

Le secret professionnel de l'avocat: rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique⁽¹⁾

Olivier MICHIELS

Conseiller à la cour d'appel de Liège
Chargé de cours à l'ULiège

INTRODUCTION

1. Le secret professionnel de l'avocat est défini comme l'obligation, pour celui-ci, de ne pas divulguer les confidences qu'il a reçues au cours de l'exercice de sa profession⁽²⁾. Ce secret de l'avocat ne se circonscrit pas à la seule activité de défense et de représentation en justice. Sa violation est notamment sanctionnée par l'article 458 du Code pénal.

La Cour constitutionnelle, à l'occasion d'un recours en annulation dirigé contre la loi sur le blanchiment des capitaux⁽³⁾, a pu rappeler que l'effectivité des droits de la défense de tout justiciable suppose nécessairement qu'une relation de confiance puisse être établie entre le client et l'avocat qui le conseille

⁽¹⁾ Ce texte a fait l'objet de la leçon inaugurale présentée par l'auteur le 8 décembre 2017 à l'Université de Liège sous le titre « Le secret de l'avocat ».

⁽²⁾ P. HALLET, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel et la jurisprudence européenne*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 71 ; E. JAKHIAN, « Le secret professionnel de l'avocat : un principe nomade », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 1050 ; Cass., 27 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 360.

⁽³⁾ C. const., 10 juillet 2008, n° 102/2008 ; tout particulièrement à propos du blanchiment, la Cour constitutionnelle cite les considérants de la directive 91/308/CEE qui énoncent « [i]l y a lieu d'exonérer de toute obligation de déclaration les informations obtenues avant, pendant et après une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client. Par conséquent, la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel, sauf si le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, si la consultation juridique est fournie aux fins du blanchiment de capitaux ou si l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins du blanchiment de capitaux » (C. const., 23 janvier 2008, n° 10/2008).

et le défend⁽⁴⁾. Une telle relation de confiance ne peut être garantie que si le justiciable est assuré que les confidences qu'il fera à son avocat ne seront pas divulguées par celui-ci.

Le secret professionnel est de la sorte perçu comme un élément fondamental des droits de la défense et les règles qui y dérogent ne peuvent être que de stricte interprétation⁽⁵⁾.

À ce propos, la Cour constitutionnelle toujours précise que même s'il n'est «pas intangible»⁽⁶⁾, le secret professionnel de l'avocat constitue «l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique»⁽⁷⁾. L'on serait tenté de dire qu'il en va d'autant plus ainsi en matière pénale, où le droit de tout accusé à ne pas contribuer à sa propre incrimination dépend indirectement, mais nécessairement, de la relation de confiance entre l'avocat et son client et de la confidentialité de leurs échanges.

La Cour constitutionnelle estime encore qu'il découle du statut particulier des avocats, établi par le Code judiciaire et par les réglementations adoptées par les ordres, ainsi que de la mission spécifique que l'avocat accomplit dans le cadre de l'administration de la justice, que ce dernier se trouve dans une

⁽⁴⁾ O. MICHELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale: le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 558-559.

⁽⁵⁾ C. const., 10 juillet 2008, n° 102/2008; C.A., 13 juillet 2005, n° 126/2005 qui pose une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne; C. const., 23 janvier 2008, n° 10/2008 rendu après la réponse à la question préjudicielle; voy. aussi C.A., 27 mars 1996, n° 26/96 sur l'application de l'article 90octies; voy. aussi T. AFSCHRIFT, «Les effets d'ordre fiscal et pénal d'une régularisation de revenus mobiliers d'origine étrangère pour leurs bénéficiaires et les conseillers de ceux-ci», *J.T.*, 2012, pp. 113-114; voy. encore sur les relations avec les autorités ordinales: J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, «Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-clients», *J.T.*, 2005, pp. 567-568; J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, «Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client», *J.T.*, 2012, p. 327.

⁽⁶⁾ La Cour constitutionnelle précise que «la règle du secret professionnel doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle. La levée du secret professionnel de l'avocat doit toutefois, pour être compatible avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique belge, être justifiée par un motif impérieux, et être strictement proportionnée» (C. const., 23 janvier 2008, n° 10/2008, pt B.7.2); voy. encore C.A., 3 mai 2000, n° 46/2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 808; *J.T.*, 2000, p. 536 relatif à une disposition du Code judiciaire (1675/8 C. jud.) qui prévoyait que des avocats saisis d'une demande d'informations sur le patrimoine d'une personne qui est en procédure de règlement collectif de dettes ne peuvent se prévaloir du secret professionnel, n'est pas raisonnablement proportionné à l'objectif poursuivi. La Cour estime, en effet, qu'une telle renonciation, présumée, anticipée, et accomplie sans que celui qui l'a fait ne puisse évaluer sur quel objet précis elle portera et si elle n'est pas, éventuellement, contraire à ses intérêts, ne saurait justifier, au même titre que la théorie de l'état de nécessité ou du conflit de valeurs, une atteinte de cette ampleur à la garantie que représente pour le débiteur et pour son avocat, le secret professionnel; sur le même sujet voy. encore C.A., 28 juillet 2006, n° 129/2006, *J.T.*, 2006, p. 792.

⁽⁷⁾ La Cour cite Cour eur. D.H., 6 décembre 2012, *Michaud c. France*; voy. aussi Cour eur. D.H., 27 octobre 2015, *R.E. c. Royaume-Uni*.

situation essentiellement différente de celle des autres dépositaires d'un secret professionnel⁽⁸⁾.

2. La confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients répond à l'exigence «que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin». Cette exigence dont l'importance est reconnue dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne impose, pour la Cour de justice de l'Union européenne, à ces États d'assurer à l'avocat une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers. Il revient aux législateurs de ces États d'offrir à l'avocat «la garantie que toutes les initiatives qu'il prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client» de manière à permettre à l'avocat de «défendre son client de "façon" indépendante et dans le respect d'un strict secret professionnel»⁽⁹⁾.

3. Les principes que je viens de rappeler sont connus et admis par tous. Pourtant le secret professionnel de l'avocat a soulevé de nombreuses questions qui ont donné lieu à une jurisprudence et une doctrine abondantes. Je me bornerai, toutefois, à ébaucher trois thématiques.

La première portera sur les perquisitions et les saisies réalisées dans les cabinets d'avocats.

La deuxième envisagera la révélation du secret professionnel par l'avocat ou son client pour se défendre en justice.

La troisième abordera la validité de la preuve obtenue en violation du secret professionnel.

⁽⁸⁾ Voy. art. 458bis C. pén.

⁽⁹⁾ C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters et autres*, Rec., 2002, I, p. 1577; les mêmes principes sont affirmés par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, selon lequel l'objet de la confidentialité des communications entre avocats et clients «consiste tant à sauvegarder le plein exercice des droits de la défense des justiciables qu'à protéger l'exigence que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat», cette protection de la confidentialité visant, en premier lieu, à «garantir l'intérêt public d'une bonne administration de la justice consistant à assurer que tout client a la liberté de s'adresser à son avocat sans craindre que les confidences dont il ferait état puissent être ultérieurement divulguées» (arrêt *Akzo Nobel Chemicals Ltd* du 17 septembre 2007, pts 86 et 87 cité par C. const., 23 janvier 2008, n° 10/2008, pt B.7.8, J.T., 2008, p. 102; R.W., 2007-2008, p. 1094; J.L.M.B., 2008, p. 180 et note de F. ABU DALU; voy. aussi Cour eur. D.H., 23 avril 2015, *Morice c. France* et encore C.J.U.E., 14 septembre 2010, C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd*, qui énonce que «la correspondance susceptible de bénéficier de la protection de la confidentialité doit être échangée avec un «avocat indépendant, c'est-à-dire non lié au client par un rapport d'emploi». Il en découle que l'exigence d'indépendance implique l'absence de tout rapport d'emploi entre l'avocat et son client, si bien que la protection au titre du principe de la confidentialité ne s'étend pas aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes».

I. LES PERQUISITIONS ET SAISIES DANS UN CABINET D'AVOCATS

A. Ébauche de la position de la Cour européenne des droits de l'homme

4. Un détour par Strasbourg s'impose. En effet, si la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas le secret professionnel, la Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins eu à se pencher, à maintes reprises, sur les perquisitions réalisées dans un cabinet d'avocats⁽¹⁰⁾.

Dans une affaire *Niemietz c. Allemagne*⁽¹¹⁾, elle a considéré que les notions de « vie privée » et de « domicile » visées par l'article 8 de la Convention incluaient certains locaux professionnels dont les cabinets d'avocats. Il ne peut dès lors y avoir d'ingérence de l'autorité publique dans un cabinet d'avocats que dans la mesure autorisée par le paragraphe 2 de l'article 8 qui prévoit que la perquisition doit être prévue par la loi et poursuivre l'un des buts énoncés par cette disposition.

Il s'ensuit que s'il n'est pas interdit de recourir à des perquisitions et des saisies chez un avocat, y compris lorsque celui-ci n'est pas personnellement en cause⁽¹²⁾, il convient qu'une telle mesure s'accompagne de garanties procédurales dont le but est d'éviter les abus⁽¹³⁾.

À cette fin, le contenu et l'étendue du mandat, comme pour toutes les perquisitions, devront être rédigés en des termes précis de manière à délimiter le pouvoir des enquêteurs et à permettre un contrôle juridictionnel réel ou *a posteriori*⁽¹⁴⁾.

Il conviendra encore de prévoir des garanties spécifiques au rang desquelles figurent, pour la Cour européenne des droits de l'homme, la présence du bâtonnier de l'Ordre ou de l'un de ses représentants⁽¹⁵⁾ et celle du magistrat qui a ordonné la perquisition.

⁽¹⁰⁾ D. SPIELMANN, « Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Edouard Jakhian*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 440-451.

⁽¹¹⁾ Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 467 et obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX; *J.T.*, 1994, p. 66 et obs. E. JAKHIAN et P. LAMBERT.

⁽¹²⁾ M.-A. BEERNAERT, H.D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, t. I, 8^e éd., Bruxelles, la Charte, 2017, p. 738 qui écrivent que le droit de saisie ne peut porter de façon générale sur les pièces déposées chez l'avocat, en cette qualité, par une partie qui lui a confié sa défense.

⁽¹³⁾ Cour eur. D.H., 7 juin 2007, *Smirnov c. Russie*; Cour eur. D.H., 21 janvier 2010, *Xavier Da Silva c. France*, *J.T.*, 2010, p. 309 et note G.A. DAL; Cour eur. D.H., 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*.

⁽¹⁴⁾ A. JACOBS, « Les perquisitions dans les cabinets d'avocats. Les usages à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Alain De Nauw*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 417-422.

⁽¹⁵⁾ Cour eur. D.H., 24 juillet 2008, *André c. France*, *J.L.M.B.*, 2009, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY.

L'absence de ces garanties procédurales contreviendrait à la nécessaire proportionnalité qui doit exister entre la mesure de contrainte et le but visé par celle-ci et doit se solder par une violation de l'article 8 de la Convention⁽¹⁶⁾.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, une autre disposition conventionnelle pourrait être violée dès lors qu'une intrusion dans un cabinet d'avocats peut avoir des répercussions sur les droits garantis par l'article 6 de la Convention dans la mesure où « la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination »⁽¹⁷⁾.

B. Le droit belge

5. En droit belge, la perquisition dans un cabinet d'avocats n'est pas expressément réglementée. L'usage veut toutefois que cette mesure soit accomplie par le juge d'instruction personnellement, en présence de l'avocat et du bâtonnier de l'Ordre ou de son représentant. Ces modalités correspondent à une des garanties requises par la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹⁸⁾. Cependant, si la présence du bâtonnier est on ne peut plus souhaitable, elle relève d'un usage qui n'est pas consacré par la loi et dont la méconnaissance n'entraîne pas *ipso facto*, dans notre ordre juridique, l'irrégularité des constatations réalisées⁽¹⁹⁾.

Au sujet de l'exécution concrète de la perquisition, on observera que c'est au magistrat instructeur qu'il revient, après avis du bâtonnier, d'« apprécier les

⁽¹⁶⁾ Cour eur. D.H., 21 janvier 2010, *Xavier Da Silvera c. France*, J.T., 2010, p. 309 et note G.A. DAL; Cour eur. D.H., 7 juin 2007, *Smirnov c. Russie*; Cour eur. D.H., 27 avril 2017, *Sommer c. Allemagne* et obs. T. BONTINCK et M. DAL, « L'arrêt *Sommer* ou la protection continue du secret professionnel de l'avocat par la Cour européenne des droits de l'homme », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1888-1892; voy. aussi, pour un cas dans lequel les garanties spéciales étaient respectées mais le but de la perquisition visait à trouver une source journalistique, Cour eur. D.H., 25 février 2003, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*; comp. avec Cour eur. D.H., 30 janvier 2007, *Turcon c. France*.

⁽¹⁷⁾ Cour eur. D.H., 24 juillet 2008, *André c. France*, *J.L.M.B.*, 2009, p. 864 et note A. JACOBS et P. HENRY; sur le lien avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme A. JACOBS, « Les perquisitions dans les cabinets d'avocats. Les usages à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Alain De Nauw*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 421-422; J.-P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire *Bismuth* : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison », obs. sous Cass. (fr.), 22 mars 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1030 qui retiennent que le secret professionnel trouve également son fondement dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; Cour eur. D.H., 16 juin 2016, *Verisin-Campinchi et Crasnianski c. France*, dans lequel on lit « [c]est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu. En dépend en outre, indirectement mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable, notamment en ce qu'il comprend le droit de tout « accusé » de ne pas contribuer à sa propre incrimination ».

⁽¹⁸⁾ A. JACOBS et P. HENRY, « Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données ! », obs. sous Cour eur. D.H., 24 juillet 2008, *André c. France*, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 870-873; F. LUGENTZ, « Les perquisitions en matière économique et financière », *Dr. pén. entr.*, 2009, pp. 228-229.

⁽¹⁹⁾ Liège (ch. mis. acc.), 26 février 2004, *Journ. Proc.*, 2004, p. 22 et note de S. D'ORAZIO; Cass., 9 juin 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 103.

éléments utiles à la manifestation de la vérité et identifier celles des pièces qui, le cas échéant, se rapportent (au secret professionnel) »⁽²⁰⁾.

Ce tri opéré par le juge d'instruction n'empêchera pas, en principe⁽²¹⁾, un contrôle définitif par le juge du fond si un débat devait être soulevé devant lui tendant à faire écarter des pièces dont il est soutenu qu'elles sont couvertes par le secret professionnel⁽²²⁾. Le juge du fond décidera, à l'instar du juge d'instruction, si la pièce régulièrement produite⁽²³⁾ est ou non couverte par le secret professionnel et si elle doit ou non être écartée des débats.

On le voit, s'il existe des garanties spécifiques qui encadrent les perquisitions menées dans les cabinets d'avocats, il n'en demeure pas moins qu'elles relèvent exclusivement de l'usage et que leurs violations ne sont pas formellement sanctionnées.

II. LA RÉVÉLATION DU SECRET PROFESSIONNEL POUR SE DÉFENDRE EN JUSTICE

6. Venons-en, maintenant, à la révélation du secret professionnel pour se défendre en justice.

Cette question peut être abordée sous deux facettes.

L'avocat peut-il se libérer de son secret, d'une part, et le client de l'avocat peut-il produire en justice des pièces couvertes par le secret, d'autre part ?

La Cour de cassation enseigne que «les contraintes qu'impose le secret professionnel s'effacent, en règle devant les impératifs des droits de la défense»⁽²⁴⁾. Il s'ensuit que l'avocat personnellement mis en cause peut faire état des confidences reçues de son client dans la mesure nécessaire à la défense de ses droits⁽²⁵⁾.

Rappelons aussi, au passage, que l'avocat peut révéler des secrets qui lui ont été confiés lorsqu'il est appelé à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et dans les cas où la loi l'oblige à faire connaître ces secrets⁽²⁶⁾.

⁽²⁰⁾ Cass., 9 juin 2004, *précité*; Cass., 18 mai 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 435.

⁽²¹⁾ On pense ici à la purge des nullités réalisée par la chambre des mises en accusation (art. 235bis, § 5, C.i.cr.).

⁽²²⁾ A. JACOBS, «Les perquisitions dans les cabinets d'avocats. Les usages à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Liber Amicorum Alain De Nauw*, Bruges, die Keure, 2011, p. 427.

⁽²³⁾ Si la pièce est irrégulière voy. *infra*, n° 7.

⁽²⁴⁾ Cass., 23 décembre 1998, *Pas.*, 1998, n° 534.

⁽²⁵⁾ Cass., 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén.*, 2017, p. 630 et note O. KLEES.

⁽²⁶⁾ A. MASSET, «Les sanctions de la violation du secret professionnel», in *Le secret professionnel*, Bruxelles, la Chartre, 2002, pp. 65-82; voy. encore art. 458ter et 458quater C. pén.

En revanche, l'avocat violerait son secret professionnel s'il divulguait des informations confidentielles, à l'appui d'une plainte contre un ancien client, s'il n'est pas en mesure de justifier son comportement par un état de nécessité⁽²⁷⁾.

Pour ce qui est du client, la Cour de cassation estime que « l'article 458 du Code pénal ne s'oppose pas à ce que le client, protégé par ledit article, produise pour assurer sa défense en justice, le courrier échangé avec son conseil »⁽²⁸⁾.

Je serai plus nuancé et je souscris à la jurisprudence et à la doctrine qui estiment que le justiciable ne peut décider en toutes circonstances et sans contrôle des cours et tribunaux de dévoiler la correspondance de son avocat⁽²⁹⁾.

Enfin, parce que cela ne peut être exclu, l'avocat détournerait son secret professionnel s'il s'en prévalait pour dissimuler une infraction dont il est lui-même l'auteur ou le complice. Ainsi l'avocat qui recevrait sur son compte tiers des sommes dont la provenance est illicite dans le but d'en déguiser l'origine se rendrait coupable de blanchiment⁽³⁰⁾.

Autrement dit, le secret professionnel ne peut servir à l'avocat pour soustraire aux investigations menées par la justice des éléments de preuve d'une infraction à laquelle il a lui-même participé⁽³¹⁾.

Nous pouvons donc retenir que le secret professionnel, lorsqu'il n'est pas détourné de sa finalité, n'est ni pour l'avocat ni pour le client un frein absolu à l'exercice de leurs droits de la défense.

III. QUELLE EST LA VALIDITÉ DE LA PREUVE OBTENUE EN VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL ?

7. Il fut un temps où les choses étaient assez simples, les preuves obtenues en violation du secret professionnel devaient être écartées des débats⁽³²⁾. À l'heure actuelle, la question de l'application de l'article 32 du titre préli-

⁽²⁷⁾ Cass., 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén.*, 2017, p. 630 et note O. KLEES.

⁽²⁸⁾ Cass., 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 5 et obs. R. RASIR

⁽²⁹⁾ Bruxelles (ch. mis. acc.), 26 janvier 2011, *J.T.*, p. 542 et obs. de N. COLETTE-BASECQZ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 429 et obs. P. HENRY; P. HALLET, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel et la jurisprudence européenne*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 78; comp. avec F. LUGENTZ, « Les perquisitions en matière économique et financière », *Dr. pén. entr.*, 2009, pp. 231-232.

⁽³⁰⁾ Bruxelles, 17 décembre 2015, *Rev. dr. pén.*, 2017, p. 187; voy. aussi O. KLEES et A. RISOPOULOS, « Le professionnel du conseil face au blanchiment: approches préventive et répressive », in *Droit pénal financier*, Limal, Anthemis, 2008, p. 52; comp. avec F. KONING, « Cela s'est passé près de chez nous », obs. sous Cour eur. D.H., 27 avril 2017, *Sommer c. Allemagne*, *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1871-1872.

⁽³¹⁾ M.-A. BEERNAERT, H.D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, t. I, 8^e éd., Bruxelles, la Charte, 2017, p. 738.

⁽³²⁾ F. LUGENTZ, « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale. Trois ans d'application de la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2017, p. 65 et références citées.

minaire du Code de procédure pénale, soit le «test Antigone», à la preuve recueillie en violation du secret professionnel de l'avocat ne manque pas de se poser⁽³³⁾.

La Cour de cassation paraît avoir répondu à cette interrogation dans un arrêt prononcé le 18 janvier 2017⁽³⁴⁾. En effet, devant connaître d'un arrêt de la chambre des mises en accusation qui avait déclaré les poursuites irrecevables pour atteinte irrémédiable au droit à un procès équitable aux motifs que le plaignant avait violé le secret professionnel, la Cour de cassation a décidé que «l'examen imparti au juge implique la prise en considération du poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction et au jugement de son auteur, mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à sa charge soient recueillies régulièrement». Si, à la suite de cet examen, la juridiction saisie, y compris celle d'instruction, constate de manière certaine qu'il est devenu absolument impossible de poursuivre l'exercice de l'action publique, le droit du prévenu à un procès équitable, tel que garanti par l'article 6 de la Convention, peut être atteint de façon irrémédiable de sorte «qu'aucune autre sanction que l'irrecevabilité de l'action publique ne peut en découler»⁽³⁵⁾.

Il se déduit de cet arrêt que si la Cour de cassation admet la sanction de l'irrecevabilité des poursuites, elle décrète avant tout que la preuve obtenue en violation du secret professionnel de l'avocat doit être soumise au «test Antigone».

En d'autres termes, si le droit au procès équitable est ébranlé par la production de la preuve irrégulière obtenue au détriment du secret professionnel de l'avocat⁽³⁶⁾, le juge qui entend écarter une telle preuve sera toutefois tenu de justifier sa décision au regard de sous-critères dégagés par la Cour de cassation qui exige un examen de la cause dans son ensemble⁽³⁷⁾, à l'effet de rechercher si un vice inhérent à un stade de la procédure a pu, ou non, être corrigé par la suite⁽³⁸⁾.

⁽³³⁾ N. COLETTE-BASECQZ, «Nullité de la preuve en matière pénale: quoi de neuf?», *Le pli juridique*, 2015, pp. 29-30 qui écrit «la valeur protégée par le secret professionnel est primordiale dans une société démocratique. À notre sens, elle ne saurait s'effacer derrière des considérations liées à l'efficacité de la justice pénale». T. MOREAU, «La violation du secret professionnel», in *Les infractions contre l'ordre public*, vol. 5, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 722; comp. avec D. VANDERMEERSCH, «La jurisprudence Antigone: évolution, remise en question et perspective de consécration légale», *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 18.

⁽³⁴⁾ Cass., 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén.*, 2017, p. 630 et note O. KLEES.

⁽³⁵⁾ *Idem*, p. 639.

⁽³⁶⁾ Cass., 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 526 et note L. KENNES.

⁽³⁷⁾ O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale: le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 475 à 480.

⁽³⁸⁾ Pour la Cour de cassation «il y a lieu d'examiner notamment si les parties se sont vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Ce contrôle tient compte de la qualité de l'élément de preuve, en ce compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de son exactitude» (Cass.,

L'équilibre des droits entre les parties n'épuise cependant pas la notion de procès équitable. Pour la Cour de cassation, « l'idéal de justice » en est également une composante⁽³⁹⁾.

Le juge se voit, par conséquent, tenu de procéder à un examen de proportionnalité entre l'irrégularité commise et la gravité de l'infraction⁽⁴⁰⁾.

Comme l'écrit Nicolas Thirion « sans le dire (...) ouvertement, le juge s'autorise donc à admettre une irrégularité au regard du droit positif au nom d'un principe supérieur relevant d'un hypothétique droit naturel dont lui, juge, se revendique le protecteur ultime, fût-ce contre les effets néfastes d'une application pure et simple de la loi positive »⁽⁴¹⁾.

En somme, et pour relayer une critique connue⁽⁴²⁾, cet examen de proportionnalité autorise une plus grande tolérance dans l'admissibilité de la preuve irrégulière plus le fait qu'elle est censée établir est grave.

CONCLUSION

8. Il est indéniable que le législateur n'a pas réservé un sort particulier à l'hypothèse de la preuve obtenue en violation du secret professionnel. Il n'en reste pas moins que le secret professionnel de l'avocat constitue « l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique »⁽⁴³⁾.

Il n'est probablement pas inutile de rappeler que les avocats 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», car « pour croire en l'administration de la justice, le public doit également

30 avril 2014, *J.T.*, 2014, p. 351; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1369 et note M.-A. BEERNAERT; *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 834 et note F. LUGENTZ).

⁽³⁹⁾ Cass., 30 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2014 et note M.-A. BEERNAERT; *J.T.*, 2014, p. 351 et note; *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 834 et note F. LUGENTZ.

⁽⁴⁰⁾ *Idem*, la Cour de cassation précisant « en considérant que les conséquences d'une violation du droit à un procès équitable s'apprécient indépendamment de la gravité des faits imputés aux prévenus, la cour d'appel a décliné l'examen de proportionnalité revenant pourtant au juge lorsque la preuve accusée d'une telle violation fait l'objet d'une demande d'écartement ».

⁽⁴¹⁾ N. THIRION, « *Quis custodiet ipsos custodias?* Libres propos sur les violations de la légalité couvertes, admises, entérinées ou commises par les cours suprêmes », *Rev. Dr. ULg*, 2017, p. 140.

⁽⁴²⁾ M.-A. BEERNAERT, « Antigone, le prince et « l'idéal de justice », obs. sous Cass., 30 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 137; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale: quoi de neuf ? », *Le pli juridique*, 2015, p. 41; O. KLEES, « La preuve en droit pénal: une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone? Asseyons-nous sur les principes, ils finiront bien par céder », note sous Cass., 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén.*, 2017, p. 649.

⁽⁴³⁾ C. const., 5 décembre 2013, n° 163/2013 sur le recours en annulation dirigé contre l'article 458bis du Code pénal, *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 »; voy. encore Cour eur. D.H., 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, *J.L.M.B.*, 2013, p. 16.

avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables»⁽⁴⁴⁾.

La position adoptée récemment par la Cour de cassation qui, sous l'angle du test Antigone, ébrèche ce secret pourrait, si l'on n'y veille pas, avoir pour conséquence de porter atteinte à la liberté des avocats d'exercer leur profession sans entraves. Or si l'on musèle un avocat c'est, par ricochet, au caractère démocratique d'une société qu'il est porté atteinte.

⁽⁴⁴⁾ Cour eur. D.H., 23 avril 2015, *Morice c. France*, § 132.