

N° 5660B³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

portant modification:

1. de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;
2. des articles 2273 et 2276 du code civil

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (1.12.2008)	1
2) Avis du Procureur Général d'Etat (20.10.2008).....	2
3) Avis du Procureur d'Etat du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (16.10.2008).....	8
4) Dépêche du Ministre de la Justice au Procureur Général d'Etat (16.9.2008).....	11
5) Avis du Juge d'Instruction-Directeur du Tribunal de Luxembourg	
– Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (29.10.2008).....	13

*

**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS AVEC
LE PARLEMENT AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(1.12.2008)

Monsieur le Président,

A la demande du Ministre de la Justice, j'ai l'honneur de vous transmettre les avis rendus par le Parquet Général, le Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg et le Cabinet du Juge d'Instruction-Directeur du Tribunal d'arrondissement relatifs à la proposition de texte formulée par le Conseil de l'ordre des Avocats à Luxembourg dans son avis du 6 mai 2008 sur le projet de loi sous rubrique.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*Pour la Secrétaire d'Etat aux Relations
avec le Parlement,*

Daniel ANDRICH

Conseiller de Gouvernement 1re classe

*

AVIS DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
(20.10.2008)

I) LES ANTECEDENTS

Par dépêche du 27 mars 2008, le Bâtonnier a fait parvenir au Ministre de la Justice, l'avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg émis dans le cadre des travaux préparatoires du projet de loi No 5660^B portant modification 1) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat et 2) des articles 2273 et 2276 du Code civil et traitant essentiellement la possibilité pour l'avocat d'exercer sa profession sous forme de société civile ou commerciale.

Dans une deuxième partie de son avis, le Conseil de l'Ordre prend l'initiative de proposer l'introduction d'un article VI, complétant l'article 35 (3) de la loi du 10 août 1991 et concernant les perquisitions et saisies de documents dans une étude d'avocats.

L'article 35 de la loi du 10 août 1991 dans sa version actuelle, se lit de la manière suivante:

„(1) L'avocat est soumis au secret professionnel conformément à l'article 458 du Code pénal.

(2) Il doit respecter le secret de l'instruction en matière pénale en s'abstenant de communiquer des renseignements extraits du dossier ou de publier ou faire publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours.

(3) Le lieu de travail de l'avocat et le secret des communications, par quelque moyen que ce soit, entre l'avocat et son client, sont inviolables. Lorsqu'une mesure de procédure civile ou d'instruction criminelle ou d'inspection prévue par la loi relative à la recherche et la violation aux droits des consommateurs du 23 avril 2008¹, est effectuée auprès ou à l'égard d'un avocat dans les cas prévus par la loi, il ne peut y être procédé qu'en présence du Bâtonnier ou de son représentant, ou ceux-ci dûment appelés.

Le Bâtonnier ou son représentant peut adresser aux autorités ayant ordonné ces mesures toutes observations concernant la sauvegarde du secret professionnel. Les actes de saisie et le procès-verbal de perquisition mentionnent à peine de nullité la présence du Bâtonnier ou de son représentant ou qu'ils ont été dûment appelés, ainsi que les observations que le cas échéant le Bâtonnier ou son représentant ont estimé devoir faire.“

Dans son avis du 27 mars 2008 (doc. parl. 5660B), le Conseil de l'Ordre des Avocats renvoie expressément à son avis précédent, émis le 28 février 2008 dans le cadre des travaux ayant conduit à la loi du 23 avril 2008 relative à la recherche et à la sanction des violations des droits des consommateurs, tout en rajoutant quelques considérations complémentaires, de sorte que l'on peut se référer à l'avis du 28 février 2008, c'est-à-dire le doc. parl. 5699¹¹.

Selon l'Ordre des Avocats, l'actuel article 35 (3) n'organiserait pas de manière adéquate la protection du secret professionnel de l'avocat lorsque des perquisitions et saisies ont lieu dans un cabinet d'avocats.

La simple présence passive du Bâtonnier, dont le rôle se limiterait à faire acter des remarques, ne suffirait pas à préserver au mieux secret professionnel et confidentialité tel que requis par le règlement (CE) 2006/2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs² et ce notamment lorsqu'une autorité administrative procéderait à la mesure telle qu'introduite par la loi du 28 avril 2008.

En effet, l'article 8 de la loi du 28 avril 2008 prévoit que les agents habilités en matière d'inspection, c'est-à-dire les agents habilités par le Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions, qui seront désignés parmi les fonctionnaires de la carrière supérieure de l'administration et ceux de la carrière moyenne ayant au moins la fonction d'inspecteur, peuvent, sur autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent *ratione loci*, procéder à toutes les inspections nécessaires et notamment accéder à tous les locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, prendre et obtenir la communication des livres, factures et tous autres documents pro-

¹ Le texte souligné a été introduit par la loi du 23 avril 2008 relative à la recherche et à la sanction des violations des droits des consommateurs (Mémorial No 55 du 29 avril 2008).

² Doc. Parl. 5660^B, Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, page 9

fessionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications.

Le Conseil de l'Ordre relève que l'avocat peut être concerné par la mesure d'inspection exécutée dans le cadre d'une recherche de violation de droits des consommateurs d'une double manière, d'abord s'il lui est reproché d'être lui-même l'auteur d'une infraction intracommunautaire au sens du règlement et surtout si son client est concerné par une enquête.

Le Conseil de l'Ordre s'exprime ainsi „*Un texte de loi qui prévoit simplement que le Bâtonnier doit être „présent“ lors des saisies ou perquisitions qui ont eu lieu dans un cabinet d'avocats n'organise pas de manière adéquate la protection du secret professionnel de l'avocat. La simple présence passive du Bâtonnier n'apporte aucun avantage tangible. Le texte de loi n'est pas satisfaisant car il ne donne au Bâtonnier, qui assiste à une enquête dans un cabinet d'avocats, aucun moyen efficace de préserver le secret professionnel et la confidentialité. Le texte de loi prévoit uniquement que le Bâtonnier peut faire acter des remarques, ce qui ne saurait être considéré comme une protection effective du secret professionnel*“ (Doc. parl. 5699¹¹, page 15).

Le Conseil continue en reconnaissant que „*dans la pratique le texte ne suscite que rarement des difficultés, c'est que jusqu'à présent les perquisitions avaient toujours lieu en présence ou du moins sous le contrôle d'un juge qui était, de par sa formation, sensible au problème du secret professionnel. L'Ordre des Avocats redoute qu'il pourrait être plus difficile d'expliquer l'importance des principes qui sont ici en cause aux fonctionnaires qui disposeront à l'avenir d'un droit d'inspection à l'égard des cabinets d'avocats*“ (Doc. parl. 5660¹¹, page 16).

Il a été dès lors considéré comme urgent de compléter l'article 35 (3) de la loi du 10 août 1991 en ce sens que le Bâtonnier puisse **s'opposer** à ce que ceux qui procèdent à une visite, perquisition ou enquête, **saisissent** ou même **prennent seulement connaissance de documents** considérés comme protégés par le secret professionnel, c'est-à-dire que le Bâtonnier doive pouvoir empêcher la saisie de documents qu'il considère comme couverts par ce secret. Une telle opposition ne présenterait toutefois qu'un caractère temporaire et le législateur devrait organiser une procédure rapide au terme de laquelle un juge décidera si l'opposition formée par le Bâtonnier est ou non valable.

Etant donné que l'Ordre des Avocats avait communiqué son avis tardivement (28 février 2008) et postérieurement à l'adoption du rapport à la commission parlementaire compétente, les autres acteurs consultés, et notamment le Conseil d'Etat qui avait émis son avis déjà le 9 octobre 2007, ne se sont pas prononcés sur la proposition de l'Ordre.

Le Conseil de l'Ordre semble saisir l'occasion lors de la discussion du projet 5660B pour renouveler la proposition, complétée toutefois sur deux points, telle qu'exprimée dans le cadre des travaux concernant le projet de loi No 5660^A et développe la même argumentation à son appui.

*

II) LA SITUATION ACTUELLE

1) La législation luxembourgeoise

Un premier point qui ne fait pas l'objet de discussion est que le cabinet d'un avocat peut faire l'objet d'une perquisition et que des documents peuvent être saisis.

Ensuite et contrairement à l'article 56 du code de procédure pénale français et ce qui semble admis en Belgique, l'article 35 de la loi luxembourgeoise ne prévoit pas que la perquisition ne puisse être tenue exclusivement par un juge d'instruction, bien que selon un usage que l'on pourrait qualifier de bien établi, le juge d'instruction opère en personne la perquisition et la saisie dans une étude d'avocats et ne délivre pas de commission rogatoire aux officiers de police judiciaire dans cette hypothèse.

Les discussions commencent lorsqu'il s'agit de déterminer les rôles respectifs du juge d'instruction et du Bâtonnier lors de la perquisition et de la saisie et notamment le rôle du Bâtonnier au moment de la détermination des objets et documents à saisir et plus particulièrement encore, lors de la sélection des documents confidentiels ou considérés comme revêtir un caractère confidentiel par l'avocat dans l'étude duquel la perquisition est tenue.

Pierre Lambert expose à ce sujet³, ses développements ayant été repris par le Conseil d'Etat dans son avis émis lors de l'élaboration de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat⁴:

„Deux thèses contradictoires s'affrontent:

Selon la première, le juge d'instruction a seul le droit de prendre connaissance des papiers et documents avant de procéder à leur saisie; le bâtonnier a uniquement pour rôle, en vue d'assurer le respect du secret professionnel et des droits de la défense, d'émettre des objections à la saisie de telle ou telle pièce et, le cas échéant, de faire acter sa protestation au procès-verbal de la perquisition et de la saisie. Dans cette conception, c'est à la juridiction de fond, appelée à connaître des poursuites, qu'il appartiendra de rejeter éventuellement des débats les documents couverts par le secret professionnel.

Selon une deuxième thèse, défendue essentiellement par les barreaux, le Bâtonnier de l'Ordre (ou le membre du conseil de l'ordre qui le représente) a seul qualité pour procéder à l'ouverture d'un dossier d'avocat et à l'examen des pièces qu'il contient. Cette manière de procéder est la seule qui assure à la clientèle de l'avocat le respect des confidences qui lui ont été faites et les droits de la défense.“

Au vu des articles 35 (3) de la loi du 10 août 1991 et des articles 33 à 38 et 65 à 66 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois, et suivant l'avis du Conseil d'Etat, le législateur luxembourgeois comme le législateur français (cf. les lois des 15 juin 2000 et 12 décembre 2005) n'a pas jusqu'à l'heure actuelle, entendu soustraire le pouvoir de saisie de pièces et de documents au juge d'instruction, le législateur français ayant uniquement „associé“ le Bâtonnier à la procédure en lui conférant un droit de regard et un pouvoir temporaire d'opposition à la saisie.

Le point de vue du Conseil de l'Ordre qui estime que la simple présence du Bâtonnier n'apporterait aucun avantage tangible et que la seule circonstance qu'il peut faire acter ses remarques, ne garantissent pas une protection effective du secret professionnel, doit être nuancé.

La saisie de pièces par un juge d'instruction, nonobstant les objections du Bâtonnier soutenant leur caractère confidentiel, peut faire l'objet d'un contrôle à un stade ultérieur de la procédure.

En effet même si l'article 35 de la loi modifiée du 10 août 1991 reste muet quant à une éventuelle voie de recours qui puisse être exercée contre la décision du juge d'instruction de saisir tel document considéré comme confidentiel par le Bâtonnier, l'avocat dans l'étude duquel la mesure a été exécutée peut saisir conformément au droit commun (article 126 nouveau du Code d'instruction criminelle), en sa qualité de tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime, la Chambre du conseil d'un recours en nullité dirigé contre l'ordonnance de perquisition et de saisie ou contre la saisie de tel document, la saisie étant un acte d'instruction par excellence.

Les documents et effets considérés comme confidentiels par le Bâtonnier, dont les remarques seront actés au procès-verbal de perquisition et de saisie, feront dans cette hypothèse l'objet de scellés et d'un inventaire à part jusqu'à ce que la Chambre du conseil a rendu sa décision. En cas d'annulation de la saisie en raison du caractère confidentiel, les documents et pièces seront restitués et aucun usage ne pourrait en être fait.

La Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement (en ce qui concerne les nullités éventuellement commises par le juge d'instruction au cours de son instruction) et la Chambre du conseil de la Cour d'appel (en tant que juridiction d'appel des décisions judiciaires du juge d'instruction), sont en effet les organes de contrôle naturels du juge d'instruction et des actes commis par lui.

2) La législation belge

(Répertoire Pratique de Droit belge, Complément VI, v° Avocat, No 471 et suiv. Pierre Lambert, Perquisitions et saisies dans le cabinet d'un avocat, J.T. 1979, p. 622)

En droit belge il est unanimement admis que le cabinet de l'avocat ne bénéficie d'aucun privilège d'invulnérabilité. Les articles de loi de droit commun, chargeant le juge d'instruction des perquisitions et saisies, sont appliqués.

³ Pierre Lambert, Règles et Usages de la Profession d'Avocat du Barreau de Bruxelles, p. 422, éd. Némésis, 1988

⁴ Doc. parl. No 3273, Avis du Conseil d'Etat, page 23

Pour le surplus la situation semble régie par des usages répondant à la fois aux nécessités de l’instruction et à la protection du secret professionnel des avocats et des droits de la défense de leurs clients.

Ces usages sont les suivants:

- le juge d’instruction assiste en personne à l’exécution de son mandat de perquisition, après avoir invité le Bâtonnier de l’Ordre à être présent ou à se faire représenter par un membre du Conseil de l’ordre;
- la saisie se limitera au „corps du délit“;
- la saisie ne peut porter sur les pièces confidentielles, spécialement la correspondance échangée entre l’avocat et son client;
- si le magistrat a des raisons de supposer que le „corps du délit“ se trouve dans le dossier de l’avocat, il l’indique au Bâtonnier qui procède alors lui-même à l’examen du dossier pour s’en assurer et qui, le cas échéant, remet au magistrat les documents qui seront saisis.

Ces usages pratiquement toujours appliqués n’ont jamais donné lieu à la moindre difficulté et ont non seulement jamais altéré, mais au contraire toujours affermi les relations de confiance et de courtoisie qui existent entre les magistrats et les membres du barreau, dans l’intérêt d’une bonne marche de la justice.

3) La législation française postérieure aux lois des 15 juin 2000 et 12 décembre 2005

Selon la loi française (article 56-1 du Code de procédure pénale) et une circulaire du 2 septembre 2004 (Crim. 04-13), 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. Ce magistrat et le Bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de prendre connaissance des documents découverts lors de la perquisition préalablement à leur éventuelle saisie.

Au préalable le magistrat prend une décision écrite et motivée, communiquée au Bâtonnier ou à son délégué, qui indique la nature de l’infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant 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 par le magistrat.

Le juge d’instruction et le Bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie.

Le Bâtonnier ou son délégué peut s’opposer à la saisie d’un document à laquelle le magistrat a l’intention de procéder s’il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l’objet d’un procès-verbal, mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n’est pas joint au dossier de la procédure. Si d’autres documents ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestations, ce procès-verbal est distinct de celui qui renseigne la contestation et l’opposition du Bâtonnier. Ce procès-verbal de contestation ainsi que le document placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l’original ou une copie du dossier de la procédure.

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 d’un 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 la perquisition et la saisie avaient été effectuées et le Bâtonnier ou son délégué. Le juge des libertés peut ouvrir les scellés.

Si ce magistrat estime qu’il n’y a pas lieu à saisir le document, il ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document ou à son contenu qui figurerait dans le dossier de la procédure. Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure.

Cette décision n’exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l’instruction.

III) LA PROPOSITION DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG

1) La procédure

Le Conseil de l'Ordre des Avocats propose un texte largement inspiré de l'article 56-1 du Code de procédure pénale français tel que complété par les lois du 15 juin 2000 sur le renforcement de la présomption d'innocence et du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

La proposition de texte du Conseil de l'Ordre va toutefois plus loin que le texte français dans sa dernière version du 12 décembre 2005, en ce que le texte tel que proposé reconnaît au Bâtonnier le droit de s'opposer à la simple prise de connaissance de ce document par le juge d'instruction ou les enquêteurs qui exécutent la perquisition.

Ce sera dès lors le Bâtonnier qui jouera le rôle prépondérant, le rôle du juge d'instruction ou de l'enquêteur sera réduit à celui d'observateur.

Or, il appartient au juge d'instruction de décider d'une perquisition et le cas échéant d'en diriger l'exécution. Il lui appartient seul de prendre la décision de saisir tel ou tels objets, documents et effets visés par l'article 31 (3) du Code d'instruction criminelle.

Par ailleurs et contrairement au texte français, la possibilité d'un recours est prévue: „*La décision (de la chambre du conseil) est susceptible d'appel devant la Chambre du conseil de la Cour d'appel en matière pénale et devant la Cour d'appel siégeant en matière civile dans les autres matières*“.

2) Observations

a) La terminologie employée soulève la question de savoir, si la procédure proposée par le Conseil de l'Ordre est applicable aux perquisitions et saisies opérées dans un cabinet d'avocats **par un juge d'instruction**.

Le texte présenté mentionne en effet une saisie qui est opérée par les „agents“ ou „enquêteurs“ qui exécutent la mesure. Plus loin il est mentionné dans le cadre de l'exercice des voies de recours, que la juridiction est saisie par „l'autorité compétente“ qui comparaitra par „un agent habilité dûment mandaté à cette fin ou par le ministère d'un avocat“.

En effet la proposition de ce texte qui confère au Bâtonnier le pouvoir d'opposition à la saisie et à la simple prise de connaissance de document par le juge d'instruction, a été introduite pour la première fois dans l'avis du 28 février 2008 dans lequel le Conseil de l'Ordre s'est insurgé contre le projet que des agents d'une autorité **administrative** puissent procéder à des „visites“ ou „inspections“ dans un cabinet d'avocat, avis auquel le Conseil de l'Ordre se réfère expressément dans le présent avis.

Dans le présent avis le Conseil de l'Ordre fournit des précisions complémentaires en déplorant à nouveau que les auteurs du précédent projet aient choisi de confier des enquêtes concernant d'éventuelles infractions intracommunautaires au sens du règlement communautaire à une autorité administrative.

Selon les auteurs de l'avis, jusqu'à présent les perquisitions et saisies n'auraient suscité que rarement de difficultés étant donné que le juge d'instruction de par sa formation est sensible au problème du secret professionnel (cf. p. 16 avis projet 5699¹¹).

Il semble dès lors que le texte proposé vise essentiellement les perquisitions, enquêtes et saisies opérées par une autorité administrative, respectivement par des enquêteurs dans le cadre d'une infraction intracommunautaire.

Le texte proposé entend d'ailleurs „compléter“ l'article 35 (3) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat; le deuxième alinéa du §3 ne sera dès lors ni modifié, ni abrogé. Or, c'est précisément le deuxième alinéa du §3 qui régit les relations entre le juge d'instruction et le bâtonnier et oblige le premier de consigner toutes observations émises dans l'intérêt de la sauvegarde du secret professionnel par le second.

Toutefois d'un autre côté il est prévu que l'incident est tranché en **matière pénale** par la Chambre du conseil.

Faut-il dès lors conclure que la procédure proposée ne s'applique pas lorsque le juge d'instruction procède lui-même à la perquisition et à la saisie, mais uniquement s'il a délégué ses pouvoirs à des

„enquêteurs“, donc des officiers de police judiciaire, et dans les affaires dans lesquelles les agents d’une autorité administrative procèdent à une perquisition?

b) Quelle sera la procédure à suivre en cas de perquisition et de saisie dans un cabinet d’avocat en exécution d’une commission rogatoire internationale? Il ne faut pas perdre de vue que la modification proposée par l’Ordre des Avocats et les possibilités de recours vont non seulement s’appliquer dans les dossiers nationaux, mais également lorsque des documents ont été saisis dans un cabinet d’avocat en exécution d’une commission rogatoire internationale.

Il faut éviter qu’une nouvelle voie de recours se greffe à celles prévues par la loi du 8 août 2000 sur l’entraide en matière pénale.

c) Selon le texte l’autorité compétente qui poursuit la mesure doit comparaître devant le juge par un agent habilité.

Qu’en est-il de l’officier de police judiciaire qui a procédé à la saisie, du représentant du ministère public, partie demanderesse, et du juge d’instruction qui a procédé à la saisie? L’officier de police judiciaire et les magistrats ne peuvent comparaître par un „agent habilité“ ou un avocat.

d) Toute „partie intéressée“ peut adresser des explications à la juridiction. Ne faudrait-il pas énumérer limitativement ces personnes? Comment identifier, puis avertir à ce stade de la procédure les parties intéressées, du recours et de la date de l’audience de la Chambre du conseil?

e) Est-ce qu’il est prévu d’ouvrir un recours à l’inculpé qui a un intérêt manifeste à voir annuler la perquisition et la saisie ou même à la personne non inculpée mais propriétaire des documents saisis.

f) Si la proposition devait être retenue il serait de mise de prévoir des délais pour introduire un recours et un délai dans lesquels la juridiction doit statuer, à l’instar de la législation française?

g) Le conseil de l’Ordre propose d’organiser une procédure rapide au terme de laquelle une juridiction décide si l’opposition formée par le Bâtonnier est justifiée ou non. La chambre du conseil sera saisie par l’autorité qui a sollicité, demandé, diligenté, poursuivi ou décidé de la mise en oeuvre de la mesure. L’autorité ainsi compétente joindra à sa demande toutes les pièces de nature à éclairer le juge.

Il est tout d’abord inconcevable que dans le cadre d’une perquisition effectuée par une autorité judiciaire, cette autorité (le parquet) soit amenée à exercer un recours contre la décision non judiciaire d’opposition du Bâtonnier devant la chambre du conseil.

Par ailleurs le texte de la proposition prévoit la faculté pour le Bâtonnier de s’opposer à la prise de connaissance des documents et pièces qu’il juge être confidentiels.

On s’imagine dès lors mal sur base de quels éléments concrets, le représentant du ministère public pourrait exercer le recours, choisir les pièces de nature à éclairer le juge et solliciter devant la chambre du conseil de voir déclarer la décision d’opposition à saisie du Bâtonnier comme non fondée, du moment qu’il ignore tout de cette pièce.

Le représentant du ministère public serait donc amené à exercer un recours sans avoir pris connaissance des documents litigieux et se trouverait dans l’impossibilité de faire valoir un quelconque moyen pour justifier le bien-fondé de la décision du juge d’instruction.

Conclusion:

La proposition du Conseil de l’Ordre des Avocats à voir compléter l’article 35 (3) par le texte élaboré dans le cadre de son avis du 28 avril 2008 à la page 18, est imprécise étant donné qu’elle ne distingue pas si les dispositions nouvelles ont vocation à s’appliquer aux perquisitions exécutées par le juge d’instruction, aux perquisitions opérées par les officiers de police judiciaire dans des dossiers nationaux sans infraction intracommunautaire, aux commissions rogatoires internationales ou bien exclusivement aux enquêtes, visites et inspections exécutées par les agents d’une autorité administrative.

Si le texte devait avoir vocation à régir toutes les visites, enquêtes et perquisitions dans un cabinet d’avocat, l’on ne peut être d’accord avec la proposition du Conseil de l’Ordre des Avocats qui refuse toute consultation de documents aux enquêteurs (et au juge d’instruction?) alors qu’étendre le rôle du

Bâtonnier à l'examen et au tri des pièces et documents contenus dans les dossiers de l'avocat reviendrait à transférer au Bâtonnier les pouvoirs du juge d'instruction ou de l'officier de police judiciaire délégué, qui devrait se résigner dans une attitude purement passive, alors que les opérations de perquisition et de saisies entrent dans leurs prérogatives légales.

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de prévoir une procédure et un recours spécifique en cas de perquisition effectuée en l'étude d'un avocat dans le but de préserver au mieux secret professionnel et confidentialité, le recours de droit commun permettant le contrôle par la Chambre du conseil des décisions du juge d'instruction. Il faut encore éviter un régime spécifique pour une profession libérale en particulier, si ce n'est pour éviter un précédent.

Pour le Procureur Général d'Etat,

Jean ENGELS

Avocat général

*

AVIS DU PROCUREUR D'ETAT DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

(16.10.2008)

L'Ordre des avocats n'ayant pas réussi à faire adopter sa proposition de texte quasi identique dans le cadre du projet de loi No 5699 devenu la loi du 23.4.2008 relative à la recherche et à la sanction des violations des droits des consommateurs, revient à charge avec les mêmes arguments et quelques retouches de clarification, mais aussi avec deux dispositions substantielles nouvelles.

Ainsi à l'alinéa 5 de la proposition de texte la phrase „Toute partie intéressée peut adresser à la juridiction des explications“ est complétée par „sans avoir à respecter le principe du contradictoire, si le principe du contradictoire violerait le secret professionnel de l'avocat“. De même, est ajouté un alinéa 7 avec la phrase „La motivation de la décision de première instance ne devra pas révéler le contenu du document.

L'Ordre des avocats saisit donc cette nouvelle occasion pour faire passer ses exigences relatives à la teneur de l'article 35,(3) et des règles y prévues en matière de perquisition et de saisie dans un cabinet d'avocat, toutes procédures confondues.

Le régime légal nouveau préconisé n'est cependant justifié par aucun motif tiré d'une situation concrète dans laquelle le secret professionnel aurait été violé; l'Ordre reconnaît même que les perquisitions opérées dans les cabinets d'avocat ne prêtaient pas à critique parce qu'elles avaient lieu en la présence et sous le contrôle des juges d'instruction qui les avaient ordonnées, usage établi et jusqu'à date pas remis en cause.

Il semble que la démarche de demander la réforme de la procédure établie résulte de la crainte d'un abus éventuel de la part d'agents de l'administration ministérielle auxquels la loi a attribué des pouvoirs coercitifs et qui ne seraient pas aussi sensibles à l'importance des principes régissant le secret professionnel de l'avocat.

Or, dans le contexte donné il convient de se reporter à l'article 8⁵ de la loi du 23.4.2008 déterminant les pouvoirs des agents habilités en matière d'inspection qui dispose notamment que les agents ne peuvent procéder à inspection (assimilée à une perquisition) et saisie que sur présentation d'une ordonnance d'un juge autorisant la démarche qui s'effectue sous l'autorité et le contrôle de ce juge, lequel peut assister personnellement à l'intervention.

C'est un régime entièrement calqué sur les règles de procédure du Code d'instruction criminelle, le paragraphe (5) de l'article 8 disposant d'ailleurs que l'ordonnance autorisant les opérations d'inspection et de saisie „est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction“.

Le Code d'instruction criminelle admet deux voies de recours contre les ordonnances du juge d'instruction, la demande en annulation de la procédure d'instruction ou d'un acte quelconque de cette procédure (art. 126), et l'appel de l'ordonnance du magistrat instructeur (art. 133). Concrètement, la voie de l'appel n'entre pas en ligne de compte; comme l'inspection et la saisie sont des actes d'instruction et non des actes de nature juridictionnelle seuls susceptibles d'appel, ce n'est que la demande en annulation qui devrait trouver application dans le contexte donné.

Ainsi, lorsque dans l'exercice des pouvoirs et prérogatives lui attribués, le juge d'instruction viole des prescriptions légales particulières comme les détermine notamment l'article 35,(3) de la loi du 10.8.1991 sur la profession d'avocat, l'acte d'instruction posé est susceptible d'un recours en nullité sur deux instances en application des articles 126 et suivants du Code d'instruction criminelle. En cas

5 Art. 8. Pouvoirs des agents habilités en matière d'inspection

(1) Pour l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées par la présente loi, les autorités compétentes désignées peuvent procéder à toutes les inspections nécessaires.

(2) Les agents habilités peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, prendre ou obtenir la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications.

Ils devront en tout état de cause présenter au vendeur ou fournisseur, ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant l'ordonnance autorisant l'inspection telle que prévue au paragraphe suivant.

(3) Les agents habilités ne peuvent procéder aux inspections en tous lieux professionnels, ainsi qu'à la saisie de documents, que sur autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent *ratione loci* ou le magistrat qui le remplace. Si l'inspection doit se faire dans les deux arrondissements, une ordonnance unique délivrée par l'un des présidents compétents est suffisante. Le juge doit vérifier que la mesure d'inspection et de saisie est justifiée et proportionnée au but recherché; la requête doit comporter les éléments d'information requis à cet égard. L'autorisation du juge doit indiquer, sous peine de nullité, l'objet de l'inspection et son but.

(4) L'inspection et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés de mener ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Si les nécessités de l'inspection l'exigent, le juge peut, après en avoir donné avis au procureur d'Etat de son tribunal, se transporter avec son greffier dans toute l'étendue du territoire national pour assister aux inspections.

Le juge assisté de son greffier peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de l'inspection.

(5) L'ordonnance visée au paragraphe 3 est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction. Les voies de recours ne sont pas suspensives.

(6) L'inspection ne peut commencer avant six heures trente minutes ni après vingt heures.

(7) L'inspection doit être effectuée en présence du vendeur ou fournisseur, ou de l'occupant des lieux ou de leur représentant. En cas d'impossibilité, l'agent habilité doit inviter la personne concernée à désigner un représentant de son choix; à défaut, l'agent habilité choisit deux témoins requis à cet effet par lui en dehors des personnes relevant de son autorité administrative. Les agents habilités ainsi que le vendeur ou fournisseur, ou l'occupant ou leur représentant peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

(8) Les objets et les documents et autres choses saisis sont inventoriés dans le procès-verbal. Si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés jusqu'au moment de leur inventaire, en présence des personnes qui ont assisté à l'inspection.

(9) Le procès-verbal des inspections et des saisies est signé par le vendeur ou fournisseur, ou l'occupant des lieux ou leur représentant et par les personnes qui y ont assisté; en cas de refus de signer, le procès-verbal en fait mention. Il leur est laissée copie du procès-verbal.

(10) La présence de l'avocat est autorisée pendant toute la procédure d'inspection et de saisie.

(11) Les objets et les documents et autres choses saisis sont déposés auprès de l'autorité ayant exécuté l'inspection ou confiés à un gardien de la saisie.

(12) L'autorité ayant exécuté l'inspection peut ordonner d'office et à tout moment la mainlevée totale ou partielle des saisies effectuées.

(13) Les intéressés peuvent obtenir, à leurs frais, copie ou photocopie des documents saisis.

d'annulation, les pièces saisies seront restituées et aucun usage (même par référence) ne pourra en être fait dans la procédure.

Un régime de contrôle et de sanction judiciaire des interventions dans un cabinet d'avocat est donc en place, régime qui a fait ses preuves et pour lequel l'Ordre des avocats n'est pas à même de faire état de lacunes ou de difficultés d'application.

La nécessité de l'instauration d'un régime tout à fait différent qui renverse l'ordre des choses n'est pas justifiée; ce serait le Bâtonnier ou son délégué qui effectuerait en fait la perquisition et déciderait quelle pièce serait à saisir et quelle autre pièce ne pourrait même pas être consultée; l'autorité judiciaire (également présente en matière d'intervention administrative par le biais de l'ordonnance motivée du juge autorisant l'intervention) serait confinée dans un rôle passif et limitée à la possibilité de saisir une juridiction pour vaincre l'opposition du Bâtonnier.

La logique juridique de la procédure d'instruction veut que ce soit le justiciable qui exerce un recours contre l'acte de l'autorité qu'il considère comme contraire à la loi; or, avec le régime proposé par l'Ordre des avocats, ce serait l'autorité judiciaire qui devrait exercer un recours judiciaire contre l'acte, l'opposition de l'organe d'une organisation professionnelle.

Comme c'est dans tous les cas un juge qui a pris la décision de procéder à l'intervention ayant donné lieu au litige, on ne conçoit pas ce juge adresser une requête à une juridiction du siège dont il fait partie pour obtenir une décision sur l'opposition d'une partie relativement à un acte d'instruction qu'il a posé dans l'exercice des pouvoirs lui attribués par la loi.

Le système légal en place offre suffisamment de garanties de protection du secret professionnel des avocats de sorte que la proposition de l'Ordre ne devrait pas être retenue. Tout au plus pourrait-on suggérer, au plan interne, aux juges d'instruction qui procèdent en personne dans un cabinet d'avocat, d'émettre une ordonnance de saisie spécifique pour les pièces donnant lieu à contestation de la part du Bâtonnier ou de l'avocat concerné, avec mention expresse des motifs de contestation énoncés.

*Pour le Procureur d'Etat,
J.-P. FRISING
Procureur d'Etat adjoint*

**DEPECHE DU MINISTRE DE LA JUSTICE
AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT**

(16.9.2008)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

J'ai l'honneur de rappeler à votre attention mon courrier du 13 juin 2006 dont je joins la copie en annexe.

S'il avait été admis au mois de juin que la transmission de l'avis du Ministère Public ainsi que des Juges d'Instruction Directeurs pourrait n'intervenir qu'après les vacances judiciaires, je souhaite cependant vous informer qu'il y a urgence du fait que la commission juridique reprendra l'examen du projet de loi No 5660^B au mois d'octobre.

Aussi, je vous serais reconnaissant si vous pouviez me faire parvenir les avis sollicités dans mon courrier du 13 juin dernier pour au plus tard le 10 octobre 2008.

Veillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma haute considération.

Pour le Ministre de la Justice,
Andrée CLEMANG
Conseiller de Direction 1ère classe

*

Luxembourg, le 13.6.2008

Monsieur le Procureur Général d'Etat
B. P. 15
L-2010 LUXEMBOURG

Concerne: Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg concernant le projet de loi No 5660B portant modification:

1. de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;
2. des articles 2273 et 2276 du code civil

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

J'ai l'honneur de vous adresser, en annexe, le document parlementaire 5660B² reproduisant l'avis de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg concernant le projet de loi mentionné sous rubrique.

Dans son avis, l'Ordre des avocats propose de voir insérer un article VI au projet de loi en question afin de compléter l'article 35(3) de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

L'article 35(3) qui traite de la saisie de documents au cabinet d'un avocat, a été modifié récemment par une loi du 23 avril 2008 en matière de protection des consommateurs.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir me faire tenir l'avis du Ministère Public ainsi que des Juges d'Instruction Directeurs quant à la proposition de texte formulée par le Barreau, relative à l'article 35(5) de la loi précitée du 10 août 1991.

Compte tenu du fait que le projet de loi No 5660B est actuellement en procédure d'examen au sein de la Commission Juridique de la Chambre des Députés, une réponse dans les meilleurs délais m'obligerait.

Veillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma haute considération.

Pour le Ministre de la Justice,
Andrée CLEMANG
Conseiller de Direction 1ère classe

Annexe: Voir doc. parl. 5660B²

**AVIS DU JUGE D'INSTRUCTION-DIRECTEUR
DU TRIBUNAL DE LUXEMBOURG**

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(29.10.2008)

Soit en annexe l'avis de Madame le Juge d'instruction Directeur Doris WOLTZ dans l'affaire sous rubrique transmis à Monsieur le Ministre de la Justice comme suite au transmis des avis de Monsieur le Procureur Général d'Etat et de Monsieur le Procureur d'Etat à Luxembourg.

Pour le Procureur Général d'Etat,
Jean ENGELS
Avocat Général

*

Luxembourg, le 27 octobre 2008

A Monsieur le Procureur Général de l'Etat
Jean-Pierre KLOPP

Concerne: Demande d'avis relatif à la proposition de texte du Conseil de l'Ordre du Barreau visant à compléter l'article 35(3) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat dans le cadre de son avis du 6 mai 2008 sur le projet de loi No 5660^B adopté le 19 mars 2008

Monsieur le Procureur Général de l'Etat,

Je vous transmets ci-joint l'avis demandé dans votre missive du 19 septembre 2008 avec mes excuses pour le retard apporté à la présente, tout en vous demandant de bien vouloir continuer l'avis émis à Monsieur le Ministre de la Justice.

Profond respect

Le Juge d'Instruction-Directeur,
Doris WOLTZ

*

AVIS

relatif à la proposition de texte du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg visant à compléter l'article 35(3) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat dans le cadre de son avis du 6 mai 2008 sur le projet de loi No 5660B adopté le 19 mars 2008

I. Préambule

Le présent avis a pour seule vocation d'analyser la proposition de texte du Conseil de l'Ordre, visant à compléter l'article 35(3) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat par rapport à sa nécessité, voire son applicabilité (faisabilité) aux perquisitions et saisies ordonnées et exécutées par un juge d'instruction dans un cabinet d'avocats.

Le principe du secret professionnel de l'avocat étant d'ordre public, il importe de préciser les limites du débat lancé par la proposition de texte susvisée:

La question n'est pas de savoir s'il peut être porté atteinte au secret professionnel, mais de savoir de quelle façon l'administration de la preuve en matière pénale, lors de la perquisition avec saisie dans un cabinet d'avocats, est mise en oeuvre, respectivement pourrait être mise en oeuvre par le législateur pour protéger le même secret professionnel.

Il s'ensuit qu'il faudra d'abord s'attacher à la situation légale actuelle des textes applicables aux perquisitions et saisies ainsi qu'aux recours possibles pour pouvoir apprécier à la suite la nécessité (réelle ou voulue) de garanties et de recours supplémentaires telles que proposées par le Conseil de l'Ordre.

II. Le droit positif actuel et sa mise en pratique

A. En droit

La base légale, les procédures à respecter et les recours possibles peuvent être rappelés brièvement:

Les textes légaux applicables aux perquisitions et saisies sont:

1) pour le Juge d'Instruction:

les articles 65 et 66 du Code d'Instruction Criminelle.

L'article 65 du Code d'Instruction Criminelle renvoie quant aux lieux susceptibles de faire l'objet d'une perquisition et à la procédure à respecter lors de la mise en oeuvre, aux articles 33 à 38 du Code d'Instruction Criminelle. L'article 33(3) du Code d'Instruction Criminelle oblige notamment l'Officier de Police Judiciaire (en flagrant crime/délit) et par conséquent le Juge d'Instruction (lors de l'instruction préparatoire) à „provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense“.

La mesure prise par le Juge d'Instruction est celle de contacter **toujours** au préalable le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats pour l'informer de la décision d'une perquisition dans un cabinet d'avocats d'une part et de la date à prévoir pour l'exécution de l'Ordonnance en présence du Bâtonnier d'autre part, par référence à l'article 35(3), alinéa 1 de la loi modifiée du 10 août 1991.

L'article 66 du Code d'Instruction Criminelle renvoie à l'article 31(3) du Code d'Instruction Criminelle quant aux documents et effets susceptibles de faire l'objet d'une saisie. Tout en connaissant l'éventail très large des documents pouvant être saisis dans ce cadre, le Juge d'Instruction se doit de respecter la confidentialité des documents échangés entre l'avocat et le client et le secret professionnel pour autant que ces mêmes documents ne constituent ni le produit ou l'objet d'une infraction, ni une contribution à la manifestation de la vérité.

Ici, il convient de préciser que l'article 35(3) vise les deux seuls cas de figure susceptibles de se présenter lors de la perquisition dans un cabinet d'avocats:

- le premier cas de figure concerne la perquisition opérée „auprès d'un avocat“ auquel cas l'avocat est détenteur de pièces à conviction en sa qualité de „tiers saisi“ pour le compte d'un client poursuivi

pour des faits faisant l'objet d'une instruction ou impliqué à un autre titre dans l'information judiciaire.

- le deuxième cas de figure vise l'hypothèse où la perquisition est réalisée „à l'égard d'un avocat“ qui, à ce moment est directement visé par l'information judiciaire ouverte à son encontre, respectivement où l'avocat revêt déjà la qualité d'inculpé.

Dans les deux cas visés, la procédure des articles 65 et 66 du Code d'Instruction Criminelle, combinés à l'article 35(3) de la loi modifiée du 10 août 1991 est mise en oeuvre:

La présence du Bâtonnier est de droit.

2) pour les avocats:

L'article 35(3) de la loi modifiée du 10 août 1991 sert de référence à la procédure à suivre par le Bâtonnier (ou son représentant) lors d'une perquisition opérée dans un cabinet d'avocats.

- L'alinéa 1 prévoit la présence obligatoire du Bâtonnier lors d'une perquisition dans un cabinet d'avocats ou du moins l'information de la date, heure et lieu de la mesure d'instruction envisagée par le Juge d'Instruction au Bâtonnier tenant lieu de convocation à l'acte d'instruction.
- L'alinéa 2 du paragraphe 3 retient la faculté pour le Bâtonnier de faire toutes observations concernant la sauvegarde du secret professionnel. De même, la présence du Bâtonnier et les observations susvisées doivent figurer dans l'acte de saisie et le procès-verbal de perquisition et de saisie, sous peine de nullité.

Il s'ensuit que le rôle du Bâtonnier, vêtu d'une mission d'intérêt général, consistant à assurer le respect du secret professionnel et de la sauvegarde des droits de la défense, ne se limite pas à une simple présence passive (comme le présente le Conseil de l'Ordre dans son avis du 6 mai 2008 à la page 9) et qui ne suffirait pas à préserver au mieux secret professionnel et confidentialité.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que la saisie de documents par le Juge d'Instruction comme tout autre acte d'instruction ordonné par le Juge d'Instruction, (malgré les observations du Bâtonnier), peut faire l'objet d'un contrôle à un stade ultérieur de l'instruction.

Ce contrôle, devant s'effectuer à un stade très proche de la saisie des documents litigieux (pour empêcher que la procédure ne soit viciée, le cas échéant, par des actes d'instruction subséquents basés sur des documents dont la saisie est contestée par le Bâtonnier), il y a lieu d'adresser les recours y relatifs aux juridictions d'instruction qui constituent les organes de contrôle naturels des actes accomplis par le Juge d'Instruction.

La Chambre du Conseil du Tribunal d'Arrondissement contrôle la régularité de l'instruction (et de chaque acte d'instruction), y compris celle de la perquisition et saisie effectuées dans un cabinet d'avocats, lorsqu'elle est saisie d'un recours en nullité dirigé contre l'Ordonnance de perquisition ou la saisie d'un document, émanant de l'avocat concerné en sa qualité de „tiers intéressé, justifiant d'un intérêt légitime personnel“, exigé par l'article 126 du Code d'Instruction Criminelle, base légale du recours.

La Chambre du Conseil de la Cour d'Appel contrôle, en tant que juridiction d'appel, les décisions judiciaires du Juge d'Instruction.

B. Pratique

Les perquisitions „auprès ou à l'égard“ d'un avocat se font, en principe, de la manière suivante:

- Malgré l'absence d'une obligation légale, par référence à l'article 35(3) de la loi modifiée du 10 août 1991, mais par respect pour les droits de la défense et du secret professionnel, le Juge d'Instruction, ayant ordonné la perquisition, exécute toujours en personne l'acte d'instruction après avoir convoqué le Bâtonnier à y assister.
- Le Juge d'Instruction n'est non seulement présent personnellement lors des perquisitions dans les locaux d'un cabinet d'avocats (ou, le cas échéant, au domicile de l'avocat), mais il se déplace également auprès des établissements bancaires lors de la notification de l'Ordonnance de perquisition et lors de la saisie subséquente des documents bancaires relatifs à des comptes d'avocats. De même, le Bâtonnier (ou son représentant), en est chaque fois informé ou présent, conformément à l'article 35 (3) de la loi du 10 août 1991.

La pratique des perquisitions dans les cabinets d'avocats, en application de l'article 35(3) précité, durant la dernière décennie a démontré:

- L'absence de difficultés majeures lors du déroulement des perquisitions. Ceci s'explique par une relation de confiance et de respect réciproque durant l'exécution d'un acte d'instruction, délicat et parfois pénible pour les parties concernées. Ce constat est d'ailleurs confirmé et partagé par le Conseil de l'Ordre dans son avis du 6 mai 2008 (page 9).
- L'absence de recours contre les ordonnances de perquisition et les procès-verbaux de perquisition et de saisie au motif que ces actes seraient entachés de nullités ou d'irrégularités tenant au non-respect des droits de la défense ou à la violation du secret professionnel par le biais de la saisie d'un document spécifique.

A ce niveau, il échet de préciser que la perquisition effectuée „à l'égard de“ et donc contre l'avocat (inculpé actuel ou virtuel) doit pouvoir être approchée dans un contexte autre que celui où l'avocat n'est que tiers détenteur de documents mettant en cause son client. La confidentialité de la correspondance échangée entre l'avocat et un client ne peut plus être opposée lorsque cette même correspondance est de nature à établir la participation de l'avocat à une infraction (Cass. fr. Crim. 27 juin 2001, D.2001, p. 2947).

III. De lege ferenda: nécessité de légiférer

Les préoccupations contenues dans l'avis du Conseil de l'Ordre semblent se situer à deux niveaux de la perquisition:

- l'un au moment de la perquisition tenant à la question de savoir qui prend connaissance en premier des documents à saisir
- l'autre, après la perquisition, lorsqu'il s'agit de prévoir, par le biais d'un nouveau texte de loi, la procédure du recours à mettre en oeuvre pour permettre le versement du document susceptible d'être couvert par le secret professionnel dans le dossier d'instruction à titre de pièce à conviction.

Enfin, il faudra se pencher sur la question de savoir si la demande de garanties, telle que préconisée par le Conseil de l'Ordre, est réellement nécessaire pour préserver la confidentialité des documents issus d'un cabinet d'avocat et le secret professionnel.

A. Prise de connaissance des documents et saisie subséquente

Le souci qui semble animer la proposition de texte du Conseil de l'Ordre est celui de la prise de connaissance de documents par le Bâtonnier, à l'exclusion des enquêteurs (Officiers de Police Judiciaire, conformément à l'article 51 du Code d'Instruction Criminelle), ou agents habilités par l'article 6 de la loi du 23 avril 2008.

S'agissant d'une perquisition ordonnée par le Juge d'Instruction dans le cadre de l'information judiciaire, il y a lieu de préciser que l'acte d'instruction coercitif que constitue la saisie de documents/objets ou effets relève des prérogatives légales exclusives du Juge d'Instruction, par application de l'article 66 du Code d'Instruction Criminelle.

Afin de pouvoir vérifier quel document peut et doit être saisi, le Juge d'Instruction doit pouvoir examiner toutes les pièces et documents découverts dans un cabinet d'avocats.

Or, par le texte de la loi proposé à la suite de l'alinéa 2 de l'article 35(3) de la loi du 10 août 1991 (et qui garde par conséquent toute son importance et sa nécessité en pratique) permettant au Bâtonnier de s'opposer à la saisie et même à la prise de connaissance du document à saisir, on transférerait le pouvoir réservé au Juge d'Instruction par la loi (la prise de connaissance des documents, le tri subséquent et la saisie qui s'ensuit).

En ce, le Bâtonnier, regardant les documents au préalable, deviendrait ainsi magistrat avec la prérogative de décider avant toute autre personne légalement habilitée à ce faire lors d'une perquisition (à savoir le Juge d'Instruction en vertu de l'article 66 du Code d'Instruction Criminelle et les Officiers de Police Judiciaire en vertu de l'article 52(1) du Code d'Instruction Criminelle) quel document est couvert par le secret professionnel et doit être exclu de la saisie pénale conservatoire.

La jurisprudence des juridictions d'instruction en la matière est la suivante:

„En vertu des dispositions des articles 66 et 31 du Code d'Instruction Criminelle, il appartient au Juge d'Instruction seul de prendre connaissance des documents découverts avant de procéder à leur saisie et en cas de doute sur le caractère confidentiel d'un document, de consulter le Bâtonnier et de se déterminer librement, le Bâtonnier pouvant, en cas de divergence, faire consigner ses obser-

vations au procès-verbal de perquisition et à l'acte de saisie" (cf. Ordonnance No 1178/98 Ch. d. C. du 15 décembre 1998 et arrêt No 248/98 Ch. d. C. du 8 décembre 1998) et qui reste d'actualité dans la pratique.

A plus forte raison, l'opposition du Bâtonnier à la saisie/prise de connaissance des documents et la procédure préconisée par la proposition de texte se heurte au Principe de l'égalité des citoyens devant la loi, consacré par l'article 10bis de la Constitution, lorsque la perquisition est faite à l'égard d'un avocat inculqué qui bénéficierait d'un régime d'administration de la preuve particulier et inexistant pour d'autres professions (libérales ou non) soumises au secret professionnel couvert par l'article 458 du Code Pénal.

Reste posée la question de savoir si l'opposition du Bâtonnier, telle que formulée dans le texte proposé, est également applicable au Juge d'Instruction s'il procède lui-même à la perquisition et à la saisie.

B. Procédure proposée à la suite de l'opposition du Bâtonnier

Le texte proposé soulève plusieurs problèmes d'applicabilité en droit et en fait:

- 1) Suivant le texte proposé, „l'incident est tranché **en matière pénale** par la Chambre du Conseil“. S'il faut entendre par matière pénale également l'exécution d'une Commission Rogatoire Internationale, la loi du 8 août 2000, relative à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, verra se greffer sur l'article 9 (régissant les recours en cette matière) un nouveau recours prévu par une loi spéciale.
- 2) Selon le texte proposé, c'est l'autorité compétente qui **doit** saisir la Chambre du Conseil. S'agit-il du Ministère Public qui a demandé la mise en oeuvre de la mesure ou de l'Officier de Police Judiciaire qui a exécuté la saisie? Il n'est pas besoin de rappeler que le Juge d'Instruction (et les Officiers de Police Judiciaire) ne peut saisir, en tant que juridiction d'instruction, une autre juridiction d'instruction pour vérifier la régularité de l'acte d'instruction. (La comparution par agent habilité ou par un avocat étant de toute façon inapplicable dans ce contexte).
Il appartiendrait par conséquent au Parquet de saisir la Chambre du Conseil pour formuler un recours contre la décision d'opposition du Bâtonnier (décision non judiciaire) alors que le magistrat du Parquet n'aurait, au pire cas, pas même eu la possibilité de prendre connaissance des documents frappés d'opposition du Bâtonnier. Comment demander à la Chambre du Conseil de déclarer l'opposition du Bâtonnier non fondée, lorsque l'on ignore tout du document couvert par le secret professionnel suivant l'opposition du Bâtonnier.
- 3) Le texte ne contient aucun délai pour introduire un recours (point de départ du délai imparti, délai de forclusion pour agir, délai dans lequel la Chambre du Conseil doit statuer).
- 4) L'absence de précision quant à „toute partie intéressée qui peut adresser des explications à la Chambre du Conseil“. De qui s'agit-il? Comment avertir ces personnes de la saisie, et/ou du recours?

C. Nécessité de légiférer

Le texte proposé par le Conseil de l'Ordre semble être issu à la base d'un malaise créé par l'instauration de la procédure de l'inspection prévue par l'article 8 de la loi du 23 avril 2008 relative à la recherche et à la violation aux droits des consommateurs (voir l'avis du Conseil de l'Ordre du 6 mai 2008, page 8 où il est fait référence à son avis du 20 février 2008 concernant les problèmes que soulèveraient, en termes de secret professionnel et de confidentialité les enquêtes pour infractions intra-communautaires).

Malgré les garanties procédurales prévues par l'article 8 de la loi du 23 avril 2008 (autorisation judiciaire, contrôle judiciaire, voies de recours comme en matière d'ordonnances du Juge d'Instruction, heure légale de l'inspection etc.) combinées à celles de l'article 35(3) de la loi modifiée du 10 août 1991, le Conseil de l'Ordre semble craindre une possible absence de sensibilité adéquate d'agents administratifs au problème du secret professionnel lors d'une perquisition à l'instar de la sensibilité du Juge d'Instruction présent sur les lieux et contrôlant le déroulement de la perquisition.

De là vouloir instaurer un parallélisme de formes et procédures entre l'instruction préparatoire et la perquisition/saisie d'une part et l'inspection administrative, d'autre part, ne se conçoit pas.

Si la mise en oeuvre de l'inspection administrative est susceptible de poser problèmes, le droit commun de la procédure pénale en matière de perquisitions dans les cabinets d'avocats n'en pose pas en son principe. Il n'est pas besoin de légiférer.

IV. Conclusions

Le texte de loi proposé par le Conseil de l'Ordre et visant à compléter l'article 35(3) de la loi du 10 août 1991 concernant la profession d'avocat, n'est pas nécessaire, ni utile, ni opportun.

Le texte n'est pas nécessaire, le cadre légal strict du Code d'Instruction Criminelle réglementant à suffisance la légalité, le contrôle de régularité des actes d'instruction.

Le texte proposé n'est pas utile dans la mesure où les recours de droit commun (article 126 du Code d'Instruction Criminelle) à mettre en oeuvre contre les perquisitions et saisies existent pour assurer les droits de la défense et le secret professionnel.

Le texte n'est pas opportun, alors qu'il risque de créer de nouvelles voies de recours, ce que le législateur dans d'autres lois spéciales a voulu éviter.

Le Juge d'Instruction-Directeur,
Doris WOLTZ

