

Numéro du rôle : 7306
Arrêt n° 66/2021 du 29 avril 2021

## ARRÊT

---

En cause : le recours en annulation de l'article 6, 4°, de la loi du 5 mai 2019 « portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social », introduit par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents F. Daoût et L. Lavrysen, et des juges T. Merckx-Van Goey, T. Giet, R. Leysen, M. Pâques et T. Detienne, assistée du greffier F. Meersschaut, présidée par le président F. Daoût,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\* \*

## I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 22 novembre 2019 et parvenue au greffe le 25 novembre 2019, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, assisté et représenté par Me F. Krenc, avocat au barreau de Bruxelles, a introduit un recours en annulation de l'article 6, 4°, de la loi du 5 mai 2019 « portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social » (publiée au *Moniteur belge* du 24 mai 2019).

Des mémoires et mémoires en réplique ont été introduits par :

- l'« Orde van Vlaamse balies » et Christian Vandenbogaerde, assistés et représentés par Me P. Wouters, avocat à la Cour de cassation;
- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me P. Schaffner, avocat au barreau de Bruxelles.

La partie requérante a introduit un mémoire en réponse.

Par ordonnance du 3 mars 2021, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs T. Giet et R. Leysen, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 17 mars 2021 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 17 mars 2021.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *En droit*

- A -

### *Quant à la recevabilité*

A.1.1. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone estime justifier d'un intérêt à l'annulation de l'article 6, 4°, de la loi du 5 mai 2019 « portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social » (ci-après : la loi du 5 mai 2019), dès lors que cette disposition concerne la profession d'avocat et qu'elle touche directement au secret professionnel de l'avocat.

A.1.2. L'« Orde van Vlaamse balies » et Christian Vandenbogaerde, avocat, considèrent qu'ils justifient d'un intérêt à intervenir dans la procédure, pour les mêmes motifs.

*Quant au premier moyen*

A.2. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone prend un premier moyen de la violation, par la disposition attaquée, des articles 10, 11, 13 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'Ordre des barreaux francophones et germanophone critique la disposition attaquée en ce qu'elle permet au procureur du Roi de décider de ce qui relève ou non du secret professionnel de l'avocat, alors qu'il n'offre pas les garanties d'indépendance et d'impartialité d'un juge, puisqu'il est une partie au procès pénal (première branche). Il critique de surcroît le fait que le bâtonnier n'est informé qu'*a posteriori* des éléments dont le procureur du Roi estime qu'ils relèvent du secret professionnel, ce qui l'empêche d'exercer son rôle de « filtre protecteur » du secret professionnel (seconde branche).

A.3.1. À titre liminaire, le Conseil des ministres observe qu'en ce qu'il est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, le premier moyen est irrecevable car l'Ordre des barreaux francophones et germanophone n'identifie pas la discrimination qui résulterait de la disposition attaquée.

A.3.2. Le Conseil des ministres expose ensuite que les droits garantis par les dispositions citées dans le moyen ne sont pas absolus et qu'en l'occurrence, la disposition attaquée est prévue par la loi et poursuit un objectif légitime, ce qui n'est pas contesté. Selon le Conseil des ministres, il appartient à la Cour de vérifier que l'ingérence est proportionnée à l'objectif poursuivi.

A.3.3.1. En ce qui concerne la première branche du moyen, le Conseil des ministres fait valoir que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'intervention d'un juge n'est pas requise pour ordonner une perquisition dans un cabinet d'avocat ou lors de l'exécution d'une mesure susceptible de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat, pour autant qu'un contrôle *a posteriori* efficace soit réalisé par un juge indépendant et impartial (CEDH, 7 juin 2007, *Smirnov c. Russie*, § 45; 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, § 74). Il n'est donc pas nécessaire qu'un juge opère le tri entre les éléments qui relèvent du secret professionnel de l'avocat et ceux qui sont de nature à apporter la preuve des faits qui sont reprochés à ce dernier.

En l'occurrence, outre l'intervention du bâtonnier, les juridictions d'instruction, sur la base de l'article 28<sup>sexies</sup>, § 4, du Code d'instruction criminelle, tout comme les juridictions de fond, procèdent à un tel contrôle des éléments consignés au procès-verbal par le procureur du Roi.

Par son arrêt n° 174/2018 du 6 décembre 2018, la Cour a admis la compétence du procureur du Roi en ce qui concerne les recherches non secrètes dans un système informatique faisant ou pouvant faire l'objet d'une saisie, au motif que la protection de la vie privée et des droits de la défense de la personne en cause est assurée de manière effective par les garanties juridictionnelles y afférentes. Selon le Conseil des ministres, l'intervention du juge d'instruction ne pourrait pas être jugée nécessaire chaque fois que la recherche concerne le système informatique d'un avocat.

A.3.3.2. En ce qui concerne la seconde branche du moyen, le Conseil des ministres expose que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la seule présence et les observations du bâtonnier quant au respect du secret professionnel constituent des garanties procédurales spécifiques suffisantes en vue de protéger le secret professionnel de l'avocat (CEDH, 25 février 2003, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, § 69; 24 juillet 2008, *André et autre c. France*, § 43).

Le Conseil des ministres renvoie aux travaux préparatoires et à la pratique concernant d'autres dispositions analogues à la disposition attaquée, en vue de déterminer les modalités concrètes de l'intervention du bâtonnier. Il en ressort que le bâtonnier doit être averti préalablement à l'exécution par le procureur du Roi d'une recherche dans un système informatique saisi ou susceptible de l'être, de façon à pouvoir aviser le procureur du Roi des éléments qui, à son estime, sont couverts par le secret professionnel. Selon le Conseil des ministres, un tel avis garantit suffisamment une appréciation correcte des éléments relevant du secret professionnel, sans qu'il soit nécessaire de conférer au bâtonnier une capacité décisionnelle en la matière. Celui-ci pourra du reste, comme en

matière de saisie et de perquisition, faire acter au procès-verbal les objections éventuelles qu'il estime devoir formuler en vue d'assurer le respect du secret professionnel.

Le Conseil des ministres ajoute encore que la décision du procureur du Roi fait l'objet d'un contrôle juridictionnel ultérieur et qu'une appréciation erronée de sa part peut conduire à ce que les éléments retenus en violation du secret professionnel soient écartés du dossier pénal. Si la décision finale était du ressort du seul bâtonnier, certains éléments seraient intégralement soustraits à l'examen des autorités judiciaires, sans que puisse être exercé un quelconque contrôle à cet égard, ce qui conduirait un risque non négligeable de corporatisme.

A.4. Les parties intervenantes se rallient entièrement à l'argumentation développée par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone. Elles renvoient à un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de perquisition dans le système informatique d'un cabinet d'avocats, dans lequel la Cour souligne l'intérêt du secret professionnel de l'avocat et l'absolue nécessité de le protéger au moyen de garanties procédurales effectives, en vue de prévenir toute violation, et ce dès le début (CEDH, 3 décembre 2019, *Kırdök et autres c. Turquie*, §§ 36 et 50).

A.5.1. En ce qui concerne la recevabilité du premier moyen, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone répond que la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination, de sorte que l'exception d'irrecevabilité doit être rejetée.

A.5.2.1. Quant au fond, en ce qui concerne la première branche, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone soutient qu'il faut distinguer l'autorité qui procède à l'exécution de la mesure litigieuse de celle qui décide de ce qui relève ou non du secret professionnel de l'avocat. Le procureur du Roi ne saurait exercer ce rôle sans contrôle du bâtonnier, dès lors que seul ce dernier est à même de décider ce qui relève ou non du secret professionnel (CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, §§ 120-130). La Cour européenne des droits de l'homme insiste sur la nécessaire indépendance de l'observateur tiers présent lors de la réalisation de la mesure qui est susceptible de violer le secret professionnel de l'avocat (CEDH, 4 octobre 2018, *Leotsakos c. Grèce*, § 39). En outre, la disposition attaquée ne prévoit pas un contrôle du bâtonnier *in situ* lors de l'exécution de la mesure, celui-ci en étant simplement « informé » par la suite.

A.5.2.2. En ce qui concerne la seconde branche, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone souligne que, de l'aveu même du Conseil des ministres, la disposition attaquée méconnaît le principe de la légalité, puisqu'elle ne détaille pas les modalités de l'intervention du bâtonnier. En outre, la disposition attaquée ne prévoit pas des garanties procédurales spécifiques. Ainsi, cette disposition ne garantit pas la présence effective du bâtonnier lors de l'exécution de la mesure et ne confère à celui-ci aucun rôle dans l'appréciation de ce qui relève du secret professionnel, puisqu'elle ne prévoit qu'une information *a posteriori*. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone considère que l'accusation de corporatisme relève du pur procès d'intention et qu'elle est démentie par la manière dont la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour constitutionnelle conçoivent le rôle du bâtonnier.

A.6.1. En ce qui concerne la première branche, le Conseil des ministres réplique que l'autorité qui décide de ce qui relève du secret professionnel est en principe la même que celle qui décide de la mesure susceptible d'y porter atteinte (voy. les articles 88*bis*, § 3, 88*sexies*, § 1er, alinéa 3, 47*sexies* et 47*octies* du Code d'instruction criminelle). En effet, la compétence de décider, après avertissement des ordres professionnels, de ce qui relève du secret professionnel est l'accessoire de la compétence de décider de la mesure litigieuse.

Le Conseil des ministres souligne que l'intervention du juge d'instruction dans l'application de la disposition attaquée priverait de tout effet la compétence du procureur du Roi de procéder à des recherches non secrètes dans un système informatique, telle qu'elle a été admise par la Cour, par son arrêt n° 174/2018, précité. Il rappelle qu'outre l'intervention du bâtonnier, l'avocat jouit de toutes les autres garanties attachées à la recherche dans un système informatique (voy. les articles 39*bis*, § 7, et 28*sexies*, § 4, du Code d'instruction criminelle).

A.6.2. En ce qui concerne la seconde branche, le Conseil des ministres réplique que les contours de l'intervention du bâtonnier dans l'application de la disposition attaquée sont clairs, comme il a été exposé précédemment.

A.7.1. En ce qui concerne la première branche, les parties intervenantes soulignent que le caractère fondamental du secret professionnel de l'avocat justifie un niveau de protection élevé et donc l'intervention du juge d'instruction. Cette intervention doit avoir lieu non seulement pour que le juge d'instruction ordonne la mesure, mais aussi pour qu'il fasse le tri entre les éléments qui relèvent ou non du secret professionnel. En tout état de cause, la conception du Conseil des ministres selon laquelle la disposition attaquée respecte la Convention européenne des droits de l'homme n'empêche pas qu'une telle garantie soit imposée en droit interne. Ensuite, l'exigence d'indépendance vaut non seulement pour le représentant de l'Ordre, mais aussi pour l'instance de contrôle qui décide de ce qui relève ou non du secret professionnel (CEDH, *Kopp c. Suisse*, précité, §§ 73-74). Par ailleurs, les considérants B.9.1 à B.9.4 de l'arrêt n° 174/2018 ne sont pas pertinents, puisqu'ils ne visaient pas le cas particulier d'une perquisition chez une personne tenue au secret professionnel. Enfin, l'intervention du bâtonnier est excessivement tardive, puisqu'elle a lieu quand le secret professionnel a déjà été violé.

A.7.2. En ce qui concerne la seconde branche, les parties intervenantes soutiennent que l'absence de description concrète du rôle du bâtonnier dans la disposition attaquée démontre que cette intervention passive ne constitue pas une garantie suffisante et que l'ingérence n'est pas prévisible. En effet, la disposition attaquée ne contient pas de règles claires en ce qui concerne la présence du bâtonnier pendant la perquisition, les modalités suivant lesquelles il exprime son point de vue et la question de savoir qui a le dernier mot.

#### *Quant au second moyen*

A.8. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone prend un second moyen de la violation, par la disposition attaquée, des articles 10, 11, 13 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon lui, le droit à un procès équitable s'oppose à ce qu'une partie à un procès puisse prendre connaissance d'éléments qui ont été obtenus en violation du secret professionnel. Le fait que les éléments relevant du secret professionnel ne soient pas consignés au procès-verbal et que les personnes concernées soient tenues au secret n'empêche pas que des autorités auront pris connaissance de ces éléments, ce qui pourrait avoir une incidence sur la suite de la procédure, en ce que ces autorités pourraient poser des actes qui ne l'auraient jamais été sans une telle prise de connaissance. La disposition attaquée entraînerait ainsi une rupture de l'égalité des armes entre les parties.

A.9. Le Conseil des ministres répond que le ministère public et l'inculpé ne se trouvent pas dans des situations comparables, dès lors qu'ils défendent des intérêts distincts.

En l'occurrence, la recherche menée au sein du système informatique d'un avocat ne donne lieu à aucune violation de l'égalité des armes ou des droits de la défense, dès lors qu'elle est encadrée par des garanties procédurales spécifiques. Premièrement, les éléments qui sont couverts par le secret professionnel et dont le procureur du Roi aurait éventuellement pris connaissance lors d'une telle recherche ne peuvent servir de pièces à conviction, dès lors qu'ils ne seront pas portés à la connaissance des juridictions d'instruction et de jugement saisies ultérieurement de l'affaire. Ensuite, les éléments qui seraient inscrits dans le procès-verbal en méconnaissance du secret professionnel ne peuvent pas fonder une condamnation. Les juridictions d'instruction et de fond vérifient en effet qu'aucun élément protégé par le secret professionnel n'a été retenu à charge et, le cas échéant, l'écartent des débats.

Le Conseil des ministres expose que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà admis que le principe de l'égalité des armes et le droit à un procès équitable ne sont pas violés lorsque des éléments non produits n'ont pas été versés au dossier (CEDH, 26 septembre 1996, *Miailhe c. France*, § 44). Dans un arrêt plus récent, cette Cour a jugé que le droit à un procès équitable n'est aucunement violé lorsque les éléments non transmis à l'accusé n'ont pas pu servir à fonder la condamnation par le jury, qui n'en a jamais eu connaissance (CEDH, 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni*, § 55).

A.10. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone réplique que le ministère public et l'accusé sont tous deux des parties au procès pénal, malgré leurs différences, et que, partant, le principe de l'égalité des armes s'applique. La circonstance que les pièces couvertes par le secret professionnel ne sont pas portées à la connaissance du juge du fond n'est pas pertinente. En effet, le principe de l'égalité des armes concerne l'équilibre entre les parties et non les rapports entre celles-ci et le tribunal. Cet équilibre est rompu lorsqu'une

partie a connaissance d'éléments obtenus de manière illicite, au mépris d'une exigence fondamentale dans un État de droit. Un contrôle *a posteriori* par un juge ne permet pas de remédier à cette prise de connaissance. Seule l'impossibilité radicale pour le procureur du Roi de prendre connaissance d'éléments couverts par le secret professionnel permet de prévenir pareil déséquilibre. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone remarque que la disposition attaquée porte atteinte au droit de l'accusé de ne pas contribuer à sa propre incrimination, dont la protection du secret professionnel de l'avocat est le corollaire.

A.11. Le Conseil des ministres fait valoir que la circonstance que le ministère public est chargé du service public relatif à la poursuite des infractions justifie la différence de traitement par rapport au prévenu. Selon lui, le point de vue de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone manque de réalisme. Il est inévitable que la personne concernée dans le cadre d'une enquête prenne connaissance d'éléments couverts par la confidentialité, dont elle sera dès lors tenue de faire abstraction dans le déroulement ultérieur de la procédure. Cette prise de connaissance ne suffit pas à elle seule pour conclure au caractère inéquitable du procès. En effet, le caractère équitable du procès doit être examiné à la lumière de l'ensemble du déroulement de la procédure.

Enfin, le Conseil des ministres fait valoir que l'arrêt *Kırdök et autres c. Turquie*, précité, n'est pas pertinent en l'espèce, dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme y critique l'absence de procédure de filtrage des documents, et que la disposition attaquée prévoit une telle procédure.

- B -

### *Quant à la disposition attaquée et à son contexte*

B.1. La partie requérante demande l'annulation de l'article 6, 4°, de la loi du 5 mai 2019 « portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social », en ce qu'il insère un paragraphe 9 dans l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle.

B.2.1. L'article 39*bis* a été initialement inséré dans le Code d'instruction criminelle par l'article 7 de la loi du 28 novembre 2000 « relative à la criminalité informatique » en vue de conférer au procureur du Roi plusieurs prérogatives en matière de saisie et de copie de données stockées dans un système informatique (*Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, DOC 50-0213/001 et 50-0214/001). D'après l'exposé des motifs de cette loi, par « système informatique », il faut comprendre « tout système permettant le stockage, le traitement ou la transmission de données » (*ibid.*, p. 12).

B.2.2. L'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle a été substantiellement modifié par l'article 2 de la loi du 25 décembre 2016 « portant des modifications diverses au Code

d’instruction criminelle et au Code pénal, en vue d’améliorer les méthodes particulières de recherche et certaines mesures d’enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications et créant une banque de données des empreintes vocales » (ci-après : la loi du 25 décembre 2016). Par cette modification, le législateur a fait de l’article 39*bis* « l’article de référence pour ce qui regarde la recherche *non secrète* dans des systèmes informatiques » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1966/001, p. 8). La recherche dans le système est dite « non secrète » dès lors que le responsable du système informatique concerné doit en être informé « dans les plus brefs délais ».

L’article 2 de la loi du 25 décembre 2016 prévoit la compétence de principe du juge d’instruction pour ordonner l’exécution d’une recherche non secrète dans un système informatique ou dans une partie de celui-ci (article 39*bis*, § 4, du Code d’instruction criminelle). Des exceptions à cette compétence sont cependant aussi prévues au profit de l’officier de police judiciaire et du procureur du Roi (article 39*bis*, §§ 2 et 3).

Ainsi, d’après l’exposé des motifs, quatre niveaux doivent être distingués en la matière :

« 1° la recherche que peut ordonner la police judiciaire, à savoir la recherche dans un système informatique saisi (confirmation de la jurisprudence de la Cour de cassation dans la loi);

2° la recherche ordonnée par le procureur du roi dans un système informatique qui n’a pas été saisi mais qui pourrait l’être (clarification de ce qui découle déjà de l’actuel article 39*bis*);

3° l’extension ordonnée par le procureur d’une recherche visée au 1° ou au 2° dans un système informatique connecté au système informatique qui fait l’objet de la première mesure. Cette possibilité, actuellement réservée au juge d’instruction (art. 88*ter*) mais envisageable dans le cadre de la mini-instruction, est transférée à l’art. 39*bis* et peut donc être autorisée par un magistrat de parquet, à moins que cela n’exige pas le déchiffrement de mots de passe supplémentaires.

Dans le même temps, la recherche *en secret* dans des systèmes informatiques, réservée au juge d’instruction dans le cadre de l’instruction (art. 90*ter*, voir plus loin), est également introduite;

4° toute autre recherche non secrète dans un système informatique. Ce type de recherche ne peut être ordonné que par un juge d'instruction » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1966/001, p. 8).

B.2.3. Saisie d'un recours en annulation dirigé notamment contre l'article 2 de la loi du 25 décembre 2016, la Cour, par son arrêt n° 174/2018 du 6 décembre 2018, a jugé que la recherche non secrète dans un système informatique régulièrement saisi ou dans un système informatique non saisi mais susceptible de l'être est entourée « de suffisamment de garanties juridictionnelles permettant d'assurer que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée occasionnée par cet acte d'enquête est justifiée au regard des exigences des articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». La Cour a cependant également jugé, par ce même arrêt, qu'« en raison de la gravité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée qu'elle implique, la mesure consistant à étendre une recherche dans un système informatique ou une partie de celui-ci, entamée dans un système informatique qui a été saisi ou qui peut être saisi par le procureur du Roi, vers un système informatique ou une partie de celui-ci qui se trouve dans un autre lieu que celui où la recherche est effectuée » doit relever de la compétence du juge d'instruction. Pour ce motif, la Cour a donc annulé le paragraphe 3 de l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 2 de la loi du 25 décembre 2016. La Cour a en outre annulé l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 2 précité, « en ce qu'il ne prévoit pas de disposition spécifique en vue de protéger le secret professionnel des médecins et des avocats », sur la base de la motivation qui suit :

« B.24.1. Le premier moyen, en sa cinquième branche, est pris de la violation des articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les parties requérantes font grief au législateur de n'avoir pas prévu, à l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle qui règle les recherches non secrètes dans un système informatique, des garanties équivalentes à celles qui sont inscrites à l'article 90*octies* du même Code et qui concernent les recherches secrètes dans un système informatique.

B.24.2. L'article 90*octies* du Code d'instruction criminelle dispose :

‘ § 1er. La mesure ne pourra porter sur les locaux utilisés à des fins professionnelles, la résidence, les moyens de communication ou les systèmes informatiques d'un avocat ou d'un médecin que si celui-ci est lui-même soupçonné d'avoir commis une des infractions visées à l'article 90*ter* ou d'y avoir participé, ou si des faits précis laissent présumer que des tiers

soupçonnés d'avoir commis une des infractions visées à l'article 90<sup>ter</sup>, utilisent ses locaux, sa résidence, ses moyens de communication ou ses systèmes informatiques.

§ 2. La mesure ne peut être exécutée sans que le bâtonnier ou le représentant de l'ordre provincial des médecins, selon le cas, en soit averti.

Ces personnes sont tenues au secret. Toute violation du secret est punie conformément à l'article 458 du Code pénal.

§ 3. Le juge d'instruction évalue, après concertation avec le bâtonnier ou le représentant de l'ordre provincial des médecins, quelles parties des communications non accessibles au public ou données d'un système informatique visées à l'article 90<sup>sexies</sup>, § 3, qu'il estime pertinentes pour l'instruction, relèvent du secret professionnel et quelles sont celles qui n'en relèvent pas.

Seules les parties des communications ou données visées à l'alinéa 1er qui sont estimées ne pas relever du secret professionnel sont transcrites ou reproduites et, le cas échéant, traduites. Le juge d'instruction en fait dresser procès-verbal. Les fichiers contenant ces communications ou données sont déposés au greffe sous pli scellé.

Toutes les autres communications ou données sont déposées au greffe dans un autre fichier sous pli scellé séparé '.

B.24.3. Cette disposition a été introduite dans le Code d'instruction criminelle par l'article 22 de la loi attaquée. L'exposé des motifs indique à son sujet :

' L'exception pour les avocats et les médecins était dictée par la considération que ces catégories professionnelles sont par excellence exposées au risque d'être confrontées à des suspects avec qui, en raison de leur situation professionnelle, elles entretiennent une relation de confiance qui doit tout particulièrement être préservée. Il s'agit de la clause de protection classique telle qu'elle apparaît également dans des mesures d'investigation similaires comme l'ouverture de courrier (article 88<sup>sexies</sup> du Code d'instruction criminelle), une observation afin d'avoir une vue dans un domicile (article 56<sup>bis</sup> du Code d'instruction criminelle) ou un contrôle visuel discret (article 89<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle)' (*Doc. parl.*, 2015-2016, DOC 54-1966/001, pp. 72-73).

B.25. Le secret professionnel auquel sont astreints les avocats et les médecins n'entend pas leur conférer un quelconque privilège mais vise, principalement, à protéger le droit fondamental au respect de la vie privée de la personne qui se confie à eux, parfois dans ce qu'elle a de plus intime. En outre, les informations confidentielles confiées à un avocat, dans l'exercice de sa profession et en raison de cette qualité, bénéficient aussi, dans certaines hypothèses, de la protection découlant, pour le justiciable, des garanties inscrites à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que la règle du secret professionnel imposée à l'avocat est un élément fondamental des droits de la défense du justiciable qui se confie à lui.

B.26.1. Il n'est pas justifié que la clause de protection du secret professionnel des avocats et des médecins ne soit prévue que lorsque la recherche dans un système informatique qu'ils utilisent à titre professionnel est menée en secret et non lorsqu'elle est portée à leur connaissance. En effet, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des personnes qui leur ont confié des informations couvertes par leur secret professionnel intervient de la même manière, que la recherche soit menée à l'insu ou non de l'avocat ou du médecin concerné.

B.26.2. Il est exact, ainsi que le soutient le Conseil des ministres, que lorsque la recherche a lieu dans un système informatique dans le cadre d'une perquisition, les dispositions relatives aux perquisitions dans les locaux professionnels d'avocats ou de médecins sont applicables et permettent de garantir le secret professionnel. Les possibilités de recherche non secrètes prévues par l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle vont toutefois au-delà de cette hypothèse précise et peuvent être menées en dehors de l'hypothèse de la perquisition de locaux professionnels.

B.27. Le premier moyen, en sa cinquième branche, est fondé. Il y a lieu d'annuler l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle, introduit par l'article 2 de la loi attaquée, en ce qu'il ne prévoit pas de disposition spécifique en vue de protéger le secret professionnel des médecins et des avocats ».

B.2.4. À la suite de cette annulation et pour répondre aux objections de la Cour, le législateur, par l'article 6, 4°, de la loi du 5 mai 2019 « portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social », a inséré un nouveau paragraphe 9 dans l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle. Ce nouveau paragraphe instaure des garanties spécifiques en vue de la protection du secret professionnel des médecins et des avocats. Il est conçu sur le modèle de dispositions similaires du Code d'instruction criminelle (*Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, DOC 54-3515/002, p. 6; DOC 54-3515/005, p. 32). Il s'agit de la disposition attaquée.

B.2.5. Postérieurement à l'introduction du recours, l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle a été modifié par l'article 2 de la loi du 4 mai 2020 « visant à combattre la diffusion non consensuelle d'images et d'enregistrements à caractère sexuel ». Cette modification n'a cependant pas d'incidence sur le paragraphe 9 attaqué.

B.3. À la suite des diverses annulations et modifications précitées, l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle dispose :

« § 1er. Sans préjudice des dispositions spécifiques de cet article, les règles de ce code relatives à la saisie, y compris l'article 28*sexies*, sont applicables aux mesures consistant à

copier, rendre inaccessibles et retirer des données stockées dans un système informatique ou une partie de celui-ci.

§ 2. La recherche dans un système informatique ou une partie de celui-ci qui a été saisi, peut être décidée par un officier de police judiciaire.

Sans préjudice de l'alinéa 1er, le procureur du Roi peut ordonner une recherche dans un système informatique ou une partie de celui-ci qui peut être saisi par lui.

Les recherches visées aux alinéas 1er et 2 peuvent uniquement s'étendre aux données sauvegardées dans le système informatique qui est soit saisi, soit susceptible d'être saisi. A cet effet, chaque liaison externe de ce système informatique est empêchée avant que la recherche soit entamée.

[...]

§ 4. Seul le juge d'instruction peut ordonner une recherche dans un système informatique ou une partie de celui-ci autre que les recherches visées au paragraphe 2 :

- si cette recherche est nécessaire pour la manifestation de la vérité à l'égard de l'infraction qui fait l'objet de la recherche; et

- si d'autres mesures seraient disproportionnées, ou s'il existe un risque que, sans cette recherche, des éléments de preuve soient perdus.

En cas d'extrême urgence, le juge d'instruction peut ordonner verbalement la recherche visée à l'alinéa 1er. Cet ordre est confirmé par écrit dans les meilleurs délais, avec mention des motifs de l'extrême urgence.

§ 5. En vue de permettre les mesures visées à cet article, le procureur du Roi ou le juge d'instruction peut également, sans le consentement du propriétaire ou de son ayant droit, ou de l'utilisateur, ordonner, à tout moment :

- la suppression temporaire de toute protection des systèmes informatiques concernés, le cas échéant à l'aide de moyens techniques, de faux signaux, de fausses clés ou de fausses qualités;

- l'installation de dispositifs techniques dans les systèmes informatiques concernés en vue du décryptage et du décodage de données stockées, traitées ou transmises par ce système.

Toutefois, seul le juge d'instruction peut ordonner cette suppression temporaire de protection ou cette installation de dispositifs techniques lorsque ceci est spécifiquement nécessaire pour l'application de l'article 88ter.

§ 6. Si des données stockées sont trouvées dans les systèmes informatiques concernés qui sont utiles pour les mêmes finalités que celles prévues pour la saisie, mais que la saisie du support n'est néanmoins pas souhaitable, ces données, de même que les données nécessaires pour les comprendre, sont copiées sur des supports qui appartiennent à l'autorité. En cas

d'urgence ou pour des raisons techniques, il peut être fait usage de supports qui sont disponibles pour des personnes autorisées à utiliser le système informatique.

En outre, les moyens techniques appropriés sont utilisés pour empêcher l'accès à ces données dans le système informatique, de même qu'aux copies de ces données qui sont à la disposition de personnes autorisées à utiliser le système informatique, de même que pour garantir leur intégrité.

Lorsque la mesure prévue à l'alinéa 1er n'est pas possible, pour des raisons techniques ou à cause du volume des données, le procureur du Roi utilise les moyens techniques appropriés pour empêcher l'accès à ces données dans le système informatique, de même qu'aux copies de ces données qui sont à la disposition de personnes autorisées à utiliser le système informatique, de même que pour garantir leur intégrité.

Si les données forment l'objet de l'infraction ou ont été produites par l'infraction et si elles sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituent un danger pour l'intégrité des systèmes informatiques ou pour des données stockées, traitées ou transmises par le biais de tels systèmes, le procureur du Roi utilise tous les moyens techniques appropriés pour rendre ces données inaccessibles ou, après en avoir pris copie, les retirer.

Il peut cependant, sauf dans le cas prévu à l'alinéa 4, autoriser l'usage ultérieur de l'ensemble ou d'une partie de ces données, lorsque cela ne présente pas de danger pour l'exercice des poursuites.

En cas d'extrême urgence et s'il s'agit manifestement d'une infraction visée aux articles 137, § 3, 6°, 140bis, 371/1, § 1er, 2°, 371/2 ou 383bis, § 1er, du Code pénal, le procureur du Roi peut ordonner verbalement que tous les moyens appropriés soient utilisés pour rendre inaccessibles les données qui forment l'objet de l'infraction ou ont été produites par l'infraction et qui sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Cet ordre est confirmé par écrit dans les meilleurs délais, avec mention des motifs de l'extrême urgence.

§ 7. Sauf si son identité ou son adresse ne peuvent être raisonnablement retrouvées, le procureur du Roi ou le juge d'instruction informe dans les plus brefs délais, le responsable du système informatique de la recherche dans le système informatique ou de son extension. Il lui communique le cas échéant un résumé des données qui ont été copiées, rendues inaccessibles ou retirées.

§ 8. Le procureur du Roi utilise les moyens techniques appropriés pour garantir l'intégrité et la confidentialité de ces données.

Des moyens techniques appropriés sont utilisés pour leur conservation au greffe.

La même règle s'applique, lorsque des données qui sont stockées, traitées ou transmises dans un système informatique sont saisies avec leur support, conformément aux articles précédents.

§ 9. Les mesures visées au présent article ne peuvent porter sur les systèmes informatiques d'un avocat ou d'un médecin que si celui-ci est lui-même soupçonné d'avoir commis une infraction ou d'y avoir participé, ou si des faits précis laissent présumer que des tiers soupçonnés d'avoir commis une infraction, utilisent ses systèmes informatiques.

La mesure ne peut être exécutée sans que le bâtonnier ou le représentant de l'ordre provincial des médecins, selon le cas, en soit averti. Ces mêmes personnes seront informées par le procureur du Roi des éléments qu'il estime relever du secret professionnel. Ces éléments ne sont pas consignés au procès-verbal. Ces personnes sont tenues au secret. Toute violation du secret est punie conformément à l'article 458 du Code pénal ».

#### *Quant aux moyens*

B.4. La partie requérante prend deux moyens de la violation, par la disposition attaquée, des articles 10, 11, 13 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.5.1. Par le premier moyen, la partie requérante critique la disposition attaquée en ce qu'elle permet au procureur du Roi de décider ce qui relève ou non du secret professionnel de l'avocat, alors qu'il n'offre pas les garanties d'indépendance et d'impartialité d'un juge, puisqu'il est une partie au procès pénal (première branche). Elle critique de surcroît le fait que le bâtonnier n'est informé qu'*a posteriori* des éléments dont le procureur du Roi estime qu'ils relèvent du secret professionnel, ce qui l'empêche d'exercer son rôle de « filtre protecteur » du secret professionnel (seconde branche).

B.5.2. Par le second moyen, la partie requérante fait valoir que le droit à un procès équitable s'oppose à ce qu'une partie à un procès puisse prendre connaissance d'éléments qui sont couverts par le secret professionnel. Le fait que les éléments relevant du secret professionnel ne soient pas consignés au procès-verbal et que les personnes concernées soient tenues au secret n'empêche pas que des autorités en aient pris connaissance, ce qui pourrait avoir une incidence sur le cours ultérieur de la procédure. En effet, une telle prise de connaissance permettrait à ces autorités de poser des actes qui ne l'auraient jamais été autrement. La disposition attaquée entraînerait ainsi une violation de l'égalité des armes entre les parties.

B.6. Dès lors que les deux moyens allèguent, à plusieurs égards, la violation du droit au respect de la vie privée et du droit à un procès équitable, la Cour les examine conjointement.

Par ailleurs, eu égard aux griefs de la partie requérante, la Cour limite son examen à l'hypothèse des mesures qui sont ordonnées par le procureur du Roi en application de l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle et qui portent sur le système informatique d'un avocat ou d'un médecin. Il convient cependant de souligner que les garanties prévues par la disposition attaquée s'appliquent *mutatis mutandis* lorsque la mesure est ordonnée par le juge d'instruction, conformément à l'article 89 du Code d'instruction criminelle.

B.7.1. Les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique.

B.7.2. L'article 13 de la Constitution implique un droit d'accès au juge compétent. Ce droit serait vidé de tout contenu s'il n'était pas satisfait aux exigences du procès équitable garanti notamment par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le principe de l'égalité des armes est un élément fondamental du droit à un procès équitable. Il exige un juste équilibre entre les parties qui, chacune, doivent recevoir une possibilité raisonnable de présenter leur cause dans des conditions qui ne les placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à leurs adversaires (CEDH, grande chambre, 19 septembre 2017, *Regner c. République tchèque*, § 146).

B.7.3. Aux termes de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ».

B.7.4. L'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissent le droit au respect de la vie privée.

B.8.1. Le secret professionnel auquel sont tenus les avocats et les médecins constitue une composante essentielle du droit au respect de la vie privée.

Le secret professionnel vise en effet principalement à protéger le droit fondamental qu'a la personne qui se confie, parfois dans ce qu'elle a de plus intime, au respect de sa vie privée.

B.8.2. En ce qui concerne la relation entre un médecin et son patient, le secret professionnel du premier contribue à la réalisation du droit qu'a chacun à la protection de la santé et à l'aide médicale, visé à l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution.

B.8.3.1. En ce qui concerne l'avocat, l'effectivité des droits de la défense de tout justiciable suppose nécessairement qu'une relation de confiance puisse être établie entre lui et l'avocat qui le conseille et le défend. Cette nécessaire relation de confiance ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci. Il en découle que le secret professionnel imposé à l'avocat est un élément fondamental des droits de la défense et bénéficie donc de la protection découlant, pour le justiciable, des garanties liées au droit à un procès équitable.

B.8.3.2. Même s'il n'est « pas intangible », le secret professionnel de l'avocat constitue « l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique » (CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c France*, § 123).

B.8.3.3. C'est d'autant plus le cas en matière pénale, où le droit 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 (*ibid.*, § 118).

B.8.3.4. Pour juger de la compatibilité d'une mesure susceptible de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie si l'ingérence s'accompagne de garanties procédurales adéquates et suffisantes contre les abus ainsi que d'un contrôle effectif de la procédure de levée du secret professionnel par un juge indépendant et impartial (CEDH, 1er décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, § 55; 4 octobre 2018, *Leotsakos c. Grèce*, § 37; 3 décembre 2019, *Kırdök e.a. c. Turquie*, §§ 50-51). Dans le cadre de cet examen, la Cour contrôle notamment si un tiers expert indépendant, comme un représentant de l'Ordre des avocats, était présent lors de l'exécution de la mesure, afin d'éviter que des documents couverts par le secret professionnel soient emportés (CEDH, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, précité, § 57; 24 juillet 2008, *André e.a. c. France*, § 43; *Leotsakos c. Grèce*, précité, §§ 39-40). Cet observateur doit être investi du pouvoir de prévenir toute ingérence éventuelle dans le secret professionnel de l'avocat dont le cabinet fait l'objet d'une fouille (CEDH, *Leotsakos c. Grèce*, précité, § 40; 5 juillet 2012, *Golovan c. Ukraine*, § 63). La Cour européenne des droits de l'homme tient également compte de la question de savoir si l'avocat lui-même est soupçonné d'avoir commis une infraction (CEDH, 7 juin 2007, *Smirnov c. Russie*, § 46; *André e.a. c. France*, précité, § 42).

B.9.1. Par son arrêt n° 174/2018 du 6 décembre 2018, la Cour a jugé que la recherche non secrète dans un système informatique régulièrement saisi ou dans un système informatique susceptible d'être saisi, telle qu'elle est organisée par l'article 39bis du Code d'instruction criminelle, est entourée de garanties juridictionnelles suffisantes qui permettent d'assurer la compatibilité de l'ingérence avec le droit au respect de la vie privée. La Cour a cependant également considéré que cette recherche ne peut pas porter indûment atteinte au secret professionnel des avocats et des médecins, qui doit dès lors faire l'objet d'une protection particulière. C'est pour cette raison que le législateur a pris la disposition attaquée, laquelle, notamment, habilite le procureur du Roi à établir si les éléments qu'il souhaite consulter au sein du système informatique d'un avocat ou d'un médecin sont couverts ou non par le secret professionnel, à la condition qu'un représentant de l'ordre concerné intervienne.

B.9.2. Le ministère public accomplit, dans l'intérêt de la société, les missions de service public relatives à la recherche et à la poursuite des infractions (articles 22 à 47*bis* du Code d'instruction criminelle) et il exerce l'action publique (article 138 du Code judiciaire).

Comme la Cour l'a notamment déjà jugé par ses arrêts n<sup>os</sup> 69/2001, 5/2002 et 130/2017, ces missions justifient que le ministère public dispose de prérogatives particulières dans la phase préliminaire du procès pénal.

B.9.3. À cet égard, il y a lieu de constater que la prérogative dont le procureur du Roi bénéficie dans le cadre du mécanisme mis en place par le législateur pour protéger le secret professionnel des avocats et des médecins est le corollaire de sa compétence d'ordonner des recherches non secrètes dans un système informatique conformément à l'article 39*bis*, § 2, du Code d'instruction criminelle, que la Cour a jugée compatible avec le droit au respect de la vie privée, par son arrêt n<sup>o</sup> 174/2018. Elle n'entraîne pas, en soi, une violation des droits des personnes concernées, pour autant qu'elle s'accompagne de garanties procédurales suffisantes, y compris d'un contrôle juridictionnel effectif, comme il est dit en B.8.3.4, ce qu'il appartient à la Cour de vérifier.

B.10. Conformément à l'article 39*bis*, § 9, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle, il n'est possible de procéder à une recherche non secrète dans le système informatique d'un avocat ou d'un médecin que si celui-ci est lui-même soupçonné d'avoir commis une infraction ou d'y avoir participé, ou si des faits précis laissent présumer que des tiers soupçonnés d'avoir commis une infraction utilisent ses systèmes informatiques.

Le secret professionnel des avocats et des médecins est principalement destiné à protéger les intérêts du client ou du patient. Ce secret ne constitue pas, pour son dépositaire, un privilège dont il pourrait se prévaloir aux fins de se soustraire aux poursuites qui seraient engagées contre lui.

La Cour de cassation a ainsi jugé que « ni [l'article 458 du Code pénal] ni l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne s'opposent

à la saisie et à l'exploitation par un juge d'instruction de documents en rapport avec les activités suspectes d'un avocat » (Cass., 9 juin 2004, P.04.0424.F; 13 juillet 2010, P.10.1096.N; 24 avril 2012, P.12.0064.N). Elle a également jugé que « lorsqu'un médecin est suspecté d'avoir commis une infraction dans l'exercice de sa profession et que des poursuites pénales sont intentées à ce sujet, les pièces et documents pris en considération comme moyens de preuve de cette infraction perdent le caractère confidentiel qu'ils pourraient, le cas échéant, revêtir » (Cass., 24 mai 2005, P.05.0431.N; 29 novembre 2016, P.15.0704.N).

B.11.1. L'article 39bis, § 9, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle prévoit que la mesure ne peut être exécutée sans que le bâtonnier ou le représentant du conseil provincial de l'Ordre des médecins, selon le cas, en soit averti, et que ces personnes seront informées par le procureur du Roi des éléments dont celui-ci estime qu'ils relèvent du secret professionnel.

B.11.2. Cette disposition n'établit pas la manière dont l'intervention du représentant de l'ordre concerné doit concrètement avoir lieu. À cet égard, il convient d'interpréter l'article 39bis, § 9, du Code d'instruction criminelle de manière à ce qu'il ait un effet utile à la lumière de sa *ratio legis*, qui est de protéger le secret professionnel de l'avocat et du médecin. Aussi, l'article 39bis, § 9, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle doit être interprété comme obligeant le procureur du Roi à avertir le bâtonnier ou le représentant du conseil provincial de l'Ordre des médecins préalablement à la réalisation de la mesure, de sorte que celui-ci puisse y assister et qu'il soit en mesure d'examiner préalablement les documents, fichiers ou éléments que le procureur du Roi souhaite consulter et d'aviser celui-ci de ce qui, selon lui, relève du secret professionnel. Le représentant de l'ordre concerné peut par ailleurs recommander les mesures adéquates permettant de consulter certaines pièces, couvertes par le secret professionnel, sans compromettre ce secret.

C'est au procureur du Roi qu'il appartient de statuer sur le caractère confidentiel ou non des éléments qu'il souhaite consulter, après avoir recueilli l'avis, selon le cas, du bâtonnier ou

du représentant du conseil provincial de l'Ordre des médecins. En cas de désaccord, le représentant de l'ordre concerné peut faire acter ses réserves dans le procès-verbal.

B.11.3. Dès lors que cette prérogative du procureur du Roi est le corollaire de sa compétence d'ordonner des recherches non secrètes dans un système informatique, comme il est dit en B.9.3, il n'est pas sans justification raisonnable que le procureur du Roi statue lui-même sur le caractère confidentiel ou non des éléments qu'il souhaite consulter, moyennant l'avis du représentant de l'ordre concerné et sans préjudice du contrôle de la chambre des mises en accusation et des juridictions de jugement. En effet, le procureur du Roi est légalement responsable du bon déroulement de l'information, qui consiste à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique (article 28*bis*, § 1er, alinéas 1er et 3, du Code d'instruction criminelle).

B.11.4. En vertu de l'article 39*bis*, § 9, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, les éléments dont le procureur du Roi estime qu'ils relèvent du secret professionnel ne sont pas consignés au procès-verbal et le représentant de l'ordre concerné est tenu au secret.

B.12. L'article 39*bis*, § 1er, du Code d'instruction criminelle prévoit en outre que les règles de ce Code relatives à la saisie, y compris l'article 28*sexies*, sont applicables aux mesures qui consistent à copier, à rendre inaccessibles et à retirer des données stockées dans un système informatique ou dans une partie de celui-ci. L'article 28*sexies*, § 1er, permet à la personne lésée par un acte d'information relatif à ses biens d'en demander la levée au procureur du Roi. En cas de refus du procureur du Roi ou d'absence de décision, la personne lésée peut saisir la chambre des mises en accusation, qui statue sur la demande de levée (article 28*sexies*, §§ 4 et 5).

Il résulte de ce qui précède que l'avocat ou le médecin dont des données ont été copiées, rendues inaccessibles ou retirées a la possibilité de contester auprès du procureur du Roi et, s'il y a lieu, devant la chambre des mises en accusation la régularité de la mesure au regard de

la protection du secret professionnel dont il est le dépositaire. La chambre des mises en accusation est compétente pour vérifier que les éléments retenus par le procureur du Roi ne sont pas couverts par le secret professionnel. Le cas échéant, les éléments confidentiels doivent être retirés du dossier pénal. À cet égard, il convient de souligner que l'avis par lequel le représentant de l'ordre concerné estime qu'un élément déterminé n'est pas couvert par le secret professionnel ne lie pas le juge.

Enfin, les juridictions de jugement sont également compétentes pour vérifier la légalité des preuves recueillies en application de l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle et pour ordonner leur retrait, le cas échéant, du dossier pénal, conformément à l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui prévoit la nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement si l'usage de celui-ci est contraire au droit à un procès équitable.

Les mesures visées à l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle, qui sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat ou du médecin, sont donc assorties d'un contrôle juridictionnel effectif.

B.13. La simple prise de connaissance, par les autorités de poursuite, d'informations obtenues en violation du secret professionnel n'entraîne pas, en soi, une violation du droit des intéressés à un procès équitable, ni une rupture de l'égalité des armes à leur détriment. Il appartient au juge compétent de vérifier si le droit des intéressés à un procès équitable n'a pas été violé par l'utilisation de telles informations, eu égard à l'ensemble de la procédure (Cass., 28 février 2017, P.16.0261.N). Il en va de même, *a fortiori*, pour les éléments dont le procureur du Roi a pris connaissance lors de l'application de la procédure prévue par l'article 39*bis*, § 9, du Code d'instruction criminelle et dont il a estimé qu'ils relèvent du secret professionnel. Ce constat ne porte pas préjudice à l'obligation qui s'impose au procureur du Roi de veiller à la légalité des moyens de preuve, ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés (article 28*bis*, § 3, alinéa 2, du même Code).

B.14. Sous réserve de l'interprétation mentionnée en B.11.2, les deux moyens ne sont pas fondés.

Par ces motifs,

la Cour,

sous réserve de l'interprétation mentionnée en B.11.2, rejette le recours.

Ainsi rendu en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 29 avril 2021.

Le greffier,

Le président,

F. Meersschaut

F. Daoût