

Note

Le respect du secret professionnel des avocats dans le cadre d'une saisie-contrefaçon: un contrepois au caractère unilatéral de la saisieMatteo Mariano¹**1. RÉSUMÉ**

1. L'expert judiciaire exécute une saisie-contrefaçon dans les locaux de la société B. et se fait remettre copie, entre autres, de la correspondance électronique entre la société B. et son cabinet d'avocats ainsi que d'un état de frais et honoraires comprenant un détail de la nature des services fournis par le cabinet en question. Ce dernier s'y oppose et réclame dans le cadre d'un échange de courriels avec l'expert judiciaire la restitution des informations couvertes par le secret professionnel et la destruction de toute copie. L'expert judiciaire rejette ces demandes et dépose son rapport, en y précisant que les documents litigieux n'y sont pas annexés et restent à disposition du président du tribunal ayant ordonné la saisie-contrefaçon. Le cabinet d'avocats fait citer l'expert judiciaire devant le tribunal de l'entreprise de Gand (div. Gand) pour faire constater le caractère confidentiel des

documents litigieux, prononcer une interdiction pour l'expert judiciaire d'utiliser les documents litigieux dans la suite de la procédure ayant mené à la saisie-contrefaçon et ordonner la destruction des copies des documents litigieux.

2. Le tribunal de l'entreprise de Gand fait droit aux demandes du cabinet et constate que la correspondance électronique, et en particulier les avis juridiques formulés, entre la société B. et le cabinet d'avocats relèvent du secret professionnel des avocats et ne peuvent être examinés ni saisis dans le cadre d'une saisie-contrefaçon sans que cela ne porte atteinte à l'ordre public. Le tribunal ordonne à l'expert judiciaire le dépôt des documents litigieux et de toute copie sous enveloppe scellée auprès du greffe. L'expert judiciaire a confirmé acquiescer au jugement.

2. ANALYSE**2.1. Raisonnement du tribunal**

3. Au vu des faits de la cause et du raisonnement du tribunal, l'issue de cette affaire telle qu'énoncée dans le dispositif du jugement du tribunal de l'entreprise de Gand du 26 mars 2020 semble couler de source.

Lors de la saisie-contrefaçon, l'expert a pris copie de la correspondance entre un client et ses avocats ainsi que d'un état d'honoraires contenant le détail des avis juridiques prestés par les avocats. Or, l'étendue du secret professionnel des avocats englobe toutes informations et tous documents rassemblés et rédigés dans le but d'obtenir un avis juridique, en ce compris et en premier lieu les correspondances échangées entre un client et son avocat², mais également les états de frais et honoraires et le relevé des prestations³. Dès lors que le secret couvrant les correspondances entre client et avocat doit être respecté par tout tiers⁴ et qu'aucun élément de l'affaire ne justifiait une exception à ce principe⁵, le tribunal

en a conclu à la violation du secret professionnel des avocats de la société B. par l'expert judiciaire, en précisant par ailleurs que sa désignation par un tribunal et le caractère légal d'une procédure de saisie-contrefaçon ne dispensent pas l'expert du respect du secret professionnel de l'avocat⁶. Ceci est, comme nous le verrons à la partie 2.2. de la présente note, en parfaite cohérence avec le fondement juridique du secret professionnel.

4. Le raisonnement du tribunal a en toute évidence trouvé un appui ultérieur dans les avis du bâtonnier de l'Ordre néerlandais des Avocats du barreau de Bruxelles (« NOAB ») et du président du tribunal de l'entreprise de Gand versés au débat. En effet, le bâtonnier du NOAB, dont l'avis ne lie juridiquement ni l'expert ni le juge, mais qui revêt néanmoins un poids moral important, avait souscrit à la position des avocats de la société B., à laquelle ont également souscrit les avocats de la partie ayant demandé la saisie-contrefaçon. Par

1. Avocat au barreau de Bruxelles, collaborateur au sein du cabinet Crowell & Moring LLP à Bruxelles.

2. Cass., 9 mai 2007, P.07.0056.F, *Pas.*, 2007, n° 235, p. 983.

3. Gand, 9 septembre 2014, *N.J.W.*, 2015, p. 547; 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; D. VAN GERVEN, « Het beroepsgeheim van de advocaat », *T.P.R.*, 2012, p. 1452.

4. Cass., 3 mai 2012, C.10.0571.N, *Pas.*, 2012, n° 271, p. 988.

5. Le tribunal cite les cas de l'état de nécessité et des droits de la défense du détenteur du secret sur base de jurisprudence constante et précise que, dans ces cas, le détenteur du secret seul est libéré de son obligation mais maintient le droit d'invoquer le secret ; voy. pt. 27 du jugement annoté.

6. Pts. 32 et 35 du jugement annoté.

ailleurs, le président du tribunal de l'entreprise de Gand, suite à une question posée par l'expert⁷, avait confirmé que l'état des honoraires avec relevé de prestations était couvert par le secret professionnel.

5. Il convient également de signaler que le 21 octobre 2019, alors que la procédure ayant mené au jugement annoté était encore en cours, le NOAB a fait circuler une ligne directrice concernant précisément la sauvegarde du secret professionnel lors des saisies-contrefaçons⁸. Le message de la ligne directrice est dense, concis (2 pages) et clair: la correspondance entre un avocat et son client est couverte par une confidentialité étendue qui s'impose aux tiers, même si cela pose des limites à l'administration de la preuve de ceux-ci. Faisant le parallèle avec les perquisitions menées par un juge d'instruction au cabinet d'un avocat, où le bâtonnier peut veiller au respect du secret professionnel, et avec les obligations des contrôleurs fiscaux et des autorités de la concurrence de respecter le secret professionnel et la confidentialité lors de leurs enquêtes, le NOAB constate avec étonnement qu'aucune garantie spécifique n'est prévue aux articles 1369bis /1 et s. du Code judiciaire. Renvoyant ensuite à l'exemple d'un « dossier concret » dont les faits ressemblent de manière frappante aux faits du jugement annoté, le NOAB estime que si ces documents avaient été saisis par un juge d'instruction ou par une autorité de la concurrence, ils auraient constitué des preuves inadmissibles. Le NOAB conclut dans sa ligne directrice en rappelant le caractère d'ordre public du secret professionnel en tant que pierre angulaire de l'état de droit et des droits de la défense et en insistant sur l'importance, pour les avocats de la partie saisie et de la partie ayant demandé les mesures de saisie, de veiller à son respect, une intervention du bâtonnier à la procédure étant recommandée dans les cas exceptionnels.

2.2. Fondement(s) juridique(s) du secret professionnel

6. Comme le tribunal le rappelle dans le jugement annoté, le secret professionnel des avocats puise son fondement dans les articles 6 (le droit à un procès équitable) et 8 (le droit au

respect de la vie privée et familiale) de la CEDH d'une part⁹, et dans l'article 458 du Code pénal d'autre part.

7. La lecture conjointe des articles 8 et 6 de la CEDH est pratiquée, sans surprise, par la Cour européenne des droits de l'homme, qui souligne l'importance du secret professionnel de l'avocat fondé sur l'article 8 de la CEDH en lien avec l'article 6 de la CEDH¹⁰.

Le secret professionnel étant « la base de la relation de confiance entre l'avocat et son client »¹¹, tout risque d'atteinte à ce secret professionnel peut avoir des répercussions sur la bonne administration de la justice¹² et par conséquent, sur les droits reconnus par l'article 6 de la CEDH¹³.

8. La protection renforcée de confidentialité de la correspondance entre l'avocat et son client¹⁴ est dès lors étroitement liée au droit à un procès équitable.

En effet, le droit à un procès équitable comprend, entre autres, les droits de la défense et ceux-ci impliquent le droit à l'assistance d'un avocat, ce qui suppose la confidentialité de la correspondance¹⁵, sans laquelle aucune relation de confiance ne peut s'établir entre avocat et client et les droits de la défense ne peuvent s'exercer effectivement¹⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme considère la notion de correspondance de manière large, celle-ci couvrant entre autres les fichiers informatiques et les messageries de l'avocat¹⁷.

2.3. Le caractère unilatéral de la saisie-contrefaçon: le secret professionnel comme garde-fou supplémentaire

9. Le droit à un procès équitable comprend, en sus des droits de la défense mentionnés au point précédent, le principe du contradictoire, élément fondamental du procès équitable étroitement lié à l'égalité des armes¹⁸, qui doit être respecté tant au moment de l'instance judiciaire qu'au moment de l'instruction¹⁹.

Or, dans le contexte de la saisie-contrefaçon prévue par les articles 1369bis /1 à 1369bis /10 du Code judiciaire, la pos-

7. Question par laquelle l'expert reconnaissait explicitement que les correspondances entre la société B. et ses avocats étaient couvertes par le secret professionnel.

8. P. CALLENS et V. FONCKE, « Richtsnoeren van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de balie te Brussel. Waarborgen beroepsgeheim bij beslag inzake namaak, *Richtsnoer* nr. 3, 21 octobre 2019 », *I.R.D.I.*, 2019/3-4, p. 182.

9. Sans oublier de citer l'art. 22 de la Constitution, pendant de l'art. 8 de la CEDH.

10. Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz / Allemagne*, § 37.

11. Cour. eur. D.H., 6 décembre 2012, *Michaud / France*, § 117.

12. Cour. eur. D.H., 16 octobre 2017, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH / Autriche*, § 65.

13. Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz / Allemagne*, § 37.

14. Cour. eur. D.H., 6 décembre 2012, *Michaud / France*, § 117-119.

15. Cass., 26 octobre 2017, C.14.0457.N, *R.A.B.G.*, 2018/5, p. 372.

16. C.C., 14 mars 2019, n° 43/2019, B.7.1.

17. Cour eur. D.H., 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil / France*, § 69.

18. Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 septembre 2017, *Regner / République Tchèque*, § 146.

19. G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé – Les mesures d'instruction (2000 à 2010) », *R.C.J.B.*, 2011, p. 107.

sibilité pour le titulaire d'un droit intellectuel d'obtenir des mesures de description et éventuellement de saisie réelle par requête (unilatérale) auprès du président du tribunal compétent constitue une exception au principe du contradictoire²⁰, voire une atteinte aux droits de la défense. Le législateur en était bien conscient lors de la transposition de la directive n° 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle²¹ en droit belge²² et a néanmoins maintenu ce caractère unilatéral afin de préserver l'effet de surprise visé par le recours à la saisie-contrefaçon²³.

Cependant, l'importance de préserver les renseignements confidentiels et la nécessité de trouver un équilibre entre la recherche de la contrefaçon et la lutte contre l'espionnage industriel étaient aussi à l'esprit du législateur lors de l'adoption des articles 1369bis /1 et s. du Code judiciaire²⁴. La protection des renseignements confidentiels est d'ailleurs une problématique qui concerne toute saisie par un expert judiciaire désigné dans le cadre d'une procédure unilatérale.

10. Curieusement, le principe du contradictoire et le respect du caractère confidentiel des renseignements ou du secret professionnel semblent être présentés comme étant difficilement conciliables²⁵. Le secret professionnel de l'avocat serait un tempérament au principe du contradictoire, permettant à l'avocat de refuser la production de documents et de correspondance couverts par le secret²⁶.

11. Le secret des affaires et le risque d'espionnage industriel justifient eux aussi parfois une « entorse » au contradictoire²⁷, un exemple pertinent pour la présente note étant l'article 1369bis /6 du Code judiciaire²⁸.

Cette disposition applicable aux saisies-contrefaçons prescrit à l'expert de veiller « tout au long des opérations de description et dans la rédaction de son rapport, à la sauvegarde des *intérêts légitimes du prétendu contrefacteur* et du déten-

teur des objets décrits, en particulier quant à la protection des *renseignements confidentiels* »²⁹.

On pourrait en déduire que le secret professionnel et les secrets d'affaires ne visent dans ce contexte qu'à déroger au contradictoire en empêchant la transmission de certains documents et pièces à l'autre partie.

12. Au contraire, l'obligation de l'expert prévue à l'article 1369bis /6, conjointement à la possibilité pour le président statuant sur la requête d'imposer des conditions visant à sauvegarder la protection des renseignements confidentiels³⁰, sont autant de garde-fous contre les éventuels abus auxquels peut mener le caractère unilatéral de la saisie-description, malgré le rétablissement partiel du contradictoire à partir de la signification de l'ordonnance au saisi³¹.

13. En sus de protéger les secrets d'affaires à travers le renvoi aux « renseignements confidentiels », l'article 1369bis /6 du Code judiciaire impose à l'expert de sauvegarder des intérêts légitimes du prétendu contrefacteur.

Or, il ne devrait faire aucun doute que non seulement les renseignements confidentiels mais aussi les intérêts légitimes du prétendu contrefacteur constituent des concepts larges et comprennent par extension également le respect du secret professionnel couvrant les avis juridiques et autres documents rédigés par son avocat.

Ceci est d'autant plus vrai qu'un autre intérêt légitime du saisi, le droit au contradictoire, est affecté *ab initio* par le caractère unilatéral de la saisie-contrefaçon.

14. Nonobstant la pertinence indirecte de l'article 1369bis /6 du Code judiciaire, ni le jugement annoté ni la ligne directrice énoncée par le NOAB le 21 octobre 2019³² ne renforcent leur raisonnement relatif au respect du secret professionnel des avocats par un expert judiciaire par une référence à cette disposition.

²⁰ K. NEEFS, « Over viissers in bewijsnood: bewijsbeslag & bedrijfsgeheimen », *I.R.D.I.*, 2018/4, p. 223.

²¹ Directive (UE) n° 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L. 157, 30 avril 2004.

²² Projet de loi relative aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle, *exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2943/001, pp. 59-60: « [...] la personne chez laquelle sont pratiquées les opérations de description, et éventuellement de saisie, n'est pas avertie des mesures qui sont ordonnées à son égard. Elle ne peut donc, avant que celles-ci soient exécutées, faire valoir aucun moyen de défense devant le juge. »

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, pp. 15 et 67.

²⁵ *Ibid.*, p. 15.

²⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, p. 112.

²⁷ *O.c.*, p. 113 et la jurisprudence citée.

²⁸ Les art. 1369bis /1 à 1369bis /10 C. jud. prévoient également d'autres garanties quant à la confidentialité des informations décrites ou saisies. Voy. E. VEREECKE, « Beslag inzake namaak en maatregelen ter bescherming van vertrouwelijke informatie: een analyse van recente rechtspraak », *I.R.D.I.*, 2014, p. 342.

²⁹ Art. 1369bis /6 C. jud. (c'est nous qui soulignons).

³⁰ Art. 1369bis /1, § 3, al. 2, C. jud.

³¹ Art. 1369bis /1, § 6, C. jud.; B. LOSDYCK, « Les saisies et perquisitions de matériel informatique: les 'garde-fous' » entourant leur mise en œuvre », *R.D.T.I.*, 2013/52, p. 28. En effet, le contradictoire ne sera entièrement rétabli qu'à partir de la tierce opposition introduite par le saisi conformément aux art. 1033, 1034 et 1125 du Code judiciaire, comme le prévoit l'art. 1369bis /1, § 7, du Code judiciaire.

³² Nederlandse Orde van de Advocaten bij de balie te Brussel, *Richtsoer nr. 3, Waarborgen beroepsgeheim bij beslag inzake namaak*, 21 octobre 2019.

Certes, le secret professionnel de la correspondance entre client et avocat relève de l'ordre public et s'étend en principe à tous les tiers³³, en ce compris un expert judiciaire, indépendamment de l'article 1369*bis* /6 du Code judiciaire.

Cependant, le tribunal de l'entreprise de Gand, implicitement, et le NOAB, explicitement, font état de l'absence de mesures garantissant le secret professionnel dans le cadre d'une saisie-contrefaçon en prenant comme contre-exemples les cas de la perquisition du domicile d'un avocat et les enquêtes de l'administration fiscale et des autorités de la concurrence³⁴, faisant ainsi l'impasse sur l'article 1369*bis* /6 du Code judiciaire.

15. Cette approche trouve peut-être implicitement son origine dans une nuance fondamentale entre la protection des renseignements confidentiels du saisi et le secret professionnel de l'avocat du saisi.

La première vise à protéger des intérêts purement privés sans que cela n'empêche à l'expert d'exécuter sa mission de description, indépendamment du marquage par la mention « confidentiel » (ou autre) de ces documents par le saisi: il revient donc à l'expert de déterminer quelles informations sont pertinentes dans le cadre de l'exécution de la saisie-contrefaçon³⁵.

Le deuxième relève des droits fondamentaux, de l'ordre public et, comme le souligne le NOAB³⁶, constitue la pierre angulaire de l'état de droit. Il ne peut y être dérogé que par des valeurs supérieures comme l'état de nécessité ou les droits de la défense du détenteur du secret³⁷.

Les documents couverts par le secret professionnel des avocats forment ainsi une « super » catégorie presque intouchable au sein de la notion plus large de « renseignements confidentiels ».

En toute logique, l'expert ne devrait donc pas pouvoir prendre connaissance de documents couverts par le secret professionnel des avocats. Dans le jugement annoté, le tribunal se limite cependant à énoncer que, lors d'une saisie-contrefa-

çon, l'expert devrait trier les documents afin d'écarter ceux qui sont couverts par le secret professionnel³⁸.

Une interprétation conciliante du caractère quasi absolu du secret professionnel avec ce rôle de l'expert consisterait à permettre à l'expert de constater l'origine d'un document sur base d'un minimum d'informations sans prendre connaissance de son contenu (ni de son titre ou entête), par exemple en examinant si le document est destiné à ou rédigé par l'avocat du saisi, afin de pouvoir demander au bâtonnier, le cas échéant en s'adressant d'abord au tribunal, de déterminer si le document en question est couvert par le secret professionnel et doit donc être écarté d'office. Dans ce cadre, l'expert ne peut juger lui-même de la protection d'un document par le secret professionnel.

16. L'omission d'une référence à l'article 1369*bis* /6 du Code judiciaire dans le jugement annoté n'affecte donc en rien le bien-fondé du raisonnement du tribunal de l'entreprise de Gand, qui, en tout état de cause, a conclu au caractère quasiment absolu du secret professionnel de l'avocat et à sa violation par l'expert.

Toutefois, le renvoi à l'article 1369*bis* /6 du Code judiciaire aurait constitué un fondement juridique supplémentaire que l'expert aurait violé en sus du secret professionnel des avocats du saisi, voire même un ancrage encore plus solide du secret professionnel dans la saisie-contrefaçon, établissant un lien plus direct avec l'obligation propre à l'expert de sauvegarder les intérêts légitimes du saisi.

17. Dans ce cadre, le secret professionnel de l'avocat, plutôt que constituer une « entorse » au principe du contradictoire³⁹, vient finalement atténuer une exception à celui-ci, palliant ainsi à l'unilatéralité de la procédure, en support aux autres garde-fous prévus par les articles 1369*bis* /1 à 1369*bis* /10 du Code judiciaire, et offrant une protection supplémentaire, et autonome, à la partie saisie par surprise.

Le secret professionnel s'érige alors en bouclier objectif contre tout abus dans cette saisie-contrefaçon au déclenchement unilatéral.

^{33.} Cass., 3 mai 2012, C.10.0571, p. 4, www.cass.be.

^{34.} Le NOAB commente ainsi: « Indien een onderzoeksrechter overgaat tot huiszoeking en inbeslagname op een advocatenkantoor wordt het beroepsgeheim en de vertrouwelijkheid van correspondentie met de advocaat gewaarborgd door de aanwezigheid van een vertegenwoordiger van de stafhouder. Inzake directe belastingen is de verplichting om het beroepsgeheim te respecteren, vastgelegd in het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (art. 334 WIB 1992). Ook bij onderzoeken en inbeslagnames door de mededingingsautoriteiten wordt het respect voor het beroepsgeheim en de vertrouwelijkheid verzekerd (richtsnoeren van de Belgische Mededingingsautoriteit betreffende de huiszoekingsprocedure, BS 24 december 2013, p. 102.122, randnrs. 5.1 *et seq.* « Dergelijke bescherming is echter niet voorzien bij beschrijvingen of beslagmaatregelen met interventie van een deskundige die aangesteld wordt door de voorzitter van de ondernemingsrechtbank of de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, in het kader van een beslag inzake namaak bij toepassing van artikel 1369*bis* Ger.W. en volgende. Het spreekt echter voor zich dat het beroepsgeheim en de vertrouwelijkheid zich ook in dat geval opdringen aan de aangestelde deskundige. », in P. CALLENS et V. FONCKE, « Richtsnoeren van de Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel. Waarborgen beroepsgeheim bij beslag inzake namaak, *Richtsnoer nr. 3*, 21 octobre 2019 », *I.R.D.I.*, 2019/3-4, p. 182).

^{35.} E. VEREECKE, « Beslag inzake namaak en maatregelen ter bescherming van vertrouwelijke informatie: een analyse van recente rechtspraak », *I.R.D.I.*, 2014, p. 344.

^{36.} N° 5 ci-dessus.

^{37.} Jugement annoté, pt. 27.

^{38.} Jugement annoté, pt. 36.

^{39.} Voy. *supra*, n° 11.

2.4. Conclusion

Sans coup de théâtre, le jugement annoté confirme d'une part les fondements juridiques du secret professionnel de l'avocat, élément essentiel des droits de la défense et pierre angulaire du système d'état de droit. D'autre part, le jugement annoté confirme également l'étendue du secret professionnel des avocats ainsi que son caractère quasiment absolu, imposant son respect à tout tiers, en ce compris un expert judiciaire.

Néanmoins, le tribunal de l'entreprise de Gand, en dehors de l'application de ces principes au cas d'espèce, ne semble pas avoir relevé l'importance accrue du secret professionnel dans le cadre d'une saisie-contrefaçon. Nous arguons que son respect est d'autant plus important dans ce cadre dès lors qu'il sert de contrepoids supplémentaire au déséquilibre généré par le caractère unilatéral de cette procédure, exception au principe du contradictoire.