privilège de juridiction dont « jouissent » les magistrats; quoiqu'il ne soit pas sûr que les avocats soient vraiment demandeurs d'une procédure pouvant mener à une condamnation sans appel.

Avocats vs. Ministère public : la guerre d'indépendances ?

Les avocats sont des acteurs précieux de la Justice, qui contribuent à la protection de l'Etat de droit. Pour chaque magistrat de parquet il est primordial d'avoir face à lui un avocat qui examine son travail avec un œil critique quelle que soit l'importance de l'enjeu; même (et surtout) lorsque des faits abjects ont été commis. Il s'agit pour le procureur d'une garantie indispensable qu'il n'exécède pas son pouvoir. Et cette garantie est précieuse pour lui permettre de conserver sa propre indépendance. « La fin justifie les moyens » n'est pas une logique acceptable pour le procureur sous peine de sacrifier son indépendance sur l'autel de la culture du résultat et de prendre le risque de l'injustice. Peut-être est-il utile de rappeler que le procureur est l'avocat de la loi et pas celui de l'Etat²⁹. L'action de l'avocat pénaliste doit donc être de questionner le dossier, l'enquête, les preuves, même durement. Attaquer gratuitement la probité de l'homme ou de la femme qui assure l'accusation (ou l'enquêteur ou le juge d'instruction qui a réalisé l'enquête) est par contre à proscrire. Ces gens sont des femmes et des hommes comme vous et moi qui méritent le respect. Tout avocat n'a-t-il pas juré « de ne point s'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques »?

27 https://fr.wikipedia.org/wiki/Derk_Wiersum

28 « Comme elle est créatrice de droits, la formalité de l'inculpation est obligatoire lorsque le juge d'instruction conclut à l'existence d'indices sérieux de culpabilité à charge d'un suspect » in M.-A. BERNAERT, H. D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, op. cit., p. 760.

29 Il arrive ainsi que le procureur intervienne devant la Cour constitutionnelle et défende une position qui n'est pas celle défendue par l'Etat. Voir p.ex. Cour Const., 26 mai 2004, arrêt 95/2004 (question préjudicielle posée par le tribunal de la jeunesse à la demande du parquet. Le conseil des Ministres et la Communauté française défendant une réponse négative à la question).



La question de l'indépendance de l'avocat face au pouvoir judiciaire peut faire l'objet de plusieurs approches. Ici aussi, tout est question d'équilibre: il s'agit de garantir la balance entre des indépendances toutes aussi indispensables l'une que l'autre. Depuis de nombreuses années, la question de la figure de l'avocat appelé à siéger au siège ou au ministère public comme magistrat suppléant pose question. Est-il réaliste ou souhaitable qu'un avocat puisse être à la fois partie et juge³⁰?

Parfois certaines législations peuvent mettre tout le monde au pied du mur. La loi du 22 juillet 2018 ayant introduit le statut du collaborateur de Justice, à savoir le « repenti », en droit belge³¹ a ainsi mis l'avocat comme le procureur dans une situation délicate quant à leur secret professionnel en ne garantissant pas une phase de confidentialité lors de la négociation de départ. Pour accorder le statut de repenti, le procureur doit en effet vérifier que les déclarations du candidat sont « substantielles, révélatrices, sincères et complètes concernant la participation de tiers et, le cas échéant, sa propre participation, au sujet d'infractions commises ou ayant fait l'objet d'une tentative,

³⁰ Sur le site d'Avocats.be dans un texte sur la déontologie on peut lire : « Cette fonction de juge suppléant est assumée occasionnellement par un avocat qui remplace le magistrat en fonction. L'avocat qui exerce cette fonction de juge suppléant doit le faire avec une particulière délicatesse afin que le justiciable ne puisse mettre en doute l'impartialité du tribunal. » in https://avocats.be/sites/default/files/texte_deontologie.pdf

³¹ Loi du 2 juillet 2018 modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les promesses relatives à l'action publique, à l'exécution de la peine ou à la détention consenties à la suite d'une déclaration dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme, MB, 7 août 2018, p. 62054.

visées à l'article 90ter, §§ 2 à 4, et énoncées dans un mémorandum.»³² Pour permettre au procureur de vérifier tout cela, en plus des conditions légales de proportionnalité et de subsidiarité, l'avocat doit lui expliquer bien plus que la seule volonté de son client d'obtenir le statut en question. Comme le souligne la Cour constitutionnelle, le procureur est de son côté le seul à avoir une connaissance suffisante du dossier pour vérifier si les conditions légales sont remplies³³. Quid si ce n'est pas le cas? Le procureur doit-il dresser procès-verbal avec ce qu'il a appris au risque de miner le lien de confiance avec l'avocat? L'avocat ne risque-t-il pas alors que son client lui reproche d'avoir excédé les limites de son mandat et violé son secret professionnel? Il y a là une modification d'urgence à réaliser pour prévoir une phase confidentielle à cette procédure³⁴.

La question de l'immunité de plaidoirie est peut-être celle qui est la plus symbolique de cet angle de vue de l'indépendance de l'avocat. Cette immunité doit-elle être totale comme certains le revendiquent ou, au contraire, convient-il qu'elle soit circonscrite par la loi pénale d'une part et la seule salle d'audience de l'autre? L'article 452 du code pénal institue une immunité pour « les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux » à condition que ces écrits soient relatifs «

³² Voir l'article 216/1 du Code d'instruction criminelle.

³³ Cour const., arrêt n°16/2020, 6 février 2020, pt B.7.2.

³⁴ Pour un aperçu des difficultés que présente cette législation, voir la Mercuriale du Procureur général d'Anvers prononcée le 1er septembre 2021; Y. LIEGEOIS, « De spijtoptant of een onverteerbare brok procedure », RW, 2021-22, n° 7, pp. 270-290.

à la cause ou aux parties ». Cette immunité ne vaut d'ailleurs pas que pour l'avocat mais aussi pour le procureur (ce que certains ont tendance à oublier) et se limite au caractère diffamatoire et blessant que pourrait avoir la plaidoirie pour autant que celle-ci ait un lien avec le dossier. Il n'est pour moi par raisonnable qu'elle soit interprétée comme couvrant les déclarations sur les plateaux de télévision, dans les journaux ou encore les réseaux sociaux.

On a récemment fait grand cas d'un jugement, rendu en première instance, ayant acquitté un avocat poursuivi pour avoir invoqué, sur un plateau de télé et dans une lettre adressée au Parlement, une supposée manipulation du ministère public par la partie civile³⁵. De façon surprenante, la décision déduit l'absence d'intention méchante du fait que les arguments développés à la télévision sont les mêmes que ceux de sa plaidoirie alors même que ces arguments avaient été écartés par le président de la cour d'assises devant laquelle ils avaient été développés³⁶. Si une telle interprétation venait à se généraliser, elle me paraîtrait hautement problématique. Il n'est certainement pas exclu, surtout depuis l'arrêt Morice³⁷ de la CEDH, que l'avocat défende son client dans les medias quoiqu'il soit à mon avis conseillé d'user de cette possibilité avec prudence. Toutefois, si la jurisprudence venait à élargir les champs d'application de l'article 452 du code pénal à la sphère médiatique, encore faut-il se rappeler que cela autoriserait également le ministère public à expliquer dans les détails sa position dans les medias. Est-il souhaitable d'externaliser ainsi un débat souvent technique dont le format médiatique actuel a tendance à gommer toutes les nuances? La Justice ne peut décemment se réduire à un tweet. Cela reviendrait aussi à sacrifier son indépendance sur l'autel de la communication.

Lorsqu'on reçoit un privilège légal tel que l'immunité, il est nécessaire de ne pas perdre de vue sa raison d'être: garantir le caractère contradictoire des débats et l'égalité des armes tout en observant les règles déontologiques applicables devant cette juridiction. Cette dernière disposition assure l'impunité à un avocat lorsqu'il n'est pas d'accord avec un juge, le procureur ou une autre partie et qu'il poursuit sa cause avec véhémence afin de respecter ses obligations envers son client et sa propre conduite professionnelle. Il s'agit donc d'un corolaire logique de son indépendance, une sorte de liberté d'expression étendue. «La liberté d'expression d'un avocat en fonction des droits de la défense est importante. Les avocats ont un rôle fondamental dans l'Etat de droit. Ils ont, en tant qu'intermédiaires entre le citoyen et la pouvoir judiciaire un rôle clef. Ils doivent être libres d'exprimer des critiques à l'encontre des enquêteurs, juge d'instruction et ministère public, même si cela se déroule via des propos inappropriés ou dénigrants dans le cadre du traitement d'un affaire. »³⁸

Cependant, l'immunité prévue par l'article 452 du code pénal n'est pas absolue au point de couvrir des actions qui ne sont pas couvertes par la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la CEDH. La Cour de cassation a jugé encore récemment que s'il y avait bel et bien infraction pénale (en l'occurrence

35 D. VOORHOF, "Rechter vrijwaart immunititeit van pleidooi van advocaat Van Steenbrugge", in *De Juristenkrant*, n° 418, 18 novembre 2020, p. 6-7. L

36 *TC Gand*, 29 octobre 2020, n° 2020/3042 (indébit).

37 CEDH, gr. ch., 23 avr. 2015, *Morice c/ France*, n° 29369/10.

38 *HvB Antwerpen*, 24 februari 2021, C/291/2021, p. 20 (indébit).

menace avec ordre et sous conditions) l'article 10 de la CEDH ne pouvait être invoqué³⁹. En condamnant un avocat pour avoir proféré, dans la salle d'audience, des menaces sous ordre et condition à l'égard d'un magistrat du Ministère public, la cour d'appel d'Anvers rappelle fort judicieusement que « le ministère public aussi a une rôle sociétal essentiel, en tant que gardien de l'ordre public. Il intervient pour la recherche et la poursuite des délits et en général le respect de l'ordre juridique. Les membres du ministère public doivent se sentir libres de rechercher des délits et de les poursuivre sans avoir peur de menaces. Ceci est essentiel dans un état démocratique. Tout comme la liberté des avocats dans leur plaidoirie protège l'État de droit, la qualification pénale de menaces exprimées à l'encontre du ministère public, même lorsque cela se passe lors du traitement d'une affaire, protège tout autant l'état de droit. » Une fois de plus l'indispensable indépendance ne rime pas avec la liberté de faire n'importe quoi, qui serait couverte par une immunité absolue. Comme le disait, le célèbre magistrat français Pierre TRUCHE : « la parole est libre, mais à condition qu'elle soit conforme au bien de la Justice. »⁴⁰

“Ik zie advocaten die gemandateerd worden door een criminele organisatie en dat doet de wenkbrauwen fronsen. Zonder druk van een criminele organisatie zouden advocaten nooit regels overtreden maar hun familie wordt zo onder druk gezet dat ze het wel doen.”

Frédéric Van Leeuw

La liberté d'être indépendant

Un des plus grands défis qui se pose, selon moi, à l'avocat sur le plan moral (mais aussi au barreau à qui revient la responsabilité première d'édicter des règlements déontologiques) et celui d'éviter que l'avocat qui, par essence, défend des intérêts privés n'en oublie combien sa fonction est importante pour la société toute entière. Je pense que l'avocat doit être attentif à cet aspect des choses dans un monde où le repli sur soi est à la mode et où les intérêts privés prévalent de plus en plus sur les intérêts collectifs. Cela justifie d'ailleurs pourquoi l'avocat n'est pas esclave de celui qui le mandate. Si on va trop loin dans cette démarche individualiste, les équilibres sont rompus. Cela autoriserait le règne de la loi du plus fort et finirait finalement par ne garantir l'indépendance que de quelques-uns, et encore. A l'inverse, le magistrat du parquet qui, à travers la défense de

39 *Cass.*, 27 novembre 2018 (indébit).

40 *Le procureur de Paris, F. Molins a fait inscrire cette phrase sur les murs des nouveaux locaux du parquet de Paris à son inauguration en 2018. Elle m'a frappée dès que je l'ai lue. Voir F. MOLINS, "Hommage rendu à Pierre Truche, premier président de la Cour de cassation (1996-1999) et procureur général près cette Cour (1992-1996)", <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2020/09/28>*

la Loi, est censé adopter une vision plus collective, doit toujours garder à l'esprit que la Loi est faite pour l'homme et non l'homme pour la Loi. Le défi est finalement similaire mais en miroir.

Pour conclure, j'aimerais enfin aborder la question de cette indépendance d'esprit que nous devons tous veiller à conserver. Car en réalité, nous sommes souvent notre meilleur ennemi. Les réflexions qui précèdent devraient nous faire comprendre que l'indépendance ne va pas de soi. L'indépendance est un privilège, une liberté qui n'est pas donnée à tout le monde. Comme le soulignait Hannah Arendt, elle n'est l'apanage que de ceux qui sont « libres d'être libres », c'est-à-dire aux quelques rares qui « sont délivrés non-seulement de la peur, mais aussi du besoin. » L'avocat, pour être réellement indépendant, ne doit pas oublier qu'à travers son magistère, il défend aussi un intérêt collectif à savoir celui de la Justice. L'indépendance est parfois détournée pour justifier une attitude peu courtoise, voire conflictuelle au cours des audiences et dans les médias. Se draper dans son indépendance pour justifier ce genre de comportement revient à tuer l'essence de cette liberté accordée dans un but précis en créant un lien de subordination bien plus subversif.

En effet, la logique de l'indépendance peut entraîner sa propre perte si elle se déploie dans un cadre qui est restreint dès le départ. Parfois, nous laissons s'installer l'amertume et entretenons un climat agressif. Cela arrive quand nous considérons l'indépendance comme un statut, que nous avons peur de perdre, et plus comme un privilège, qui nous est offert dans un but précis. Cela ne peut que limiter de plus en

plus notre champ de vision jusqu'à le laisser prendre en otage par nos propres frustrations. C'est ce qui arrive actuellement à mal de nos contemporains, qui malgré les ressources dont ils disposent se laissent guider par l'inimitié voire la haine. La philosophe et psychanalyste Cynthia Fleury décrit remarquablement ce processus : « l'impact du ressentiment attaque le sens du jugement. Ce dernier est vicié, rongé de l'intérieur ; la pourriture est là. Désormais, produire un jugement éclairé devient difficile alors que c'est la voie rédemptrice. (...) La faculté de jugement se met alors au service du maintien du ressentiment. (...) La morale des esclaves se joue déjà ici, dans le fait de se soumettre à la rumination. »

Le mot « esclave » est fort, mais il est judicieux. Car un tel processus nous guette tous et nous devons y être attentifs voire nous entraider pour ne pas y succomber. Lorsque cela nous arrive, nous perdons notre indépendance la plus essentielle: notre indépendance d'esprit. Nous oublions que la raison profonde de notre indépendance est de nous permettre de faire œuvre de Justice et de contribuer sans cesse à améliorer notre vivre ensemble, bien commun par excellence. L'hostilité, l'amertume, la rumination ne rencontrent assurément pas cette finalité. Notre indépendance n'a de sens que si en tant qu'acteurs essentiels de la Justice, nous arrivons ensemble, sans être subordonnés l'un à l'autre mais dans un élan commun, à faire diminuer le niveau de l'amer. A nous de jouer donc !

Frédéric VAN LEEUW - Procureur fédéral



Secret professionnel de / Maître Patrick Henry l'avocat : état de la question

Monsieur le Commissaire européen, mesdames et messieurs les parlementaires, mesdames, messieurs, chers confrères,

- marchés publics;
- services, produits et marchés financiers et prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme;
- sécurité et conformité des produits;
- sécurité des transports;
- protection de l'environnement;
- radioprotection et sûreté nucléaire;
- sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale, santé et bien-être des animaux;
- santé publique;
- protection des consommateurs;
- protection de la vie privée et des données à caractère personnel, et sécurité des réseaux et des systèmes d'information;
- intérêts financiers de l'Union;
- concurrence et aides d'État;
- impôt sur les sociétés ou dispositifs destinés à obtenir un avantage fiscal qui va à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la législation applicable en matière d'impôt sur les sociétés.

Telles sont les matières pour lesquelles la Directive 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 prie les Etats membres de légiférer pour assurer « un niveau élevé de protection des personnes signalant des violations du droit de l'Union »¹, c'est-à-dire ce que nous appelons communément des lanceurs d'alerte.

Certes, la directive précise en son article 3 qu'elle « n'affecte pas l'application du droit de l'Union ou du droit national concernant ... la protection du secret professionnel des avocats et du secret médical », ainsi que « le secret des délibérations judiciaires ».

Mais, depuis le 6 juillet 2017, date de l'entrée en vigueur de la loi dite « Pot-pourri V », l'article 458 du Code pénal, qui protège le secret professionnel se lit comme suit : « Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice [ou devant une commission d'enquête parlementaire] et celui où la loi, [[le décret ou l'ordonnance]] les oblige [[ou les autorise²]] à faire connaître ses secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement [[d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement]] ».

Lorsque ces trois mots, « ou les autorise », ont été inséré dans ce texte séculaire, nous n'y avons pas vu malice.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937>, articles 1 et 2.

² Le texte original date du Code pénal de 1867. Il ne diffère pas fondamentalement de celui de l'article 378 du Code pénal de 1810. Il a été modifié à deux reprises, d'abord par la loi du 30 juin 1996 (dispositions reproduites entre []) puis par la loi dite « Pot-pourri V », du 6 juillet 2017 (dispositions reproduites entre []).

Certes les dispositions applicables en matière de prévention du blanchiment de capitaux³ obligent les avocats, sauf lorsqu'ils exercent leurs missions de défense et de conseil⁴, par opposition à, pour faire bref, leurs missions de rédacteurs d'actes, à introduire une déclaration de soupçon lorsqu'ils suspectent pareille opération dans le chef de leurs clients.

Mais, hormis cette hypothèse, il n'y avait, à l'époque, guère de texte qui autorise ou, a fortiori, oblige les avocats à trahir les confidences que leur confient leurs clients.

Même en matière de protection des personnes vulnérables, l'article 458quater du Code pénal fait échapper les avocats aux dispositions exceptionnelles qui permettent, voire obligent, aux autres professionnels assujettis au secret de dénoncer des comportements qui emportent un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale du mineur ou de la personne vulnérable⁵.

Cette adjonction ne semblait donc pas avoir de grandes conséquences.

Mais, depuis, l'Europe est passée par là à deux reprises. D'abord, par la directive 2018/822 du 25 mai 2018 qui prévoit l'imposition d'une obligation de divulgation à charge de tous les professionnels qui participent à l'élaboration de stratégies

³ Dans son dernier état, Directive 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 ; loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces.

⁴ Cour constitutionnelle, 23 janvier 2008, J.L.M.B., 2008, p. 180 et obs. F. ABU DALU, « A qui perd gagne » ; J.T., 2008, p. 501 et obs. G.A. DAL et J. STEVENS, « La Cour constitutionnelle et la prévention du blanchiment de capitaux : le rappel à l'ordre » ; R.W., 2009, p. 90, et obs. J. STEVENS et G.A. DAL, « Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 23 januari 2008 en de preventie van het witwassen : de Ordes halen hun gelijk » ; Cour Eur. D. H., 6 décembre 2012, J.L.M.B., 2013, p. 16, et obs. F. DELEPIERE, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration à la CTIF : est-ce le seul et vrai problème ? Ne se trompe-t-on pas dangereusement de débat ? » et de G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration à la CTIF : ne s'est-on pas plutôt trompé de législation ? » ; J.T., 2013, p. 5 ; voyez aussi Y. OSCHINSKY, « Le blanchiment et l'arrêt Michaud », in *L'avocat - Liber amicorum Georges-Albert Dal, Larquier*, 2013, p. 697.

⁵ La Cour constitutionnelle avait déjà consacré cette solution : Cour constitutionnelle, 26 septembre 2013, La Tribune d'AVOCATS.BE, du 10 octobre 2013, n° 39 et obs. P. HENRY « La Cour constitutionnelle rappelle à nouveau le caractère fondamental du secret professionnel des avocats », J.L.M.B., 2013, p. 2025 et obs. G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « L'avocat, le confident, la victime, l'article 458bis du Code pénal et la Cour constitutionnelle ».

visant à réduire la charge fiscale qui pèsent sur leurs clients⁶, c'est-à-dire ce que nous appelons l'optimisation fiscale, soit la combinaison de procédés licites visant à réduire la charge de l'impôt, par opposition à la fraude fiscale, à laquelle il a toujours été interdit aux avocats de s'associer, pas plus qu'ils ne peuvent participer à la commission d'une quelconque infraction.

Puis par cette seconde directive sur les lanceurs d'alerte.

La tâche qui pèse sur notre législateur, chargé de transposer ces directives, est donc particulièrement délicate.

Jusqu'où peut-on autoriser une personne astreinte au secret professionnel à trahir les confidences qu'elle a reçues ? En étant conscient que la théorie du secret partagé n'astreint pas que le professionnel lui-même mais aussi ceux qui collaborent avec lui : collaborateurs, assistants, stagiaires, secrétaires... D'ailleurs que sont donc les fameux Panama papers ou Pandora papers sinon des violations massives du secret professionnel par des collaborateurs de cabinets d'avocats ?

Jusqu'où peut-on autoriser une personne astreinte au secret professionnel à trahir les confidences qu'elle a reçues ?

Patrick Henry

Je laisse la question en suspens et j'en aborde une seconde.

Le secret professionnel couvre donc tous les éléments confidentiels que l'avocat a reçu dans l'exercice de sa profession⁷. Que ces renseignements proviennent du client lui-même ou d'un tiers. On entend par là, notamment, les correspondances échangées avec le client, les notes d'entretien, les extraits de comptes bancaires, les projets d'actes de procédure, les courriels ou autres communications électroniques,

Il protège aussi les échanges oraux que l'avocat a avec son client, que ce soit par des communications téléphoniques ou par des entretiens physiques. Quels qu'ils soient, ces entretiens doivent toujours avoir lieu, selon l'expression de la Cour

6 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0822&from=FR> . Voyez déjà Rapport O.C.D.E. : *Improving Co-operation between Tax and Anti-money laundering authorities*, septembre 2015, <http://www.oecd.org/ctp/crime/report-improving-cooperation-between-tax-anti-money-laundering-authorities.pdf> ; Communication de la Commission de l'U.E. du 5 juillet 2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0451&qid=1468339396091&from=FR>.

7 Pour un bel exemple, voyez l'arrêt Laurent de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 mai 2018, J.L.M.B., 2018, p. 1604.

européenne des droits de l'homme, « hors de l'ouïe d'un tiers »⁸.

D'où les réactions scandalisées du barreau lorsque le cabinet néerlandais Prakken de Oliveira, spécialisé dans le droit pénal, fut mis sur écoutes systématiques⁹, lorsque l'on apprit que les communications que Julian Assange, alors réfugié dans l'ambassade d'Equateur à Londres, avait avec ses avocats étaient systématiquement interceptées par une société privée¹⁰ ou lorsque l'on découvrit qu'une zone de police de Flandre orientale enregistrait systématiquement les entretiens entre les personnes en garde à vue et les avocats chargés de les assister dans le cadre de ce que nous appelons les permanences Salduz¹¹.

Mais le cabinet d'un avocat n'est pas non plus un « asyle sacré » où l'on pourrait dissimuler les preuves d'un délit que l'on a commis, qu'il s'agisse de l'arme du crime ou, par exemple, d'une comptabilité frauduleuse. C'est ce qui explique que des perquisitions puissent bien sûr être menées dans des cabinets d'avocats, pour autant cependant que l'on s'entoure des garanties nécessaires pour que les informations couvertes par le secret soient filtrées. En pratique, par la présence d'un délégué du bâtonnier qui fait le tri entre les documents avant qu'ils soient examinés par le juge d'instruction ou les enquêteurs. La Cour européenne des droits de l'homme a répété à de nombreuses reprises la nécessité de ce tri¹².

Cette vieille garantie est aujourd'hui de plus en plus émoûsée. Pour trois raisons.

D'abord, parce que les moyens de surveillance à disposition tant des Etats que des sociétés privées sont devenus extraordinairement invasifs et performants : des spywares de la CIA au logiciel israélien Pegasus, on ne compte plus les intrusions dans nos données, qu'elles soient personnelles ou professionnelles. Et il est bien difficile de se protéger pour des professionnels qui ne disposent pas des moyens illimités de ceux qui tentent de surprendre leurs secrets.

Ensuite parce que le rôle de filtre habituellement dévolu aux autorités ordinales est de plus en plus difficile à exercer. Comment examiner avant les enquêteurs les fichiers saisis sur un ordinateur, spécialement lorsqu'il aura fallu forcer des défenses pour y accéder ? Et puis, le jeu est-il toujours correctement joué ? Les écoutes téléphoniques, méthodes

8 *Cour Eur. D. H., arrêts S. / Suisse du 28 novembre 1991, Brennan / Royaume-Uni du 16 octobre 2001 ou Ocalan / Turquie du 12 mars 2003. Voyez sur ce point D. SPIELMANN, «Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne, Larcier, 2010, p. 41.*

9 Voyez La Haye, 27 octobre 2015, J.L.M.B., 2016, p 1033.

10 <https://latribune.avocats.be/interception-des-communications-entre-julian-assange-et-ses-avocats/>

11 <https://avocats.be/sites/default/files/Carte%20blanche%20d%27AVOCATS.BE170521.pdf>

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



particulières de recherche et de renseignements, prévues par l'article 90octies du Code d'instruction criminelle, les lois des 6 janvier 2003, 27 décembre 2005 et 4 février 2010, peuvent être entreprises à l'égard des avocats à trois conditions : d'abord, pour la recherche d'infractions particulièrement graves ; ensuite, lorsque l'avocat est soupçonné de s'associer à la commission de ces infractions ou que des faits précis laissent présumer que des tiers utilisent son cabinet à ces fins ; enfin, moyennant l'avertissement préalable du bâtonnier ou, selon le cas, du président de l'Ordre communautaire. Il n'est pas rassurant de constater que presque aucun bâtonnier ou président n'ait jamais reçu pareil avertissement. Pourtant nous avons tout lieu de croire que des avocats sont l'objet de pareilles mesures...

Enfin parce que, et je pèse mes mots, certains trichent. Je vous ai dit que l'avocat ne pouvait jamais s'associer à la commission d'une infraction. Un délit ce n'est jamais l'exercice de la profession d'avocat. Le secret professionnel ne protège donc pas l'avocat délinquant. D'où ce que je nomme la technique de l'ouvre-boîte. Pour avoir accès à des documents protégés par le secret, ne suffirait-il pas d'inculper l'avocat de complicité avec son client ? Tous les échanges entre eux devraient dès lors être examinés afin de vérifier ce soupçon...

Une récente affaire tranchée par la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège illustre cette dérive¹³. Les faits sont simples. Un avocat est approché par un de ses confrères. Celui-ci, en charge d'un dossier délicat (c'est la nébuleuse Nethys) aimerait son concours. Ils conviennent d'un rendez-vous et, en vue de celui-ci, le premier consulté adresse au second une lettre pour lui exposer les tenants et aboutissants de l'affaire. Après ce rendez-vous, le second avocat décline

¹³ Voyez Liège (ch. mises acc.), 18 janvier 2021, J.L.M.B., 2021, p. 857 et obs. P. HENRY, « Secret professionnel : condamnation de la technique de l'ouvre-boîte ».

le dossier. Quelques mois plus tard, ce second avocat est lui-même consulté par un autre protagoniste de la nébuleuse, pour une question accessoire mais complètement distincte. Il accepte ce nouveau dossier. Au cours de l'instruction, une perquisition est ordonnée au cabinet de cet avocat et l'on tombe sur la lettre du premier avocat dans le premier dossier. Le juge d'instruction prétend la saisir. Il est pourtant évident

1. qu'elle est sans rapport avec le second dossier,
2. qu'elle est couverte par le secret (quoi qu'en prétendra le juge saisissant en faisant observer que l'avocat n°2 n'a jamais été le conseil du premier client puisqu'il a refusé de le défendre. Mais il n'est pas sérieusement discutable que les éléments confidentiels contenus dans la lettre ne lui avaient été adressés qu'en sa qualité d'avocat, dans la perspective d'obtenir son intervention). La chambre des mises en accusation invalidera heureusement la saisie mais n'est-il pas inquiétant qu'il ait fallu aller jusque-là pour aboutir à une solution qui paraît évidente ? Et d'ailleurs de constater que l'arrêt soit rendu contre les réquisitions du Ministère public, pourtant garant de l'ordre public ?

On ne peut que condamner ces pratiques, qui s'assimilent à un détournement de procédure.

Pour qu'un avocat soit mis en prévention, il faut d'abord qu'il y ait des indices précis de sa participation à la commission d'une infraction. Il ne peut s'agir d'un vague soupçon. Et, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a explicitement indiqué dans plusieurs arrêts¹⁴, le mandat de perquisition qui sera, le cas échéant, délivré devra clairement indiquer ces indices et préciser quels sont les éléments qui sont recherchés, à savoir ceux qui pourraient établir sa participation délictueuse.

¹⁴ Voyez, par exemple, arrêts du 15 février 2011, du 3 juillet 2012, du 5 juillet 2012, du 12 février 2015 ou du 17 mai 2018, Wolland/Norvège.

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

Voici deux champs d'attention primordiaux en matière de secret professionnel.

Nous avons la chance, en Belgique, de pouvoir compter sur des hautes juridictions, particulièrement la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, attentives à la protection du secret. Elles sont conscientes que le secret professionnel est la condition sine qua non du procès équitable. La Cour de cassation l'a réaffirmé dans un arrêt de ce 19 octobre 2021¹⁵, en cassant un arrêt de condamnation qui avait refusé d'écarter l'enregistrement d'une conversation entre l'avocat d'un accusé et un des co-accusé de son client. La Cour constitutionnelle avait manifesté la même attention par son arrêt du 24 septembre 2020 en décidant, notamment, qu'en matière de déclaration de soupçon de blanchiment, seul l'avocat consulté pouvait transmettre au bâtonnier les informations justifiant ce soupçon, à l'exclusion de tout autre membre de son cabinet¹⁶. Pas de lanceurs d'alerte au sein des cabinets d'avocats...

Sans la possibilité pour le client de s'exprimer en toute confiance en présence de l'avocat qu'il a consulté, en lui exposant, sans crainte ni retenue, souvent en se trompant puis en rectifiant, ce qu'il a vécu, comme il l'a vécu, en reconstituant avec lui l'enchaînement des faits comme il les a perçus, il n'y a pas de vraie justice mais seulement un jeu de hasard.

Je réitère dès lors la proposition que Patrick Hofströssler et moi-même avons formulée dans notre rapport sur l'avenir de la profession d'avocat. Pour éviter les dérives malsaines que je viens de dénoncer, la tâche de déterminer si une pièce peut, dans certaines circonstances, être saisie malgré l'invocation du secret professionnel, devrait, conformément d'ailleurs aux recommandations de la Cour de Strasbourg, être confiée à un juge indépendant, seulement chargé de vérifier si le secret est invoqué à bon escient : le juge du secret¹⁷.

Seul le juge du secret devrait être autorisé à manier l'ouvre-boîte. Seul le juge du secret devrait être habilité à vérifier si des données confidentielles, surprises dans une perquisition, par des écoutes indirectes, des méthodes particulières de recherche ou de renseignement, des logiciels espions ou des cookies indécents peuvent être utilisées.

Et, puisque c'est à notre législateur que je m'adresse aujourd'hui, puis-je lui demander, lorsqu'il transposera les directives européennes dont je parlais au début de ce bref exposé, ou lorsqu'il sera appelé à adopter d'autres dispositions qui touchent au secret, par exemple en matière fiscale, où les Ordres sont aussi demandeurs d'une clarification, notamment en matière de TVA, d'être attentif à cet équilibre indispensable entre transparence et confiance.

¹⁵ Cass., 19 octobre 2021, P.21.0553.N, encore inédit, à paraître J.L.M.B., 2021.

¹⁶ Cour constitutionnelle, 24 septembre 2020, J.L.M.B., 2020, p 1634 et obs. P. HENRY, « Les avocats et la prévention du blanchiment des capitaux : quelques précisions essentielles pour la protection du secret professionnel ».

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

Ni l'une, ni l'autre ne sont des valeurs absolues. Elles ne sont que des procédés, des techniques, des moyens de protéger des valeurs déterminées. Elles sont au service de la sécurité, de la liberté, de la justice. C'est pourquoi le secret professionnel de l'avocat doit être préservé.

Parce que le secret c'est le droit au droit, la condition nécessaire d'une justice qui satisfasse aux critères d'un Etat démocratique.

“Parce que le secret c'est le droit au droit, la condition nécessaire d'une justice qui satisfasse aux critères d'un Etat démocratique.”

Patrick Henry

Parce que le secret c'est aussi la flamme intérieure d'Antigone, le journal d'Anne Frank, ce qui fait survivre Diego ou, aujourd'hui, je l'espère, nos confrères Nasrin Sotoudeh en Iran, Mohammed al-Roken aux Emirats ou Maksim Znak en Biélorussie, « libre dans sa tête », ce petit mot caché dans un wagon de la mort par un juif belge déporté à Auschwitz, « maman, je ne sais pas où on m'emmène, mais je reviendrai » et que sa mère, à qui cette bouteille à la mer était miraculeusement parvenue a gardé contre son sein pendant des années, jusqu'au retour inespéré de son auteur.

Monsieur le Commissaire européen, mesdames et messieurs les parlementaires, mesdames, messieurs, chers confrère,

Je vous en conjure, résistons au tout transparent, résistons au tout unique, résistons à Big brother. C'est notre modèle de société, issu des lumières et des droits de l'homme, qui est en jeu.

Dames en heren, aan het eind van deze inspirerende dag, krijg ik het woord. Het is het woord van de enige niet-jurist en dat alleen al voelt vreemd aan. Het is het woord van een journalist die, per definitie, meer vragen stelt dan antwoorden geeft. Dat zal u geweten hebben. En toch, toen ik de uitnodiging kreeg, zei ik vrijwel onmiddellijk 'ja', zonder al te veel na te denken. Typisch journalist zal u misschien denken, *agir puis réfléchir*. Het moment speelde evenwel een rol.

Het was begin juli en in Amsterdam was Peter R De Vries op straat neergeschoten. Een paar dagen later zal hij overlijden. Hij overleefde de aanslag niet. Het was niet alleen een aanslag op hem. Het was ook een aanslag op de rechtsstaat. De Vries, gerenommeerd journalist, stond ook als een vertrouwensfiguur, noem het juridisch adviseur, kroongetuige Nabil B bij. De Vries vormde een team met twee advocaten die op hun beurt de opvolgers waren van Derk Wiersum, advocaat die een jaar eerder al geliquideerd werd. Dit alles speelt zich af in de context van een zoveelste groot drugsproces, de Marengozaak, waarbij verschillende kopstukken van de georganiseerde misdaad terechtstaan.

De georganiseerde misdaad en strafpleiters, dat is een spanningsveld waar ik vanop de zijlijn vaak verbaasd sta naar te kijken. De relatie tussen advocaat en cliënt, verdedigt de een de ander of manipuleert de ander de een?

De aanslagen op Peter R De Vries en eerder op advocaat Derk Wiersum brachten schokgolven teweeg. Het waren ook emotionele schokgolven met een hoog 'alles-wordt-erger-sentiment' waarbij, zo gaat dat met emoties, ook gevoelens van onmacht en angst werden geuit. Nochtans is het in wezen geen nieuwe discussie. Ik zag eerder al variaties op hetzelfde thema.

Toen ik mijn eerste stappen zette in de kandidatuur criminologie, dat was in 1979, werd hier in Brussel, advocaat Michel Graindorge gearresteerd. Hij werd ervan verdacht actieve medewerking te hebben verleend aan misdadiger François Besse die tijdens een zitting van de rechtbank, een wapen van onder een bank nam, en zo, gewapenderhand, de weg naar de vrijheid nam.

Michel Graindorge werd vrijgesproken in februari 1980, vrijspraak die nota bene amper 5 maand later door het hof van beroep werd bevestigd. Toen ging het nog snel hier in Brussel. Uit de rechtszaak bleek, zo werd het minstens toch door de betrokkene ervaren, dat men hem viseerde omwille van zijn engagement. Zijn bezoek aan de leden van de Rote Armee Fraction in de Stamheimgevangenis waren verdacht net zoals zijn verdediging van de Duitse advocaat Klaus Croissant. Graindorge schreef over zijn ervaringen het boek 'De krachtmeting' en dat woord vat goed samen waar het om draait. Net sprak ik nog over het spanningsveld maar je zou het net zo goed als een strijdtoneel kunnen omschrijven. Wie is de sterkste? En welke wapens mogen door wie worden gebruikt? En hoe zit het met die fameuze wapengelijkheid?

Hier en nu: wat is het effect van de georganiseerde criminaliteit, noem het de drugsmafia, op het werk van strafpleiters? Hoe komt het dat het crimineel milieu zo is kunnen verharden, zo

buitensporig gewelddadig ook is kunnen worden, zo machtig vooral. De Nederlandse officier van Justitie Theo Hofstee kreeg de vraag of we de zware criminaliteit nog wel een halt kunnen toeroepen. "Ondermijning inperken kon nog wel, dacht hij „maar een halt toeroepen wordt onmogelijk. Daarvoor is het verdienmodel van criminaliteit te groot en zijn onze logistieke sector en financiële dienstverlening te goed," zo zei hij. Gegeven de verwevenheid van de drugshandel tussen Nederland en België, is het geoorloofd om dezelfde vragen ook over ons land te stellen.

In het jongste jaarverslag van de oel voor Financiële Informatieverwerking, lees ik dat van de 28.649 meldingen die vorig jaar binnen kwamen, er wel geteld 17 van advocaten kwamen. Dat is 0.05 procent.

Nu weet ik ook wel dat er een specifieke anti-witwaswetgeving is voor advocaten, en dat het Grondwettelijk Hof ook heeft aangegeven dat deze het recht op bijstand en het daarbij horende beroepsgeheim niet mag beperken. Maar toch, 0,05 procent... Veel is het niet te noemen.

Het is niet echt een kerntaak van de advocaat om de overheid te helpen misdaad te bestrijden zal u zeggen. Ieder zijn job. Juist. Maar impliceert dat dat het omgekeerde wel moet kunnen? De advocaat als *consigliero*? Want dat er enorme sommen geld omgaan in de drugshandel, is een feit.

Erik Heijdelberg, oud-directeur van het Pieter Baan Centrum, dat is de psychiatrische observatiekliniek in Nederland waar verdachten van ernstige delicten onderzocht worden, kreeg de wind van voren toen hij in een opiniestuk schreef het schokkend te vinden dat delen van de advocatuur die jonge, zeer gewelddadige criminelen bijstaan, in woord en beeld aansluiten bij een verkeerd begrepen machocultuur van criminaliteit en geweld.

"Dure auto's, horloges en Italiaanse maatpakken ademen een cultuur van 'consiglieri', adviseurs van de mafia. Wie sommige advocaten de rechtszaal ziet binnengaan, ziet een casting die in films als The Godfather of The Irishman niet zou misstaan. In advertenties in bijvoorbeeld het Bajesblad ademen sommige advocaten de sfeer van een gezamenlijke strijd met hun cliënten tegen de rechtsstaat, eerder dan het in stand houden daarvan. Op zijn minst een discussie waard."

Geef de man in zijn conclusie eens ongelijk.

Ik wil niet vervallen in stemmingmakerij maar wie in Vlaanderen de reeks 'Justice for all' zag, kan zich bij het geschetste beeld iets voorstellen. Al kan dat nog weggezet worden als publiciteit en imagebuilding.

"Hoe onafhankelijk is de media van de advocaat en omgekeerd? Dat is een discussie waard."

Dirk Leestmans

Ach, blaffende advocaten bijten niet, hoorde ik een advocaat zeggen, wellicht niet voor niets een civilist.

Sommige strafpleiters schijnen dat mediaspel zeer goed te beheersen. Ook dat is een boeiende discussie: hoe afhankelijk zijn media van advocaten en (...) omgekeerd. Media contacteren graag advocaten maar laten we wel wezen, het omgekeerde is ook waar.

Al moeten wij, media, hier misschien toch ook eens de hand in eigen boezem steken. Waarom voeren we altijd maar dat handjevol strafpleiters op? Waarom cultiveren we dat beeld van toppleiter? Wat stelt dat eigenlijk voor, dat begrip?

Waarom zijn we zo weinig kritisch ten aanzien van, laat het me media advocaten noemen? Waarom blijven wij media, dat beeld van de advocaat als enige hoeder van de rechtsstaat zo kritiekloos cultiveren. Het zorgt minstens voor een scheefgetrokken want eenzijdig debat.

Ik schrik soms toch van de verbale agressiviteit als ik sommige strafpleiters hoor, buiten maar ook in de rechtszaal.

Zo wordt het spel nu eenmaal gespeeld, krijg ik dan te horen.

Maar in voetbaltermen: speelt iedereen nog wel de bal en niet de man/vrouw? Onlangs sprak het Hof van Cassatie zich hierover ook nog uit en bevestigde daarmee de veroordeling van een advocaat wegens bedreigingen en smaad ten aanzien van een magistraat.

Het lijkt erop dat het verdedigen van verdachten soms overgaat in het destabiliseren van de gang van zaken.

In wiens belang is dat?

Het belang van de rechtsstaat, hoor ik strafpleiters haast uni sono roepen. Zelfs door louter en alleen het individu te vertegenwoordigen, dien je ook het algemeen belang, zo luidt de voorspelbare retoriek. Er zijn te veel onregelmatigheden in het onderzoek. En politie en OM komen te makkelijk weg met valse processen-verbaal of houden ontlastend materiaal achter.

(...)

It takes two to tango en als er sprake is van polarisering moeten we ook naar de andere kant kijken. In de al eerder genoemde Marengozaak ging het Openbaar Ministerie wel erg ver, letterlijk, door twee advocaten te laten schaduwen toen ze een cliënt in Dubai bezochten.

Het OM hoopte zo de woonplaats van een verdachte te weten te komen. Een betrokken advocaat omschreef het gedrag van het Openbaar Ministerie als dat van

“aanklager, rechter en beul tegelijk.”

Volgens hem is er sprake van

“boos opzet waarbij lastige mensen in toga doelbewust beschadigd worden.”

Ook in ons land zijn er strafpleiters die zich gevisieerd voelen door overijverige onderzoeksrechters die, zo heet dat dan, een signaal willen geven, een punt willen maken, door hen in verdenking te stellen.

Gerard Spong, de nestor van de Nederlandse strafpleiters, merkte op dat de verharding best wel eens zou kunnen samenhangen met de invoering van bijzondere opsporingsmethoden zoals pseudokoop, deals met criminelen en niet in het minst de inzet van kroongetuigen en pentiti. Sommige strafpleiters weigeren overigens principieel een



pentiti te verdedigen. Ze vinden het te gevaarlijk en het is ook slecht voor de omzet: ‘zware’ jongens willen geen advocaat die ‘verklikkers’ bijstaat.

Advocaten lopen niet alleen een risico vereenzelvigd te worden met hun cliënt, waarbij de overheid in elk geval meer oog heeft voor de veiligheid van de cliënt dan voor die van de advocaat. Advocaten worden zo ook deel van een onderhandelde justitie. Opmerkelijk is wel dat recent twee mensen werden veroordeeld voor de moord op advocaat Wiersum en in het vonnis staat o.a. te lezen dat het feit dat hun slachtoffer een advocaat was, een strafverzwarende omstandigheid is.

Het minste wat we kunnen opmerken is dat de verharding in het criminele milieu zich verplaatst naar de rechtszaal, de plek waar recht gesproken wordt maar waar vooral belangen worden afgewogen. En welk belang verdedigen sommigen advocaten dan?

Het is duidelijk dat kopstukken van de georganiseerde misdaad graag willen weten hoe een onderzoek vordert. Advocaten zijn een potentiële bron.

Ik vertel niets nieuws. Strafpleiters weten dat. Zij krijgen bezoek van handlangers, zij worden gebruikt, zij worden onder druk gezet. En dan is de hamvraag: laat je je gebruiken, weersta je aan de druk?

Antwoord op die vraag komt er, zo mogen we aannemen, uit het gigantische Sky ECC onderzoek waarbij de politie erin geslaagd is duizenden versleutelde berichten te kraken.

Burgemeester De Wever zei toen het nieuws bekend geraakte, met het cynisme hem eigen, dat velen in Antwerpen zitten te bibberen in hun bed. Als burgervader weet hij wellicht goed wat er allemaal in zijn stad gebeurt.

Minstens twee advocaten hebben de balie in Antwerpen, als gevolg van dit onderzoek, al moeten verlaten. En de kans is inderdaad reëel dat anderen zullen volgen.

Wat maakt dat strafpleiters zich laten gebruiken? Is het hun eigen coke verslaving? In een aantal gevallen is dat zeker zo. Is het een gebrek aan ruggengraat? Mateloze ambitie? Ook dat klopt. Is het de verleiding van het snel verdiende geld en de verblinding van blingbling? Ja. Lees het boek van Teun Voeten hierover. Zijn het familiebanden, zoals recent bleek in Nederland, met de arrestatie van advocaat Youssef T, neef van crimineel Ridouan Taghi.

Schone handen houden in een vuil spel, is niet altijd even makkelijk. Vorig jaar werd in Antwerpen alleen al ruim 65.000 kilo cocaïne in beslag genomen, goed voor een straatwaarde van ruim 5 miljard euro. Het leidt ons te ver dat cijfer te analyseren maar u merkt het belang, het financiële belang, de business. Wat is de plaats van een advocaat in dat businessmodel?

“Net zoals legale organisaties hebben ook criminele organisaties een juridische afdeling”, zo zei de Amsterdamse officier van justitie RASKER. „De advocaat zal erop toezien dat de verdachten niet te veel zeggen over elkaar, over hun directe contacten of hun opdrachtgever.”

In politie en parketkringen wordt gezegd dat advocaten zich te gemakkelijk voor het karretje van de criminelen laten spannen. Politie en justitie zeggen veel informatie over advocaten te hebben die ver over de schreef gaan en dat het zelfreinigend vermogen onder advocaten te gering is.

Maar daar staat tegenover dat het aantal strafzaken tegen advocaten erg beperkt is. Waar is het bewijs voor die stelling van criminele betrokkenheid dan?

Net dat laatste, of beter gezegd het gebrek daaraan, doet strafpleiters dan weer steigeren. ‘Vertrouw erop dat advocaten onafhankelijk het recht dienen’, schreven twee strafrechtadvocaten in een opiniestuk vanwege deze, ik citeer, „schandelijke”, niet onderbouwde beschuldiging.

Maar tegelijk hoor ik strafpleiters zeggen dat vertrouwen goed is maar controle beter. Geldt die stelling dan alleen t.a.v. politie en parket en niet t.a.v. de eigen beroepsgroep?

De beroepsgroep moet natuurlijk niet ‘en masse’ in de beklagdenbank terechtkomen maar de discussie moet wel gevoerd worden. Ik beweer niet dat dit een taboe onderwerp is maar echt openlijk wordt er toch ook niet over gesproken. Leg uw oor te luisteren in advocatenkringen en ze fluiten.

Waarom worden tuchtrechtelijke beslissingen van de orde eigenlijk niet publiek gemaakt? Als advocaten geschorst worden, tijdelijk of definitief, weten we dat niet. Waarom wordt daar niet transparanter over gecommuniceerd?

In de mate dat deze vergelijking opgaat toch even zeggen dat de beslissingen van de Raad voor de Journalistiek wel, voor iedereen, publiek gemaakt worden.

Ik sluit af. De advocaat als maffiamaat, het klinkt even goed als pamflettair. We kennen enkele gevallen van advocaten die ontspoord zijn en wiens zaak de media haalde. Maar wat is, weg van de slagzinnen, de omvang van het probleem? Eerlijk, ik weet het niet.

“Ik ga er nog altijd van uit dat de overgrote meerderheid van strafpleiters het werk doet met een juist moreel kompas.”

Dirk Leestmans

Ik ga er nog altijd van uit dat de overgrote meerderheid van strafpleiters het werk doet met een juist moreel kompas. Daar waar het fout loopt, gaat het om de uitzondering.

Marikhebookhetgevoelendat elk woord dat de onafhankelijkheid van de advocaat in twijfel trekt, tegengesproken wordt door een verkeerd begrepen solidariteit, noem het corporatisme. Het debat zou gebaat zijn bij meer openheid van zaken. Alleen al om die reden is het een goede zaak dat ook niet-juristen vandaag het woord kregen.

Ik dank jullie.



Synthèse de la séance / Professeur ém. baronne

« Pas de justice sans avocats indépendants ». Ce thème de la Journée européenne des avocats 2021, proposé par l'Ordre des barreaux francophones et germanophones (OBFG) et l'Orde van Vlaamse Balies (OVb) de Belgique, touche à l'essentiel. Le colloque qui s'est tenu au Sénat, pensé ensemble par les deux Ordres et avec le barreau de Cassation, témoigne de l'actualité et de la pertinence du sujet. Les avocats sont au service de l'État de droit (I) et ils ne peuvent remplir leur mission que si leur indépendance est assurée et garantie, contre vents et marées (II). Certes, cela peut sembler relever de l'évidence mais, en période de turbulence, il est utile de retourner aux fondamentaux.

I. L'État de droit

Resituer les exigences de l'État de droit dans une société démocratique, celle que nous voulons soutenir contre l'érosion et les menaces qui la guettent, est un bon point de départ. En effet, dans le débat socio-politique actuel, l'État de droit est invoqué à de multiples reprises, dans des contextes et des situations très différentes, avec le risque de devenir un concept « impossible »¹, voire un concept « fourre-tout ». Par ailleurs, et c'est relativement nouveau, certains n'hésitent plus à soutenir qu'il s'agit d'une « argutie juridique » et critiquer l'État de droit devient une posture acceptable

L'étoile polaire des droits humains

État de droit (Rechtsstaat, Rule of Law,) au fond de quoi s'agit-il ? Sans entrer dans la généalogie et l'histoire mouvementée du

Françoise Tulkens

discours sur l'État de droit², il suffit de rappeler que ce modèle est inhérent dans la Convention européenne des droits de l'homme³, il est consacré dans le droit de l'Union européenne et dans le droit international. Il peut à juste titre être considéré comme « l'étoile polaire » des droits humains⁴. Fondamentalement, l'État de droit implique un refus, celui de l'arbitraire et de l'abus de droit, et un impératif, celui du respect des droits et libertés par tous les pouvoirs et toutes les autorités. Sur le plan substantiel, l'État de droit comprend l'ensemble des dispositions juridiques respectueuses des droits humains, lesquels sont des droits de vigilance et de résistance. Sur le plan procédural, il comprend le droit au juge qui exprime l'exigence d'un recours juridictionnel devant un juge indépendant et impartial qui doit être le « gardien des promesses »⁵. L'avocat n'est pas un figurant mais un acteur sur la scène de l'État de droit.

L'État de droit en théorie et en pratique.

Si la justice est au cœur de l'État de droit, la justice « ne se conçoit pas » sans l'accès aux tribunaux » pour reprendre la substance de l'arrêt fondateur *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975 de

2 J. CHEVALIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 4ème éd., 2003, T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, Penguin Globe, 2010.

3 P. LEMMENS, *The protection of Human Rights: A noble task for Courts*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 47

4 R. SPANO, « L'État de droit, l'étoile polaire de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr.h.*, 2021, pp. 481 et s.

5 Fr. KRENC et Fr. TULKENS, « L'indépendance du juge. Retour aux fondements d'une garantie essentielle d'une société démocratique », *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de Guido Raimondi*, Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2019, pp. 377 et s.

1 M. TROPER, « Le concept de l'État de droit », *Droits*, n° 15, 1992, pp. 51 et s.

la Cour européenne des droits de l'homme. Un accès qui doit être concret effectif et non théorique ou illusoire, poursuit peu après la Cour dans l'arrêt Airey c. Irlande du 9 octobre 1979 qui concerne l'assistance indispensable de l'avocat.

Les avocats et la Convention européenne des droits de l'homme partagent un idéal commun de valeurs et ils s'inscrivent, de toute évidence, dans un rapport de complémentarité, à la fois sur le plan national et européen⁶. Tout au long de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'avocat assure la protection des droits inscrits dans la Convention ainsi que leur développement. Par un usage éclairé du droit de recours individuel, il conseille et, après l'épuisement des voies de recours internes, porte devant la Cour la cause des personnes qui entendent faire valoir le respect des droits humains. Il est désormais acquis que les avocats font partie intégrante du droit au procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Instituée comme une « conscience qui sonne l'alarme »⁷, la Cour ne pourrait pleinement exercer la fonction qui est la sienne sans l'intelligence et la lucidité, voire même l'audace, des avocats qui la saisissent. Leur action se situe entre éthique et responsabilité.

Un statut spécifique

Inversement, la Cour doit permettre à l'avocat d'assurer au mieux ses missions de défense. Dès lors, elle lui confère un régime étendu de droits et libertés ainsi que des garanties spéciales de procédure comme l'analyse Me Vincent Nioré au regard de l'expérience française. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a également souligné l'importance de l'office de l'avocat en étendant le droit pour le justiciable de bénéficier de son assistance et en garantissant le secret professionnel dont il est le dépositaire. Dans son mot d'accueil, la présidente du Sénat Stéphanie D'Hose rappelle que le secret professionnel des avocats est « l'âme et le noyau dur de la profession » et qu'il se situe « au carrefour de valeurs conflictuelles, parmi lesquelles l'impératif de vérité et les droits de la défense ». With due respect, je ne pense pas que ces valeurs soient en conflit mais elles se doivent un respect mutuel. Le rapport introductif du professeur André Alen montre bien les interactions entre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et celles de Luxembourg et Strasbourg sur le secret professionnel de l'avocat. Il soutient fermement le secret professionnel de l'avocat qui n'est pas un « legal privilege », comme le laisserait sous-entendre la version anglaise de ce droit, mais un principe fondamental de l'ordre public en Belgique.

La question de la responsabilité se pose évidemment, comme le montre de manière presque caricaturale les récentes actions introduites devant les tribunaux de l'État de New York et du Michigan contre les avocats du président Trump pour des fausses déclarations et des déclarations trompeuses devant les prétoires et en dehors de ceux-ci. Mais, plus sérieusement,

⁶ Fr. KRENO et Fr. TULKENS, « L'avocat et la Cour européenne des droits de l'homme », *Liber Amicorum Georges-Albert Dal. L'avocat, Bruxelles, Larocier, 2013*, pp. 543 et s.

⁷ -Recueil des Travaux Préparatoires, vol. I, Commission préparatoire du Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Assemblée consultative, 11 mai - 8 septembre 1949, extraits publiés in P.-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bordeaux, éditions Confluences, 2000, 61 p.

l'évaluation de la qualité du service juridique doit être poursuivie avec attention au niveau des barreaux et des bâtonniers, sans porter atteinte à l'indépendance de la profession.

En définitive, comme l'écrit simplement mais fermement le professeur Paul Lemmens, juge à la Cour européenne des droits de l'homme de 2012 à 2021, «il est important que le barreau montre son attachement aux droits de l'homme tant au niveau national qu'au niveau européen. Dès lors que les droits de l'homme ne sont plus une évidence, ils doivent être défendus»⁸. Les avocats sont les premiers et les ultimes défenseurs de l'État de droit et des droits humains.

II. L'indépendance

L'indépendance de la justice est la pierre angulaire de l'État de droit dans une société démocratique. Ce droit des citoyens est reconnu dans la Constitution et dans tous les textes européens et internationaux de protection des droits humains. Mais il ne s'agit pas d'un droit humain parmi d'autres. Il est la condition sine qua non de l'effectivité de l'ensemble des droits et libertés. Des menaces sur le premier entraîne un risque d'atteinte sur les seconds.

L'indépendance et la démocratie

Le rapport de Me Kati Verstrepen situe bien le sens de l'indépendance de l'avocat qui est l'exigence première des acteurs du monde judiciaire. L'indépendance est un élément essentiel de la démocratie, laquelle implique la séparation des pouvoirs et la protection des minorités. Mais, si tels sont les principes, est-ce bien la réalité ? La situation est plus complexe, pour ne pas dire plus douteuse, et la bâtonnière du barreau d'Anvers en donne de multiples exemples tirés de la pratique. Elle observe aussi – ce qui est singulièrement interpellant – que l'indépendance des avocats n'est pas toujours sans danger.

En effet, comme le dit Paul Ricoeur, nos institutions sont fragiles et Paul Auster ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit : «Democracy does not happen by itself. We have to fight for it every day, otherwise we risk losing it ». Le risque de déclin de la démocratie est bien réel (democracy backsliding) mais celui-ci n'est pas perceptible, immédiatement, instantanément⁹. Ce risque passerait presque inaperçu car le plus souvent les démocraties s'érodent dans des étapes invisibles. Les démocraties peuvent mourir aux mains des représentants de la nation ou des responsables politiques élus qui pervertissent le processus qui les a amenés au pouvoir¹⁰. La destitution des juges en Pologne et la mainmise du gouvernement sur les « nouveaux » juges en est un tragique exemple qui a été évoqué dans l'intervention du Commissaire européen Didier Reynders en charge de la Justice. Que faire? Restaurer les contre-pouvoirs que des

⁸ P. Lemmens, « Conclusions », *Les droits de l'homme : une réalité quotidienne ?*, Limal, Anthemis, coll. du Jeune Barreau de Mons, 2014, p. 222.

⁹ S. LEVITSKY et D. ZIBLATT, *How democracies die ? What history reveals about our future*, London, Viking, 2018, pp. 3-4.

¹⁰ Ibid.

régimes veulent détruire car ils «font barrage»¹¹, dompter la raison d'État, empêcher des excès de pouvoir. A cet égard, le rapport 2021 sur l'État de droit de la Commission européenne montre bien le rôle déterminant dans la promotion de l'État de droit des barreaux et des associations professionnelles d'avocats, dont l'avis est dès à présent sollicité pour l'édition 2022. Une occasion à ne pas manquer.

Dans l'exercice de leur profession, les avocats doivent être indépendants de toutes les autorités et de tous les pouvoirs publics et privés, en ce compris le pouvoir des médias. Dirk Leetsmans l'ingénieux journaliste du *Juristenkrant* observe finement que si les avocats doivent être indépendants des médias, le contraire est également vrai. Le procureur fédéral Frédéric Van Leeuw distingue l'indépendance collective envers la puissance publique et par rapport au pouvoir judiciaire. Mais il ajoute de manière pertinente que les avocats doivent aussi être indépendants individuellement vis-à-vis de leur client et sa remarque tire sa force de son expérience de la criminalité organisée et mafieuse sous toutes ses formes. En outre, et c'est essentiel, il plaide avec conviction pour la plus belle indépendance qui soit dans l'exercice de la fonction judiciaire, l'indépendance d'esprit. Poursuivre, juger, défendre sans haine, ni ressentiment, ni préjugé, ni frustration.

Une indépendance mise à l'épreuve

Sans doute les menaces à l'indépendance des avocats ont-elles toujours existé mais elles apparaissent en tout cas bien réelles ces derniers temps. La crise financière, le terrorisme et les attentats, la pandémie, autant de circonstances récentes, certes éminemment problématiques, qui font bouger les lignes. Elles font resurgir la tentation des états d'exception ou des états d'urgence dont les effets se répercutent sur l'exercice de la profession d'avocat. Différentes questions délicates se posent.

L'assistance de l'avocat

En ce qui concerne l'assistance des avocats, la Cour européenne des droits de l'homme elle-même n'est pas indemne du contexte actuel comme le montre l'arrêt Ibrahim et autres c. Royaume-Uni du 13 septembre 2016, suivi par l'arrêt Beuze c. Belgique du 9 novembre 2018, critiqué par la doctrine¹². L'arrêt Ibrahim de la Grande Chambre du 13 septembre 2016 concerne les restrictions temporaires à l'accès à un avocat au cours des interrogatoires de police des poseurs de bombes du 21 juillet 2005 à Londres¹³. Le raisonnement de la Cour traduit l'ambivalence. « En ces temps difficiles, la Cour estime primordial que les Parties contractantes manifestent leur engagement pour les droits de l'homme et la prééminence

du droit en veillant au respect, notamment, des garanties minimales offertes par l'article 6 de la Convention. Il reste que, pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut être pris en considération (...). De plus, il ne faut pas appliquer l'article 6 d'une manière qui causerait aux autorités de police des difficultés excessives pour combattre par des mesures effectives le terrorisme et d'autres crimes graves, comme elles doivent le faire pour honorer l'obligation, découlant pour elles des articles 2, 3 et 5 § 1 de la Convention, de protéger le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique des membres de la population (...). Toutefois, les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant (...).

Peut-on considérer et accepter que la nécessité de sauver des vies est radicalement empêchée par la présence de l'avocat ? Peut-on présumer que l'assistance d'un avocat aidera la cause des terroristes en faisant échec à certaines tactiques policières ? L'opinion des juges dissidents y répond. « Le statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice. C'est à ce titre qu'ils jouent un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux, dont la mission est fondamentale dans une démocratie et un État de droit (...) »¹⁴.

Les perquisitions

Les perquisitions dans les cabinets d'avocat, si celui-ci est considéré comme suspect, et les saisies, notamment de données dématérialisées, sont des questions de plus en plus critiques, notamment dans les domaines de la délinquance économique, financière, fiscale. Le professeur R. Verstraeten y voit une rupture du respect mutuel et de la relation de confiance entre les protagonistes du système de justice pénale, entre les juges et les avocats. Les « délits d'avocat » n'existent pas encore dans notre droit pénal et la « vieille garantie » de la présence d'un délégué du bâtonnier lors des saisies « est aujourd'hui de plus en plus érodée » comme l'observe Me Patrick Henry, ne fût-ce que par les moyens technologiques. Dans son rapport, Me Vincent Nioré développe les réserves de principe du bâtonnier ou de son délégué aux fins de contestation des saisies pratiquées pendant les perquisitions prévues à l'article 56-1 du Code de procédure pénale français.

Le secret professionnel

Tout le monde l'observe. Le secret professionnel est sous pression (onder druk) et des violations de plus en plus répétées du secret professionnel de l'avocat deviendraient une réalité comme il résulte d'une motion sur le privilège avocat-client adoptée par Avocats.be le 18 mai 2017¹⁵. En fait, la question cruciale à mes yeux est le débat qui s'ouvre sur la relativité du

¹¹ Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Populisme – Le système de contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe ? Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, T. Jagland, 2017, p. 4.

¹² M.-A. BEERNAERT, « Droit d'accès à un avocat et relativité toujours plus grande des garanties du droit à un procès équitable », *Rev. trim.dr.h.*, 2019, pp. 519 et s.

¹³ Cour eur. D.H. (GC), arrêt Ibrahim et autres c. Royaume-Uni du 13 septembre 2016. Voy. J.-P. Marguenaud, « La régression des garanties procédurales conventionnelles face aux exigences de la lutte contre le terrorisme », *Rev. sc. crim.*, 2017, pp. 130 et s.

¹⁴ Opinion en partie dissidente, en partie concordante des juges Sajó et Laffranque, jointe à l'arrêt Ibrahim et autres c. Royaume-Uni, § 21.

¹⁵ Voy. aussi la déclaration du COBE sur le secret professionnel du 19 mai 2017 soulevant la question de l'équilibre qui doit être maintenu entre la protection des lanceurs d'alerte et le secret professionnel. Sur les lanceurs d'alerte, voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt Guja c. République de Moldova du 12 février 2008.

secret professionnel qui devrait « céder » devant des valeurs supérieures et donner la priorité à d'autres impératifs, comme par exemple l'évasion fiscale et la lutte contre le blanchiment. Le problème est mal posé. De nouveau, il importe de souligner que l'un n'empêche pas l'autre, au contraire. Le secret professionnel est un principe général de droit qui a valeur de droit fondamental et qui sert les intérêts de la justice. Comme le souligne Me Patrick Henry, il importe de trouver un équilibre entre transparence et confiance.

Par ailleurs, des législations permettant de nouvelles méthodes d'investigation plus intrusives ont été adoptées ou sont sur le point de l'être dans de nombreux pays européens, comme des enregistrements téléphoniques à large échelle, des perquisitions domiciliaires secrètes, des observations vidéo et audio, le contrôle renforcé des courriels, des surveillances de masse non ciblées. Ces méthodes soulèvent de nombreux problèmes quant à leur compatibilité avec le secret professionnel des avocats et elles sont évidemment facilitées, sinon amplifiées, par les nouvelles technologies. Comme Gary T. Marx, un sociologue au M.I.T. le disait il y a bien longtemps déjà, l'ancienne maxime « là où il y a une volonté il y a un chemin » est désormais renversée et devient « là où il y a un chemin il y a une volonté ».

« Ne nous réveillons pas trop tard. Il est temps d'agir », écrit le président Xavier Van Gils en présentant le colloque dont cet excellent ouvrage rend compte. En écho, je pense à cette phrase de René Cassin : « Celui qui s'endort en démocratie risque de se réveiller en dictature ».